

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI
DELLA
FACOLTÀ GIURIDICA
nuova serie

VOLUME IV – ANNO 2015



CAMERINO

2015

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI
DELLA
FACOLTÀ GIURIDICA
nuova serie

VOLUME IV – ANNO 2015

CAMERINO

2015

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Prof. Ignacio De Cuevillas Matozzi, Prof. Manuel Ignacio Feliu Rey, Prof. Luigi Ferrajoli, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Fabian Klinck, Prof. Rolf Knütel, Prof. Luigi Labruna, Prof. Franco Modugno, Prof. Pietro Perlingieri, Prof. Ingo Reichard

DIRETTORE SCIENTIFICO

Prof. Antonio Flamini

COMITATO DI REDAZIONE

Rocco Favale, Felice Mercogliano, *condirettori*;
Maria Pia Gasperini, Marta Cerioni

SEGRETERIA

Dott. Gian Marco Quacquarelli
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Camerino
Palazzo Ducale - P.zza Cavour, 19
I - 62032 Camerino (MC)
e-mail: redazione.afg@unicam.it

La Rivista subordina la pubblicazione dei contributi alla valutazione positiva mediante doppio referaggio in forma anonima.

ISSN (on line): 2281-3063

Copyright: Facoltà di Giurisprudenza. Università di Camerino

INDICE SOMMARIO

STUDI

- 1** ANA M^a PÉREZ VALLEJO - M^a JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ, *Molestie nel web 2.0: la risposta del diritto civile ai danni cyberbullying*
- 35** FRANCESCO RIZZO, *Dal paziente al cliente*
- 51** ROBERTO GARETTO, *Presupposti per una «ridefinizione» concettuale del matrimonio. Il dibattito fra sostenitori della tradizione e fautori del cambiamento negli Stati Uniti d'America ed in Spagna*
- 99** JUAN ESPINOZA ESPINOZA, *Las perspectivas de modernización del Derecho de las Obligaciones: el estado de la cuestión en la experiencia jurídica peruana*
- 139** ANTONIO FLAMINI, *La responsabilità medica tra «formanti» e «nuova legge»*
- 161** ANNA MARIA DEL FANTE, *Affidamento condiviso e diritti dei figli: le rationes decedendi nella giurisprudenza (Parte prima: profili personali)*

ANA M^a PÉREZ VALLEJO - M^a JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ

*Molestie nel web 2.0: la risposta del diritto civile ai danni cyberbullying**

Sommario: 1. VIOLENZA FRA EGUALI: DAL BULLYNG TRADIZIONALE AL CIBERBULLYNG. 1.1 Concezione e caratteristiche del *cyberbullying*. 1.2.- Concorrenza di fenomeni di *bullying* tradizionali e *cyberbullying*. 1.3 Cifre allarmanti del *cyberbullying*. 2. CYBERBULLISMO E RESPONSABILITÀ PENALE DEL DELINQUENTE GIOVANILE. 2.1.- Cyberbullismo: Regolazione prevista dal Codice penale spagnolo. 2.2. Responsabilità penale dei minori secondo l'età e le misure adottate (LORPM). 3. REGIMI LEGALI CHE REGOLANO LA RESPONSABILITÀ CIVILE PER DANNI DERIVANTI DAL CYBERBULLISMO. 3.1. Il terzo sistema di responsabilità civile che introduce la LORPM. 3.2 Il *cyberbullying* e la responsabilità civile nella giurisdizione penale dei minori sotto l'articolo 61,3 LORPM.

1. VIOLENZA FRA EGUALI: DAL BULLYNG TRADIZIONALE AL CIBERBULLYNG

1.1 *Concezione e caratteristiche del cyberbullying*

Il cosiddetto *bullying*,¹ secondo l'Istruzione n. 10/2005 del Procuratore Generale dello Stato², include una gamma di comportamenti, in gran parte permanenti o continuati nel tempo e posti in essere da uno o più studenti su altri, che possono causare alla vittima sentimenti di terrore, di angoscia e di inferiorità, atti ad umiliarlo, avvilarlo e minare la sua resi-

* Articolo realizzato da Ana María Pérez Vallejo e María Jose Cazorla González. Traduzione realizzata da María Jose Cazorla González e Ana María Pérez Vallejo. Questo studio è stato realizzato nell'ambito del Plan Nacional de I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación, "Análisis jurídico y cuantitativo de la violencia en la infancia y adolescencia: propuestas de intervención sociolegal", con referencia DER2014-58084. Investigador principal: Dra. Ana María Pérez Vallejo.

¹Nel campo della sociologia, il termine anglosassone bullismo è la traduzione letterale della parola inglese *bullying*, termine inglese usato per connotare il fenomeno delle prepotenze fra pari in un contesto di gruppo.

²Istruzione n. 10/2005 del Procuratore Generale dello Stato Spagnolo (Fiscalía General del Estado) sul trattamento del bullo nel sistema di giustizia giovanile.

stenza fisica e morale. Ci troviamo davanti a condotte di «molestie o mobbing» prolungate o mantenute nel tempo, di uno o più minori contro un compagno di classe. Ed è precisamente questa circostanza, quella di ripetizione e differenza di potere (asimmetria del rapporto) che si instaura tra la persona disturbata e la persona che pone in essere tale condotta, la differenza tra il comportamento accettabile, come un comportamento attuale inerente alla propria vita e conflitti di scuola, da quello non accettabile come una situazione di molestie³. Basato su questi dati differenziali, è essenziale per identificare una situazione ripetuta nel tempo e condizioni di tale gravità che sia suscettibile di generare danni o compromettere l'integrità fisica e morale del minore.

Di più recente apparizione, ma in parallelo, questa situazione di molestie può essere amplificata attraverso i *social network* (*Facebook* tra i più popolari), quando essa è effettuata utilizzando *internet*, *whatsapp* o con qualcun altro dispositivo informatico. Con la particolarità che il *Web 2.0* è oggi alla portata di qualsiasi minore; come mostrano le ultime cifre del 2013. Secondo l'Istituto nazionale di statistica spagnolo (INE), e per quanto riguarda l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (nel prosieguo abbreviato in TIC's);⁴ le percentuali di utilizzo tra i ragazzi (dai 10 a 15 anni) è molto alta. Pertanto, l'uso di un computer è quasi universale perché il 95,2% lo utilizza, e la percentuale che utilizza Internet è più alta: 91,8%. Inoltre, i minori che hanno un cellulare sono il 63,0% (2,8 punti in meno rispetto all'anno 2012). In generale, le differenze nell'uso del computer ed Internet non sono molto significative.

D'altra parte, la disponibilità del cellulare tra le ragazze supera di oltre otto punti quella dei ragazzi. L'evoluzione dei risultati secondo l'età suggerisce che l'uso di Internet e, soprattutto, del computer tende a crescere tra i minori al di sotto dei dieci anni. Infine, i dati ci mostrano che la fornitura di un telefono cellulare aumenta in modo rilevante intorno ai 10 anni, fino a raggiungere il 90.2% nella popolazione dei quindicenni.

I dati precedenti non sarebbero preoccupanti, se l'uso dei media *online* fosse adeguato all'età dei bambini ed adolescenti, ma non è così. Si afferma che il cyberspazio è sempre più

³ J. GAIRÍN SALLÁN, C. ARMENGOL ASPARÓ e B. SILVA GARCÍA, *El "bullying" escolar. Consideraciones organizativas y estrategias para la intervención*, in *Riv. Educación XXI*, 16.1, 2013, 27.

⁴ Inchiesta sull'uso delle tecnologie della informazione e della comunicazione dei ragazzi superiori ai 10 anni che vivono con la loro famiglia. Anno 2013. Istituto nazionale di Statistica, 3. Puoi consultare in <http://www.ine.es/>.

utilizzato da giovani e adolescenti, poco monitorati dai loro genitori e c'è l'avvertenza da diversi settori sull'uso crescente di *social network* per esercitare violenza fra pari⁵. Ovvero, con l'intento di diffamare, minacciare, degradare, assalire, intimidire o vessare altri ragazzi o giovani. Sicuramente, tale comportamento è molto più sottile di quelli di violenza fisica, ma indubbiamente possono causare gravi danni alla vittima minore. In questo caso, siamo davanti a un tipo di bullismo, chiamato cyberbullismo o *ciberbullying*, indirizzato a un compagno di classe attraverso dei mezzi tecnologici, utilizzando varie forme di aggressione: messaggi umilianti, spiacevoli o dannosi che si trasmettono attraverso *Whatsapp*, *Twitter* o un'altra rete sociale, chiamate molestie per telefoni cellulari multimediali, ecc. Recentemente è scattato l'allarme tra le famiglie per l'uso di applicazioni di *Gossip* nei telefoni cellulari degli adolescenti, che vengono utilizzati per molestare, bullare e insultare i compagni di scuola media o liceo in forma anonima⁶. *Gossip* è un'applicazione mobile creata da *Start up Crows&Dogs* con l'obiettivo di diffondere notizie, voci che circolano nell'ambiente scolastico dove tutti i soggetti si conoscono. I ragazzi si nascondono dietro l'anonimato, sentendosi più forti e questo fa sì che si esprimano con più impunità e maggiore violenza. Si deve evidenziare che la situazione di molestie a cui facciamo riferimento in questo studio non deve necessariamente disporre di elementi sessuali, perchè se questi elementi e connotazioni sessuali ci fossero, ci potremmo trovare di fronte ad un fenomeno di cyberbullismo o *child grooming*⁷.

Il difensore civico della Spagna in un rapporto nel 2007 affermava che l'uso delle nuove tecnologie aveva amplificato moltissimo e persino promosso l'esercizio degli abusi (bullismo). La stessa preoccupazione si faceva strada in Italia visto che il bullismo stava assumendo dimensioni sempre più preoccupanti, al punto che il Ministero dell'Istruzione ha istituito gli Osservatori regionali permanenti sul bullismo. In questo caso, il difensore civico spagnolo enfatizzò che «la posizione dell'aggressore è peculiare, dato il carattere po-

⁵ Si segnala che le relazioni che i bambini e gli adolescenti mantengono tra di loro hanno carattere non gerarchico (simmetria orizzontale), ovvero delle relazioni fra "eguali"; a differenza di quelle che mantengono con gli adulti (padri, professori, ecc.) che sono relazioni gerarchiche.

⁶ C. PULIDO, *Coordinadora del Grupo Prevención del acoso online. CREA Universitat de Barcelona, La aplicación de Gossip entre los y las adolescentes. ¿Cómo prevenimos el acoso on line?*, 1-5.

⁷ Su questo punto, cfr. ampiamente, F. PÉREZ FERRER, "El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código penal español (artículo 183 bis) *Riv. La Ley. Año XXXIII, Semana del 1 al 7 de octubre de 2012*, 7-12.

co appariscente della condotta e la diffusione a cui questo può essere esposto»⁸. A questo proposito, una prima osservazione è essenziale; un comportamento di bullismo può diventare molto sottile, difficile da trovare e facilmente rafforzabile⁹; in particolare, quando il livello di abuso è basso o medio-basso e si è manifestato in maniera relativamente sottile¹⁰. Una seconda osservazione ci porta a evidenziare le caratteristiche particolari che concorrono al cyberbullying, dove uno dei soggetti minori si trova in un piano d'inferiorità e non sono in una posizione adeguata per difendere i propri diritti.

Nel cyberbullismo devono coesistere i tre elementi di base del bullying tradizionale: intenzionalità, ripetizione e squilibrio di potenza, ma aggiungendo la peculiarità che avviene attraverso le TICs. Così, come notato da *Save the Children* (Spagna) nel Rapporto «bullismo a scuola e cyberbullismo molestie: proposte di azione»,¹¹ queste caratteristiche sono variabili secondo il caso concreto. Fra queste, dobbiamo evidenziare che l'elemento della reiterazione non può essere considerato, in quanto sarà sufficiente condividere anche una sola volta un'immagine indesiderata in un *social network* e che diverse persone posanno visualizzarla. In tal senso, «la ripetizione si verificherebbe ogni volta che l'immagine sia vista o condivisa». Nel cyberbullismo, il pubblico potrebbe essere illimitato e i telespettatori potenziali potrebbero essere molti più. Inoltre, incorpora anche un effetto disinibente al comportamento molesto. Così, «sarebbe la mancanza di conseguenze date dall'anonimato, e di posizioni che favoriscono la sicurezza della persona che non ha il coraggio di molestare direttamente, faccia a faccia, ma viene incoraggiata ad attaccare dalla presunzione di non essere scoperto»¹².

⁸ Relazione del difensore civico, *Violencia escolar: El Maltrato entre Iguales en la Educación Secundaria Obligatoria (1999-2006). Nuevo estudio y actualización del Informe 2000*, Madrid, 2006. Consultabile in www.defensordelpueblo.es/es/documentacion/publicaciones/monografico/documentacion/informe_violencia_escolar_ESO.pdf (aggiornato al 13 giugno 2014). In Italia a luglio 2009 il Ministro delle Pari Opportunità e il Ministro dell'Istruzione hanno organizzato la Settimana contro la violenza, per promuovere "iniziative di sensibilizzazione, informazione e formazione per studenti, genitori e docenti sulla prevenzione della violenza fisica e psicologica, compresa quella fondata sull'intolleranza razziale, religiosa e di genere".

⁹A. GARCÍA MARTÍNEZ Y J. BENITO MARTÍNEZ, "Los conflictos escolares: causas y efectos sobre los menores", *Revista Española de Educación Comparada*, 8 (2002), 182.

¹⁰ ¹⁰ J. GAIRÍN SALLÁN, C. ARMENGOL ASPARÓ e B. SILVA GARCÍA, *El "bullying" escolar.*, cit., 27.

¹¹L. ORJUELA LÓPEZ, L. BELKIS, J. CALMAESTRA VILLÉN, J. A. MORA-MERCHÁN Y R. ORTEGA-RUIZ, Relazione su "Acoso escolar y ciberacoso: propuestas para la acción". (Save the Children). Madrid, ottobre 2013, 22.

¹²J. M. AVILÉS MARTÍNEZ, *Bullying y cyberbullying, el papel del género y los medios*. Riv. *Aequalitas*, n° 26, gennaio-giugno 2010, 49.

1.2. *Concorrenza di fenomeni di bullying tradizionali e cyberbullying*

Nel 2010 la Procura aveva già avvertito dell'esistenza di cyberbullismo su *social network* insieme al bullismo a scuola. Secondo il Procuratore di minori della provincia di Jaén¹³, si sono aperti dieci casi di bullismo, con la particolarità che, in alcuni di loro, si fondono gli elementi classici di tipo penale (molestie, aggressioni, insulti, prendere in giro), attraverso l'uso delle reti sociali. L'ambito è maggiore perchè non è solo la scuola o il quartiere, ma si estende all'ambiente virtuale, a Internet.

«Sono casi di molestie in termini tradizionali, ora associate all'uso di reti sociali, soprattutto quelle che si verificano tra i giovani ha indicato la Procuratrice. Le vittime sono le stesse, solo che ora sopportano la punizione sotto nuove forme. Fondamentalmente si tratta d'insulti che sono diffusi attraverso queste reti sociali, con l'aggiunta che presenta le immagini della persona che è soggetto a scherno. Molti sono i volti e le immagini che vengono usati per caricaturare alla vittima o che sono presi fuori del quadro in cui sono state scattate per produrre un effetto di beffa».

Allo stesso modo, recentemente, l'Alto Procuratore della Regione di Andalusia¹⁴, avverte sulla proliferazione dell'uso delle reti sociali (*Tuenti, Facebook o Twitter*) come piattaforme per la commissione di violenza a scuola tra minori che si sono conosciuti all'interno del cerchio educativo. Così ha dichiarato nella sua relazione annuale di attività del 2013. Il Ministero Pubblico ha detto che in questi forum sono registrati molti minori di 14 anni, anche se non è consentito; e «anche se sono stati avvertiti i genitori, dato che sembra esserci un'accettazione generale del fatto non c'è nessun pericolo in questo processo».

In questo quadro, vale la pena di evidenziare un recente studio che analizza la concorrenza di fenomeni tradizionali di bullismo e cyberbullismo. I risultati della ricerca¹⁵ mettono in evidenza «la importante simultaneità di due eventi e suggeriscono che, mentre il coinvolgimento nel cyberbullying (*cybervictimización e cyberagresion*) può essere previsto, in parte, dal coinvolgimento nel *bullying* tradizionale, ma non succede lo stesso nella direzione

¹³ Giornale: *El Ideal* (03.12.10) intervista alla Procuratrice dei minori Pilar Sánchez Alcaraz. Consultabile in <http://www.ideal.es/jaen/v/20101203/jaen/fiscalia-detecta-ciberacosos-redes-20101203.html>

¹⁴ Canale di TV Canal Sur: Telegiornale (21/09/2013) servizio dal titolo "Allerta dell'uso delle reti sociali come strumenti di violenza scolastica".

¹⁵ La ricerca si svolge su 274 adolescenti, fra 12 e 18 anni, di 2 centri docenti spagnoli della Regione di Andalusia. R. DEL REY, P. ELIPE, Y R. ORTEGA-RUIZ, *Bullying and cyberbullying: Overlapping and predictive value of the co-occurrence*, in *Riv. Psicothema*. Vol. 24, n° 4, 2012, 608-613.

opposta». Si deve notare inoltre che la vittimizzazione precedente è un fattore di rischio sia nel tradizionale bullying come nel cyberbullying.

Questa concorrenza tra i due fenomeni (bullying e cyberbullying) è stata riflessa nelle decisioni dei nostri tribunali spagnoli; i quali hanno risolto un caso con sentenza della provincia di las Palmas del 15 novembre 2013¹⁶. In questo caso, 11 ragazzi minori erano pronti per concretizzare, porre in essere atti e eventi ripetuti con l'intenzione di pregiudicare l'integrità morale di un compagno di scuola, il quale è stato sottoposto a continue prese in giro chiamandolo "sciuscìa/lustrascarpe": persona che pulisce gli stivali pubblicamente agli 11 ragazzi, ridendo della vittima chiamandolo gay, queer e pazzo (...). «(...) si è dimostrato, per quanto riguarda le persone condannate, che ripetutamente e con lo scopo di minare la integrità morale del compagno continuando a prenderlo in giro, hanno integrato il tipico comportamento continuato burlesco, derivato da finalità degradanti o umilianti, come risate, perchè con questi atteggiamenti si rinforzano i loro effetti e aggravano i loro effetti negativi (...)».

Fino a qui, il bullismo tradizionale. Però la sentenza non fa espressamente riferimento al cyberbullying e ha dimostrato l'aggressione e l'intenzionalità effettuata da questo numeroso gruppo di compagni di classe. L'aggressione è "amplificata" dalla pubblicazione di una foto della vittima e l'invito agli altri a partecipare alla beffa nonché l'umiliazione contro il minore, che non poteva difendersi. Secondo la dichiarazione scritta nella sentenza della Corte:

«(...) le molestie sono amplificate con la pubblicazione di una fotografia della vittima nel portale Internet di Tuenti, senza il consenso del tormentato e con l'intenzione di ridicolizzarlo, intimidirlo e isolarlo. Foto che era intitolata «lustrascarpe !! xD» e invitando i colleghi a fare commenti sulla foto, rispondendo gli altri nei giorni seguenti con espressioni sprezzanti e beffa (...). “Quello ha dato luogo a commenti offensivi sulla sua persona e generando tutta l'azione descritta: una sensazione di ansia, d'inferiorità e di umiliazione (...)”. (...) la situazione di costante umiliazione dell'accusata Flora alla vittima José Daniel era evidente, non solo nell'ottenere tale fotografia senza il consenso di Jose Daniel e caricare le

¹⁶ Sentenza Provinciale di Las Palmas, SAP de Las Palmas (Sección 1ª) Sentenza n. 209/2013 del 15 novembre, (JUR\2014\3749), Ponente: Ilma. Sra. Inocencia Eugenia Cabello Díaz.

foto per tuenti, ma anche per altri atti: 1°) partecipare attivamente e in maniera rilevante nei commenti che hanno avuto luogo quel giorno in tuenti (come, grazie a lui ci divertiamo in classe ajaja!); 2°) dai ripetuti commenti sprezzanti che Flora ha fatto a Jose Daniel in classe, dicendogli (come lo ha riconosciuto) “lustrascarpe, queer e gay”; 3°) per il trattamento di Flora verso Jose Daniel e che, secondo lui erano parole pronunciate con disprezzo e umiliante; 4°) il rifiuto dell'imputata di ritirare le foto di Jose Daniel da Tuenti, quando lui lo aveva chiesto più volte. Inoltre, sotto la propria testimonianza resa dalla vittima, l'attitudine di atteggiamento di Flora durò anche dopo aver presentato la denuncia, in quanto si era presentata, in compagnia di diversi amici, nel nuovo collegio dove Jose Daniel è dovuto scappare, vista che la situazione di molestie era insostenibile».

È chiaro che la pubblicazione di foto sul *social networking* (*cyberbullying*), mettendole in relazione ad alcuni commenti crudeli provocati dai diversi bambini accusati in Tuenti, avvalorava oggettivamente l'exasperazione del bullismo tradizionale. Secondo le manifestazioni della vittima: «dopo la foto è peggiorato tutto (...)» mi hanno attaccato sempre ma di più dopo la pubblicazione della fotografia, al punto che l'unico amico che avevo in classe mi ha detto che non dovevo avvicinarmi a lui nemmeno fuori della classe.

1.3 Cifre allarmanti del cyberbullying

La straordinaria dimensione di questo fenomeno ha raggiunto una crescente preoccupazione negli ultimi tempi. Nella suddetta relazione del difensore civico della Spagna (2007) sono incluse alcune cifre del cyber bullismo; 5,5% di scolari sono stati dichiarati vittime di *cyberbullying* e 5,4% sono stati dichiarati aggressori degli altri utilizzando mezzi di comunicazione cibernetica. Inoltre, come dimostrato da questo rapporto, un quarto di scolari aveva assistito a comportamenti di *cyberbullying*; occasionalmente (22%) o prolungati (3%)¹⁷. Ad oggi, non ci sono cifre ufficiali in materia. In Spagna, la memoria di appunti del 2013¹⁸ del Procuratore Generale dello Stato non fornisce «dati numerici concreti», ma si

¹⁷ Relazione del difensore civico: *Violencia escolar: El Maltrato entre Iguales en la Educación Secundaria Obligatoria (1999-2006)*, cit. Consultabile in www.defensordelpueblo.es/es/documentacion/publicaciones/monografico/documentacion/informe_violencia_escolar_ESO.pdf.

¹⁸ Il paragrafo concernente l'evoluzione della criminalità, reati in particolare, è la sezione 6. 2.2.7 della memoria dell'ufficio del procuratore nazionale dello stato che si riferisce alla forma della violenza nell'ambito

limita a fornire alcuni casi. Nella maggior parte dei casi, gli atti di bullismo non sono segnalati. È un indicatore comune, sia nel cyberbullismo come nel bullying tradizionale: il silenzio delle vittime; testimoni (spettatori o osservatori) che, a volte, per paura, approvano o partecipano ad un atto d'intimidazione o di molestie, diventando complice nel comportamento.

A livello europeo, è ribadito che i numeri dei casi di molestie sono ogni giorno più numerosi. Alcune notizie sono rivelatrici della gravità e dell'entità del problema. Sotto il titolo «quasi quattro su dieci adolescenti ha minacciato un compagno» il giornale spagnolo El Mundo¹⁹ ha pubblicato questa notizia dove aggiunge lo studio realizzato dall'ONG innovazione sociale intermedio (un progetto finanziato dalla Commissione europea, come il britannico BeatBullying Foundation), che ha lanciato un web <http://www.beatbullying.org> che funziona come un *social network* dove i ragazzi che soffrono di una sorta di molestie hanno uno spazio per interagire in modo anonimo. Lo studio, condotto dall'organizzazione su 6.000 ragazzi e adolescenti non specifica come minaccia il 35% degli adolescenti, né qual è la percentuale che lo fa direttamente o tramite la rete²⁰. Ma il suo segretario generale, Reynaldo Rivera, ricorda che altri studi europei indicano che c'è un 16% di bullismo tra gli adolescenti e assicura che la Spagna è al di sopra della media europea. In parallelo e sotto il titolo allarmante «ventiquattro milioni di giovani e bambini europei affrontano molestie» sia faccia a faccia che attraverso le nuove tecnologie, il giornale ABC ha svelato queste cifre quando membri della suddetta piattaforma hanno espresso la necessità di prestare maggiore attenzione al problema delle molestie nella propria sede del Parlamento europeo. Secondo l'organizzazione, sette su dieci giovani ha sperimentato qualche forma di molestie o intimidazioni, verbale, psicologica o fisica, qualcosa che potrebbe avere conseguenze per il resto

scolare. Cfr. Memoria Fiscalia General Del Estado, Ed. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, 416.

¹⁹Vid. El Mundo 1 de abril de 2014. Consultabile: <http://www.elmundo.es/espana/2014/04/01/533ac9d2268e3e8e2a8b4573.html> (data di consultazione 2-07-2014).

²⁰L. TINELLI, *Le prepotenze on line: il cyberbullismo*, <http://loritatinelli.wordpress.com/category/articoli-di-criminologia-e-criminalistica/>. In Italia, nel novembre del 2012 la notizia del suicidio di un quindicenne romano ha sconvolto l'opinione pubblica, portando tutti a riflettere sugli effetti di certe azioni persistenti e aggressive consumate in un nuovo spazio pubblico: il web. Negli ultimi anni i social network e la stessa rete internet più allargata sono stati sempre più spesso oggetto di contrapposte tesi sull'utilizzo: da una parte i fautori della piena libertà di espressione, come di fatto ricordato nell'accezione più generale dall'articolo 21 della Costituzione italiana, dall'altra coloro che pongono l'attenzione alla tutela delle vittime di un uso improprio e illecito della libertà di espressione, da parte di qualche sconsiderato che adopera malamente questi spazi.

della loro vita. Questa notizia rivela anche che «l'anno scorso nell'UE, 1712 ragazzi e giovani si sono tolti la vita per liberarsi del tormento del bullismo», morti che sono "evitabili" come ha detto Niall Cowley²¹.

Secondo quanto detto, si conferma quello che anni fa aveva già espresso il rapporto del difensore civico della Spagna (2000)²²: «(...) Questo tipo di violenza, che si rivela per essere presente costantemente nelle nostre scuole, tende ad essere poco conosciuta - quando non ignorata - da adulti, che considerano le forme meno intense (certi insulti, soprannomi offensivi, l'esclusione da giochi e attività...) situazioni normali e si può dire che fa parte dell'accettazione sociale maggioritaria e di un grado di familiarità, permissività e indifferenza per la mancanza di conoscenza che gli adulti e la società in generale hanno della materia. Questo causa conseguenze negative perchè in questi comportamenti può esservi il germe di altri comportamenti antisociali successivi». In questo senso, la relazione su «molestie cyberbullismo e scuola: proposte di azione» (2013) dimostra che situazioni meno gravi sono invisibili a causa della denuncia e meccanismi di azione sono insufficienti o non sono conosciuti dai ragazzi, le loro famiglie e insegnanti che li seguono²³.

In questo contesto, come prevenzione, particolare attenzione meritano le informazioni che dovrebbero essere fornite agli studenti su alcune implicazioni giuridiche che possono avere i comportamenti di molestia. Una recente ricerca condotta nel Regno Unito²⁴ ha studiato il grado di consapevolezza e comprensione di scolari sugli aspetti legali di cyberbullismo (legislazione, crimini, diritti degli scolari, sanzioni e responsabilità), come in Italia²⁵. Il risultato genera una grave mancanza di conoscenza tra ciò che gli studenti dovrebbe-

²¹ Giornale ABC: *ABC Familia publicado el 27 de junio de 2013*. Consultabile in <http://www.abc.es/familia-padres-hijos/20130627/abc-ninos-acoso-201306271320.htm> Data di consultazione (20-07-2014)

²² Relazione del difensore civico. *Violenza scolastica: la vittima tra simili nella educazione seocndaria obbligatoria*, Madrid, 2000, p. 11. Consultabile in <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Estudioviolencia.pdf>

²³ L. ORJUELA LÓPEZ, F. BELKIS, J. CALMAESTRA VILLÉN, J.A. MORA-MERCHÁN Y R. ORTEGA-RUIZ, *Informe sobre "Acoso escolar y ciberacoso: propuestas..."*, cit., 7.

²⁴ Ricerca su 197 studenti di entrambi i sessi fra gli 11 e i 14 anni. S. PAUL, P.K. SMITH Y H.H. BLUMBERG, HERBERT H., *Investigating legal aspects of cyberbullying*, *Rivista Psicothema*, Vol. 24, n° 4, 2012, 640-645.

²⁵ A. MICOLI E C. PUZZO, *Bullismo e responsabilità*, Maggioli Editore, 2012. Il testo è strutturato in due parti: la prima parte è dedicata all'analisi psicologica del fenomeno. In particolare, ci si sofferma sulla personalità dei protagonisti degli atti di bullismo: autore e vittima. Interessante si rivela, senz'altro, la rappresentazione di casi di bullismo realmente accaduti e di cui si è occupata in prima persona una delle autrici nella sua veste di psicologo. La seconda parte del testo affronta il problema del bullismo sotto l'aspetto giuridico. Vi è un'interessante presa di coscienza del fatto che il legislatore, ad oggi, non ha approntato una disciplina a

ro conoscere e chi li ha informati su questo tema. Una linea di azione in questo senso può aiutare a sensibilizzare i minori a persuadere (potenziali aggressori) sulle gravi conseguenze dell'adozione di questi comportamenti. Include in questo senso l'encomiabile lavoro svolto in Spagna dalla polizia nazionale nella grande campagna contro il «bullismo» a livello statale. Sotto il titolo «Tutti di fronte alle molestie nella scuola», la polizia specializzata frequenta scuole per spiegare e educare gli studenti sul contrasto al *bullying* e *ciberbullying*.²⁶

2.CYBERBULLISMO E RESPONSABILITÀ PENALE DEL DELINQUENTE GIOVANILE

2.1. Cyberbullismo: *Regolazione prevista dal Codice penale spagnolo*

E' palese che la diffusione d'immagini, dati, commenti offensivi sulle vittime facilitati dai *social network*, internet e la TIC's sono comportamenti illegali. Da una parte, violano i diritti fondamentali sanciti dalla Carta Magna spagnola (qui di seguito CE): contro l'onore, la privacy e l'immagine di sé (art. 18.1 CE) e violano il diritto alla dignità (art. 10.1 CE). E d'altra parte, quei comportamenti di molestie che identificano il bullismo e cyberbullismo, anche se non sono specificamente classificati nel nostro codice penale (in seguito CP), sono anch'essi contrastati da un'adeguata copertura giuridica. Così il legislatore spagnolo li ha previsti e questa posizione sembra ragionevole alla dottrina²⁷. In conseguenza, davanti ad atti qualificati come *bullying* e *ciberbullying*, le vittime minori, i loro genitori o tutori e anche la scuola, possono presentare denuncia penale per la possibile concomitanza di vari e diversi reati:

a) Quando la condotta di molestie ha caratteristiche molto gravi, questa sarebbe ascrivibile all'articolo 173.1 del codice penale spagnolo, che punisce chi commette «un trattamento degradante, minando seriamente la sua integrità morale». Giurisprudenza e dottrina, anche riconoscendo le difficoltà d'interpretazione che presenta l'articolo 173.1 del codi-

livello civilistico e penalistico che regoli il fenomeno e gli operatori del diritto, pur in assenza di una normativa specifica, utilizzando le disposizioni vigenti per fornire una qualche forma di tutela alle vittime del bullismo. Il testo si sofferma, altresì, sul cyber bullismo in forte crescita nel nostro paese tra i giovanissimi che, com'è noto, sin dall'infanzia fanno uso di strumenti tecnologici quali telefoni cellulari, personal computer e web.

²⁶ Per sollecitare aiuto o risolvere dubbi sul *bullying* o *ciberbullying*, la polizia spagnola ha aperta un account di posta elettronica il quale si può scrivere: seguridadescolar@policia.es.

²⁷ J.A. MORENO MARTÍNEZ, *Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección*, in *La Responsabilidad civil y su problemática actual* (Coord. J.A. Moreno Martínez) Ed. Dykinson Madrid, 2007, 780.

ce penale, sottolinea che l'integrità morale è identificata con le nozioni di dignità ed inviolabilità della persona. La fattispecie penale richiederebbe che l'autore o gli autori di comportamenti di molestie infligga a un compagno di classe un trattamento degradante, significa che le persone che molestano devono creare sentimenti nelle vittime di terrore, angoscia e d'inferiorità capace di umiliarli, denigrarli e compromettere la loro resistenza fisica o morale²⁸. Il bene giuridico protetto nel codice penale è secondo la sentenza della Corte Suprema Spagnola del 4 maggio 2012²⁹ «il diritto di essere trattato come una persona e non come una cosa, che si riferisce alla sensazione di diffamazione, molestie e umiliazioni, indegnità fisiche o psicologiche, sofferenze inflitte in modo degradante e con la volontà di sottomettere il soggetto paziente» (2 ° FJ).

b) Allo stesso tempo comportamenti di bullismo (bullismo e cyberbullismo) possono rientrare negli altri tipi: criminalità o lesioni minori (psicologico) dell'articolo 147 CP, mancanza di molestie gravi nell'articolo 620.2 CP (quando atti di violenza psicologica sono di bassa gravità); minacce (artt. 169 e seguenti CP); reato di calunnia e diffamazione (artt. 205 a 216 CP); e anche, nei casi più gravi, in un reato d'istigazione al suicidio (143,1 CP). Su questo tema ci sono morti recenti che si sono verificate nel nostro paese, e che sono state collegate a comportamenti di bullismo a scuola. In questo senso, ci sono studi che sostengono che il soggetto che soffre di bullismo ha una maggiore propensione al suicidio. Sotto il titolo «Sgomento per la morte di una giovane donna che soffriva di bullismo», le possibili cause indicano che la ragazza di 13 anni ha sofferto cyberbullismo e molestie per il cellulare³⁰. Anche il suicidio di un'altra ragazza di 14 anni, il cui corpo è stato scoperto l' 11 aprile 2013. Secondo le testimonianze dei compagni di classe e di numerose pubblicazioni nelle reti sociali si confermerebbe il sospetto che la piccola ragazza ha sofferto di bullismo scolastico³¹. Notizie che non solo hanno causato confusione nel nostro paese, ma anche nel resto del mondo. Hannah Smith, una ragazza inglese di 14 anni, si è tolta la vita il 2 agosto 2013

²⁸STS del 29 settembre 1998 (RJ 1998/7370). Dottrina che si ritrova altre sentenze posteriori come SSTS (Sala 2ª) del 27 gennaio 2011 (ricorso n. 10755/2010) e la STS n° 255/2011, del 6 aprile 2011.

²⁹STS (Sala 2ª) n° 331/2012, de 4 de mayo de 2012 (FJ 2º).

³⁰El Mundo (12.03.2014). Consultabile in <http://www.elmundo.es/baleares/2014/03/12/5320286a268e3ed03a8b456d.html> (Data di consultazione 20.07.2014)

³¹Notizia pubblicata in *El Comercio* con il titolo “*La Fiscalía investiga el caso de la niña fallecida en Gijón tras un supuesto acoso*”. Consultabile in <http://www.elcomercio.es/20130420/asturias/gijon/comaneras-gijon-201304200226.html>

quando si impiccò perchè non era in grado di superare la pressione sofferta in una rete sociale (Ask.fm).³²

D'altra parte, il comportamento di bullismo *on-line* sarà verificabile, attraverso dei danni per l'inviolabilità della persona o se esiste lesione di altri beni personali della vittima (vita, integrità morale, danno psichico, ecc.). Secondo quanto suppone Pérez Ferrer³³ «la coesistenza di sanzioni ingiuste di significato autonomo e indipendente, produrrà un concorso di reati». A questo proposito, dobbiamo ricordare che l'articolo 177 CP³⁴ adotta il criterio del cumulo della punizione delle violazioni che, tuttavia, non saranno applicabili nel caso in cui il delitto è specificatamente punibile dalla legge; circostanza che non si verifica con i comportamenti di bullismo a scuola, in assenza di un tipo specifico, come abbiamo già indicato.

Ma detto questo, vogliamo dire che in Spagna i ragazzi sotto i 14 anni di età non possono essere incriminati, dai 14 ai 18 anni possono essere incriminati e la risposta dovrebbe arrivare dalla giurisdizione dei minori e dalla rigorosa attuazione della Legge Organica di 5/2000, del 12 gennaio, che regolano la responsabilità penale dei minori (in seguito LORPM). Questa legge è stata modificata dalla legge organica 8/2006 del 4 dicembre³⁵ che come vedremo, tende a indurire le sanzione³⁶ e aggiunge l'ordine di rimozione dell'aggressore dal circolo personale e didattico della vittima. Su questi aspetti ritorneremo.

2.2. Responsabilità penale dei minori secondo l'età e le misure adottate (LORPM)

a) Gli studenti di età inferiore ai 14 anni. I ragazzi di questa età non sono penalmente responsabili, ma la domanda è: sono responsabili civilmente? Una prima osservazione ci

³²Può vedersi l'impatto causato nel giornale *El País: Tecnologías* (19.08.2013). Attualità R. JIMÉNEZ CANO. Consultabile in: http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2013/08/19/actualidad/1376928582_324067.html

³³F. PÉREZ FERRER, *La respuesta penal al acoso escolar*, Riv. Derecho y educación. (Coords. P. Mena, F. Pérez Ferrer, R Herrera de las Heras y P. Martínez Ruano), Ed. Universidad de Almería, 2010, 108.

³⁴Articolo 177-CP imposta la seguente regola di fallimento: se nei crimini descritti negli articoli precedenti, oltre che l'attacco sull'integrità morale, c'è lesione o danno alla vita, integrità fisica, salute, libertà sessuale o proprietà della vittima o di terzi, si puniscano i fatti separatamente con le penalità corrispondenti reati o per delitti commessi tranne quando uno è già particolarmente punibile dalla legge.

³⁵ Pubblicata in el BOE num. 290, del 4 dicembre 2006, con entrata in vigore il 5 febbraio 2007.

³⁶La giurisdizione dei minori si attuerà proteggendo la vittima con cessazione immediata della condotta, anche tramite l'utilizzo di misure cautelari (per es. arresto del bullo); offrendo risposta educativa sanzionatoria all'aggressore (per es. libertà vigilata, ordine di allontanamento); inclusi i casi meno gravi, l'accusatore può intentare una conciliazione scusandosi con la vittima, una promessa di riparazione o assumendo dei servizi socialmente utili.

porta a sottolineare l'importanza della età. Secondo il rapporto del Difensore civico della Spagna (1999-2006)³⁷ il comportamento è più importante nell'educazione primaria ed è imprescindibile per il 43% nel secondo corso di questa fase, e per il 6% nel secondo anno di liceo. Parallelamente, i dati estratti dalla relazione Cisneros X sul «bullismo e violenza nelle scuole» ha notato che in Spagna³⁸, un 23,4% degli studenti iscritti tra seconda primaria e primo corso di secondaria sono stati vittime di bullismo e designa come età più in conflitto dagli 11 ai 14 anni, diminuendo dopo questa età.

Secondo le disposizioni dell'articolo 3 LORPM: «Quando l'autore dei fatti relativi nell'articolo precedente è di età inferiore a quattordici anni, non si richiede responsabilità ai sensi della presente Legge, ma si applicheranno le disposizioni delle norme sulla tutela dei minori previste dal codice civile e altri regolamenti».

Quindi c'è una fascia importante di studenti sotto i 14 anni di età, per i quali non è necessaria la responsabilità penale, né la responsabilità civile per i loro atti ai sensi della LORPM. In questa fascia di età «si applicherà la disposizione delle norme sulla tutela dei minori previste dal codice civile e altre disposizioni in vigore». Così, la responsabilità civile derivata dal comportamento di cyberbullismo, indipendentemente dal fatto che essi non siano classificati penalmente, si regolerà sotto la responsabilità civile extracontrattuale (artt. 1902 e segg. del c.c.) come vedremo più avanti. A tal proposito, dobbiamo dire che per poter rilevare nel minore di 14 anni la responsabilità civile (direttamente o per fatto proprio) in conformità all'articolo 1902 C.c. si ammettono diversità di situazioni secondo l'età, come vedremo più avanti.

b) Gli studenti dai 14 anni di età ai 18 sono dal punto di vista penale e civile soggetti imputabili. L'articolo 19 CP approvato dalla legge organica 10/1995 del 23 novembre, imposta come limite di età i 18 anni. La responsabilità penale speciale che colpisce questi minori è regolata dalla legge organica di 5/2000. articolo 1.1 LORPM afferma che «Questa legge si applicherà alla responsabilità delle persone sopra l'età di 14 anni e sotto l'età di 18

³⁷ Relazione del Difensore Civico spagnolo: *Violencia escolar: El Maltrato entre Iguales en la Educación Secundaria Obligatoria (1999-2006)*. Nuevo estudio y actualización del Informe 2000. Madrid, 2006, 94. Questa nuova relazione realizza uno studio comparativo tra i risultati che si ottennero nel 2000 con la collaborazione di 600 centri pubblici, privati e paritari in tutto il territorio nazionale. Consultabile <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Estudioviolencia.pdf>

³⁸Studio Cisneros X sobre la violencia y el acoso escolar en España (OÑATE y PIÑUEL, 2006).

anni per atti caratterizzati come crimini o delitti nel codice penale o leggi penali speciali». Secondo la LORPM diventa responsabile penalmente il minore compreso in questa età, ma riduce i termini, impostandola come una responsabilità distinta da quella penale regolata per gli adulti. Così, pur essendo formalmente responsabilità penale, permette un intervento d'intensità del potere educativo, anche se naturalmente speciale. A questo proposito e come ha mostrato la sentenza della Corte Provinciale di Guipúzcoa del 15 luglio 2005 (caso Jokin)³⁹ evita i principi fondamentali del diritto penale per i soggetti maggiore di età, come il principio di precauzione generale o il principio di proporzionalità della sanzione. Anche dopo la riforma della LORPM operata dalla Legge Organica 8/2006 alcuni autori ritengono che il Diritto Penale del Minore ha snaturato la sua essenza, per diventare una legge penale simile a quella applicabile agli adulti. Argomenti che possono giustificare, attraverso il pretesto di proporzionalità, la durata delle misure della sanzione facendo aumentare la punizione per il fatto commesso. Infatti, l'articolo 9 LORPM dopo l'emendamento della Legge Organica 8/2006 stabilisce la possibilità di *libertà vigilata*, oltre il caso di reato, anche quando questo sia di minor rilievo. A questo proposito si precisa che «Quando gli atti commessi non sono qualificati come reati perchè minori, possono essere imposte misure di libertà vigilata, fino ad un massimo di sei mesi».

Nella stessa linea, l'articolo 10 LORPM, modificato sempre dalla Legge Organica 8/2006, parla di una misura di internamento di un anno in più. Questo precetto, sotto la voce «Specifiche norme di applicazione» e la durata delle misure designa due ipotesi:

- a) se al momento della commissione dei fatti, un ragazzo ha tra i 14 e i 16 anni, la misura potrà raggiungere i 3 anni (prima erano due);
- b) se al momento della commissione dei fatti, il ragazzo ha compiuto l'età di 16 anni, la durata massima della misura deve essere di sei anni (prima erano cinque); (...) In questo caso, quando l'atto sia di estrema gravità, il Giudice deve imporre una misura *di detenzione in regime carcerario da uno a sei anni* (prima erano cinque).

Abbiamo visto che non c'è responsabilità penale del comportamento di molestie realizzate dal giovane dai 14 ai 18 anni, ma c'è una responsabilità civile per l'illecito penale

³⁹ Caso JOKIN, Vid. SAP de Guipúzcoa del 15 luglio 2005, n° del ricorso 1009/2005. (Ref. La Ley Juris 579578/2005), Ponente Sr. Subijana Zunzunegui.

(responsabilità civile ex reato) il cui regolamento ha specifiche disposizioni nel diritto penale del ragazzo (artt. 61 e 64 del LORPM). Lasciamo ora segnalata la regola di base: l'articolo 61.3° LORPM che designa come responsabile civile il minore, insieme ai genitori e tutori che risponderanno in solido (art. 61.3 e 4 LORPM): Quando il responsabile di atti commessi sia una persona sotto i diciotto anni, risponderà congiuntamente e solidalmente dei danni causati i loro genitori, tutori, accoglienti e tutori legali o di fatto, in questo ordine. Quando questi non hanno favorito la condotta del minore con dolo o colpa grave la loro responsabilità può essere attenuata dal Giudice nel caso particolare».

Come avete visto, se si inserisce il cyberbullismo può essere punibile secondo i tipi criminali. Ma quello che adesso ci interessa, sono quei comportamenti e la colpa penale, che secondo il diritto penale dei minori producono un danno effettivo, che nessuno ha l'obbligo di sopportare (ancor meno un minore); di modo che quel danno ingiustamente causato, provocherà la nascita della corrispondente responsabilità civile.

3. REGIMI LEGALI CHE REGOLANO LA RESPONSABILITÀ CIVILE PER DANNI DERIVANTI DAL CYBERBULLISMO

3.1. *Il terzo sistema di responsabilità civile che introduce la LORPM*

Una breve nota per chiarire la questione ci porta a sottolineare che coesistono due regimi giuridici diversi nell'ordinamento giuridico spagnolo: una che regola la responsabilità civile derivata da condotte antiggiuridiche, e una seconda che dipende se ci sono o no tipi penali. L'art. 1092 c.c sottolinea che «gli obblighi civili che nascono dai reati o violazioni sono disciplinati dalle disposizioni del codice penale». E secondo l'articolo 1093 c.c. «gli obblighi derivanti da atti o omissioni che intervengono a colpa o negligenza non punibile per legge, saranno soggetti alle disposizioni del capitolo II del titolo XVI di questo libro» (artt. 1902-1910 C.c.). Questi precetti, dimostrano che gli obblighi derivanti dall'illecito sono disciplinati dagli art. 1902 e s. del codice civile (responsabilità civile); e quelli derivanti dagli illeciti penali sono disciplinati dal Codice penale. Queste disposizioni sono quelle contenute nel titolo V del primo libro negli articoli 109-122 CP.

Si afferma dunque che solo ragioni storiche⁴⁰ giustificano la dualità di regimi giuridici che disciplinano la stessa realtà giuridica in materia di responsabilità civile, secondo cui l'obbligo di risarcire deriva da un illecito civile o penale. Certamente bisogna sottolineare che il codice civile non si riferisce espressamente al danno morale, di particolare rilevanza nei casi di bullismo e cyberbullismo, ma la giurisprudenza e dottrina lo inseriscono all'interno dell'articolo 1902 c.c., essendo indipendenti, l'obbligo di risarcimento derivante da un illecito civile o penale, perché le differenze tra i due illeciti non influiscono nella compensazione come vedremo dopo.

È un fatto provato che il cyberbulling colpisce direttamente la salute fisica, psicologica e sociale della vittima, per questo non è discutibile che tali comportamenti di molestie sul minore siano suscettibili di generare un danno morale risarcibile. La crudeltà che deriva dai comportamenti di molestie, come distruggere all'inizio l'autostima e produrre danni di particolare intensità che possono durare tutta la vita. Così, dobbiamo ricordare, che il Diritto, non rimborsa qualsiasi dolore, sofferenza, o angoscia, ma soltanto quelli che siano risultanti dalla privazione di un diritto proprio, su cui la vittima ha un interesse giuridicamente riconosciuto. Come risultato, la ricevibilità della cosiddetta *pecunia doloris* o «*pretium doloris*», risarcimento del danno morale generato da comportamenti di molestie, non è solo per la sofferenza personale della vittima, perché come evidenza la Corte Suprema spagnola (TS) «ha un ampio spettro, quindi accoglie anche il sentimento di dignità violata, il danno psicologico e la rottura nel normale sviluppo della personalità. «Nella sentenza della Corte Provinciale di Las Palmas del 15 novembre 2013 (quasi nello stesso senso la Sent. Trib. di Palermo del 27 giugno 2007), considera che il comportamento di bullismo tradizionale e cyberbullismo ha generato nei minori «un disordine misto adattivo, sintomi ansioso-depressivi di natura cronica, svalutato di autostima, sentimenti di impotenza, intensa paura

⁴⁰ L'analisi storica sulla questione si trova alle seguenti citazioni: E. LLAMAS POMBO, "La mal llamada (y peor entendida) responsabilidad civil ex delicto" Riv. Práctica de Derecho de Daños, N° 19, Sección Editorial, Septiembre 2004, (LA LEY 1727/2004). S. DIAZ ALABART, La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los menores sometidos a patria potestad o tutela, en Anuario de Derecho civil, junio-septiembre de 1987, 795-894. C. MIR PUIG, "Sobre el problema de la naturaleza de la Responsabilidad civil extracontractual", Riv. Actualidad Civil, n.º 7 (febrero 1991), pp. 101 a 107. Cfr. anche R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Tratado de Responsabilidad Civil. Ed. Civitas, Madrid, 1993, 80 y 81; F. PANTALEÓN, "Comentario al art. 1902 C.c.", en el Código Civil Comentado, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993, 1971-2003.

a certi stimoli, isolamento sociale e il livello di dipendenza dalla loro famiglia non adeguato alla loro età»⁴¹.

In conseguenza, il concetto giuridico di danno civile risarcibile da cyberbullismo è unitario, e non è un danno civile *ex delicto* e un danno civile *no ex delicto*. A meno che sia discutibile il concetto di danno civile come solo nel sistema giuridico o che il danno da riparare sia della stessa natura dell'ammenda di cui all' art. 1092, la verità è che hanno la stessa *causa efficiens* (danno civile) *causa finalis* (interesse in riparazione), e svolgono anche la stessa funzione. Pertanto, tradizionalmente da diversi settori della dottrina si è esortato verso l'unificazione del sistema della responsabilità civile extracontrattuale e responsabilità civile *ex reato o delicto*. Però, quest'unificazione non è avvenuta e dunque mantiene tale dualità.

La LORPM ha introdotto un terzo sistema di responsabilità civile, che è una responsabilità speciale, in quanto è diversa dal tipo previsto dal Codice penale e dal Codice civile. Come abbiamo detto, il nuovo regolamento della responsabilità dei minorenni è prevista negli artt. 61 a 64 LORPM, che è venuto per aggiungere più complessità nella materia. Rimane quindi la pluralità di ordinamenti giuridici nella legge spagnola di danni «ingiustificabili»; «palpabili, quando ora, con il tradizionale codice civile e norme di diritto penale e amministrativo, sono state progettate per i genitori e altri titolari di funzioni di controllo sull'articolo 61.3 LORPM»⁴². Questa legge stabilisce la responsabilità congiunta del ragazzo con i loro genitori o rappresentanti legali ma accoglie e consente la moderazione (Art. 61.3LORPM) come una responsabilità civile che si è distinta da quella contenuta nell'articolo 1903 C.c. riferita alla responsabilità civile per un fatto altrui.

Insistiamo sul fatto che, questo modello di responsabilità si applica ai danni derivanti da comportamenti di bullismo o bullismo informatico costitutivo dall'illecito penale causato da ragazzi con più di 14 anni di età e meno di 18 (art. 1.1 LORPM)⁴³. Pertanto, la respon-

⁴¹SAP di Las Palmas (Sección 1ª) sentenza n. 209/2013 del 15 novembre (JUR\2014\3749) Ponente: Illma. Sra. Inocencia Eugenia Cabello Díaz. In Itali, cfr. Sent. Trib. di Palermo del 27 giugno 2007: “le conseguenze per la vittima [...] sono la tendenza a chiudersi in atteggiamenti ansiosi e insicuri e il calo progressivo del senso di autostima suscettibile di produrre un'immagine negativa di sé in quanto persona di poco valore e inetta” Sent. Trib. di Palermo del 27 giugno 2007.

⁴²J. CARRERA DOMÉNECH, *¿Por este orden? Comentario a la SAP de Cantabria, sec.4ª, 23.12.2003*”, in Riv. InDret, 3, 2004, in www.indret.com

⁴³Dopo la riforma 8/2006 l'articolo 39 LORPM primo paragrafo comma 2 dice che:... sarà affrontato tramite la responsabilità civile, derivato dal reato o danno, con il contenuto indicato all'articolo 115 del codice penale. Il rinvio all'articolo 115 CP inoltre comporta l'applicazione nel processo penale minorile la regola che

sabilità *ex reato* per atti di molestie commesse da minori è regolata nel codice civile, nel codice penale e nella LORPM, con una serie di riduttori molto complessi che porterà a un diverso diritto sostanziale e diversi ordini giurisdizionali per il suo perseguimento. L'art. 1092 C.c rinvia agli articoli 109 e 120 del Codice Penale, e dice nell'articolo 19 CP che i ragazzi di età inferiore ai diciotto anni non saranno responsabili penalmente secondo questo codice, trasmesso per il LORPM. Così è impostato il secondo comma dell'articolo 19 CP: «Quando un minore di quell'età commette un reato, potrà essere responsabile d'accordo con le disposizioni della legge che disciplina la responsabilità penale dei minori»⁴⁴. Allo stesso tempo, la LORPM fa un rinvio doppio: da una parte, si riferisce al CP per la regolazione dell'estensione della responsabilità nella domanda come integrativa; e d'altra al Codice civile e alla Legge 1/2000 di procedura civile, applicabile quando si esercita l'azione civile ma non l'azione davanti al Giudice minorile:

- Quando si riferisce al Codice Penale per la regolazione dell'estensione della responsabilità, nella domanda come integrativa.

La prima disposizione aggiuntiva della LORPM stabilisce che si applica in assenza della suddetta legge, il codice penale. In questo senso, le norme che disciplinano la parte di responsabilità civile contengono un rinvio al codice penale, e più specificamente l'articolo 62 LORPM, sull'estensione della responsabilità, che si riferisce al capitolo I del titolo V del libro I del CP (artt. 109-115 CP); l'articolo 63 LORPM riproduce virtualmente articolo 117 CP e articolo 61.4 LORPM già esposto, si approssima all'articolo 121 CP per quanto riguarda le responsabilità delle pubbliche amministrazioni.

Bisogna evidenziare che il rinvio specifico della LORPM al codice penale di alcune norme che disciplinano la parte di responsabilità, insieme alla considerazione del diritto complementare del codice penale permette di concludere, come ha detto la sentenza della Corte Provinciale di Alava del 27 maggio 2005⁴⁵, in un concetto di mobbing «(...) «tutti i precetti del codice penale che regolano in maniera normativa la responsabilità civile per il

stabilisce che i giudici e tribunali possono dichiarare l'esistenza di responsabilità civile, stabilendo motivatamente nelle sue basi di risoluzioni che supportano la quantità di danni e risarcimento.

⁴⁴ La disposizione finale 7.^a de la L.O. 5/2000, 12 gennaio, disciplinante la responsabilità penale dei minori stabilisce la data di entrata in vigore il giorno del 13 gennaio 2001, come pure l'art. 19 del CP.

⁴⁵ SAP de Álava (Sección 1^a) del 27 maggio 2005, (AC/2005/1062), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Jaime Tapia Parreño.

crimine sono applicabili nella giurisdizione criminale per giovani, e in particolare sarebbe possibile implementare senza difficoltà la responsabilità di cui all'articolo 120 CP e specificamente la previsione del terzo comma, che prevede una responsabilità delle persone giuridiche nei casi di reati o per delitti commessi in stabilimenti in cui sono titolari».

D'altra parte, il secondo rinvio che fa la LORPM è al Codice civile e alla Legge di Procedura civile 1/2000, per regolare tutta la questione sulla responsabilità civile, quando l'accusato si è riservato l'azione civile (art. 61.1 LORPM) e non esercita domanda davanti al giudice minorile.

Come si può dedurre dopo quello che si è detto, c'è un regime normativo della responsabilità civile diverso, secondo l'età del ragazzo e seconda la legislazione applicabile; sia quella civile (sotto i 14 anni) o il derivato di LORPM (14-18 anni). Differenze sostanziali e processuali che dipendendo dall'illecito che causa danno e comportamento di bullismo a scuola sia tipizzato o no penalmente (illeciti penali o civili).

La norma generale della responsabilità civile extracontrattuale è contenuta nell'art. 1902 e s. C.c. È nell'art. 1902 C.c. dove si regola la responsabilità diretta: «Chi, per azione o omissione, causa danni ad un altro, sotto colpa o negligenza, è costretto a riparare il danno causato». Tale disposizione sancisce il principio generale della responsabilità soggettiva o per colpa, cui i pilastri sono: il concorso di un'azione od omissione colposa del soggetto, l'esistenza di un risultato nocivo (danno) e la relazione di causalità tra l'azione e il risultato. In questo quadro, e respinta la responsabilità penale dei minori di 14 anni con il comportamento di cyberbullismo, è in attesa di determinare se questa minore può essere dichiarata responsabile civile sotto l'articolo 1902 C.c; e se è possibile apprezzare «negligenza o colpa civile». Perché il regime vigente nel nostro ordinamento giuridico, si limita a chiedere per l'imputabilità del danno o la capacità di colpa (tipico degli adulti) o quanto meno capacità di discernimento per capire la portata degli atti; vale a dire, una minima maturità intellettuale e volitiva. Capacità di discernimento che è presupposta per i minori dai 14 anni in su secondo la LORPM.

Per quanto riguarda i minori di quell'età ma maggiori di 7 anni, va valutata, caso per caso, la concorrenza della capacità minima volitiva. La giurisprudenza inferiore, anche se espressamente non si è riferita ai casi di molestie, ammette la colpa in alcuni casi di danni

commessi dai minori di età compresa tra 7 e 12-13 anni di età. E da 13 o 14 anni, quello standard è variabile a seconda dell'età, ma molto vicino agli adulti. Anche per noi, difficilmente un minore di 14 anni ha «capacità di colpa civile», che sarebbe il presupposto per la sua diretta responsabilità per i danni causati dai loro comportamenti di bullismo. E, nel caso in cui considerato che, questo minore ha capacità di discernimento, sarebbe possibile co-demandargli il risarcimento insieme alla scuola o ai loro genitori, sotto l'art. 1903 C.c., a causa della sua presunta insolvenza. Ma queste richieste tendono ad essere eccezionali⁴⁶.

Fatta questa precisazione, la chiave del precetto per domandare la responsabilità derivata dal cyberbullismo, si trova nel 1903 articolo C.c., che sancisce la responsabilità civile per i fatti altrui, chi risponde è tenuto anche per un proprio fatto omissivo⁴⁷ «l'obbligo imposto dall'articolo precedente è esecutivo, non solo dai propri atti o omissioni, ma da chi deve rispondere». Il precetto fa riferimento espressamente ai genitori, tutori e persone o enti che sono titolari di un centro scolastico o liceo –insegnamento non superiore - come possibile responsabile per gli atti d'illeciti dannosi causati dai loro figli, tutelati o studenti, rispettivamente. Siamo davanti a una responsabilità indiretta o per fatto altrui «I genitori sono responsabili per danni causati da ragazzi che sono sotto la loro custodia. I tutori sono responsabili per i danni causati da minorenni che sono sotto la loro autorità e vivono con loro. Essi sono anche responsabilità dei padroni e committenti o direttori per i danni causati per suoi dipendenti. Persone o entità che sono titolari di un Centro docente non superiore di insegnamento sarà responsabile dei danni che causano agli studenti minorenni durante un periodo in cui si trovano sotto il controllo o la supervisione della facoltà dal centro, lo sviluppo di scuola o attività extrascolastiche e complementari».

Di conseguenza, una volta accreditato il danno morale derivante dalla condotta di

⁴⁶ Di questo avviso, MORENO MARTÍNEZ, JUAN ANTONIO, *Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos ...*, *op. cit.*, 796 e 797.

⁴⁷ In Italia, la responsabilità assume un carattere diretto. Così la responsabilità del sorvegliante per il danno cagionato dall'incapace (art. 2047 cod.civ.) e la responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte per i danni cagionati dal fatto illecito rispettivamente dei figli minori non emancipati, delle persone sottoposte a tutela, degli allievi e degli apprendisti (art.2048 cod.civ.). Mentre la responsabilità per fatto altrui indiretta viene senz'altro configurata come una forma di responsabilità oggettiva della responsabilità per fatto altrui diretta è oggetto di un vivace dibattito in dottrina e in giurisprudenza. La questione è se si possa rinviare a una responsabilità per colpa oppure se anche questa forma di responsabilità sia oggettiva. La perplessità, come è evidente, non ha soltanto un rilievo dogmatico: è il meccanismo della prova liberatoria, prevista nei due articoli (artt. 2047 e 2048 cod.civ.) nei medesimi termini, l'impossibilità di impedire il fatto.

molestie, l'obbligo di riparare questo danno antigiuridico, nasce per i politici se è imputabile a loro oggettivamente e soggettivamente. Delle regole d'imputazione oggettiva parla ampiamente Pantaleon⁴⁸ perché sarà decisivo provare i danni a cui essi devono rispondere. Come pone l'accento, l'autore, mentre la causalità (teoria dell'equivalenza delle condizioni o *sine qua non*) vede quali danni sono legati al comportamento di un soggetto; la imputazione obiettiva designa quale di quei danni dovrebbe essere attribuito a questo soggetto. D'altra parte, il criterio dell'assegnazione soggettiva inizia a stabilirsi nel sistema giuridico spagnolo, soprattutto nella colpa e nel controllo difettoso di attività pericolose (rischio). Criteri di ripartizioni soggettive come designa Martín Casals,⁴⁹ relative alle caratteristiche che devono avere il comportamento o l'attività di un determinato soggetto, quindi è giustificato il fatto che il danno sia imputabile. Questi criteri, secondo l'autore, sono d'accordo con i Principi di Diritto Europeo della Responsabilità Civile (in seguito PETL) chiamati «fondamenti della responsabilità». In questa situazione, è interessante rilevare, come già si è detto, quando parlavamo del nostro sistema di responsabilità soggettiva del danno, come si reindirizza in generale verso la «colpa». In modo che l'obbligo di riparare i danni con un comportamento (azione o omissione) si pone solo se è stato negligente. E sarà la vittima che cerca di dimostrare, chi deve riparare il danno, la colpa e il nesso di causalità.

È ben noto anche che dalla fine del XIX secolo, nel «diritto della responsabilità civile» o «nel diritto dei danni» si applicano dall'aumento di attività pericolose e il desiderio di garantire la riparazione del danno *pro damnato*. Questo si manifesta, in primo luogo, nella ridefinizione del concetto di colpa civile, e in secondo luogo, nella responsabilità oggettiva o per rischio. L'oggettivazione della responsabilità per colpa colpisce particolarmente la responsabilità per gli atti altrui (art. 1903 C.c). Questa responsabilità deve essere configurata come responsabilità quasi oggettiva, poiché non vi è una presunzione di colpa in chi deve rispondere per fatto alieno (colpa presunta). La responsabilità civile dei genitori, tutori e

⁴⁸ F. PANTALEÓN PRIETO, *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, in *Centenario del Código civil (1889-1989)*. Tomo II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, 1565 y ss. Più recentemente, PEÑA LÓPEZ F., *Dogma y realidad del Derecho de Daños: Imputación objetiva, causalidad y culpa en el Sistema Español y en los PETL*. Ed. Aranzadi, 2011, 64 ss.

⁴⁹M. MARTIN CASALS, *La "modernización" del Derecho de la responsabilidad extracontractual*, in *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad civil*, Asociación de Profesores de Derecho civil (APDC) Ed. Universidad de Murcia, 2011, 48 ss.

persone o enti che sono titolari di un centro d'insegnamento non superiore, sono quindi colpevoli soggettivi del presunto illecito, che cesserà (art. 1903 C.c.) quando le persone provano che hanno usato tutta la diligenza di un buon genitore per evitare danni. Allo stesso modo e seguendo l'articolo 1902 c.c, si pronuncia nell'articolo 6:101 dei principi della Legge di Responsabilità Civile Europeo (PETL). Quindi, la responsabilità per minori o persone mentalmente incapaci risiede nella colpa o negligenza di chi è responsabile per loro. Articolo 6:101 (PETL) dichiara che «la persona che è responsabile di un'altra persona che è minore o soffre di disabilità mentale è responsabile per i danni causati da questa persona salvo che dimostri che lei avesse rispettato lo standard di condotta che era esigibile nella sua supervisione». La persona che è responsabile di un'altra persona che è minore o soffre di disabilità mentale è responsabile per i danni causati anche da altra persona se non dimostri che lei avesse rispettato lo standard di condotta che era esecutivo nella sua supervisione.

Responsabilità Soggettiva o per colpa e «standard di condotta esigibile» come indica l'art. 4:102-1 PETL di cui «Una persona ragionevole che è presente nelle stesse circostanze e dipende, in particolare, della natura e il valore dell'interesse della persona protetta in tal caso, la gravità dell'attività, le competenze necessarie alla persona che ha fatto, la prevedibilità del danno, dal rapporto di vicinanza o di speciale fiducia tra le persone coinvolte così come la disponibilità e il costo delle misure di precauzione e di metodi alternativi».

Va evidenziato che i genitori rispondono ai sensi dell'articolo 1903.2 C.c soltanto quando i ragazzi sono sotto la loro «sorveglianza». Pertanto, quando sono citati in giudizio i genitori del figlio minore di età che hanno molestato dei compagni, è molto comune che i genitori sostengano che gli atti di molestie effettuate dal figlio sono stati sviluppati a scuola; e, di conseguenza, non è opportuno assegnar loro nessuna responsabilità, perché tutti gli atti eran fuori dal loro controllo, e pertanto, nulla potevano fare per evitare i danni. E anche se, in generale è così, quello che è certo, è che il bullismo presenta differenze che sono discusse nei procedimenti giudiziari.

Una prima osservazione ci porta a rilevare, che a volte, i fatti non si sviluppano esclusivamente a scuola o liceo, come accade nei casi di cyberbullismo o bullismo informatico, dove abbiamo visto che c'è una concorrenza di entrambi i fenomeni. E una seconda osser-

vazione, più grave, sarebbe la passività o atteggiamento dei genitori in casi dove conoscevano i fatti perché la scuola li aveva informati dei comportamenti di molestie del figlio rispetto agli altri ragazzi. In questi casi, è evidente che i genitori risponderanno quando si può dimostrare che con il loro comportamento omissivo o negligenza hanno contribuito (indirettamente) al nesso di causalità finale del danno causato (direttamente) dai figli.

Particolare attenzione deve darsi alla responsabilità civile dei docenti della scuola (pubblica o privata) e che ha subito una profonda riforma operata dalla Legge 1/1991 del 7 gennaio, modificando il Codice civile e penale sulla responsabilità civile dei docenti. Prima della riforma, rispondeva per i danni causati dagli studenti il professore, secondo colpa presunta, anche se è stata data prova contraria, sotto l'applicazione dell'articolo 1903.5 C.c.: «Le persone fisiche o giuridiche che sono titolari di un centro d'insegnamento, non superiore risponderà per i danni che causano studenti minori durante il tempo che loro sono sotto il controllo o la vigilanza dei docenti del centro, sviluppando attività a scuola o attività extrascolastiche e complementari».

Di conseguenza la responsabilità per danni causati da studenti deve presupporre il centro d'insegnamento e non i professori, ma si può inserire il diritto di ripetizione se c'è colpa o grave negligenza nell'adempimento dei loro doveri quando queste siano le cause del danno (art. 1904.2 C.c.). L'ultimo paragrafo dell'articolo 1903 C.c. completa questo regolamento rilevando che la responsabilità dal presente articolo cessa quando le persone di cui parla l'articolo hanno usato tutta la diligenza di un buon genitore per evitare danni.

Questo precetto è di particolare rilevanza per i comportamenti di bullying e cyberbullying. Le sentenze consultate rivelano la progressiva tendenza a incolpare principalmente il centro scolastico, sia in ordine civile sia nell'ordine amministrativo, sotto l'interpretazione dell'articolo 1903.5 c.c. A questo proposito, nella Circolare 9/2011 del 16 novembre, l'ufficio del Procuratore Generale dello Stato Spagnolo ha detto che «nei casi di bullismo il requisito della responsabilità delle istituzioni educative, conforme alla norma - Istruzione 10/2005 - è essenzialmente auspicabile, sia dal punto di vista della protezione delle vittime, sia per ragione di prevenzione generale positiva»⁵⁰.

⁵⁰ Circolare 9/2011 del 16 novembre della Procuratrice generale dello Stato sui criteri per la unità dell'attuazione specializzata dal Ministero in materia di minori, 68.

Ci sono molte istituzioni educative che sono state dichiarate civilmente responsabili del comportamento di molestie, essendo il criterio d'imputazione nella domanda la mancanza di diligenza del centro, e il fondamento della sentenza è che non sono stati in grado di dimostrare il contrario, questo perchè, non sono riusciti a dimostrare che hanno impiegato tutta la diligenza di un buon genitore per evitare danni. Ed è proprio l'articolo 1903.5 C.c a determinare la responsabilità di tali custodi sulla base del criterio di ripartizione soggettiva (colpa presunta) come anche illustrato dai tribunali «con un grado supplementare di domanda è possibile, che possa diventare una responsabilità obiettiva»⁵¹. Tuttavia, non possiamo dire che questo è una forma chiara di responsabilità obiettiva, perché la semplice attribuzione del dovere di risarcimento per danni soggettivi non è certamente una presunzione *iuris et de iure*. Per questo, sarà importante il quadro probatorio, giacchè deve esistere almeno un indizio di colpa. Di conseguenza, la scuola può liberarsi di tale responsabilità se dimostra che ha adempiuto i suoi doveri di controllo, sorveglianza e cura. Doveri che sono propri dell'attività educativa e che in questi casi, sono accentuati dalla particolare vulnerabilità di questi minori «vittime» di molestie.

Nelle sentenze che esamineremo in seguito, dell'ordine giurisdizionale civile e contenzioso, nelle quali, gli studenti autori di comportamenti di bullismo avevano meno di 14 anni di età, si applica l'articolo 1903.5 C.c che condanna la scuola per i fatti di molestie che ha subito un ragazzo di 11 anni dai suoi compagni di classe, essendo il criterio d'imputazione la mancanza di diligenza della scuola nella vigilanza e cura del ragazzo. La sentenza della Corte Provinciale di Madrid il 18 dicembre 2008⁵² revoca la sentenza del Tribunale di prima istanza numero 1 di Alcobendas di 7 novembre 2007⁵³ e dichiara responsabile la Scuola Svizzera di Madrid (scuola privata) a pagare 30.000 €, per i danni causati dal bullismo che il ragazzo ha sofferto. Stabilisce il tribunale di Madrid che «la mancanza di diligenza del centro è palpabile e manifesta, come nel resto della situazione di abuso, che, nell'ambiente

⁵¹ Terzo fondamento giuridico: FJ 3° della SAP di Madrid (Sección 25ª) Sentenza n. 241/2012 di 11 maggio (AC\2012\384) Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez.

⁵² Sentenza della Corte provinciale di Madrid (Sección 10ª) del 18 dicembre 2008 (AC/2009/124) Ponente: Sra. Ana M^a Olalla Camarero.

⁵³ La sentenza della Corte di prima istanza (civile e penale) n° 1 de Alcobendas, 7 novembre 2007 (AC/2007/1903) basa il suo rifiuto, sul fatto che le misure erano abbastanza sufficienti e in linea con le circostanze, quindi non puoi parlare di colpa nel monitoraggio del centro scolastico. «Quanto precede porta alla conclusione dell'assenza di colpa attribuibile alla scuola, che ha agito con la dovuta diligenza, cioè, con la dovuta diligenza di un buon genitore...».

della scuola, Joaquin soffriva». Danni morali, come dice la sentenza, sono di difficile realizzazione perché è certamente un problema misurare la sofferenza di un ragazzo, in una situazione di questo tipo, dove un giovane si trova solo, umiliato, attaccato continuamente e senza alcuna protezione da coloro avrebbero dovuto proteggerlo. La sentenza dice «anche se di difficile concretizzazione economica, la quantità sollecitata come risarcimento non è eccessiva e servirà come funzione riparatoria del danno causato».

Il Centro scolastico “Congregazione Suore dell'amore di Dio”, (centro privato concordato), è stato dichiarato responsabile nella sentenza della Corte provinciale di Madrid dell'11 maggio 2012⁵⁴. In questo caso è stata dimostrata l'attività insopportabile di molestie, umiliazioni e attacchi a un bambino di 8 anni. I fatti si sono compiuti nell'anno accademico 2007-2008, quando lo studente frequentava il secondo grado, e culminarono nel mese di febbraio di 2010. Quasi tre anni più tardi, il ragazzo lasciò la scuola, perché non poteva sopportare più tali atti, e si è dimostrata la mancanza di qualsiasi misura nonché la mancanza di diligenza da parte del Collegio. La suddetta sentenza, parzialmente revocata dalla Sentenza del Tribunale di prima istanza numero 44 di Madrid dal 25 marzo 2011, riduce il risarcimento da 40.000 € a 32.125,51 € per risarcimento del danno morale che il ragazzo aveva sofferto.

La normativa civile si applica anche nella giurisdizione contenziosa amministrativa, insieme agli articoli 139 e seguenti della Legge 30/1992 del 26 novembre (LRJAP) se il ragazzo è sotto la custodia dell'Amministrazione Pubblica (Scuola pubblica). La responsabilità delle amministrazioni pubbliche ha la sua base nell'articolo 106.2 della Carta Magna spagnola (CE) e nell'articolo 139 e segg. LRJAP. Esempi dell'applicazione di questi articoli si trovano nella giurisprudenza minoritaria, in questo senso si cita la sentenza della Corte Regionale di Cataluña (STSJ, sezione amministrativa) del 30 settembre 2009⁵⁵, dove si dice che l'amministrazione è responsabile, e per questo vengono condannati il Dipartimento di Educazione e la compagnia di assicurazione Zurich (responsabilità patrimoniale). In questo caso, i genitori del ragazzo chiedono il risarcimento per danni fisici e psichici sofferti dal

⁵⁴FJ 3° di SAP di Madrid (Sección 25ª) Sentenza n. 241/2012 de 11 mayo (AC\2012\384) Ponente: IlmoC. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez.

⁵⁵STSJ di Cataluña (Sala de lo contencioso-Administrativo, Sección 4ª) sentencia n. 750/2009 30 settembre (JUR\2009\498172) Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª. Mª Fernanda Navarro de Zuloaga.

figlio, studente sotto i 14 anni di IES Puig-Reig, (Scuola pubblica), come la conseguenza dei maltrattamenti che il ragazzo ha subito da alcuni studenti del centro. Danni che vengono riconosciuti secondo il tribunale e per questi si condanna l'amministrazione educativa al pagamento dell'importo di 8000 €.

3.2 Il cyberbullying e la responsabilità civile nella giurisdizione penale dei minori sotto l'articolo 61,3 LORPM

Come si è detto, quando c'è una condanna penale per atti di cyberbullismo realizzati da ragazzi tra i 14 e 18 anni, oltre la responsabilità penale e civile, ci sono altri responsabili civili solidali che risponderanno con il soggetto minore davanti alla giurisdizione competente (art. 61.3 e 4 LORPM). Ora la responsabilità civile dei genitori e dei professori, degli atti di molestie commessi dai loro figli, dal punto di vista penale che siano protetti o studenti, è una responsabilità oggettiva.

Con l'entrata in vigore dell'articolo che 61.3 LORPM è stato introdotto un terzo sistema di responsabilità civile dei genitori e «Guardiani», diversi dal contenuto nel Codice civile e penale, che si regola nella Legge Organica 8/2006 del 4 dicembre, che modifica il LORPM, dove si è introdotto nella giurisdizione dei minori l'esercizio congiunto dell'azione penale e civile attraverso il procedimento penale di riforma. Così, da un punto di vista processuale, nell'esercizio congiunto delle azioni non ha alcun significato la scomparsa della responsabilità civile. L'articolo 61.1 LORPM dice che l'azione per far valere la responsabilità della procedura regolata in questo diritto è esercitata dal pubblico ministero, salvo che, il danneggiato rinunci a esercitare nel periodo di un mese dalla notificazione dell'apertura del tipo separato dalla responsabilità civile o se si è fissata per esercitarla prima dell'ordinanza del Tribunale civile secondo i precetti del Codice civile e la Legge di procedura civile.

Di conseguenza, l'articolo 61.1 LORPM offre due possibilità per far valere la responsabilità civile:

- Seguire il procedimento regolato dalla legge per la quale l'azione sarà esercitata dal Pubblico Ministero, salvo che la persona lesa rinunci, tenendo conto che una parte separata dalla responsabilità civile sarà trattata con carattere generale da ciascuno degli imputati. Dopo la riforma della LORPM dalla Legge 8/2006, la Circolare 1/2007 sui criteri interpre-

tativi dopo la Riforma della legislazione penale dei minori nel 2006 e la più recente, la Circolare 9/2011 del 16 novembre, considera che l'attuazione delle disposizioni che si riferiscono alla responsabilità dovrebbe essere sviluppata dalle Corti giudiziali, come una derivazione del principio *pro damnato*.

- Una seconda possibilità è che l'azione sia riservata ad essere eseguita dinanzi al giudice civile secondo il Codice civile e la Legge di Procedura civile. Si noti che quest'ultimo riferimento è incompleto⁵⁶, poiché essa omette la giurisdizione contenziosa anche se sarà competente. Di conseguenza, nell'articolo 61.1 LORPM si regola un diritto diverso della riferita responsabilità che è formata da un cambiamento della giurisdizione, a seconda che la persona lesa si riserva o no l'azione civile.

a) Riserva dell'azione civile nel processo penale dei minori.

Quando il danneggiato si riserva l'azione di responsabilità civile, essa può esercitare prima la giurisdizione civile e inoltre anche la giurisdizione amministrativa, anche se in questo caso viene omessa.

Infatti, l'ordinanza del Tribunale civile sarà valida quando si demanda ai genitori del giovane delinquente, o quando la domanda va di fronte alla scuola privata dove hanno avuto luogo gli atti criminali. Rispetto al diritto sostanziale applicabile, il problema è decidere se facciamo valere l'articolo 63.1 LORPM o l'articolo 1903 c.c, dato che per la dottrina e la giurisprudenza ci sono opinioni differenti, ma per noi il giudice civile deve applicare gli articoli 1902 e 1903 C.c.

D'altra parte, sarà competente la giurisdizione contenziosa amministrativa, quando il Centro docente è pubblico o si demanda alla propria Amministrazione educativa⁵⁷. Anche

⁵⁶ Vid. GARCIA RUBIO, M^a Paz., *La responsabilidad civil del menor infractor*, cit., 43.

⁵⁷L. PAOLUCCI, *Scuola genitori ed esercizio della potestà parentale*, in *Rivista mensile di cultura professionale e di formazione in servizio*, Allegato al N. 9 - Gennaio 2011 - Anno VI. La funzione educativa della scuola, pure esistente come sopra ricordato, ha comunque un ruolo residuale rispetto a quella della famiglia, di tipo strumentale alla funzione di istruzione prioritariamente ad essa spettante (cass. ss.uu. ord. 2656/2008). La giurisprudenza è rigorosa in tal senso: afferma la Corte di cassazione (fra le altre, sentenza 22 aprile 2009, n. 9542; 10 ottobre 2008, n. 24997; 4 febbraio 2005, n. 2272) che, assolto da parte del danneggiato l'onere di provare il fatto illecito, cioè il concreto accadimento di un fatto dannoso durante l'attività scolastica (cass. sentenza 20 febbraio 2009, n. 4233), l'amministrazione scolastica deve fornire non solo la dimostrazione di non essere stata in grado di spiegare, attraverso il suo personale, un intervento correttivo o repressivo, dopo l'inizio della serie causale sfociante nella produzione del danno, ma anche la dimostrazione di aver adottato, in via preventiva, tutte le misure disciplinari o organizzative idonee ad evitare il sorgere di una situazione di pericolo favorevole al determinarsi di detta serie causale.

quando si richieda la responsabilità civile del tutore o “custode”, e siamo comunque in una situazione di tutela o custodia amministrativa. Con questo si potrebbe arrivare a un'eventuale responsabilità delle amministrazioni pubbliche (artt. 139 e segg. LRJAP). In questo quadro, è opportuno citare il caso Jokin. Il giovane si suicidò dopo aver sopportato per un anno atti di bullismo. I minori autori di molestie sono stati condannati in via penale e, di seguito, i genitori domandano in via contenziosa-amministrativa l'azione di responsabilità patrimoniale contro l'amministrazione pubblica; la domanda dei genitori dei delinquenti trova fondamento nell'articolo 1903 C.c.

L'azione per quanto riguarda la scuola pubblica IES Talaia BHI, adotta come criterio di imputazione la colpa (*colpa in vigilandi, in eligendo o in organizzando*). La Corte di giustizia tiene conto, se gli implicati hanno posto i mezzi adeguati per evitare danni indipendentemente dal fatto che sono stati presi tutti i provvedimenti favorevoli a scampo di danni così gravi come era il suicidio, essendo la causa che lo ha motivato il bullismo al quale fu sottoposto il minore; e inoltre analizza, la corte, se vi è relazione di causalità nella mancanza di cura o vigilanza dei minori per il personale educativo. La sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia del Pais Vasco (sala contenziosa amministrativa, sezione 3) dell'8 febbraio 2011⁵⁸ considera che l'attuazione dei responsabili del Centro Scolastico fosse molto diligente e di conseguenza non dichiara alcuna responsabilità. «Per valutare la condotta suscettibile di porre in essere la responsabilità per negligenza basata nella colpa *in vigilando, in eligendo o in organizzazione*, del Liceo Talaia BHI per la parte della direzione del Centro, dei docenti del quarto anno e dei professori che erano di guardia. A questo punto, dobbiamo cominciare, sulla base dei fatti raccolti prima che derivano da decisioni della giurisdizione criminale, che quando (...). Fu attaccato all'interno del Liceo, lo stesso ha avuto luogo principalmente negli intervalli delle lezioni senza la presenza dei professori, e senza nessun testimone oculare diretto o indiretto, o almeno nessuno si è rivelato tale durante il processo (...) Così, il tribunale ha concluso in tal senso, poiché dal primo evento (13 settembre) fino a quando c'è

In particolare, l'amministrazione scolastica non è liberata da responsabilità adducendo la mera natura repentina del movimento dell'alunno che ha provocato l'evento lesivo ma è necessario dimostrare l'avvenuta adozione di misure preventive necessarie a consentire sia la libertà dei movimenti degli allievi sia l'ordinato svolgimento della lezione.

⁵⁸ Ricorso amministrativo n° 557/07 sentenza n. 93/11 dell'8 febbraio 2011 nella Sala de Contencioso Administrativo (Sección 3ª) del TSJ del País Vasco Ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Ángel Garrido Bengoetxea.

stata la reazione logica del direttore del Liceo, trascorrono appena 4 giorni avendo conoscenza del problema si attua l'azione (...), per questo la Corte considera completamente diligente l'attuazione del Liceo (FJ-6)».

Altrove, e per quanto riguarda la richiesta di condanna per i genitori dei minori coinvolti, la Corte adotta gli stessi criteri d'imputazione: la colpa (ex artt. 1902 e 1903.2 C.c.). In tal senso, si dichiarano colpevoli i genitori dei ragazzi che hanno causato i danni, ma non per tutti i fatti; giacchè i minori coinvolti sono stati assolti dal reato d'istigazione al suicidio in un procedimento penale; ma i genitori vengono dichiarati civilmente colpevoli per la gravità dei fatti e per le vessazioni che i loro figli hanno causato a Jokin, ma non per il risultato finale, che è appunto il suicidio. La Corte considera ragionevole la somma di 10.000 € per ciascuno dei minori coinvolti, in ragione del danno morale causato. Compensazione che riceveranno i genitori della vittima come in qualità di eredi.

b) L'esercizio dell'azione civile nel processo penale dei minori.

Quando *non c'è nessuna riserva di azione civile* ed è esercitata l'azione davanti al giudice dei minori, dal Pubblico Ministero o direttamente dal danneggiato (art. 61.1 LORPM). La regola base è il diritto sostanziale applicabile alla responsabilità civile *ex delitto* ed è l'articolo 61. 3° LORPM: Quando il responsabile dei fatti commessi è un minore di 18 anni, risponderanno congiuntamente con lui, per i danni causati, i loro genitori, tutori legali o di fatto, in quest'ordine. Quando questi non hanno favorito la condotta del minore con dolo o colpa grave, la loro responsabilità potrà essere moderata dal giudice secondo il caso.

I limiti della responsabilità civile della LORPM, sono: primo, il minore dai 14 ai 18 anni, che viene condannato come autore dei tipi criminali già descritti, con lui sono responsabili penalmente e civilmente anche; e in secondo luogo, congiuntamente e solidalmente i loro «genitori, tutori e custodi legali o de facto, in quest'ordine». È interessante notare che questo precetto non menziona come la responsabilità civile al centro, a differenza di quanto accade invece nell'articolo 1903.5 che si fa menzione ai «genitori e tutori».

Dall'entrata in vigore della LORPM, ci si è chiesto dottrinalmente se le scuole possono essere citate (in parte separata da responsabilità civile) sotto la giurisdizione dei minori. Perché l'articolo parla solo dei genitori, tutori e “custodi”. A questo proposito, una prima osservazione ci porta a chiederci se quest'omissione risponde a un oblio del legislatore o

un'apparente lacuna. Questo è stato risolto dalla dottrina in senso negativo. Martínez Moreno, si è basato sui dibattiti parlamentari della LORPM, e dice che l'intenzione del legislatore è stata quella di includere tutti i soggetti menzionati, ma senza altri dettagli, dentro dei "custodi" di fatto. Siamo pienamente d'accordo con queste considerazioni, d'altra parte, è opinione di rilievo nella dottrina e viene anche confermata dall'Istruzione 10/2005 del Procuratore generale dello Stato.

Allo stesso tempo si nota un'altra differenza nel regolamento contenuto nell'articolo 1903.5 C.c., l'art. 63.1 LORPM che regola una responsabilità congiunta e (di quelli menzionati e l'omesso) «*risponderanno in solido con lui*». E questo si riflette nel regime più rigoroso del Codice civile utilizzando la responsabilità quasi obbiettiva, solidale e diretta, con il ragazzo, i genitori e tutori, secondo la Circolare 9/2011 del 16 novembre, del Procuratore generale. Responsabilità solidale, che tuttavia «può essere moderata dal giudice secondo il caso», quando questi non hanno favorito la condotta del minore con dolo o colpa grave; d'altra parte, l'articolo 1903.5 C.c pone l'accento sul fatto che tale responsabilità «che cessa» (non sarà moderata) «quando essi dimostrano che hanno usato tutta la diligenza di un buon genitore, per evitare danni».

Stando così le cose, è necessario che il nesso di causalità esista tra la condotta di uno dei soggetti di cui all'articolo 61.3 LORPM e il danno sofferto dalla vittima, e per questo, dovrà cercarsi un criterio d'imputazione oggettivo che permetterà di attribuire il danno alla condotta della solidarietà responsabile. Questo criterio non può essere diverso dall'esercizio del dovere di guardia che dovrà sussistere al momento della determinazione dei fatti posti in essere dai soggetti responsabili. Il criterio d'imputazione usato dall'articolo 61.3 LORPM per questi altri è la responsabilità quasi oggettiva, al fine di dare effettivo compenso alle vittime di bullismo che hanno sofferto i danni.

Un'ultima osservazione, ma non meno importante, la troviamo nell'articolo 61.3 LORPM, quando cita come potenziali autori i genitori, tutori, accogliente legale o *de facto* che risponderanno in quest'ordine⁵⁹, redazione certamente sfortunata e confusa⁶⁰ che la

⁵⁹ J. CARRERA DOMÉNECH, *¿Por este orden? Comentario a la SAP de Cantabria, sec.4ª, 23.12.2003, cit.* 4 s.. J.A. MORENO MARTÍNEZ, *Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección, cit.*, 794 s.; A.I. BERROCAL LANZAROT, *La comunidad educativa ante el acoso escolar o bullying. La responsabilidad civil de los centros docentes, cit.* (LA LEY 354/2010).

dottrina e i tribunali affrontano con diverse interpretazioni.

-Una prima interpretazione, secondo il senso letterale, propone un *ordine escludente*. Secondo cui genitori del ragazzo o ragazzi coinvolti non devono rispondere, né i tutori, né le persone cui sono legate in senso legale o de facto; questo certamente può portare a risultati insoddisfacenti, e anche ingiusti. Nella maggior parte dei casi ci saranno i genitori e su loro si applicherà la «solidarietà» insieme alla responsabilità dei ragazzi, anche nei casi in cui i fatti si sono verificati all'esterno della sfera di controllo come si verifica nel caso del bullismo tradizionale. Ricordandoci la concorrenza che di solito coesiste tra il bullismo tradizionale e cyberbullying, per questo, il citato criterio sarà applicabile solo quando il Centro scolastico e il docente non abbia dovutamente dimostrato l'assenza della sua diligenza. Questo criterio è stato accolto nella sentenza della Corte Provinciale di Castellón del 2 febbraio 2010,⁶¹ dove sono stati dichiarati responsabili solidali i due minori coinvolti insieme ad i loro genitori.

La sentenza condanna i due minori come colpevoli di un reato contro l'integrità morale di cui all'articolo 173 del CP; e a uno di loro, anche come responsabile per le lesioni previste dall'articolo 617.1 del CP. E nel concetto di responsabilità civile viene dichiarata la responsabilità congiunta a uno dei minori coinvolti il quale è tenuto a risarcire la vittima nell'importo di 1.100 € per i giorni che è rimasto in ospedale nonché per le conseguenze riportate a causa della lesione; dichiarando la responsabilità congiunta dei due ragazzi e dei relativi genitori come responsabili legali. Ciascuno dei quali è tenuto a risarcire a Inigo la somma di 1.200 € per danno morale derivante dal reato contro l'integrità morale. Confermando così la Corte che sussiste responsabilità congiunta dei due minori con i loro genitori.

-Una seconda interpretazione, sarebbe non ammettere l'ordine escludente sopra indicato. In questo caso, sarebbe applicabile la responsabilità cumulativa, che può presentare due possibilità. Una prima, cumulativa solidale, secondo cui i soggetti potrebbero rispondere congiuntamente e solidalmente sopra una categoria allo stesso tempo (genitore e Centro

⁶⁰Per RODRIGUEZ AMUNATEGUI, La formulazione è sfortunata e manifestamente errata per due motivi: in primo luogo, perché comincia con una regola di responsabilità solidale e finisce con lo slogan "in quell'ordine". Cfr., *La responsabilidad civil derivada del bullying y otros delitos de los menores de edad*, cit., 7 e 8.

⁶¹ SAP di Castellón del 2 febbraio 2010 sentenza n. 32/2010 del 2 febbraio. (ARP 2010\643). Ponente: Sr. D Esteban Solaz Solaz.

docente) quando i loro compiti di guardia e sorveglianza sono sparsi, o convergono in una funzione che va al di là della custodia. Una seconda, consecutiva cumulativa, che comporterebbe l'applicabilità dell'obbligo, in caso d'insolvenza del primo gruppo (genitori), e determinerebbe la sua esecutività al seguente ordine stabilito, in maniera sussidiaria.

La tesi cumulativa solidale è stata accolta dalla Corte Provinciale di Cantabria del 23 dicembre 2003 in un caso di bullismo tradizionale. Questa sentenza della giurisdizione penale dei minori ha dichiarato la responsabilità solidale relativamente del minore, genitori e la scuola. Considerando che tutti quelli che avevano, di fatto o di diritto, una funzione di tutore (genitori e Centro d'insegnamento) risponderanno solidamente. Moreno Martinez dice che nel caso di bullismo, dove i fatti reati si verificano durante le ore e nell'ambiente scolastico, saranno chiamati come soggetti responsabili la scuola primaria o secondaria, dove i soggetti per conto dell'istituzione scolastica sono tenuti al controllo, sorveglianza e custodia dei minori.⁶²

La tesi consecutiva cumulativa è ben accetta - secondo il nostro parere - nella suddetta sentenza dalla Corte provinciale di Las Palmas di 15 novembre 2013,⁶³ che stabilisce la solidarietà di una delle ragazze coinvolte con i suoi genitori. Il risarcimento del danno morale sofferto dal minore è stimato in 6.000 €. In questo caso, al pagamento risponderà in modo suppletivo il Centro (Scuola San Martín de Porres), perché se i soggetti diretti non adempiranno l'obbligo, corrisponderebbe al centro didattico in caso d'insolvenza o quando non sia stato pagato dai genitori. Ricordiamo che in questo caso era provato il bullismo tradizionale in tutte le sue manifestazioni e anche il cyberbullismo o cyberbuying, poiché Flora aveva pubblicato una fotografia della vittima nel portale Internet di Tuenti.

Così noi possiamo dire che l'espressione «per questo ordine» dovrebbe essere interpretata, non secondo la formulazione letterale della regola, se non come una semplice enumerazione dei possibili colpevoli, con la particolarità che risponderà, in ogni momento, chi abbia il minore sotto la sua custodia e controllo nel momento in cui i comportamenti di bullismo si verificano. Sappiamo che, di solito, sarà il centro d'insegnamento; ma non pos-

⁶² J.A. MORENO MARTÍNEZ, *Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección*, in *La Responsabilidad civil y su problemática actual*, Cit., 795.

⁶³SAP di Las Palmas (Sección 1ª) sentenza n. 209/2013 del 15 novembre (JUR\2014\3749). Ponente: Illma. Sra. Inocencia Eugenia Cabello Díaz.

siamo ignorare il fatto che i genitori possano essere avvertiti dal centro docente dei comportamenti emergenti di molestie effettuati dai loro figli. In questa situazione vi sarà concorrenza tra i due soggetti (genitori e scuola/liceo) ognuno per le rispettive aree di attribuzione; quindi per noi in questi casi la scelta migliore sarebbe una sentenza, dove congiuntamente e in solido si ritiene responsabile e si condanna il minore, i genitori e la scuola.

A titolo di riflessione, dobbiamo soffermarci su questi temi, visto che la giudiziaria del cyberbullismo è una realtà e questo rivela una maggiore consapevolezza dei problemi che analizziamo e della necessità di prevenirli. È necessario segnalare che i fatti in questione come abbiamo visto nelle sentenze studiate, evidenziano le decisioni diverse e come le implicazioni di questo fenomeno prendono una dimensione rilevante che sfugge dal centro docente per arrivare ai tribunali.

I genitori del ragazzo minorenne, direttori e professori di scuole o liceo devono restare sotto la responsabilità amministrativa, civile e penale che ogni singolo caso richiede; in particolare, nei casi in cui si riesce a provare che insegnanti e direttori non hanno prestato la dovuta diligenza nella fase iniziale⁶⁴. Per questo è molto importante che tutte le misure adottate, da tali soggetti, possano essere provate, (come scritti, testimoni, ecc.) perché davanti a un eventuale reclamo legale di responsabilità, sarà necessario provare dai genitori nonché dalla scuola, che sono state adottate le misure sufficienti e adeguate per impedire un danno così pesante a carico di un ragazzo che va protetto dai soggetti preposti a tale funzione, come abbiamo visto nelle varie sentenze studiate in questo lavoro.

Abstract

Bullying and Cyberbullying behaviours, apart from the criminal reproach that they deserve according to the Minors Penal Act; they also produce an effective damage that nobody would have to tolerate. For that reason, that damage produced without any justification, provokes the arising of the corresponding civil responsibility. Nevertheless, a plurality of “unjustifiable” juridic regimes coexist under the Spanish Law, regulating the same juridical reality in matter of Law of Torts, depending on if the antijuridic damage

⁶⁴ La sentenza italiana della Corte di Cassazione (sent. 24456/05) ha infatti ribadito come sussista un vincolo negoziale tra scuola e allievo tale per cui il docente non deve solo istruire ed educare il giovane, ma deve anche proteggerlo e sorvegliarlo, al fine di evitare che procuri danni a se stesso o ad altri.

comes from a penal or civil illicitness; and besides, depending on the applicable regulation Civil (articles 1902 and 1903 Civil Code (under 14 years old minors); or the established in the article 61.3 of the Minor Protection Regime Act (Penal Law for minors between 14 and 18 years old). Our paper, taking into account the difficult concretion of this matter, analyses the applicable substantive Law and the several jurisdictional orders which are competent to deal with the civil responsibility derived from cyberbullying.

Almería, dicembre 2014.

FRANCESCO RIZZO

Dal paziente al cliente

Sommario: 1. L'instaurazione del rapporto medico-cliente e la c.d. legge Balduzzi. - 2. L'onere della prova. - 3. La struttura sanitaria. - 4. Dolo/colpa - diligenza/linee guida. - 5. Nesso di causalità. - 6. Consenso informato. - 7. Cenni ai danni risarcibili.

1. *L'instaurazione del rapporto medico-cliente e la c.d. legge Balduzzi*

Storicamente, sino agli ultimi decenni del secolo scorso, il legame tra medico e paziente è sempre stato di assoluta fiducia, sia prima, sia durante, sia dopo la visita e il trattamento.

Oggi questo legame tende ad essere declinato, non più solo come medico-paziente, ma anche come professionista-cliente quando i pazienti, dopo aver ricevuto la prestazione, propendono¹ a vedersi come clienti² insoddisfatti³.

Il momento della genesi di questo rapporto⁴ rinvia alle due diverse modalità di instaurazione; in una prima ipotesi il paziente sceglie il medico cui rivolgersi e richiedere la sua prestazione; in altra ipotesi il paziente si rivolge ad una struttura sanitaria, Ospedale/Casa di Cura/Clinica privata o Universitaria/Istituto di ricerca ecc., che assegnerà uno o più medici.

Nel primo caso, quando il paziente sceglie il medico e si rivolge direttamente al professionista è facile capire che si instaura un rapporto di tipo contrattuale; in particolare un rapporto contrattuale d'opera intellettuale, dovendo il medico mettere a disposizione le sue conoscenze, la sua preparazione e, in una parola, il suo intelletto.

¹ V. R. FAVALE, *Profili attuali della responsabilità civile medica*, in *Le Corti Marchigiane*, in corso di pubblicazione.

² Si veda sul tema U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico*, in *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*, VII, Milano, 2013, p. 109 ss.

³ M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 1, p. 326.

⁴ G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte Generale*, in *Diritto della responsabilità civile*, Torino, 2010, p. 883 s.

Alla base di questo rapporto c'è evidentemente un accordo: il contratto d'opera intellettuale il quale non richiede la formalizzazione per iscritto; è sufficiente che le parti si accordino anche oralmente o attraverso comportamenti concludenti: e così, ad esempio, si deve considerare concluso un contratto quando colui che chiede di essere visitato si rivolge ad un medico che, a sua volta, accetta di farlo.

Quando il paziente si rivolge, non al medico, ma alla struttura, chiedendo a quest'ultima la cura, è evidente che è con la struttura che il paziente raggiunge un accordo e dunque è con essa che conclude il contratto.

Il medico che poi visiterà il paziente non è scelto da quest'ultimo; paziente e medico in certi casi neppure si *vedono*: si pensi a chi viene d'urgenza operato da un chirurgo che vede il paziente per la prima volta in sala operatoria già anestetizzato.

Difficile dire che in questo caso, e comunque in tutte le ipotesi in cui il paziente non si rivolge direttamente al medico chiedendo la cura, si sia in presenza di contratto. In ogni caso, come noto, in queste ipotesi si ravvisa un c.d. "contatto sociale" che determina, al pari di un accordo contrattuale, la nascita di un rapporto obbligatorio soggetto alle regole della responsabilità contrattuale.

In relazione a quest'aspetto va ricordato che sino al 1999 si riteneva che il rapporto tra paziente e medico della struttura⁵, alla quale il paziente si rivolgeva, dovesse qualificarsi come non contrattuale e che, quindi, in caso di responsabilità del medico questa fosse extracontrattuale, con possibilità di agire nel termine di 5 anni e con onere della prova a carico del paziente danneggiato.

Dopo il 1999 la nostra Corte di Cassazione (con la celebre sentenza n. 589⁶) ha, definitivamente, inquadrato il rapporto tra paziente e medico appartenente alla struttura come nascente dal «contatto sociale» tra il medico ed il paziente che viene disciplinato dalle stesse regole applicabili ai rapporti contrattuali⁷: in buona sostanza il paziente potrà agire contro il medico, sia quando è lui a sceglierlo, sia quando viene scelto dalla struttura di appartenenza a cui si è rivolto il paziente, facendo valere, in entrambi i casi, la responsabilità contrattuale,

⁵ M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi/risultato*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1824.

⁶ Pubblicata in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332.

⁷ M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009, 703 ss.

e dunque agevolandosi del termine di prescrizione più lungo (10 anni in luogo di 5) e dell'inversione dell'onere della prova, che grava sul medico⁸.

È ancora così?

L'art. 3 del c.d. decreto Balduzzi⁹ (d.l. 13.9.2012 n. 158, convertito con l. 8.11.2012 n. 189) ha previsto che «l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile».

Che la norma abbia cambiato il regime giuridico della responsabilità medica non è sicuro perché, a fronte dell'apparente chiarezza della norma, la sua portata applicativa non è affatto chiaro come a breve si dirà.

Chiaro invece lo scopo della norma: quello cioè di attutire le conseguenze della responsabilità medica e soprattutto di contenere i costi portati dall'adozione del c.d. sistema di medicina difensiva¹⁰ e dell'aumento dei premi assicurativi¹¹.

Il paziente non è più tale ma diventa a tutti gli effetti un cliente: la prestazione sanitaria non viene presa più in considerazione solo come un mezzo per la cura, ma viene anche valutata sotto il profilo economico-aziendale in quanto essa deve essere idonea a curare con meno costi possibili.

Un'impostazione di questo genere (indotta dai motivi economici alla base dell'emanazione dell'art. 3 della legge Balduzzi) non può tuttavia essere accettata nel nostro sistema dove il primo valore costituzionale è quello della tutela della persona che non può essere limitato dal risparmio della spesa.

Prima ancora che per altri motivi ricavabili dall'esegesi dell'art. 3 cit., la conclusione di parte degli interpreti secondo cui questa norma avrebbe diminuito le tutele (disponendo l'applicazione della responsabilità extracontrattuale) per ragioni economiche non è ammissibile sul piano dei valori che impongono di armonizzare ad essi la norma, e non viceversa.

⁸ Sulla svolta contrattuale in materia sanitaria cfr. R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, in *Tratt. dir. comm.* Galgano, Padova, 2007, p. 123 ss.; L. KLESTA DOSI, *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino. Modelli privatistici e orizzonte europeo*, Torino, 2008, p. 169 ss.

⁹ Cfr. V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, pp. 367 ss.

¹⁰ A. FIORI, *La medicina legale difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, p. 899.

¹¹ A. BONELLI - E. MAZZEO - G.A. NORELLI, *La tutela assicurativa in ambito di responsabilità professionale medica e chirurgica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 1455.□

La norma, peraltro, sul piano formale, si occupa solo del caso di esclusione della responsabilità penale per colpa lieve, prevedendo che in questa ipotesi (*solo* in questa ipotesi), resta fermo l'obbligo risarcitorio civile *ex art.* 2043 c.c. Questo però non esclude la facoltà per il danneggiato di qualificare il suo rapporto con il medico come contrattuale. Dalla norma non può infatti ricavarsi un divieto in tal senso. Se così fosse la norma diverrebbe anche irragionevole, non avendo senso prevedere un divieto di tale genere *solo* qualora il medico andasse esente da responsabilità penale per colpa lieve.

Il dibattito acceso sul senso di questa norma è comunque molto intenso.

Si possono infatti leggere alcune pronunce di tribunali che, aderendo all'interpretazione letterale dell'art. 3 del decreto Balduzzi, affermano che la responsabilità del medico è extracontrattuale¹² ed altre pronunce, sempre di tribunali¹³ e una della corte di Cassazione (la n. 4030 del 2013¹⁴), che invece affermano che la norma in commento non ha modificato la natura della responsabilità medica, che resta contrattuale. Come pure esistono posizioni diverse espresse dalla dottrina¹⁵.

2. *L'onere della prova*

Il profilo della prova va tenuto in grande considerazione perché nel processo civile, in mancanza di prova, le richieste e le eccezioni avanzate devono essere respinte, per cui se è il medico che deve dare la prova di aver correttamente eseguito la prestazione, in mancanza di relativa prova, sarà considerato responsabile; viceversa se dovesse essere il paziente a dover fornire la prova, ipotizziamo perché il rapporto in questo caso deve considerarsi non contrattuale ma extracontrattuale, se il paziente non darà la prova della negligenza del medico vedrà rigettata la sua richiesta.

¹² Ritengono che a seguito dell'emanazione di questa norma la natura della responsabilità medica sia stata dalla legge curvata in responsabilità extracontrattuale: trib. Enna 18 maggio 2013 e trib. Varese 29 novembre 2013.

¹³ Sono dell'avviso che nulla è cambiato dopo l'emanazione di tale norma trib. Pisa 27 febbraio 2013, trib. Arezzo 14 febbraio 2013, trib. Cremona 19 novembre 2013.

¹⁴ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2013, p. 841.

¹⁵ Per una sintesi v. A QUERCI commento a trib. Cremona 19 novembre 2013 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 459 s.

Significativo il caso (oggetto della sentenza delle S.U. della Cassazione n. 577 del 2008¹⁶) in cui un paziente ha chiesto i danni per aver contratto l'epatite C a seguito di un'emotrasfusione.

Nel giudizio di primo grado, e in quello di secondo grado, i giudici hanno considerato che la prova relativa ai fatti da cui era derivato il danno (la contrazione della malattia), gravasse sul paziente, il quale, non avendo dimostrato che il sangue infuso era infetto, non aveva dimostrato quanto doveva, con la conseguenza che le sue domande di danni furono respinte sia dal Tribunale, sia dalla Corte d'Appello.

La causa approda in Cassazione, la quale, cambiando impostazione rispetto ai primi due gradi di giudizio, afferma che in casi del genere deve essere la struttura sanitaria a dimostrare la sua diligenza e la corretta esecuzione della prestazione; in quel caso, alla luce del fatto che la struttura non aveva dimostrato né che la sacca di sangue era immune dalla malattia poi contratta, né che il paziente emotrasfuso fosse malato già da prima, la Corte afferma che, per non avere la struttura fornito la prova che doveva somministrare, è responsabile con sua condanna a risarcire i danni.

Nei primi due gradi di giudizio la mancanza di prova sullo stato del sangue, e dunque l'incertezza sullo *bontà* o no dello stesso, è andata a vantaggio della struttura, che è stata ritenuta non responsabile perché spettava al paziente dimostrare che quella sacca era infetta; al contrario, innanzi alla Cassazione l'incertezza è andata a svantaggio della struttura, perché i giudici hanno ritenuto che era la struttura a dover dimostrare che il sangue era sano.

Di particolare impatto sull'onere della prova è stato il progressivo allontanamento¹⁷ giunto oggi al convinto abbandono del sistema binario obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato¹⁸ che anche in ambito contrattuale portava ad un diversa (e non ammissibile¹⁹)

¹⁶ Pubblicata in *Resp. civ.*, 2009, p. 221.

¹⁷ Cfr. sul punto Cass., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 716 s.; Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Danno resp.*, 2007, p. 881 con commento di A. SCALISI, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, p. 965 ss.; Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno resp.*, 2008, p. 871, con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*.

¹⁸ Sul concetto L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss.; v. anche R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, 2^a ed., Padova, 2011, p. 100 ss.

¹⁹ C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 124.

ripartizione dell'onere della prova, gravando il paziente-creditore dell'onere di dimostrare l'inadempimento del medico salvo che non si fosse trattato di interventi di *routine*²⁰.

3. *La struttura sanitaria*

Si è già detto che la struttura sanitaria²¹ assume obblighi e responsabilità nel momento in cui accetta il paziente, stipulando, in tal modo, un contratto che viene nominato di «*spedalità*» o di «*assistenza sanitaria*» e che impegna la struttura a fornire vari livelli di servizi, quelli in certo senso assimilabili alle prestazioni alberghiere (vitto e alloggio), e quelli, maggiormente qualificati, di assistenza sanitaria, da garantire, non solo con personale medico qualificato, ma anche con la presenza di personale paramedico competente, strutture ed attrezzature adeguate e conformi agli standard tecnici del tempo.

Il caso prima esaminato della contrazione dell'epatite C a seguito di emotrasfusione riguarda un'ipotesi di responsabilità della struttura, non certo del medico che aveva materialmente praticato l'infusione, essendo obbligo della struttura quello di controllare la regolarità del sangue.

In questo contesto si possono richiamare brevemente gli esempi di accertate responsabilità delle strutture per non essere dotate degli strumenti necessari a fronteggiare determinate urgenze, laddove il medico non può nulla, non avendo a disposizione la tecnologia necessaria, e dove pertanto il medico viene considerato non responsabile.

Aperto una parentesi va anche sottolineato che questa forma di responsabilità da omesso aggiornamento della strumentazione potrebbe portare alla deriva della chiusura di piccole strutture, magari ancora efficienti, ma non in grado di ammodernarsi.

Il caso prima richiamato riguarda una responsabilità dell'ospedale per carenza strutturale/organizzativa²².

Altro caso analogo è quello dei danni cerebrali subiti da un neonato in quanto l'ospedale non aveva le attrezzature necessarie per intervenire; in questo caso con la sen-

²⁰ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*.

²¹ V. ROPPO, *La responsabilità civile dell'impresa nel settore dei servizi innovativi*, in *Contratto e impresa*, 1993, p. 89.□

²² G. IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 9.

tenza n. 10743 del 2007 la Cassazione ha ritenuto responsabile la struttura, ma non i sanitari.

Oltre a questa forma di responsabilità, l'ospedale risponde, in ogni caso, anche del danno che causano i suoi dipendenti medici per errori nella diagnosi e nella cura, o negli interventi, o nei trattamenti in genere.

Anche in questo caso la responsabilità della struttura è, e rimane (anche alla luce del decreto Balduzzi), contrattuale, in quanto alla struttura sono imputabili sia le mancanze organizzative, sia gli errori dei medici suoi dipendenti, e in questo caso, anche dei medici che siano legati alla struttura da un rapporto di lavoro non subordinato, e dei medici, che prestando servizio all'interno della struttura, vengono comunque scelti direttamente dal paziente. In buona sostanza, il rapporto libero professionale, o la scelta del medico dell'ospedale da parte del paziente e non della struttura, non sono sufficienti a far venire meno la responsabilità della struttura ai sensi dell'art. 1228 c.c. per i danni arrecati da terzi alle sue dipendenze o, comunque, a suo servizio.

Nel caso deciso dal tribunale di Enna²³ con sentenza del 18 maggio 2013 una paziente si lamentava degli esiti di un intervento chirurgico al polso a seguito di una frattura non correttamente ricomposta dopo 3 gessature e un intervento chirurgico per riduzione e citava in giudizio sia il chirurgo, sia l'ospedale di appartenenza. Il tribunale ha qui distinto nettamente la responsabilità contrattuale della struttura per l'errore commesso dal medico suo dipendente, dalla responsabilità del medico qualificata, invece, come responsabilità extracontrattuale alla luce dell'art. 3 del decreto Balduzzi. Il tribunale di Enna nella sentenza richiamata dà anche conferma che scopo della riforma (come messo in evidenza nella relazione del decreto Balduzzi), di considerare come extracontrattuale la responsabilità dei medici, è “*quello di deviare il flusso dei contenziosi per errori medici dei sanitari alle strutture ospedaliere, alleggerendo la posizione dei medici e scongiurando il proliferare della c.d. medicina difensiva*”. Nel caso deciso dal tribunale di Enna i giudici hanno comunque riconosciuto la responsabilità, sia della struttura, sia del medico, perché la paziente aveva depositato la documentazione necessaria per far accertare l'evoluzione negativa del trauma ed i postumi dell'intervento, ritenuto non

²³ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2014, p. 74.

correttamente eseguito dal ctu che aveva messo in evidenza come il chirurgo non aveva ridotto correttamente la frattura.

4. *Dolo/colpa – diligenza/ linee guida*

Volendo analizzare l'elemento del dolo e della colpa, va precisato che si ha dolo quando il medico intenzionalmente sbaglia il trattamento, danneggiando il paziente.

La colpa ricorre, invece, nei casi negligenza, imprudenza e imperizia, quando cioè il medico non abbia eseguito la sua prestazione con la diligenza richiesta dalla legge.

E qui parliamo di una diligenza qualificata, non quella dell'uomo medio, e che deve dunque essere conforme agli standard professionali, o per usare le parole del decreto Balduzzi alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica le quali dunque danno sostanza e specificazione al più generico parametro della diligenza.

La diligenza va valutata in senso oggettivo e relativo.

Oggettivo perché la prestazione deve comunque raggiungere lo standard²⁴ qualitativo richiesto, a prescindere dallo sforzo profuso, che potrebbe essere, per paradosso massimo, ma senza arrivare al livello oggettivamente chiesto.

Ad esempio nel caso deciso dalla Cassazione con la sentenza n. 8024 del 2012 è stato ritenuto responsabile il medico che aveva praticato un'interruzione volontaria della gravidanza relativamente ad un solo embrione, basandosi sulle risultanze di un'ecografia correttamente eseguita, in quanto questa, anche se ben realizzata, non esclude del tutto la presenza anche di altri embrioni, che il medico deve tenere in considerazione al momento dell'intervento e che, nel caso concreto, non aveva invece rimosso.

Nel caso deciso dalla Cassazione con la sentenza n. 6275 del 2012²⁵ è stata affermata la responsabilità dei medici del reparto di neurologia che, a fronte di un quadro sintomatologico confuso, e che quindi non orientava nella direzione di alcuna patologia precisa, ma comunque serio, dati i disturbi del paziente, non avevano prescritto e sottoposto il paziente ai necessari esami specialistici per escludere un possibile ictus.

²⁴ Sullo *standard* cfr. il contributo di K.-H. STRACHE, *Pensare per standards. Contributo alla tipologia*, trad. it. di R. Favale e P. Femia, Camerino-Napoli, 1995.

²⁵ Pubblicata in *Resp. civ.*, 2012, p. 446.

La diligenza è anche declinata in senso relativo, perché essa varia al variare della specializzazione del medico, per cui la competenza richiesta ad un medico specialista è maggiore rispetto a quella richiesta ad un medico generico. Nel caso esaminato dalla Corte di Cassazione con la sentenza del 9.10.2012 n. 17143²⁶ i giudici rilevano che la difficile diagnosi di una retinopatia che aveva colpito un neonato pretermine non escludeva la possibilità per i medici della struttura in cui il piccolo era ricoverato di diagnosticare la patologia proprio in considerazione dell'elevata specializzazione dello staff e degli strumenti a loro disposizione.

Da ricordare che parlando della responsabilità medica inquadrata come contrattuale la giurisprudenza afferma che l'art. 2236 c.c. (che esclude la responsabilità del medico in caso di colpa lieve per interventi di particolare difficoltà tecnica) è riferibile alla sola perizia, ma non anche alla negligenza e imprudenza: in buona sostanza la limitazione di responsabilità ricorre solo per i casi non ancora sufficientemente chiariti dalla scienza medica. E così potrebbe comunque essere responsabile il medico che interviene in un caso difficilissimo, non perché interviene in modo errato, ma perché non aveva in precedenza assunto maggiori cautele, magari indirizzando il paziente verso un struttura maggiormente specializzata. La sentenza della Cassazione n. 2343 del 2011 ha infatti precisato che il ginecologo che aveva correttamente eseguito il parto cesareo per far nascere un bambina risultata affetta da grave patologia celebrale potrebbe essere di ciò responsabile per non avere, nei giorni precedenti il parto, assunto quelle maggiori cautele che avrebbero permesso di anticipare il parto e di farlo avvenire in una struttura attrezzata per la rianimazione dei neonati. Così come viene ritenuto responsabile il medico per aver assunto casi per i quali doveva rendersi conto di non aver le competenze, o la preparazione o gli strumenti necessari, in questa ipotesi parlando di responsabilità da errata assunzione dell'incarico professionale.

5. *Nesso di causalità*

Passando all'altro elemento costituito dal collegamento causale²⁷ tra il comportamento del medico e il danno, questo può essere introdotto esaminando il caso affrontato dal

²⁶ Pubblicata in *Ragiusan*, 2013, p. 353.

²⁷ V. R. Favale, *op. cit.*, § 4; G. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 396; A. LEPRE, *Responsabilità medica: il c.d. inadempimento qualificato, la prova del nesso causale tra inadempimento e danni e il diverso onere probatorio a seconda del contenuto dell'obbligazione sanitaria*, in *Giur. merito*, 2009,

tribunale di Arezzo con la sentenza del 14 febbraio 2013²⁸ (che per completezza di informazione ha affermato che il decreto Balduzzi lascia immutata la natura contrattuale della responsabilità medica).

Il caso esaminato riguardava un neonato colpito da c.d. torsione del testicolo che aveva portato, dopo 15 ore dalla nascita, all'asportazione del medesimo.

I genitori hanno citato in giudizio i medici sostenendo che se la patologia fosse stata accertata immediatamente al momento della nascita l'asportazione sarebbe stata evitata.

Il ctu nominato dal tribunale ha chiarito sia che effettivamente un ritardo di diagnosi era ravvisabile nella specie, in quanto *i segni* della patologia erano già individuabili al momento della nascita, sia che in casi del genere anche una tempestiva diagnosi non determina la salvezza del testicolo, in quanto solo nel 5% dei casi è scongiurabile l'asportazione; è stato pertanto ritenuto che era "più probabile che non"²⁹ il fatto che il danno si sarebbe comunque verificato anche in presenza di una pronta e tempestiva diagnosi.

La corte di Cassazione, con la sentenza n. 21245 del 2012³⁰, ha del pari escluso la responsabilità dei medici dell'Ospedale di Rho che non avevano diagnosticato una patologia vascolare che aveva provocato, a distanza di due ore dalla visita, il decesso del paziente. La Corte ha infatti valorizzato il dato indicato dal ctu secondo cui, fermo l'errore di diagnosi dei medici che a fronte di sintomi chiari non avevano accertato la patologia, un tempestivo intervento non avrebbe avuto, comunque, più del 10% delle possibilità di riuscita. Anche qui dunque è stato ritenuto "più probabile che non" il fatto che il danno si sarebbe comunque verificato anche in caso di corretta diagnosi.

Sempre la Corte di Cassazione con la sentenza n. 20996 del 2012³¹ ha escluso la responsabilità del medico che aveva rilasciato un certificato di idoneità allo svolgimento dell'attività sportiva ad un ragazzo di 16 anni, poi deceduto durante una partita di calcio, sottovalutando la malformazione cardiaca causa della morte. Anche in questo caso, il ctu ha

p. 114 s.; M. GORGONI, *Gli obblighi sanitari attraverso il prisma dell'onere della prova*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 669 s.,

²⁸ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2013, p. 368.

²⁹ Cfr., per questa impostazione, Cass., 16 dicembre 2007, n. 21619, in *Danno resp.*, 2008, p. 43 ss., con nota di R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, e in *Corr. giur.*, 2008, p. 35 ss., con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*.

³⁰ Pubblicata in *Foro it.*, 2013, 2, 1, p. 499.

³¹ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2013, p. 209.

rilevato, da un lato, la non corretta diagnosi della stenosi aortica e, dall'altro, che anche la corretta diagnosi non avrebbe, comunque, portato a consigliare l'intervento chirurgico nel caso in esame. Pertanto l'attività fisica, peraltro blanda, non trattandosi di certificato per l'attività agonistica, era stata solo l'occasione, ma non anche la causa scatenante della morte. I giudici anche in questo caso hanno ritenuto che era più probabile che non il fatto che la morte del ragazzo non dipendesse dall'errore del medico.

La formula che racchiude la teoria applicabile (definita della "probabilità relativa") per verificare se esiste o no il nesso di causalità tra condotta ed evento è, dunque, quella del "più probabile che non", in base alla quale va stabilito, sulla scorta delle acquisizioni della scienza medica, se dal comportamento del medico sia più probabile, o no, che consegua il danno.

Una regola, questa, meno rigorosa di quella operante in sede penale dove vige la regola della prova del nesso "oltre ogni ragionevole dubbio".

Una regola che non va nemmeno applicata in senso meccanicistico, affermando la responsabilità soltanto nei casi in cui il danno sia ricollegabile all'errore medico con una percentuale superiore al 50%, in rigido e formalistico ossequio alla formula del "più probabile".

In un'interessante sentenza (la n.17413 del 2012) la corte di Cassazione ha infatti chiarito che anche nei casi in cui la probabilità che il danno dipenda dell'errore del medico in misura inferiore al 50%, il medico può essere ritenuto responsabile, tenendo in considerazione le peculiarità dei fatti delle vicende che di volta in volta si presentano.

Se si vuole una regola scientifica, questa in senso assoluto non esiste, perché il giudice, oltre al dato statistico che indicherà il consulente, terrà conto anche di altri aspetti che potrebbero rendere probabile il danno anche se statisticamente collegato all'operato del medico con una percentuale inferiore al 50%, ma ad esso comunque connesso in base ad un criterio di probabilità logica.

In molte sentenze, quando il ctu ha indicato una percentuale inferiore al 30%, il medico è stato ritenuto non responsabile.

6. *Consenso informato*

Prima di terminare il percorso è necessario tornare all'inizio, e cioè al momento dell'instaurazione del rapporto, quando il medico deve acquisire il c.d. consenso informato del paziente³².

Sino a qualche anno fa si riteneva che l'attività medica fosse lecita a condizione che il paziente avesse consapevolmente prestato il suo consenso, tranne che nelle eccezionali ipotesi in cui il trattamento sanitario fosse obbligatorio, o urgente.

Oggi l'attività medica si ritiene lecita di per sé, data la sua rilevanza; tuttavia il consenso è ancora necessario al fine di non violare il diritto all'autodeterminazione del paziente, come di recente ribadito dalla Cassazione con la sentenza n. 16543 del 2011³³ dove è stato precisato che, in assenza di consenso, il medico commette un illecito nei confronti del paziente, anche se l'intervento sia stato correttamente eseguito, in quanto lede l'autodeterminazione del soggetto per non essere stato messo in condizione di assumere una decisione consapevole.

Non esiste una regola specifica che imponga ai medici di acquisire il consenso; la regola viene in un certo senso ricavata da alcune norme della Costituzione in base alle quali il diritto all'autodeterminazione è fondamentale e inviolabile al pari del diritto alla salute, e cioè a farsi curare ed essere curati, che dunque non prevale sul primo.

Oggi alla base del consenso informato vanno anche richiamate alcune norme contenute in trattati internazionali in cui la fase dell'acquisizione del consenso da parte del paziente viene qualificata come ineliminabile, mi riferisco in particolare agli artt. da 5 a 9 della convenzione di Oviedo e all'art. 3 della Carta di Nizza. Da ricordare, infine, che anche le norme deontologiche (articoli da 33 a 38) impongono ad ogni medico l'acquisizione del consenso.

Il medico deve dunque fornire al paziente informazioni esaustive, analitiche e personalizzate relative al suo intervento e tenere in considerazione la risposta del paziente che deve essere libera, personale ed attuale (sull'attualità e sulle modalità di manifestazione del

³² V. Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1201 ss., con nota di A. DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*.

³³ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2012, p. 621.

consenso si potrebbe parlare a lungo ricordando i casi Englaro e Welby e quelli simili ma meno noti).

La corte di Cassazione (con la sentenza 2354 del 2010³⁴) precisa che le informazioni devono comprendere *«tutti gli aspetti diagnostici e prognostici dello stato di salute del paziente e quindi anche i rischi meno probabili, purché non del tutto anomali, in modo da consentirgli di capire non solo il suo attuale stato, ma anche le eventuali malattie che possono svilupparsi, le percentuali di esito fausto ed infuasto delle stesse, nonché il programma diagnostico per seguire l'evoluzione delle condizioni del paziente e l'indicazione delle strutture specializzate ove svolgerlo, ovvero di specialisti esperti per formularlo, pur se a tal fine il paziente si deve allontanare dal luogo ove è in cura»*.

Non si richiede, tranne che in particolari circostanze, che queste informazioni siano date in forma scritta.

E a questo proposito giova ricordare che a volte il consenso documentato, acquisito cioè per iscritto, non è comunque sufficiente se generico e confuso; mentre va ricordata la possibilità di assumere la prova dell'acquisizione del consenso anche attraverso prove testimoniali.

Un aspetto da tenere in considerazione in ordine al consenso informato riguarda il trattamento correttamente eseguito senza aver, tuttavia, preventivamente acquisito il consenso del paziente; spesso accade, infatti, che il paziente chieda i danni per aver subito pregiudizi in conseguenza dei c.dd. rischi fisiologici dell'intervento, insorgenti anche se l'intervento sia stato correttamente eseguito.

Si pensi al caso esaminato dalla Cassazione con la sentenza n. 2847 del 2010:³⁵ una paziente, sottoposta ad intervento di cataratta con asportazione del cristallino, aveva chiesto i danni al medico che l'aveva correttamente operata per aver contratto, a seguito e per effetto dell'operazione, la cheratite bollosa. Nel giudizio era emerso che il medico non aveva correttamente informato la paziente, neppure in ordine al fatto che questa complicazione è statisticamente ricollegabile (come chiarito dal ctu nel corso del procedimento) all'operazione di cataratta.

³⁴ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2011, p. 384.

³⁵ Pubblicata in *Giur. it.*, 2011, 4, p. 816.

In questo caso la Corte afferma anche che spetta però alla paziente dimostrare che non si sarebbe sottoposta all'intervento se avesse ricevuto la corretta e completa informazione e che, in assenza di una prova di questo tipo, nulla spetta alla paziente.

In sostanza al paziente non correttamente informato spettano i danni³⁶ per le complicazioni fisiologiche del trattamento, ancorché corretto, solo se dimostra che non si sarebbe sottoposto all'intervento una volta conosciuti questi rischi [ma ciò può fare anche ricorrendo a presunzioni; in questo senso emergono le possibili distinzioni in ordine alle finalità dell'intervento in quanto: (a) se avente finalità solo estetiche, è presumibile che esso sarebbe scartato a fronte dell'indicazione di rischi anche minimi alla salute; (b) se avente finalità di miglioramento dello stato salute, è presumibile che in questo caso l'intervento sarebbe scartato se presentasse rischi di aggravamento anche rispetto alla situazione in essere; (c) se avente la finalità di eliminare un danno si dovrà – sostanzialmente - confrontare il rischio dell'intervento con il rischio derivante dal permanere della malattia].

Altro caso di rilievo è quello deciso dalla Cassazione con la sentenza n. 16453 del 2011: una paziente affetta da una malformazione ovarica e che aveva già subito una serie di aborti spontanei decide, su consiglio del ginecologo, di sottoporsi ad una laparoscopia per individuare la patologia che l'affliggeva; durante l'intervento, il ginecologo, a causa di aderenze e serrate, si accorge che la tecnica laporoscopica non era adeguata, decidendo, da solo e in quel momento, di trasformare l'intervento laparoscopico in intervento laporotomico, di cui poi venne, peraltro, accertata la corretta esecuzione. Tuttavia, non avendo il medico assunto il consenso per questo tipo di intervento e non essendo la laparotomia giustificata da un fatto nuovo che poteva durante l'operazione mettere a repentaglio la vita della paziente, potendo dunque questo intervento essere effettuato anche in un secondo momento, il medico deve considerarsi responsabile per aver violato il diritto all'autodeterminazione della paziente, con obbligo di risarcire i danni da ciò derivanti.

Va anche ricordato il caso del neonato che aveva subito danni cerebrali per non essere la struttura dotata dei mezzi necessari in cui è l'ospedale ad esser stato giudicato responsabile, e non i medici, per rilevare che, invece, anche questi ultimi potrebbero essere consi-

³⁶ Particolarmente delicato il tema della quantificazione dei danni in tale ambito per il quale si rinvia a U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico*, cit., p. 131 ss.

derati responsabili nell'ottica della violazione delle regole sul consenso informato; invero, pur avendo correttamente operato durante la fase del parto, i medici non avevano comunque precedentemente informato i genitori delle carenze della struttura, privandoli della possibilità di assumere una scelta diversa in modo consapevole.

7. *Cenni ai danni risarcibili*

Un breve cenno ai danni risarcibili che possono essere patrimoniali e non patrimoniali e connessi alla c.d. perdita di *chances*.

I danni conseguenti ad una perdita di *chances* possono essere riconosciuti laddove l'operato del medico non è considerato come esclusiva causa di produzione del danno dal lato e, dall'altro, come fattore che ha tuttavia aumentato le possibilità di insorgenza del danno, per cui al paziente non verrà riconosciuto un risarcimento pari al danno subito, non interamente imputabile al medico, ma solo un danno pari alla percentuale parametrata alla perdita delle possibilità riconducibile al medico.

I danni non patrimoniali sono quelli relativi alla sfera fisica o psichica o connessi alle sofferenze morali/esistenziali³⁷. Quanto a questi ultimi i c.d. danni morali vanno risarciti solo se il pregiudizio è serio ed attinente ad un aspetto fondamentale della persona. I danni alla persona, o con altra definizione quelli che ledono la sua salute, sono i danni maggiormente noti come danni biologici, quantificabili secondo le note tabelle.

I danni patrimoniali sono quelli che hanno un diretto riflesso sulla sfera reddituale del paziente e che poco vengono trattati in casi di responsabilità medica perché essi devono aver determinato il venire meno, o la riduzione, della capacità di produrre reddito; si pensi, in ogni caso a titolo di esempio di danno patrimoniale da responsabilità medica, all'errore del sanitario che impedisca ad un atleta professionista di continuare la sua attività, così interrompendo la sua fonte di reddito, o ancora all'errore del chirurgo estetico che stronca la carriera di un'affermata modella.

³⁷ V. Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972-26975, in *Danno resp.*, 2009, p. 19 ss.; P. PERLINGIERI, *L'onipresente art. 2059 c.c. e la «tipicità» del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 520 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*, in *Dir. giur.*, 2008, p. 527 ss.; F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 97 ss.; G. PONZANELLI, *Sezioni Unite: il «nuovo statuto» del danno alla persona*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 134 ss.

La prassi è evidente conosce molto più frequentemente la liquidazione dei c.dd. danni non patrimoniali rispetto a quelli patrimoniali indicati negli ultimi due esempi che, a differenza di tutti gli altri, sono frutto di fantasia ma, comunque, verosimili, come verosimile potrebbe essere una nuova frontiera della responsabilità medica, ma non del medico, quando l'errore dipenda dallo strumento tecnico che, talmente sofisticato, non si pone sotto il suo controllo, ma di questo si parlerà, forse, più avanti.

Camerino, dicembre 2014.

ROBERTO GARETTO

*Presupposti per una «ridefinizione» concettuale del matrimonio.
Il dibattito fra sostenitori della tradizione e fautori del cambiamento
negli Stati Uniti d'America ed in Spagna.*

Sommario: 1. Possibile «ridefinizione» concettuale del matrimonio e caratterizzazione rispetto ad altre forme di convivenza non fondate sul matrimonio. 2. Confronto fra sostenitori della tradizione e fautori del cambiamento sul tema della «ridefinizione» concettuale del matrimonio. 3. L'evoluzione della nozione di matrimonio negli Stati Uniti d'America. L'elaborazione giurisprudenziale relativa al *same-sex marriage*. 4. La riformata disciplina del matrimonio in Spagna: l'impatto delle Leggi 13/2005 e 15/2005 in tema di diritto a contrarre matrimonio e divorzio.

1. Possibile «ridefinizione» concettuale del matrimonio e caratterizzazione rispetto ad altre forme di convivenza non fondate sul matrimonio

Nel contesto dei rapporti interpersonali, la dimensione affettiva propria della vita di coppia ha un ruolo fondamentale. Se ciò era vero anche in passato, occorre tuttavia riconoscere che attualmente le modalità attraverso le quali tale dimensione si esprime sono assai più varie e complesse¹.

Al tradizionale modello che ha configurato giuridicamente la vita di coppia, il matrimonio, si sono affiancate realtà stabili ma non formalizzate, i rapporti di convivenza².

¹ Cfr. M. MURILLO MUÑOZ, *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Madrid, 2006, p. 31 ss.

² La fattispecie è individuata con un'ampia varietà di espressioni. Un tempo prevaleva – in modo limitativo, focalizzando l'attenzione sul solo elemento fisico del *giacere assieme* – il termine «concubinato»; frequente è l'utilizzo della formula «convivenza *more uxorio*». Più recente l'utilizzo di «unione civile» ed «unione registrata». In altri casi,

L'attenzione per i temi riconducibili alla regolamentazione del rapporto in tali unioni è viva ed ha generato un dibattito, sia nel nostro paese, sia – in misura anche maggiore – all'estero, particolarmente acceso.

Pur non volendo sottovalutare l'importanza delle unioni non fondate sul matrimonio, realtà che anzi sta acquisendo ovunque una diffusione crescente³, sembra urgente e prioritaria la necessità di focalizzare l'attenzione sull'istituto matrimoniale, giacché in alcuni Paesi occidentali si è avuta una modificazione della disciplina dell'istituto che ha comportato un'evoluzione dello stesso rispetto alle sue millenarie tradizioni.

Spesso infatti l'esigenza di una regolamentazione di tali unioni è accompagnata dalla problematica relativa al riconoscimento delle coppie omosessuali: paradigmatico, in tale prospettiva, il percorso che ha seguito la Francia dall'adozione dei PaCS⁴ sino alla recente approvazione della legge che consente il matrimonio fra soggetti dello stesso sesso⁵.

facendo riferimento ad un contesto più ampio rispetto a quello della coppia, si parla di «famiglia non fondata sul matrimonio» o di «famiglia di fatto». Quest'ultima definizione – ancorché diffusa – non è tuttavia appropriata, giacché sembra implicare che la formazione sociale ad essa sottesa non abbia effettiva rilevanza per il diritto. Per una critica in questa direzione, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 598 s.

³ Cfr. S. POLIDORI, *Le famiglie non fondate sul matrimonio: ruolo del diritto e tecniche d'intervento sul sistema*, in M. FRANCESCA e M. GORGONI (a cura di), *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive*, Napoli, 2009, p. 127, il quale evidenzia la «presa d'atto, sostanzialmente generalizzata, della rilevanza giuridica e sociale che le unioni non fondate sul matrimonio hanno assunto nel tessuto socio-economico e nel sistema vigente».

⁴ Fin dall'introduzione dei PaCS, parte della dottrina ha manifestato perplessità, ritenendo tali patti una soluzione parziale ed inadeguata: cfr. D. BORRILLO, *The "Pacte Civil de Solidarité" in France: Midway Between Marriage and Co-habitation*, in R. WINTEMUTE e M. ANDENÈS (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, Oxford - Portland, 2001, p. 474 ss. Successivamente si è andato gradualmente affermando un ampio consenso a sostegno del matrimonio omosessuale: cfr. S. PORTELLI e C. RICHARD, *Désirs de familles. Homosexualité et homoparentalité*, Paris, 2012, p. 10, i quali attestavano al 63% la percentuale di francesi favorevoli al matrimonio fra soggetti dello stesso sesso; anche in dottrina hanno preso a delinearsi scenari concreti di transizione dai PaCS al matrimonio omosessuale *tout court*: cfr. in particolare J. HAUSER, *Présidentielle: être sexué ou ne pas être sexué, voilà la question?*, in *JCP G*, 2012, 10, p. 466 ss.

⁵ Il 7 novembre 2012 è stato adottato dal Consiglio dei Ministri un progetto di legge finalizzato a consentire il matrimonio fra soggetti dello stesso sesso e l'adozione di figli. Il progetto di legge, approvato il 23 aprile 2013, è stato successivamente convalidato dal *Conseil constitutionnel* e convertito in legge il 17 maggio 2013 (*loi n. 2013-404 du 17 mai 2013*). Sulla recente riforma legislativa, cfr. A. M. LEROYER, *La loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et future*, in *Dalloz*, 2013, p. 1697ss. e F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *L'extension du mariage et la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille*, in *RLDC*, 2012, p. 56 ss.

Vi è anzi chi ritiene che tale sovrapposizione di problematiche sia – in certi casi – utilizzata strumentalmente allo scopo di allargare i consensi rispetto ad una realtà, quella appunto delle coppie omosessuali, numericamente circoscritta e quindi destinata ad una attenzione relativa da parte della maggioranza della popolazione⁶.

In ogni caso la sostanziale equiparazione delle coppie di fatto alla condizione dei coniugi attraverso un riconoscimento formale non sembra costituire la soluzione coerente con l'esatta natura delle unioni non matrimoniali⁷.

Ciò perché l'unione «di fatto», nascendo dalla libera scelta dei soggetti che la pongono in essere, di per sé non dovrebbe necessitare di alcun intervento regolativo da parte del legislatore⁸. Per certi aspetti, potremmo addirittura affermare che un simile riconoscimento di questo tipo di unione «snaturerebbe» la fattispecie, originatasi proprio per soddisfare un'esigenza di particolare spontaneità e libertà del rapporto fra i soggetti⁹. Prova ne è il fatto che in Francia, accanto all'unione coniugale – sia eterosessuale, sia omosessuale - ed ai PaCS, sopravvive il *concubinage*, ovvero l'unione di fatto non regolata¹⁰.

Né, per altri versi, sembra opportuna un'applicazione analogica alla coppia «di fatto» della disciplina relativa al matrimonio¹¹. Tale impostazione, così come quella precedentemente ri-

⁶ S. DE BENALCÁZAR, *Pacs, mariage et filiation: étude de la politique familiale*, Paris, 2007, p. 3 ss.

⁷ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 939 e – sebbene su presupposti diversi - D. BORRILLO, *The “Pacte Civil de Solidarité”*, cit., p. 488.

⁸ In questo senso, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 936: «[l']intervento del legislatore in questo settore è da evitare [...] perchè la stessa concezione della famiglia non fondata sul matrimonio esige libertà da un'impostazione dirigistica che spesso configura, per i diritti della persona e per le libertà personali, vincoli che non sono necessari per una corretta, normale e civile convivenza».

⁹ Cfr. S. POLIDORI, *o.c.*, p. 126: «la libera scelta di non sposarsi [...] riflette una volontà di ridurre al minimo l'ingerenza del legislatore nel rapporto personale».

¹⁰ Cfr. sul tema: F. GRANET-LAMBRECHTS, *Trente-deux propositions pour une révision de la loi du 15 novembre 1999 relative au pacs*, in *Dr. fam.*, 2005, 4, p.10 ss.; S. DE BENALCÁZAR, *Éloge de la raison juridique, ou la remontée des enfers. Sur la réforme du régime légal du Pacs*, in *Dr. fam.*, 2007, 1, p. 16 ss. Sulla pluralità di forme di regolamentazione del rapporto della coppia dopo l'approvazione della legge che consente il matrimonio fra soggetti dello stesso sesso, cfr. A. M. LEROYER, *o.c.*, p. 1697.

¹¹ Così invece, F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, Napoli, 1980, p. 93 ss. Per una critica, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 940 ss.

portata, si pone in contrasto con la funzione propria della convivenza, oltre a sminuire il significato dell'assunzione di responsabilità insita nel matrimonio quale atto formale¹².

Certo questo non significa voler negare rilevanza giuridica alla famiglia «di fatto», dato che la stessa rappresenta un fenomeno ormai radicato nel costume¹³ e costituisce – innegabilmente – «una formazione sociale potenzialmente idonea allo sviluppo della personalità dei suoi componenti e come tale orientata al perseguimento di tale funzione»¹⁴. Occorre tuttavia avere la consapevolezza che la famiglia non fondata sul matrimonio costituisce una realtà non omogenea; esistono infatti modelli diversi di convivenza, a seconda delle istanze morali, sociali o ideologiche che si pongono all'origine di tale formazione sociale¹⁵. L'idoneità della stessa a realizzare il pieno sviluppo della persona costituisce allora ragione giustificatrice della tutela accordata dall'ordinamento alla famiglia non fondata sul matrimonio¹⁶.

Quanto alla sua regolazione, non sembra opportuno tanto ricorrere all'autonomia privata – ad esempio con «patti di convivenza»¹⁷, che comunque non garantirebbero la piena tutela del convivente in posizione economicamente od affettivamente più debole¹⁸ - quanto piuttosto realizzare una tutela coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento¹⁹. In particolare – nel contesto italiano - sembrerebbe dover trovare piena attuazione il principio personalista e solidarista espresso nell'art. 2 della Costituzione²⁰.

¹² E' invece di tutta evidenza che su basi ben diverse ci si deve porre rispetto alla situazione dei figli nati da tali unioni: nulla avendo essi a che fare con le scelte che hanno originato l'unione dei genitori, il trattamento loro riservato deve essere quello proprio dei figli generati nel matrimonio.

¹³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 943 s.

¹⁴ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 936.

¹⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 943. Sul tema si veda pure S. POLIDORI, *o.c.*, p. 126 s.

¹⁶ P. PERLINGIERI, *o.l.c.*

¹⁷ Sul tema, cfr. E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, p. 970 ss.; M. BONINI BARALDI, *Family vs Solidarity. Recent epiphanies of the Italian reductionist anomaly in the debate on de facto couples*, in K. BOELE-WOELKI (a cura di), *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century*, Antwerp - Oxford - Portland, 2009, p. 263 ss.

¹⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 942 s.

¹⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 935 s.

²⁰ Cfr. R. TOMMASINI, *Riflessioni in tema di famiglia di fatto: limiti di compatibilità e affidamento per la convivenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 2, p. 264 ss.

Qualora invece si volesse soddisfare la richiesta di riconoscimento delle coppie omosessuali attraverso un modello formale di unione non fondata sul matrimonio, si risolverebbe il problema in modo soltanto parziale²¹: ammessa la piena equiparazione di ogni forma di convivenza – tipica ed atipica - al rapporto matrimoniale, risulterebbe difficile fondare la contemporanea negazione del matrimonio alle coppie omosessuali²², se non per considerazioni meramente fondate sull'orientamento sessuale dei soggetti interessati²³.

E' allora preferibile conservare ben distinte le due realtà, le quali rispondono ad esigenze divergenti, ed affrontare invece un tema cruciale - benché spinoso - per l'argomento in esame: la possibilità, cioè, di proporre una nozione - per così dire - «espansiva» del concetto di matrimonio, tale da soddisfare le nuove esigenze sociali che sembrano dirette a creare una totale assimilazione delle coppie omosessuali a quelle eterosessuali ai fini della costituzione del vincolo coniugale.

Tale questione, postasi di recente anche nei nostri tribunali²⁴, è stata rimessa alla Consulta²⁵, la quale, pur ritenendo che ogni decisione in merito ad una regolamentazione delle coppie

²¹ D. BORRILLO, *The "Pacte Civil de Solidarité"*, cit., p. 488 s.

²² Infatti chi afferma la necessità di tale modello «paramatrimoniale», spesso individua – poi - esattamente questa linea di sviluppo. Si veda in particolare, Y. MERIN, *Equality for same-sex couples: the legal recognition of gay partnerships in Europe and the United States*, Chicago, 2002, p. 333, secondo cui: «[b]efore same-sex marriage becomes possible, the final step of the necessary process must be completed, namely, broad recognition in the form of registered partnership or civil unions».

²³ Come osserva D.A.J. RICHARDS, *Introduction: Theoretical perspectives*, in R. WINTEMUTE e M. ANDENÆS (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, cit., p.29: «[a] distinction without a difference in this domain smacks of omophobia, assuming a rationalisation in stereotypes that it cannot reasonably justify». In tale prospettiva si esprime con risolutezza anche E. VALLADARES RASCÓN, *El derecho a contraer matrimonio y la Constitución*, in *Aranzadi Civil*, 2005, 9, p. 33: «incluso desde el punto de vista semántico parece absurdo afirmar que es posible que coexistan dos instituciones que tengan exactamente la misma regulación y que produzcan idénticos efectos, con nombres completamente distintos. Tan absurdo como suponer que podemos denominar de forma distinta a la compraventa de bienes inmuebles realizada entre hombres, y a la realizada entre mujeres. El legislador puede hacer muchas cosas, pero no puede regular de manera igual dos supuestos idénticos y denominarlos de manera distinta. Si la unión civil entre homosexuales tiene los mismos efectos que el matrimonio, es un matrimonio». A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, *La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual*, in *Foro, Nueva época*, 2006, 3, p. 110, fondando il proprio ragionamento sul medesimo presupposto espresso da Valladares, giunge alla conclusione che «[n]o cabe duda, además, que otra interpretación supondría una clara discriminación».

²⁴ Cfr. Trib. Venezia, 4 aprile 2009 (ord.), in *Fam. Dir.*, 2009, 8-9, p. 823 ss. Nell'ordinanza, rilevato che non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale inerente le norme che non consentono alle persone di orientamento omosessuale di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, il Tribunale dispose l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

omosessuali spetti al legislatore²⁶, ed affermando anzi che il «nucleo» dell'art. 29, comma 1, Cost. ha come presupposto l'eterosessualità dei coniugi²⁷, parrebbe aprire uno spiraglio alla configurabilità, nell'ordinamento interno, del matrimonio fra soggetti dello stesso sesso laddove rileva che la giusta aspirazione al riconoscimento delle coppie atipiche non può «essere realizzata *soltanto* attraverso un'equiparazione delle coppie omosessuali al matrimonio»²⁸.

Successivamente la Corte di Cassazione, con sentenza n. 4184 del 15 marzo 2012, pronunciandosi in tema di trascrizione del matrimonio celebrato all'estero nei registri dello stato civile italiano, nel rigettare il ricorso ha tuttavia affermato un principio di portata generale: ovvero che le persone omosessuali conviventi in stabile relazione di fatto sono titolari del diritto alla «vita familiare» e possono agire in giudizio, in «specifiche situazioni», per reclamare un «trattamento omogeneo» rispetto ai conviventi matrimoniali²⁹.

Alla luce di queste considerazioni risulta particolarmente interessante ricostruire i risultati di una complessa elaborazione che, negli Stati Uniti ed in Spagna, ha portato ad una sostanziale «ridefinizione» dell'istituto matrimoniale.

I due Paesi, fra loro profondamente diversi per storia, per cultura e - non ultimo - per tradizione giuridica, appartenendo l'uno al sistema di *common law*, l'altro a quello di *civil law*, hanno intrapreso un percorso - di durata ormai decennale - per molti versi parallelo.

Se pure tali esperienze hanno una portata circoscritta al contesto giuridico che le ha originate, in quanto il sistema normativo non può non mutare da ordinamento ad ordinamento, la ricostruzione del loro sviluppo può essere utile per meglio comprendere la portata delle inno-

²⁵ Corte cost., sent. n. 138/2010, successivamente confermata con ord. n. 276/2010. A commento della sentenza cfr., tra gli altri, P. A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. cost.*, 2010, II, p. 361ss., F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, p. 1369, R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, p. 1367, P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium Iuris*, 2010, 10, p. 997 ss.

²⁶ Punto 8 del *Considerando in diritto*.

²⁷ Punto 9 del *Considerando in diritto*.

²⁸ Punto 8 del *Considerando in diritto* (enfasi aggiunta). Sul punto si veda P. VERONESI, *o.c.*, p. 999 s.

²⁹ Per una lettura della sentenza anche alla luce della precedente pronuncia della Consulta, cfr. B. PEZZINI, *La sentenza n. 4184/2012 della Corte di Cassazione in una prospettiva costituzionale: il paradigma eterosessuale incrinato e la faticosa rielaborazione di categorie concettuali*, in R. TORINO (a cura di) *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, 2013, p. 9 ss.

vazioni che - sul piano ora giurisprudenziale, ora legislativo - si sono prodotte, nonché per ipotizzare possibili future evoluzioni dell'istituto matrimoniale.

In entrambi i contesti, il matrimonio è stato preso in considerazione secondo prospettive del tutto nuove. Il giurista non può risultare indifferente a tutto ciò: quando si fonda argomentativamente il ribaltamento della definizione classica di matrimonio quale «*coniunctio maris et feminae*»³⁰, gli effetti che vengono a prodursi sono comunque incisivi, tanto che si condivide l'impostazione, quanto - e soprattutto - nel caso di dissenso.

Ridefinendo radicalmente la nozione di matrimonio, fino a ricomprendere le unioni omosessuali, sembra legittimo chiedersi perché non andare oltre, ammettendo - ad esempio - forme matrimoniali poligamiche.

Taluni arrivano addirittura ad affermare l'opportunità di rivendicare sia il *same-sex marriage* sia la poligamia, in quanto entrambi accomunabili dalla prospettiva del «*respecting diversity*»³¹. La vicinanza fra i due fenomeni è tuttavia sottolineata perlopiù da chi manifesta diffidenza - o dissenso - rispetto all'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali³².

La stessa giurisprudenza statunitense ha ben presente il parallelo: nella sentenza che - per la prima volta negli Stati Uniti - consentì il *same-sex marriage* nello Stato del Massachusetts, *Goodridge v. Department of Public Health*³³, la Corte scelse di precisare, significativamente, che la

³⁰ La definizione è di Modestino, Cod. V. 4-10.1, D. 23.2.1. Sul tema cfr. L.M. ROBLES VELASCO, *Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano, uniones de hecho, concubinatio y contubernium de Roma a la actualidad. Rites and symbolisms of the archaic marriage of early Rome, unmarried couple, concubinatio and contubernium from Rome to the present time*, in RIDROM, 2011, 7, p. 286 ss.

³¹ Cfr.: J.M. GHER, *Polygamy and Same-Sex Marriage. Allies or Adversaries within the Same-Sex Marriage Movement*, in *Wm. & Mary J. Women & L.*, 2008, 14, p. 603, secondo la quale chi sostiene il *same-sex marriage* e non condivide le rivendicazioni del matrimonio poligamico dovrebbe rivedere il proprio atteggiamento critico e «*direct its time and energy toward respecting diversity while fighting for equality*». Significativo, in tale prospettiva, è il Sud Africa, paese nel quale da alcuni anni matrimonio fra soggetti dello stesso sesso e poligamia coesistono. In proposito, cfr. R. GARETTO, *Multiplicity of Marriage Forms in Contemporary South Africa*, in *E.Afr.J. Peace & Hum. Rts.*, 20, 2014, p. 68 ss.

³² Rileva tale atteggiamento M. STRASSER, *Marriage, Free Exercise, and the Constitution*, in *Law & Ineq.*, 2008, 26, p. 59: «*[s]ame-sex marriage opponents frequently suggest that if same-sex unions are constitutionally protected, then polygamous unions must also be protected, as if no more must be said to establish that neither should be recognized*».

³³ 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

propria decisione non implicava anche l'abrogazione del divieto di contrarre matrimoni poligamici³⁴.

Tuttavia, pure fra quanti ritengono la poligamia non conciliabile con i principi costituzionali degli ordinamenti occidentali, vi è chi coglie un'analogia fra lo spirito che animò l'*antipolygamy movement* negli Stati Uniti fra il XIX e l'inizio del XX secolo e l'attuale resistenza rispetto al *same-sex marriage*: l'idea del matrimonio come entità immutabile, rispetto alla quale non si ammette possibilità di confronto³⁵.

Va poi rilevato, in margine ad un tema ampio, cui in questo contesto non si può che fare frammentario riferimento, che negli Stati Uniti storicamente la poligamia si configura secondo le modalità con le quali veniva praticata – in passato – dai mormoni, ovvero l'unione di un uomo con un numero indefinito di mogli. Proprio su tale indeterminatezza si sono basate le maggiori obiezioni, oltre che – ovviamente – rispetto alla discriminazione dei ruoli a seconda del sesso³⁶, problema forse superabile qualora si configurasse un modello poligamico indifferenziato, tale cioè da ammettere sia la poliginia, sia la poliandria.

2. Confronto fra sostenitori della tradizione e fautori del cambiamento sul tema della «ridefinizione» concettuale del matrimonio

³⁴ Cfr. *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 969 (Mass. 2003). Il tema sarà ripreso anche dal giudice Cordy nel suo *dissenting* (984).

³⁵ Cfr. D.A.J. RICHARDS, *Case for Gay Rights. From Bowers to Lawrence and beyond*, Lawrence, 2005, p. 139. Per un'impostazione critica rispetto all'idea di matrimonio come realtà immutabile, cfr. F. RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 516 ss.

³⁶ E. GERSTMANN, *Same-sex Marriage and the Constitution*, Cambridge, 2008, p. 105 ss. Per un *excursus* storico della regolazione della poligamia negli U.S.A., cfr. J.M. GHER, *Polygamy and Same-Sex Marriage*, cit., p. 574.

La configurabilità di una «funzione naturale» del matrimonio costituisce l'essenza del dibattito che, sia nei Paesi di *civil law*, sia in quelli di *common law*, ha acceso gli animi di molti³⁷; volendo semplificare la prospettiva, possiamo affermare che due concezioni si contrappongono.

A quanti, fedeli ad una solida tradizione, connotano il matrimonio come unione naturale, si contrappongono quelli che lo configurano quale unione di carattere sociale, o culturale, in costante mutamento; fra questi ultimi poi, va operata un'ulteriore distinzione fra chi propone di ridefinire gli elementi caratterizzanti la nozione di matrimonio, riconoscendo tuttavia il valore di tale istituto, e chi rifiuta l'idea stessa di matrimonio, nel senso di negare che da esso debba derivare alcun effetto giuridico.

Per quanto concerne il primo approccio al tema, quello più vicino alla nozione consolidata che si ha del matrimonio, frequentemente si tende a sovrapporre considerazioni di natura religiosa alla sfera propriamente giuridica.

E' vero che, se consideriamo – come ha fatto una parte della dottrina spagnola³⁸ - i caratteri distintivi del matrimonio occidentale, monogamia, eterosessualità, stabilità, costituzione formale, finalità procreativa e libertà d'espressione del consenso, risulta evidente lo stretto legame storico fra nozione di matrimonio in ambito civilistico e canonistico.

Questo modello ha tuttavia subito una progressiva erosione. Monogamia e stabilità sono compromesse da quella sorta di «poligamia successiva»³⁹, rappresentata dal divorzio; l'eterosessualità è posta in discussione in vari Paesi, laddove si ammette il matrimonio omosessuale; la formalità della costituzione del rapporto coniugale viene meno con il riconoscimento

³⁷ Per una ricostruzione dei diversi approcci al tema, si vedano: nel contesto continentale europeo, G. FERRANDO, *o.c.*, p. 124 ss., S. DE BENALCÁZAR, *Pacs, marriage et filiation*, cit., p. 137 ss. e J. CARRASCOSA GONZÁLES, *Matrimonio y parejas de hecho*, in A.L. CALVO CARRAVACA e J. CARRASCOSA GONZÁLES (a cura di), *Derecho internacjonal privado*, II, Granada, 2008, p. 73 s.; per gli Stati Uniti, W.N. ESKRIDGE, *The Ideological Structure of the Same-Sex Marriage Debate*, in R. WINTEMUTE e M. ANDENÆS (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, cit., p.113.

³⁸ Cfr. R.NAVARRO-VALLS, *Estabilidad del matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad*, in J. A. SOUTO PAZ (a cura di), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España. Estudios en honor del profesor Víctorio Reina Benáldez*, Granada, 2008, p. 41: «el modelo de matrimonio que hace unos dos mil años comenzó a vivir Occidente se basa en las siguientes notas: monogamia, heterosexualidad, estabilidad, formalización, orientación hacia la prole (entre otras finalidades) y libertad en la emisión del consentimiento. Es un modelo profundamente influenciado por el cristianismo y su traducción legislativa que es el matrimonio canónico».

³⁹ In questo senso, oltre ai già richiamati riferimenti nel contesto degli studi antropologici, cfr. R.NAVARRO-VALLS, *o.c.*, p. 42, il quale usa, appunto, l'espressione «*poligamia sucesiva*».

delle coppie cc. dd. di fatto e la finalità procreativa del matrimonio ha subito l'impatto della diffusione delle pratiche contraccettive⁴⁰.

Negli Stati Uniti questa tendenza a sovrapporre i due piani, quello religioso e quello giuridico, caratterizza i *new natural lawyers*, giuristi di marcata ispirazione tomistica⁴¹.

Essi affrontano direttamente il problema dell'ammissibilità, sul piano giuridico, del matrimonio fra persone dello stesso sesso.

I *new natural lawyers* affermano che l'atto coniugale deve caratterizzarsi specificamente come potenzialmente procreativo; le relazioni sessuali fra persone dello stesso sesso costituiscono quindi violazione dell'ordine proprio dell'atto coniugale⁴². La tesi ha notevoli implicazioni, giacché esprime un disvalore rispetto ad ogni atto sessuale che non si configuri quale atto copulatorio⁴³ fra soggetti di sesso diverso uniti in matrimonio⁴⁴.

Come conseguenza di questa impostazione, i *new natural lawyers* auspicano che l'ordinamento giuridico, pur senza giungere a proibire atti sessuali consensuali fra persone dello stesso sesso⁴⁵, quantomeno scoraggi tali pratiche non riconoscendo alcuna forma di *same-sex partnership*⁴⁶.

Gli argomenti dei *new natural lawyers* risulterebbero sistematicamente coerenti qualora si collocassero in un contesto teologico, avendo, in particolare, riferimento al magistero della

⁴⁰ R. NAVARRO-VALLS, *o.c.*, p. 42 s.

⁴¹ Fra questi vanno ricordati - e ad essi faremo riferimento - John Finnis e Robert George. Cfr. J. FINNIS, *Law, Morality, and "Sexual Orientation"*, *Notre Dame L. Rev.*, 69, 1994, p. 1049 ss; R. GEORGE, *In Defense of Natural Law*, Oxford, 1999.

⁴² Cfr. R. GEORGE, *o.c.*, p. 161, secondo cui «*to be morally right sexual acts must embody or actualize marital union*». J. FINNIS, *Law, Morality, and "Sexual Orientation"*, cit., p. 1067, afferma inoltre che «*sexual acts are no unitive in their significance unless they are marital [...] acts of the reproductive kind*».

⁴³ Cfr. J. FINNIS, *o.c.*, p. 1066: «*[A]be union of the reproductive organs of husband and wife*».

⁴⁴ R. GEORGE, *In Defense of Natural Law*, cit., p. 170s; J. FINNIS, *Law, Morality, and "Sexual Orientation"*, cit., p. 1067 s.

⁴⁵ J. FINNIS, *o.c.*, p. 1049.

⁴⁶ J. FINNIS, *o.c.*, p. 1070. R. GEORGE, *In Defense of Natural Law*, cit., p. 218, sostenendo che «*marriage is an important value which society and government have an obligation to help make available to people*», ritiene che si debba riconoscere una «*society's obligation to "get it right"*», anche in considerazione del fatto che la piena comprensione del matrimonio è incorporata nelle norme stesse che lo regolano, così che il riconoscimento del matrimonio fra persone dello stesso sesso «*will profoundly shape the public's understanding of the nature and value of marriage, and, thus, affect people's capacities to live out true marriages and participate in their value*».

Chiesa cattolica. Molte perplessità pone invece l'intenzione, da loro manifestata con fermezza, di collocarsi sul piano del diritto⁴⁷.

Senza affrontare la questione – specificamente etica - relativa alla connotazione di valore fortemente negativa che i *new natural lawyers* esprimono rispetto alla pratica omosessuale⁴⁸, pare opportuno focalizzare l'attenzione su un altro aspetto fondamentale delle loro tesi: l'esigenza, cioè, che l'atto sessuale fra i coniugi si produca come atto potenzialmente procreativo⁴⁹.

Se è certo che in tale prospettiva si esprime appieno l'essenza naturale dell'unione coniugale tradizionalmente intesa, è altresì vero che la limitazione posta – atti potenzialmente procreativi, o più precisamente, «*marital sexual acts of potentially procreative variety*»⁵⁰ – ci allontana dalla realtà delle cose.

Ciò per due ordini di considerazioni.

Anzitutto in quanto – laddove non vi sia un'opzione di coerenza rispetto a principi religiosi – non è dato ritenere che la sessualità, anche nelle relazioni di carattere matrimoniale, si declini in una gamma di atti così circoscritta⁵¹. In secondo luogo poiché, pure qualora ciò avvenga, non necessariamente tali atti risultano essere – in concreto – procreativi: condizioni di infertilità, età ed altri fattori possono renderli non finalizzati alla procreazione⁵².

⁴⁷ In particolare J. FINNIS, *Law, Morality, and "Sexual Orientation"*, cit., p. 1055, volendo negare la valenza specificamente teologica delle tesi espresse sul matrimonio fra persone dello stesso sesso, definisce - in modo indiretto - le proprie riflessioni «*reflective, critical, publicly intelligible and rational arguments*». Per un'impostazione critica su questo aspetto, si vedano: N. BAMFORTH, *Same-sex partnerships and arguments of justice*, in R. WINTEMUTE e M. ANDENÆS (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, cit., p. 50 e D.A.J. RICHARDS, *Case for Gay Rights. From Bowers to Lawrence and beyond*, cit., p. 136 ss.

⁴⁸ Connotazione che ha alimentato un atteggiamento spesso fortemente negativo rispetto alle tesi dei *new natural lawyers*, definite, ad esempio, «*sectarian*» da Richards. Cfr. D.A.J. RICHARDS, *Introduction*, cit., p. 26 e, più recentemente, ID., *The Case for Gay Rights. From Bowers to Lawrence and beyond*, cit., p. 136.

⁴⁹ J. FINNIS, *Law, Morality, and "Sexual Orientation"*, cit., p. 1067, afferma che «*sexual acts are not unitive in their significance unless they are marital (actualizing the all-level unity of marriage) and (since the common good of marriage has two aspects) they are not marital unless they have not only the generosity of acts of friendship but also the procreative significance*» (enfasi aggiunta).

⁵⁰ R. GEORGE, *In Defense of Natural Law*, cit., p. 161.

⁵¹ J. FINNIS, *Law, Morality, and "Sexual Orientation"*, cit., p. 1068, offre un quadro preciso degli atti fra marito e moglie che – nella sua prospettiva - non si configurano come *marital acts*.

⁵² Del resto anche ponendosi nella prospettiva canonistica, non va dimenticato che l'età infertile dei nubendi mai ha costituito impedimento al matrimonio canonico, ad esso ammettendovi *senes etiam decrepiti*. J. FINNIS, *o.c.*, p. 1064 ss, ha presente l'obiezione relativa alla sterilità, ma – nelle sue argomentazioni – si limita a fare riferimento a sterilità transitoria o sterilità non nota all'atto della celebrazione, trascurando invece la celebrazione del matrimo-

Quest'ultima obiezione è in parte superabile facendo riferimento alla potenzialità funzionale alla procreazione: naturale sarebbe cioè ogni atto sessuale posto in essere con modalità riconducibili a quelle proprie dell'atto specificamente riproduttivo⁵³.

Precisazione che però non convince quanti osservano⁵⁴ come atti che non sono riproduttivi non possano essere «atti di tipo riproduttivo» se non per una mera *visual appearance*, mentre – nella sostanza – essi restano atti non riproduttivi, in ciò non dissimili da quegli atti «non coniugali» stigmatizzati dai *new natural lawyers* nelle coppie tanto eterosessuali, quanto omosessuali. Tali atti inoltre sono posti in essere per ragioni, quale la ricerca del piacere fisico o dell'intimità della coppia, non dissimili, tanto nelle coppie eterosessuali, quanto in quelle omosessuali⁵⁵.

In effetti l'orizzonte prettamente biologico che caratterizza la nozione naturale del matrimonio è difficilmente conciliabile con la funzione relazionale della sessualità umana⁵⁶.

Ciò forse rappresenta il maggiore limite dell'impostazione sostenuta dai *new natural lawyers* e offre molteplici argomenti a quanti, nel contesto sia di *civil law* sia di *common law*, asseriscono il carattere specificamente «culturale» del matrimonio.

In tale prospettiva il matrimonio è rappresentato come realtà storica contingente⁵⁷, in divenire⁵⁸, «*le résultat d'une construction sociale soumise régulièrement à des changements*»⁵⁹.

Ciò può risultare più chiaro se si tiene presente l'evoluzione recente del modello matrimoniale: grazie al riconoscimento della piena eguaglianza della donna, si è giunti alla paritaria

nio nel caso in cui la sposa non sia più in età fertile. Sull'argomento, in prospettiva critica, si veda: E. GERSTMANN, *Same-sex Marriage and the Constitution*, cit., p. 27 ss.

⁵³ Cfr R. GEORGE, *In Defense of Natural Law*, cit., p. 161, che fa riferimento a «*reproductive-type acts*», mentre J. FINNIS, *Law, Morality, and "Sexual Orientation"*, cit., p. 1067, parla di «*acts of the reproductive kind*».

⁵⁴ E. GERSTMANN, *Same-sex Marriage and the Constitution*, cit., p. 28.

⁵⁵ E. GERSTMANN, *o.l.c.*. Per una rappresentazione della funzionalità genitale antitetica rispetto a quella espressa dai *new natural lawyers*, cfr. D.R. MOHR, *Gays/Justice. A Study of Ethics, Society, and Law*, New York, 1988, p. 36.

⁵⁶ Funzione relazionale fatta propria, dopo il Concilio Vaticano II, anche dal Magistero cattolico e sfociata nel Codice di Diritto Canonico del 1983, che al can. 1055 definisce il matrimonio «comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi», antepoendo la finalità del «bene dei coniugi» a quella procreativa.

⁵⁷ Sugli esiti di tale impostazione - anche rispetto alle ripercussioni sul tema del concubinato - cfr. V. MARANO, *Le unioni di fatto. Esperienza giuridica secolare e insegnamento della Chiesa*, Milano, 2005, p. 1 s., nota 2.

⁵⁸ D. BORRILLO e P. LASCOURMES, *Amours égales? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, Paris, 2002, p. 120 ss.

⁵⁹ D. BORRILLO, *Le mariage homosexuel, hommage de l'hérésie à l'orthodoxie?*, in AA.VV., *La sexualité a-t-elle un avenir?*, Paris, 1999, p. 39.

condivisione delle decisioni relative alla gestione della comunità familiare⁶⁰, evoluzione che in Italia ha trovato formale compimento nella riforma del diritto di famiglia del 1975, anche se i principi cui la riforma stessa è ispirata già erano chiaramente sanciti nella Costituzione⁶¹; allo stesso modo, l'introduzione del divorzio o – dove questo già era consentito – del divorzio senza addebito⁶², ha mutato drasticamente i termini della relazione originariamente destinata ad unire in maniera definitiva, se non addirittura indissolubile, i coniugi.

Una simile mutevolezza dell'istituto matrimoniale induce taluni a cercare una sua minima definizione concettuale; così il matrimonio è stato definito: «*a loving union between two people who enter into a relationship of emotional and financial commitment and interdependence, two people who seek to make a public statement about their relationship, sanctioned by the state*»⁶³.

E' facile cogliere in quest'affermazione la netta prevalenza dell'aspetto privatistico⁶⁴: siamo agli antipodi rispetto alla concezione romana di matrimonio quale «*seminarium rei publicae*»⁶⁵.

Tale prevalenza si connota chiaramente nel contesto della cultura *liberal* nordamericana⁶⁶.

⁶⁰ D. BORRILLO e P. LASCOUMES, *Amours égales? Le Pacs*, cit., p. 120.

⁶¹ Su questo tema, cfr. F. RUSCELLO, *Lineamenti di Diritto di Famiglia*, Milano, 2005, p. 7 ss.; ID., *Dal patriarcato al rapporto omosessuale*, cit., p. 530 s.

⁶² Rispetto al tema dell'introduzione del *no-fault divorce* si veda, sia pure in una prospettiva critica rispetto ad estremizzazioni in materia di *same-sex marriage*, J. HALLEY, *Rhetorics of Justification in the Same-Sex Marriage Debate*, in R. WINTEMUËTE e M. ANDENËS (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, cit., p.108.

⁶³ E. WOLFSON, *Crossing the Threshold: Equal marriage rights for Lesbians and gay men and the Intra-Community Critique*, in *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change*, 21, 1994, p. 579. Sul tema, cfr. J. HALLEY, *o.c.*, p. 98 s. Non dissimile la definizione di D. BORRILLO, *Le mariage homosexuel*, cit., p. 39 s.: «*le mariage est l'union de deux personnes ayant pour but la solidarité réciproque sur la base de l'affection mutuelles*».

⁶⁴ Questo aspetto è posto in evidenza anche da S. DE BENALCÁZAR, *Pacs, mariage et filiation*, cit., p. 263, che parla di «*privatisation de mariages*».

⁶⁵ Cfr. M.T. CICERONE, *De off.*, 1, 54: «*[n]am cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae*» Si veda il testo italiano in ID., *I doveri*, a cura di E. Narducci, Milano, 2001, p. 122 s.: «*[e] poiché in tutti gli animali è naturale l'istinto della procreazione, la prima società è costituita proprio dal matrimonio, la seconda dai figli e quindi dall'avere un'unica casa e dei beni comuni: questo è il principio della città e per così dire il semenzaio dello Stato*». Per un riferimento a tale concezione, specifica della cultura romana, ma contestualizzata in una prospettiva evolutiva, cfr. F. RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale*, cit., p. 518 s.

⁶⁶ S. DE BENALCÁZAR, *o.l.u.c.*

Proprio l'enfatizzazione degli aspetti connessi alla libertà di scelta individuale caratterizza il pensiero della dottrina che – in quel contesto - più autorevolmente si schiera a favore del matrimonio fra persone dello stesso sesso⁶⁷.

Tale orientamento prende le mosse dall'affermazione che ciascuno, avendo propri specifici bisogni, dovrebbe essere in grado di decidere cosa è normale per sé; uno stato liberale avrebbe quindi il compito di assecondare questa fondamentale esigenza dell'individuo⁶⁸.

L'assunto è suggestivo, ma non è privo di rischi: quale deve essere infatti il limite di tale soggettivismo e – soprattutto – chi può stabilire tale limite?

Certo il *limit of consent* invocato da chi segue questa impostazione⁶⁹ può valere in generale, ma non costituisce criterio risolutivo nei casi estremi. Gli argomenti critici che si possono opporre riguardano fattispecie quali l'incesto o la pedofilia che, al giudizio soggettivo di taluno, potrebbero anche parere normali, e tali potrebbero essere stati recepiti in altre epoche storiche⁷⁰, ma che oggi sono fermamente rifiutati e sanzionati⁷¹.

Tale obiezione senza dubbio indebolisce il ragionamento, anche se non lo vanifica completamente, giacché il richiamo alla libertà personale, se non disgiunto dall'esigenza di piena responsabilità dei propri comportamenti, è denso di valore nella cultura occidentale.

Proprio su questa linea si collocano gli ulteriori argomenti di chi – nella dottrina statunitense - sostiene la necessità del riconoscimento legale delle diverse forme di *partnership* fra persone dello stesso sesso.

⁶⁷ Cfr. W.N. ESKRIDGE, *The Ideological Structure of the Same-Sex Marriage Debate*, cit., p. 116, che rileva come le «*modern liberal theories emphasising individual freedom of choice are the mainstay of same-sex marriage proponents*».

⁶⁸ Cfr. W.N. ESKRIDGE, *o.u.c.*, p. 118: «*each person has her individual needs, and we all ought to be able to choose what is normal for ourselves. What is normal for me might be abnormal for you, and the liberal state ought to accommodate diversity of taste*».

⁶⁹ Cfr. N. BAMFORTH, *Same-sex partnerships*, cit., p. 43, il quale ritiene che «*each individual's appreciation and definition of what is [...] a valuable sexual act or sexual/emotional relationship must – within the limits of consent – be respected*».

⁷⁰ Sul tema della «*péderastie pédagogique*» nella Grecia classica, si veda, in prospettiva critica rispetto ad interpretazioni antropologiche dirette ad enfatizzare le dimensioni del fenomeno, S. DE BENALCÁZAR, *o.u.c.*, p. 169 s.

⁷¹ S. DE BENALCÁZAR, *o.u.c.*, p. 150 s.

In particolare il richiamo è al principio di eguaglianza. Come è stato osservato, gli argomenti che si fondano su questo principio presentano il vantaggio della chiarezza e dell'immediatezza, oltre a manifestare un marcato *appeal* emotivo⁷².

In tale prospettiva, si sostiene che, su un piano di legalità costituzionale, i soggetti omosessuali non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai soggetti eterosessuali, in quanto i due gruppi hanno eguale valore morale⁷³.

Espresso esattamente in questi termini, il concetto appare affetto dallo stesso vizio sostanziale evidenziato rispetto agli argomenti dei *new natural lawyers*: si sconfinava dal diritto alla morale, esprimendo una valutazione di merito – in sé soggettiva - rispetto alla pratica omosessuale.

Se però noi riformuliamo il concetto affermando che i soggetti omosessuali non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai soggetti eterosessuali, in quanto gli uni e gli altri sono persone umane, e come tali portatrici di un valore intrinseco che si esprime nel riconoscimento della dignità, del rispetto, dell'esigenza di autorealizzazione, il problema della soggettività della valutazione morale sembra superato.

Sul piano della persona, più che in termini di gruppo sociale⁷⁴, è possibile rimuovere quelle forme di trattamento sfavorevole derivanti dall'orientamento sessuale. Proprio su considerazioni relative ai diritti della persona ed alla violazione del principio di eguaglianza si fondano le decisioni delle Corti statunitensi che, come vedremo, hanno consentito il matrimonio fra persone dello stesso sesso.

Meno immediato – per certi versi più astratto - l'ulteriore argomento che viene portato a sostegno di questo orientamento dottrinale, ritenendolo prevalente⁷⁵, ovvero il concetto di «au-

⁷² N. BAMFORTH, *o.c.*, p. 39: «equality arguments [...] are easy to understand and have a clear, emotive appeal».

⁷³ Cfr. N. BAMFORTH, *o.c.*, p. 38 s.: «lesbians and gay men should not, because of their sexual orientation, be treated any less favourably than heterosexuals since the two groups are of equal moral worth» (enfasi aggiunta).

⁷⁴ Cfr. C. AMICH ELÍAS, *Cultura homosexual, sujeto homosexual y derechos humanos*, in *Foro*, Nueva época, 2007, 5, p. 204: «[A] gran variedad de manifestaciones que la homosexualidad puede conllevar — desde el mero deseo difuso hasta la articulación de complejas relaciones, al igual que la heterosexualidad — hacen difícil poder considerar a los homosexuales un grupo cultural homogéneo, del mismo modo que es imposible hacerlo con los heterosexuales».

⁷⁵ Cfr. N. BAMFORTH, *o.c.*, p. 33 ss. Vi è un terzo argomento, ritenuto da questa stessa dottrina piuttosto debole - se applicato alla materia matrimoniale - che per esigenze di chiarezza espositiva omettiamo di citare nel testo, ov-

thonomy/empowerment»⁷⁶. Strettamente legato anch'esso al rispetto della dignità umana, tale concetto mette in risalto come i desideri sessuali ed emozionali, i sentimenti e le passioni abbiano centrale importanza per l'essere umano. In tale prospettiva quindi l'autonomia e l'autorealizzazione della persona troverebbero compimento pure attraverso una soddisfacente *sexual/emotional relationship*. Tale soddisfacente relazione dovrebbe potersi esprimere liberamente, a prescindere cioè anche dall'orientamento sessuale, purché posta in essere da soggetti consenzienti⁷⁷.

In particolare l'atteggiamento non «ostile»⁷⁸ dell'ordinamento rispetto a forme di *partnership* diverse da quella eterosessuale potrebbe contribuire, si afferma, a potenziare, nei soggetti omosessuali, il processo di autorealizzazione personale descritto⁷⁹.

Un ulteriore orientamento in ordine al tema del *same-sex marriage*, definito da taluni come «*progressive critics*»⁸⁰, va segnalato, non tanto per l'impatto da esso esercitato sul dibattito dottrinale, invero circoscritto, ma perché l'analisi delle sue estremizzazioni meglio ci consente di mettere in luce la portata ed il senso dell'approccio *liberal* al tema del matrimonio nella cultura nordamericana, in questa prospettiva comparativa alquanto moderato.

I *progressive critics* condividono con il pensiero *liberal* la configurazione del matrimonio in senso culturale-evolutivo, ma ritengono, sostanzialmente, che tale modello abbia perso ormai la funzione che in passato gli era propria⁸¹. Essi quindi non condividono la rivendicazione del *same-sex marriage*, in quanto lo reputano uno strumento di «normalizzazione» destinato ad emarginare ulteriormente le coppie omosessuali che ad esso non volessero ricorrere.

vero il diritto fondamentale al rispetto della *privacy*, tale da ricoprire con la propria tutela anche il libero esercizio di «[p]rivate, consensual sexual acts between adult males» (p. 33).

⁷⁶ N. BAMFORTH, *o.c.*, p. 41 ss.

⁷⁷ Sul tema si rimanda a quanto osservato in ordine al *limit of consent*.

⁷⁸ N. BAMFORTH, *o.c.*, p. 44.

⁷⁹ N. BAMFORTH, *o.l.c.*

⁸⁰ W.N. ESKRIDGE, *The Ideological structure of the Same-Sex marriage Debate*, cit., p. 114. Tale impostazione è rilevabile anche nel contesto francese: cfr. S. DE BENALCÁZAR, *Pacs, mariage et filiation*, cit., p.136, nota 514.

⁸¹ Per una riflessione, in questo senso, sulla famiglia nell'ambito del pensiero *progressive*, cfr. R. COOMARASWAMY, *Ideology and the Constitution. Essays on constitutional jurisprudence*, Colombo, 1996, p.110: «*the family should not be defined in a formalistic, nuclear construction as a husband, wife and children. The family is the place where individuals learn to care, trust and nurture each other. The law should protect and privilege that kind of family and not any other*».

In luogo del matrimonio viene invece individuato, quale migliore modello, quello della convivenza riconosciuta da parte dello stato.

Fra gli esponenti di questa corrente di pensiero vi è chi contesta – significativamente - il fatto che ai soggetti uniti in matrimonio, si tratti di coppie eterosessuali od omosessuali, siano riconosciuti «*special rights*» negati ai componenti di altre forme familiari⁸².

Circoscrivendo il dibattito relativo al *same-sex marriage* negli Stati Uniti entro i limiti di una battaglia per l'affermazione di un diritto civile, sostanzialmente estranea quindi al diritto di famiglia – senza negare gli intenti di fondo dei promotori di tale battaglia – si propone qualcosa di ben diverso: una riforma volta ad ottenere il riconoscimento del valore di ogni famiglia.

Tale proposta si fonda su un preciso assunto: «*marriage as a family form is not more important or valuable than other form of family*»⁸³. La decisione quindi di sposarsi potrà corrispondere a scelte di natura sociale o culturale, ma non dovrà mai costituire un obbligo: non dovrà cioè essere richiesta la celebrazione di un matrimonio per ottenere dei benefici legali⁸⁴.

Risulta evidente in questa impostazione lo sforzo di equiparare ogni forma di famiglia, a prescindere da come essa si sia costituita e da come risulti strutturata, sul piano tanto della considerazione sociale, quanto del diritto.

In tale prospettiva si comprende la ragione per cui i fautori del *same-sex marriage*, nel connotare il pensiero *liberal* sul tema del matrimonio fra persone dello stesso sesso, usino contemporaneamente gli aggettivi «*radicals*» e «*conservatives*»⁸⁵.

Certo è «*radical*» perché ammette la possibilità che, fra gli elementi distintivi del matrimonio quale storicamente ci è giunto - cui abbiamo fatto riferimento in precedenza - venga meno

⁸² N.D. POLIKOFF, *Beyond (Straight and Gay) Marriage: Valuing All Families under the Law*, Boston, 2008, p. 2: l'autrice, negando che l'accesso al *same-sex marriage* costituisca un tema particolarmente problematico nell'ambito della regolamentazione della famiglia contemporanea, sostiene che in realtà «*[I]f the most contested issue in contemporary family policy is whether married-couple families should have "special rights" not available to other family forms*».

⁸³ N.D. POLIKOFF, *o.c.*, p. 3.

⁸⁴ N.D. POLIKOFF, *o.l.c.*

⁸⁵ W.N. ESKRIDGE, *The Ideological Structure of the Same-Sex Marriage Debate*, cit., p. 113.

quello più caratterizzante, la differenza di sesso fra i coniugi, ma è «*conservative*» perché riconosce ed afferma il valore del matrimonio⁸⁶.

Quest'affermazione può apparire quasi provocatoria ma, se abbiamo presente la situazione auspicata dai radicali *progressive* - i cui esponenti rappresentano una parte della cultura non solo omosessuale ma anche femminista - ci rendiamo conto di come effettivamente si contrappongano due visioni del matrimonio. Per alcuni il matrimonio è un istituto che conserva pienamente il proprio valore e la propria funzione sociale, anche se si ritiene che ne vada ridefinita la connotazione formale. Per altri invece il matrimonio rappresenta una realtà puramente legata ad elementi spirituali, culturali o religiosi individuali; come tale quindi esso non merita riconoscimento o tutela particolari, dovendosi porre, anche sotto il profilo valoriale, sullo stesso piano di qualsiasi altra forma di convivenza familiare⁸⁷.

Non siamo di fronte ad una diatriba meramente teorica: effettivamente è riscontrabile a livello diffuso un atteggiamento da cui traspare una progressiva disaffezione rispetto al matrimonio, a vantaggio di altre forme di famiglia meno rigide⁸⁸. Riaffermare il valore, ma anche - in concreto - l'utilità e l'efficacia del modello matrimoniale è sicuramente un fatto positivo, anche se ciò implica la presa in carico di tutti i problemi derivanti dall'espansione della nozione di matrimonio che la cultura *liberal* promuove.

Proprio sulla base di simili considerazioni prende le mosse, negli Stati Uniti, la svolta giurisprudenziale che ha portato il Massachusetts - primo fra tutti gli Stati della Confederazione - a riconoscere il *same-sex marriage*.

⁸⁶ Cfr. W.N. ESKRIDGE, *o.l.c.*, il quale sostiene che la rivendicazione del matrimonio fra persone dello stesso sesso «*accepts the value of marriage [...] and offers it as a positive aspiration*».

⁸⁷ Cfr. N.D. POLIKOFF, *o.c.*, p. 3, in particolare laddove auspica che la legge «*would recognize all families' worth*» (enfasi aggiunta).

⁸⁸ B. BEIGNER, *Préface*, in S. DE BENALCAZAR, *Pacs, mariage et filiation*, cit., p. V, che evidenzia un «*changement des mœurs familiales*» che si manifesta nella «*augmentation du nombre des enfants nés hors mariage, le concubinage en progression constante, qui ne serait plus considéré comme une solution temporaire, mais comme une situation similaire au mariage*».

3. *L'evoluzione della nozione di matrimonio negli Stati Uniti d'America. L'elaborazione giurisprudenziale relativa al same-sex marriage*

Il ricorso alla litigation per promuovere significative riforme sociali è caratteristica tipica degli Stati Uniti: nei tribunali si sono prese le decisioni che hanno introdotto i maggiori cambiamenti in materia di diritti civili. La reale possibilità delle Corti, in particolare della Corte Suprema, di operare nella direzione del «social change» è oggetto di discussione⁸⁹, soprattutto in considerazione dell'esigenza che alle Corti si pone di agire nel contesto della legalità stabilita dalle Costituzioni dei singoli Stati e dalla Costituzione degli Stati Uniti e di rapportarsi sia al *legislative branch*, sia all'*executive branch*.

Il ruolo delle Corti rispetto alla dinamica del cambiamento è tuttavia innegabile. Fra le sentenze che piú hanno caratterizzato questa linea di sviluppo possiamo ricordare: *Brown v. Board of Education of Topeka*⁹⁰, del 1954, che sancí la fine della segregazione nell'educazione, *Loving v. Virginia*⁹¹, del 1967, che pose fine alle restrizioni relative al matrimonio interrazziale, *Reed v. Reed*⁹², del 1971, che vietò la discriminazione in base al sesso, e *Roe v. Wade*⁹³, del 1973, che consentí l'aborto, reputandolo un diritto fondamentale.

Per quanto riguarda i casi relativi ai *same-sex marriage*, le prime decisioni si collocano poco dopo il 1970⁹⁴, ma il tema emerge prepotentemente quale questione costituzionale solo nell'ultimo decennio del secolo scorso.

Un elemento che distingue le decisioni su questa materia da quelle relative ai diritti civili ed alla parità fra i sessi è costituito dal ricorso alle Corti statali anziché alla Corte Federale, nonostante tali Corti siano, in linea di massima, piú prudenti nel favorire significative riforme sociali rispetto alla Corte Federale⁹⁵.

⁸⁹ Cfr. G.N. ROSEMBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago, 2008, soprattutto nella parte relative al *same-sex marriage* (p.339 ss.).

⁹⁰ 347 U.S. 483 (1954).

⁹¹ 388 U.S. 1 (1967).

⁹² 404 U.S. 71 (1971).

⁹³ 410 U.S. 113 (1973).

⁹⁴ Cfr. *Baker v. Nelson*, 191 N.W.2d 185 (Minn. 1971); *Jones v. Hallaban*, 501 S.W.2d 588 (Ky. 1973); *Singer v. Hara*, 522 P.2d 1177 (Wash. Ct. App. 1974).

⁹⁵ G.N. ROSEMBERG, *The Hollow Hope*, cit., p. 340.

La Corte Suprema delle Hawaii, nel 1993, con la sentenza *Baehr v. Lewin*⁹⁶, è stata la prima Corte statale ad esprimersi - in modo inatteso ed innovativo - sulla materia, suscitando ampio clamore⁹⁷.

La Corte in quell'occasione si è interrogata rispetto all'esistenza del matrimonio qualora manchino - in tutto o in parte - determinati requisiti legali: nello specifico la differenza di sesso fra i nubendi.

La decisione stabilisce che il rifiuto, da parte dello Stato delle Hawaii, della licenza matrimoniale a causa dell'identità di sesso costituisce violazione della Costituzione dello Stato, la quale - in modo più specifico rispetto al Quattordicesimo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti⁹⁸ - prevede, all'art. 1, sezione 5, che «*[n]o person shall [...] be denied the equal protection of the law, nor be denied the enjoyment of the person's civil rights or be discriminated against in the exercise thereof because of race, religion, sex, or ancestry*».

La Corte quindi - con una scelta che ha in parte deluso i più accesi assertori del matrimonio omosessuale⁹⁹ - ritiene che non l'orientamento sessuale, ma il sesso si configuri come una *suspect category* in ordine all'*equal protection*. Essa individua cioè, nell'esigenza della disparità di sesso fra i nubendi, una possibile discriminazione di gravità tale da richiedere lo *standard* di giudizio più rigoroso, ovvero lo *strict scrutiny*.

La decisione presenta anche altri interessanti elementi di novità.

⁹⁶ 852 P.2d 44 (Haw. 1993).

⁹⁷ Cfr. M. DUPUIS, *Same-Sex Marriage, Legal Mobilization, & the Politics of Rights*, New York, 2002, p. 44, il quale mette in risalto come «*the reasoning of earlier courts on the issue of sex discrimination has been rejected in Hawaii. The case has captured a national audience*». Per un commento alla sentenza, nel panorama italiano, cfr. P.M. CALIARO, *Il same-sex marriage negli Stati Uniti d'America*, Padova, 2006, p. 236 ss.

⁹⁸ Il Quattordicesimo Emendamento - in forma concisa - stabilisce che: «*[n]o State shall [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*», (U.S. Const.amend. XIV, § 1).

⁹⁹ Cfr. A.C. INFANTI, *Baehr v. Lewin: a step in the right direction for gay right*, in R.M. BAIRD e S.R. ROSENBAUM, *Same-sex marriage. The Moral and legal Debate*, New York, 1997, p. 227 s., secondo cui «*Baehr v. Lewin is not an unfettered victory for gay right. In fact, it may be somewhat of failure*».

Per la prima volta infatti viene riconosciuta da una Corte la relazione fra il tema relativo al *same-sex marriage* ed una sentenza fondamentale in materia di matrimonio, *Loving v. Virginia*¹⁰⁰, a cui già abbiamo fatto riferimento.

Il caso riguarda due coniugi, un uomo bianco ed una donna di colore, sposatisi nel District of Columbia per sottrarsi al divieto di matrimonio interrazziale vigente ancora in Virginia negli anni '60 dello scorso secolo. Al ritorno in Virginia i coniugi subirono una condanna ad un anno di carcere, sospesa condizionalmente, qualora avessero lasciato lo Stato, senza farvi ritorno per venticinque anni¹⁰¹. La *rule of law* che la Corte Suprema stabilì è di particolare importanza: la libertà di sposare – o non sposare – una persona di un'altra razza è propria dell'individuo e non può essere violata dallo Stato¹⁰².

Sostituendo a «razza» la parola «sesso», tenuto presente quanto disposto dall'art. 1 della Costituzione dello Stato delle Hawaii, possiamo chiaramente comprendere lo schema logico applicato della Corte dello Stato¹⁰³ e seguito successivamente da altre Corti – principalmente in *Goodridge v. Department of Public Health*¹⁰⁴.

In *Loving v. Virginia* troviamo inoltre espresso un importante principio di carattere assiologico: la libertà di sposarsi costituisce un diritto fondamentale della persona, funzionale al pieno raggiungimento di un valore, la felicità, che è proprio degli uomini liberi¹⁰⁵.

Pure questo aspetto è destinato a trovare applicazione – successivamente – in altre *decisions* in materia di *same-sex marriage*.

Nella decisione della Corte dello Stato delle Hawaii sono ravvisabili ulteriori aspetti di particolare interesse.

¹⁰⁰ Sulla *decision*, cfr. R.A. PRATT, *The case of Mr. and Mrs. Loving: Reflections on the Fortieth Anniversary of Loving v. Virginia*, in C. SANGER, *Family Law Stories*, New York, 2008, p. 7 ss.

¹⁰¹ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 6-7 (1967).

¹⁰² Cfr. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967): «[u]nder our Constitution, the freedom to marry, or not marry, a person of another race resides with the individual and cannot be infringed by the State».

¹⁰³ Cfr. *Baehr v. Lewin*, 852 P.2d 44 (Haw. 1993): «substitution of "sex" for "race" and article 1, section 5 for the Fourteenth Amendment yields the precise case before us together with the conclusion that we have reached».

¹⁰⁴ 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

¹⁰⁵ Cfr. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967): «[T]he freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men. Marriage is one of the "basic civil rights of man", fundamental to our very existence and survival» (enfasi aggiunta).

Come già si è accennato, la Corte ritiene di dover sottoporre, come in *Loving v. Virginia*, la normativa matrimoniale la cui applicazione viene contestata in giudizio – ovvero il divieto del matrimonio in base all'identità del sesso – allo *strict scrutiny test*, ossia al rigoroso *standard* riservato perlopiù all'esame di materie inerenti diritti civili fondamentali e di casi – appunto - di *suspect classification*.

Non è infine trascurabile il fatto che la Corte non abbia fatto proprio l'argomento secondo cui il *marriage statute* delle Hawaii avrebbe avuto come particolare fine quello di garantire la protezione della funzione procreativa del matrimonio¹⁰⁶.

Gli effetti della decisione della Corte Suprema dello Stato delle Hawaii risultano comunque circoscritti, in quanto successivamente lo Stato, con un emendamento costituzionale, limitò il matrimonio alle sole coppie eterosessuali¹⁰⁷, ma estese alcuni dei suoi *benefits* alle *partnerships* fra persone dello stesso sesso¹⁰⁸.

Inoltre nel 1996 viene approvato dal Congresso il *Defense of Marriage Act (DOMA)*¹⁰⁹. Tale atto – chiaramente riconducibile alla sentenza delle Hawaii - definisce, nella sezione 3, il matrimonio ai fini di un'applicazione in ambito federale: «[i]n determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word "marriage" means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word "spouse" refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife»¹¹⁰.

Il *DOMA* è approvato con lo scopo di escludere espressamente l'applicazione al *same-sex marriage* di qualunque *benefit* riconosciuto dalle leggi federali alle coppie eterosessuali sposate. Attraverso tale atto si vuole affermare con forza il principio secondo cui nessuno Stato della

¹⁰⁶ Per un esame della sentenza, cfr.: M. DUPUIS, *Same-Sex Marriage, Legal Mobilization, & the Politics of Rights*, cit., p. 49 ss. e – ancorché in prospettiva critica, a fronte di aspettative di più ampia apertura - A.C. INFANTI, *Baehr v. Lewin: a step in the right direction for gay right*, cit., p. 227 ss.

¹⁰⁷ Si tratta dell'emendamento che aggiunse la sezione 23 all'articolo 1 della Costituzione delle Hawaii: «*the legislature shall have the power to reserve marriage to opposite-sex couples*».

¹⁰⁸ Per una critica rispetto a tale sviluppo nella prospettiva della «*hollow hope theory*», cfr. G.N. ROSEMBERG, *The Hollow Hope*, cit., p. 343 s.

¹⁰⁹ Pub. L. No. 104-199, 110 Stat. 2419 (1996), codificato come: 1 U.S.C. § 7 e 28 U.S.C. § 1738C (2000).

¹¹⁰ 1 U.S.C. § 7, enfasi aggiunta.

Federazione è tenuto al riconoscimento del *same-sex marriage*, al di fuori di quello che lo autorizza¹¹¹. Rispetto alla legittimità costituzionale delle disposizioni contenute nel *DOMA* si sono espressi nel corso degli anni ampia riserva in dottrina¹¹² e dissenso in ambito giurisprudenziale¹¹³. Sono state inoltre presentate proposte di legge volte alla sua completa abrogazione¹¹⁴. Nel 2013 si è giunti ad una pronuncia di incostituzionalità dell'intera sezione 3 del *DOMA*: con la sentenza *United States v. Windsor*¹¹⁵ la Corte Suprema ha infatti ritenuto che le previsioni contenute in tale sezione costituissero «a deprivation of the liberty of the person protected by the Fifth Amendment of the Constitution»¹¹⁶.

Il passo successivo – nella ricostruzione cronologica dello sviluppo giurisprudenziale in tema di *same-sex marriage* – è rappresentato da una decisione del 1999, *Baker v. State of Vermont*¹¹⁷.

La Corte in questo caso afferma il principio che le coppie formate da persone dello stesso sesso hanno il diritto di ottenere «the same benefits and protections afforded by Vermont law to married opposite-sex couples»¹¹⁸. La *decision* si basa sull'applicazione della *Common Benefits Clause* della

¹¹¹ Per una configurazione, in lingua italiana, di effetti e funzioni sottesi all'approvazione del *DOMA*, cfr. P.M. CALIARO, o.c., p. 248 ss.

¹¹² Cfr. in questo senso, J. HALLORAN MCLAUGHLIN, *DOMA and the Constitutional Coming Out of Same-Sex Marriage*, in *Wis. J.L. Gender & Soc'y*, 2009, 24, p. 203: «*DOMA violates the bedrock principles of deliberative autonomy and deliberative democracy and should be invalidated*». Si veda anche M. STRASSER, *DOMA, the Constitution, and the promotion of good public policy*, in *Alb. Gov't L. Rev.*, 2012, 5, p. 615: «*there are several reasons to believe that Congress has exceeded its power when attempting to define marriage for federal purposes*».

¹¹³ Cfr. *Gill v. Office of Pers. Mgmt.*, 699 F. Supp. 2d 374, 396 (D. Mass. 2010) e *In re Balas*, 449 B.R. 567, 579 (Bankr. C.D. Cal. 2011), che censurano il *DOMA* laddove esso definisce il matrimonio ai fini di un'applicazione limitativa della disciplina matrimoniale in ambito federale.

¹¹⁴ Il 15 settembre 2009 è stata presentata alla *House of Representatives* del Congresso degli Stati Uniti una proposta di legge, denominata *Respect for Marriage Act of 2009*, (o *RFMA*), rubricata come *H. R. 3567*, volta ad abrogare il *Defense of Marriage Act* e prevedere l'estensione dei benefici federali anche alle coppie unite in un *same-sex marriage*. Il 16 marzo 2011 i senatori Patrick Leahy, Dianne Feinstein e Kirsten Gillibrand hanno presentato al Senato il *Respect for Marriage Act* (H.R. 1116, S. 598), una proposta di legge volta a sostituire il *DOMA* e a riconoscere a tutte le coppie legalmente sposate, incluse quelle omosessuali, i benefici derivanti dal matrimonio previsti dalle norme federali. Cfr. *Leahy Announces Plan to Hold 1st Congressional Hearing on Repealing DOMA*, CONGRESSIONAL DOCUMENTS: U.S. SENATE DOCUMENTS, 2011 WLNR 13488422, 7 luglio 2011.

¹¹⁵ *United States v. Windsor*, 570 U.S. 12, 133 S. Ct. 2675 (2013). Per una prima configurazione degli effetti dell'abrogazione della *section 3* del *DOMA* su un piano pratico, cfr. B. BARTELS e D.J. WINTZ, *Considerations for Employee Benefit Plans and Human Resource Practices Following United States v. Windsor*, in *Nebraska Lawyer*, 2013, 5, p. 10 ss.

¹¹⁶ *United States v. Windsor*, 570 U.S. 12, 133 S. Ct. 2675, 2695 (2013).

¹¹⁷ 744 A.2d 864 (1999). Per un commento alla sentenza, nel contesto italiano, cfr. P.M. CALIARO, o.c., p. 267 ss.

¹¹⁸ *Baker v. State of Vermont*, 744 A.2d 864, 866 (1999).

Costituzione dello Stato del Vermont, che garantisce a tutti i cittadini uguali benefici ed uguale protezione¹¹⁹.

Non volendosi sostituire al Potere Legislativo, la Corte non ha stabilito uno specifico rimedio, ma ha disposto che – in un termine assai breve – lo Stato dovesse approvare una norma atta a correggere la rilevata violazione della Costituzione in materia matrimoniale. Si è ritenuto opportuno precisare espressamente, tuttavia, che – oltre che attraverso un *same-sex marriage* – tale risultato si sarebbe potuto conseguire anche mediante una «*domestic partnership*» o una «*registered partnership*», purché esse avessero previsto tutti, o pressoché tutti, i diritti e gli obblighi stabiliti dalla legge per i *partner* sposati¹²⁰.

Va rilevato che la decisione a favore dei ricorrenti è stata adottata all'unanimità. Si tratta del primo caso in cui – in questa materia – ciò accade; tuttavia nel suo *concurring and dissenting* il giudice Johnson critica il fatto che la Corte dichiari sussistere la violazione di un diritto, senza prevedere un rimedio, lasciando i ricorrenti in un «*uncertain fate in the political caldron*»¹²¹.

In effetti tuttavia il rischio di ricadere in un calderone politico è stato – almeno in parte - evitato: lo Stato del Vermont nell'aprile del 2000 ha approvato una legge relativa alle *civil unions*, prevedendo per i *partners* «*all the same benefits, protections and responsibilities under law [...] as are granted to spouses in a marriage*»¹²².

Per la scelta di riconoscere la lesione di un diritto e di non volerne individuare concretamente il rimedio, la *decision* ha prodotto un'ampia discussione: mentre taluni hanno apprezzano

¹¹⁹ Cfr. Vt. Const., ch. I, art 7.: «[A]t government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community, and not for the particular emolument or advantage of any single person, family, or set of persons, who are a part only of that community».

¹²⁰ Cfr. *Baker v. State of Vermont*, 744 A.2d 864, 886 (1999): «[A]hese include what are typically referred to as "domestic partnership" or "registered partnership" acts, which generally establish an alternative legal status to marriage for same-sex couples, impose similar formal requirements and limitations, create a parallel licensing or registration scheme, and extend all or most of the same rights and obligations provided by the law to married partners».

¹²¹ Cfr. *Baker v. State of Vermont*, 744 A.2d 864, 898 (1999): «[A]he majority agrees that the Common Benefits Clause of the Vermont Constitution entitles plaintiffs to obtain the same benefits and protections as those bestowed upon married opposite-sex couples, yet it declines to give them any relief other than an exhortation to the Legislature to deal with the problem. I concur with the majority's holding, but I respectfully dissent from its novel and truncated remedy, which in my view abdicates this Court's constitutional duty to redress violations of constitutional rights [...]. Yet, notwithstanding these pronouncements, the majority elects to send plaintiffs to an uncertain fate in the political caldron of that very same moral debate».

¹²² 15 V.S.A. § 1204(a).

il fatto che le coppie omosessuali, scegliendo la *civil union*, ottenessero – sul piano sostanziale – soddisfacente tutela¹²³, altri hanno rilevato che, non potendo comunque accedere al matrimonio, tali coppie avevano, rispetto alle coppie eterosessuali, uno *status* legale separato; proprio per questo il 7 aprile 2009 – dopo un complesso *iter* parlamentare – è stata approvata una legge che consente la celebrazione del *same-sex marriage*¹²⁴.

La maggior critica mossa alle *civil unions* in Vermont, prima della recente innovazione, era quella di rappresentare «a “*separate but [almost] equal*” status»¹²⁵. L’espressione «*separate but equal*» ha, nel contesto statunitense, una valenza particolare: richiama esplicitamente il principio segregazionista, contenuto in *Plessy v. Ferguson*¹²⁶ ed aspramente avversato nel celebre *dissent* del giudice Harlan¹²⁷.

Il parallelo fra il divieto relativo al *same-sex marriage* e la segregazione razziale è ricorrente: se a livello giurisprudenziale – come abbiamo visto – il nesso è rilevato per la prima volta nel 1993 in *Baehr v. Lewin*¹²⁸, possiamo rinvenire studi – anche molto recenti – tesi a mettere in risalto le analogie¹²⁹.

In questa prospettiva va colta l’osservazione di quanti, ponendo in relazione alcune delle sentenze che abbiamo citato, le recenti *Baehr v. Lewin* e *Baker v. State of Vermont* da un lato, e *Brown v. Board of Education* (1954) e *Loving v. Virginia* (1967) dall’altro, ritengono che talvolta le Corti tardino a riconoscere ad un gruppo minoritario i propri diritti costituzionali, in attesa che

¹²³ G. JONSON, *Vermont Civil Unions: The New Language of Marriage*, in *Vt. L. Rev.*, 2000, 25, p. 36s.

¹²⁴ S. 115, 2009 Gen. Assem., Reg. Sess. (Vt. 2009) (Act. 0003).

¹²⁵ Cfr. G.N. ROSEMBERG, *The Hollow Hope*, cit., p. 346.

¹²⁶ 163 U.S. 537 (1896).

¹²⁷ Cfr. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 552 (1896).

¹²⁸ Cfr. in: 852 P.2d 44 (Haw. 1993), il riferimento a *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967).

¹²⁹ Si veda in particolare: R. W. BAXTER, “*Ar’n’t We a Couple?*”. *A Historical Comparison of Slave Marriages and Same-Sex Marriages*, in M. DUPUIS e W.A. THOMPSON, *Defending Same-Sex Marriage. The Freedom-To-Marry Movement. Education, Advocacy, Culture, and the Media*, 3, Westport, 2007, p. 149 ss., in particolare laddove osserva che «*the experiences of slaves in the American South before, during, and shortly after the Civil War on the one hand, and lesbian and gays American since the mid-twentieth century on the other, show remarkable similarities in the legal, socioreligious, and economic climate each group faced*» (p. 163).

il consenso su tali diritti possa consolidarsi. Ciò – si afferma – accadde prima con i matrimoni interrazziali, ora con il *same-sex marriage*¹³⁰.

L'ulteriore passaggio giurisprudenziale in tema di matrimonio fra persone dello stesso sesso, il vero punto di svolta, è costituito dalla sentenza *Goodridge v. Department of Public Health*¹³¹ del 2003, con la quale si afferma l'impossibilità, sulla base della Costituzione del Massachusetts, di negare il *same-sex marriage* nello Stato.

Occorre preliminarmente accennare al fatto che poco prima di tale data – e questo ci dà anche la dimensione della complessità della materia relativa all'omosessualità nel contesto giurisprudenziale statunitense – con la sentenza *Lawrence v. Texas*¹³², la Corte Suprema riconobbe l'incostituzionalità della «*Homosexual Conduct*» law, che in Texas - fino a quel momento - puniva la pratica omosessuale, per violazione delle garanzie del *due process of law* stabilite nel Quattordicesimo Emendamento¹³³.

Ancorché la sentenza non avesse alcun rapporto col tema del *same-sex marriage*, come espressamente affermato nella *decision*¹³⁴, il giudice Scalia, nel suo vigoroso *dissenting* rilevò come, facendo venir meno la struttura costituzionale che sino a quel momento aveva consentito di distinguere le unioni eterosessuali da quelle omosessuali¹³⁵, cadeva la «*justification [...] for denying the benefits of marriage to homosexual couples*»¹³⁶.

¹³⁰ Cfr. W.N. ESKRIDGE, *Lecture: Equality Practice: Liberal Reflections on the Jurisprudence of Civil Unions*, in *Alb. L. Rev.*, 64, 2001, p. 876, «*there is a broader lesson for the modern state: its constitution may promise liberal rights that its political system cannot immediately deliver and that its judiciary dare not insist upon. Different-race marriage was such a right in the 1950s and 1960s, and same-sex marriage is such a right today*».

¹³¹ 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

¹³² 539 U.S. 558 (2003). Per un commento alla sentenza, nell'ambito italiano, cfr. P.M. CALIARO, o.c., p. 285 ss.

¹³³ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 578 (2003): «*[T]he case does involve two adults who, with full and mutual consent from each other, engaged in sexual practices common to a homosexual lifestyle. The petitioners are entitled to respect for their private lives. The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime. Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the governments*».

¹³⁴ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 578 (2003): «*[I]t does not involve whether the government must give formal recognition to any relationship that homosexual persons seek to enter*».

¹³⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 604-605 (2003): «*[T]oday's opinion dismantles the structure of constitutional law that has permitted a distinction to be made between heterosexual and homosexual unions*».

¹³⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 605 (2003).

L'esito paventato dal giudice Scalia ebbe a prodursi – in effetti – nell'arco di qualche mese solamente, appunto nella sentenza *Goodridge v. Department of Public Health*¹³⁷.

In tale *decision* si afferma a chiare lettere che lo Stato del Massachusetts non può negare il matrimonio a causa dell'identità di sesso dei soggetti, cioè non può «*deny the protections, benefits, and obligations conferred by civil marriage to two individuals of the same sex who wish to marry*»¹³⁸; ciò in quanto la Costituzione dello Stato afferma i principi di dignità della persona e di eguaglianza, senza che possano esservi «*second-class citizens*»¹³⁹.

Per giungere a questa *rule of law*, la Corte non ritiene neppure opportuno applicare uno *strict scrutiny* – contrariamente a quanto deciso in *Baehr v. Lewin* – in quanto l'esclusione dal matrimonio per le coppie omosessuali non regge neppure ad un esame di *weak standard*, ovvero di minore rigore, né sotto il profilo dell'*equal protection*, né per quanto concerne l'ambito del *due process of law*.

La Corte affronta poi due aspetti già presenti, come abbiamo precedentemente rilevato, in *Baehr v. Lewin*.

Configurando il matrimonio come *civil right*, viene citata espressamente – e significativamente – *Loving v. Virginia*: «*the freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men*»¹⁴⁰.

In questo caso tuttavia la Corte, differenziandosi in ciò dalla Corte Suprema delle Hawaii, sceglie di esplicitare il parallelo fra «*skin color*» e «*sexual orientation*»¹⁴¹.

Essa inoltre non ravvisa nella procreazione il fine primario del matrimonio: il matrimonio non richiede capacità procreative e la procreazione – per contro – può avvenire anche al di fuori del matrimonio¹⁴².

¹³⁷ Per un commento alla sentenza, nel contesto italiano, cfr. P.M. CALIARO, o.c., p. 304 ss.

¹³⁸ *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 948 (Mass. 2003).

¹³⁹ *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 948 (Mass. 2003): «*the Massachusetts Constitution affirms the dignity and equality of all individuals. It forbids the creation of second-class citizens*».

¹⁴⁰ *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 957 (Mass. 2003). Cfr. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967).

¹⁴¹ *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 958 (Mass. 2003).

La Corte infine, basandosi anche – come previsto dal giudice Scalia – sulla sentenza *Lawrence v. Texas*, piú volte citata, nella *decision* giunge a ridefinire lo stesso concetto di matrimonio: non piú, come affermato fino a quel momento nel sistema di *common law*, un'unione fra un uomo ed una donna¹⁴³, bensí «*the voluntary union of two persons as spouses*»¹⁴⁴.

In questo delicato passaggio la Corte – sottolineando proprio la comune appartenenza al *common law* - esplicitamente richiama la decisione, di poco precedente, della Corte d'Appello dell'Ontario¹⁴⁵. Dovendosi pronunciare sulla costituzionalità del *same-sex marriage*, anche la Corte canadese, ritenendo che la limitazione del matrimonio ai soli soggetti di sesso diverso violasse il *Canadian Charter of Rights and Freedoms*¹⁴⁶, giunse alla ridefinizione della nozione di matrimonio.

Come effetto della sentenza *Goodridge v. Department of Public Health*, il Massachusetts è stato il primo Stato negli U.S.A. in cui, a partire dal 2004, si sono celebrati matrimoni fra persone dello stesso sesso¹⁴⁷. In un primo tempo hanno sostanzialmente potuto accedere al matrimonio solo le coppie omosessuali residenti nello Stato, in quanto, per una legge risalente al 1913, chi non era residente non poteva ottenere di sposarsi in Massachusetts se questo non gli fosse consentito nel proprio Stato¹⁴⁸. Ogni ostacolo al matrimonio di non residenti è tuttavia caduto in seguito all'abrogazione della norma, il 31 luglio 2008¹⁴⁹.

¹⁴² *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 961 (Mass. 2003): «*our laws of civil marriage do not privilege procreative heterosexual intercourse between married people above every other form of adult intimacy and every other means of creating a family*».

¹⁴³ *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 969 (Mass. 2003): «*the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others*».

¹⁴⁴ *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 969 (Mass. 2003).

¹⁴⁵ *Halpern v. Toronto (City)*, 172 O.A.C. 276 (2003).

¹⁴⁶ Il *Canadian Charter of Rights and Freedoms* è contenuto nella prima parte del *Constitution Act* del 1982. Il testo può essere consultato nel sito: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html>.

¹⁴⁷ Nel 2013 il *DOMA* cessa di dispiegare pienamente i propri effetti, che impedivano il riconoscimento automatico a livello federale del *same-sex marriage*. Fino a tale data resta valida l'icastica riflessione di G.N ROSEMBERG., *The Hollow Hope*, cit., p. 350: «*nationally, same-sex couples in Massachusetts remain second-class citizen, separate and inequal*».

¹⁴⁸ Cfr. Mass. Gen. L. ch. 207, § 11 (2005): «*[n]o marriage shall be contracted in this commonwealth by a party residing and intending to continue to reside in another jurisdiction if such marriage would be void if contracted in such other jurisdiction, and every marriage contracted in this commonwealth in violation hereof shall be null and void*».

¹⁴⁹ Mass. Acts, ch. 216, § 1 (2008).

Il 15 maggio 2008 la Corte Suprema della California si è espressa in tema di *same-sex marriage* con una importante sentenza: *In re Marriage Cases (Six consolidated appeals)*¹⁵⁰.

Nonostante il clamore suscitato, questa *decision* non si incentra - come è stato osservato - sulla rivendicazione di diritti civili da parte di minoranze, nello specifico le persone omosessuali, ma costituisce prioritariamente uno sforzo di «espansione» dei diritti connessi al matrimonio¹⁵¹.

La Corte non avverte l'esigenza di garantire alle coppie omosessuali un trattamento sostanzialmente identico a quello riservato alle coppie eterosessuali: già dal 2005 la California ha una *domestic partnership* che riconosce alle *same-sex couples* diritti ed obblighi tradizionalmente riconducibili al matrimonio¹⁵². La preoccupazione della Corte è invece di altra natura: essa si chiede cioè se il fatto di non denominare le *relationships* fra soggetti dello stesso sesso come «matrimonio» violi la Costituzione della California¹⁵³.

Rispondendo affermativamente a questa domanda, la Corte individua nell'impossibilità per le coppie omosessuali di accedere al matrimonio e nella limitazione alla sola *domestic partnership* una violazione del *due process* e dell'*equal protection*¹⁵⁴.

Secondo la Corte l'orientamento sessuale, come la razza, la religione od il sesso, costituisce una «*suspect classification*» rispetto alla *Equal Protection Clause*¹⁵⁵ della Costituzione della California¹⁵⁶.

La Corte ritiene quindi necessario che le leggi che impongono differenza di trattamento in base all'orientamento sessuale siano sottoposte ad un esame di *strict scrutiny*¹⁵⁷.

¹⁵⁰ (2008) 43 Cal.4th 757.

¹⁵¹ Cfr. M. MURRAY, *Equal Rites and Equal Rights*, in *Calif. L. Rev.*, 2008, 96, p. 1396: «*I argue that the decision's legacy goes beyond simply expanding marriage rights in California*».

¹⁵² Cfr. *In re Marriage Cases (Six consolidated appeals)*, (2008) 43 Cal.4th 757, 779-80, che afferma che tali *domestic partnership* offrono «*all of the significant legal rights and obligations traditionally associated [...] with the institution of marriage*».

¹⁵³ *In re Marriage Cases (Six consolidated appeals)*, (2008) 43 Cal.4th 757, 780: la Corte si chiede «*whether [...] the failure to designate the official relationship of same-sex couples as marriage violate[d] the California Constitution*». In questa prospettiva, cfr. M.A. FAILINGER, *Sex and the Statehouse: The Law and the American Same-Sex Marriage Debate*, in *Dialog*, 2009, 48, 1, p. 25.

¹⁵⁴ *In re Marriage Cases (Six consolidated appeals)*, (2008) 43 Cal.4th 757, 830-831.

¹⁵⁵ Cfr. Cal. Const., art. I, § 7a: «*[a] person may not be deprived of life, liberty, or property without due process of law or denied equal protection of the laws*».

¹⁵⁶ *In re Marriage Cases (Six consolidated appeals)*, (2008) 43 Cal.4th 757, 844.

Risulta evidente che nella sentenza si ritrovano gli argomenti già espressi *in nuce* in *Baehr v. Lewin*; qui tuttavia la *suspect classification* riguarda l'orientamento sessuale e non il sesso.

E' la prima volta che si configura l'orientamento sessuale quale *suspect classification* da sottoporsi ad un esame di *strict scrutiny*: in *Goodridge v. Department of Public Health* si è ritenuto infatti sufficiente il ricorso ad un *rational basis test*.

Come nella sentenza del Massachusetts, la Corte si esprime per l'incostituzionalità della norma che nega il matrimonio alle coppie costituite da soggetti dello stesso sesso.

E' tuttavia ravvisabile un interessante elemento di novità, come segnalato da chi - fra i primi - ha avuto modo di approfondire l'analisi della sentenza¹⁵⁷: la Corte, consapevole delle forti implicazioni che ha la scelta di estendere la categoria «matrimonio» anche alle coppie omosessuali, lascia intendere che - in subordine - si potrebbe considerare di non applicare tale categoria né alle coppie eterosessuali, né a quelle omosessuali¹⁵⁹.

La *decision* della Corte Suprema della California ha provocato reazioni controverse: consensi ed aspre critiche, ed ha originato un lungo e complesso processo legislativo e giurisprudenziale¹⁶⁰.

Per contrastarne gli effetti e modificare la Costituzione della California, inserendo un emendamento diretto a limitare la possibilità di contrarre matrimonio alle sole coppie eterosessuali, è stata promossa una consultazione elettorale - una *ballot initiative* - in concomitanza con le votazioni presidenziali del novembre 2008¹⁶¹.

¹⁵⁷ *In re Marriage Cases (Six consolidated appeals)*, (2008) 43 Cal.4th 757, 844: «[t]he strict scrutiny standard therefore is applicable to statutes that impose differential treatment on the basis of sexual orientation».

¹⁵⁸ M. MURRAY, *Equal Rites and Equal Right*, cit., p. 1399.

¹⁵⁹ Cfr. *In re Marriage Cases (Six consolidated appeals)*, (2008) 43 Cal.4th 757, 856: «there can be no doubt that extending the designation of marriage to same-sex couples, rather than denying it to all couples, is the equal protection remedy that is most consistent with our state's general legislative policy and preferences» (enfasi aggiunta).

¹⁶⁰ Per una ricostruzione del contesto nel quale la sentenza si inserisce, cfr. J.L. LEVI, *Marriage Equality for Same-Sex Couples: Where We Are and Where We Are Going*, in *J. Am. Acad. Matrimonial Law*, 2009, 22, p. 64 ss.

¹⁶¹ M. MURRAY, *Equal Rites and Equal Right*, cit., p. 1400; sulla *Proposition 8* e sulle complesse tematiche connesse, si veda anche J.L. LEVI, *o.c.*, p. 70 ss. In particolare sulle implicazioni religiose che hanno determinato il prevalere della *Proposition 8*, cfr. R. FRETWELL WILSON, *Same-Sex Marriage and Religious Liberty: Life After Prop 8*, in *Nexus J. Op.*, 2009, 14, p. 101 ss.

L'esito della consultazione è stato favorevole all'inserimento dell'emendamento proposto, noto come «*Proposition 8*». Il giorno successivo alla votazione, il 5 novembre 2008, il testo della *Equal protection clause* è stato integrato con l'aggiunta della sezione 7.5, nella quale si afferma che «*only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California*»¹⁶².

Il 18 novembre 2008 la Corte Suprema della California ha negato tuttavia un'applicazione immediata e rigorosa della *Proposition 8*, riservandosi di decidere rispetto alla legittimità formale del provvedimento¹⁶³: esso infatti sembrava apportare non tanto un emendamento, quanto una riforma alla Costituzione della California; in tal caso sarebbe stato richiesto uno specifico *iter* parlamentare. Inoltre la *Proposition 8* pareva violare il principio della separazione dei poteri affermato nella stessa Costituzione. La Corte Suprema avrebbe dovuto infine – qualora non avesse ravvisato profili di incostituzionalità – individuare con precisione gli effetti dell'emendamento sulla sentenza *In re Marriage Cases*¹⁶⁴, pronunciandosi anche sulla questione relativa alla possibilità di applicazione retroattiva.

Il 26 maggio 2009 la Corte Suprema della California, pur riconoscendo la legittimità formale della *Proposition 8*, ha affermato la piena validità dei matrimoni omosessuali celebrati prima dell'inserimento della sezione 7.5 nella *Equal protection clause*¹⁶⁵.

Il 4 agosto 2010, con la sentenza *Perry v. Schwarzenegger*¹⁶⁶, la Corte Distrettuale degli Stati Uniti ha dichiarato incostituzionale la *Proposition 8*. Interposto appello, la Corte Suprema Federale il 26 giugno 2013 ha rigettato il ricorso ed ha reso di nuovo legale il matrimonio fra persone dello stesso sesso in California.

¹⁶² Cfr. Cal. Const., art. I § 7.5.

¹⁶³ *Strauss, et al. v. Horton, et al.*, No. S168047 (Cal. Nov. 19, 2008); *Tyler et al. v. State of California*, No. S168066 (Cal. Nov. 19, 2008); *City and County of S. Francisco v. Horton, et al.*, No. S168078 (Cal. Nov. 19, 2008).

¹⁶⁴ Per una previsione rispetto a tali effetti, formulata tuttavia prima dei risultati elettorali, cfr.: M. MURRAY, *Equal Rites and Equal Right*, cit., p. 1400.

¹⁶⁵ *Strauss v. Horton* 46 Cal.4th 364, 93 Cal.Rptr.3d 591, 207 P.3d 48: «[i]t is obvious, of course, that the proposition does not contain a retroactivity provision, that is, a provision explicitly stating that the measure is to have retroactive effects».

¹⁶⁶ *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921, 1004 (ND Cal. 2010).

Al di là degli esiti successivi - ovvero la *ballot initiative*, i complessi sviluppi giurisprudenziali che ne sono derivati e l'ampio dibattito che l'aggravata situazione ha ingenerato¹⁶⁷, - *In re Marriage Cases* è destinata a costituire comunque un precedente imprescindibile in tema di *same-sex marriage*¹⁶⁸.

In un momento di poco successivo alla pronuncia *In re Marriage Cases* in California, la Corte Suprema di un altro Stato nordamericano, il Connecticut, decide favorevolmente in materia di *same-sex marriage*. Con sentenza emessa il 10 ottobre 2008¹⁶⁹ - infatti - la Corte, a maggioranza (4-3), afferma che una norma che limita il matrimonio alle coppie eterosessuali viola gli *equal protection rights* delle coppie omosessuali e perciò risulta incostituzionale nello Stato del Connecticut¹⁷⁰. Anche in questo caso, il nucleo della questione riguarda un aspetto semantico: la possibilità che la realtà costituita da coppie omosessuali si qualifichi come «matrimonio» anziché necessariamente come «unione civile»; la corte giunge a conclusioni analoghe a quelle della Corte Suprema della California¹⁷¹.

Successivamente, il 3 aprile 2009, la Corte Suprema dello Stato dello Iowa - all'unanimità - afferma l'incostituzionalità di una norma che, negando ad alcuni la licenza matrimoniale in

¹⁶⁷ Sul tema, cfr. H. ALSGAARD, *Recent Development: Decoupling Marriage & Procreation: A Feminist Argument for Same-Sex Marriage*, in *Berkeley J. Gender L. & Just.*, 2012, 27, p. 329 ss.

¹⁶⁸ Cfr. Recent Case: *State Constitutional Law - California Supreme Court Declares Prohibition of Same-Sex Marriages Unconstitutional*. - *In Re Marriage Cases*, 183 P.3d, 384 (Cal. 2008), in *Harr. L. Rev.*, 2009, 122, p. 1564: «[I]mmmediately after its printing, *Marriage Cases* was heralded by same-sex marriage activists as the long-awaited decree of reason and justice that would spark similar advancements nationwide, and decried by its opponents as the dangerous work of liberal judicial activism that must be overturned lest it ruin California families and the sanctity of marriage. With the enactment of Proposition 8, both sides may discard the decision as politically spent and therefore no longer meaningful. The legacy of the case, however, lies beyond its political functions. The decision sets a bold precedent in its extension of heightened scrutiny to sexual orientation and, in so doing, highlights the need for significant changes in the understanding of immutability and suspect classifications. While it is true that the decision in *Marriage Cases* may not go down in history books as the case that forever changed same-sex marriage rights, its relevance and significance as an equal protection precedent should not be overlooked».

¹⁶⁹ *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135, 2008 WL 4530885. Per un'ampia contestualizzazione della sentenza, cfr. J.L. LEVI, *o.c.*, p. 74 ss.

¹⁷⁰ *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135, 2008 WL 4530885, in: *1, *4, *46-47 (Conn. 2008).

¹⁷¹ Su questo tema, si veda in particolare M.R. POIRIER, *Name Calling: Identifying Stigma in the "Civil Union"/"Marriage" Distinction*, in *Conn. L. Rev.*, 2009, 41, p. 1494: «the Connecticut Supreme Court majority [...] identified stigma lurking behind the neologism "civil union". [...] The Kerrigan majority was justified here by relying on obvious cultural meaning and social fact to recognize the persistent vestiges of a longstanding practice of subordination and prejudice».

base all'orientamento sessuale, si pone in contrasto con l'*equal protection clause* della Costituzione dello Stato¹⁷², una fra le clausole piú rigorose di tutto il paese¹⁷³.

Entrambe le sentenze, pur ponendosi in linea di continuità con le decisioni che le hanno precedute – in particolare le piú recenti: *Goodridge v. Department of Public Health* ed *In re Marriage Cases* – sono destinate ad essere oggetto di attenta analisi da parte della dottrina nordamericana. Certo si può rilevare con sufficiente sicurezza che esse consolidano una tendenza che si è andata affermando con gradualità e non senza difficoltà¹⁷⁴.

Va inoltre osservato che il percorso giurisprudenziale non sembra, ormai, rappresentare l'opzione privilegiata per giungere al *same-sex marriage*. Dal 2009 ad oggi tredici stati hanno approvato – pur in assenza di uno specifico pronunciamento delle rispettive corti supreme - leggi che riconoscono tale forma di matrimonio¹⁷⁵. Ad essi si aggiungono il District of Columbia (2009) e le giurisdizioni di venti tribù di *native Americans*¹⁷⁶.

¹⁷² *Varnum, et al. v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (Iowa 2009). Per un primo inquadramento della *decision*, cfr. J.L. LEVI, *o.c.*, p. 81.

¹⁷³ Iowa Const., art. I § 6: «[a]ll laws of a general nature shall have a uniform operation; the general assembly shall not grant to any citizen or class of citizens, privileges or immunities, which, upon the same terms shall not equally belong to all citizens». Per un commento alla *decision*, ancorché in una prospettiva fortemente critica, cfr. W.C. DUNCAN, *Marriage on Trial*, in *J. Gender Race & Just.*, 2009, 12, p. 493 ss., il quale dissente rispetto alla focalizzazione della Corte sul diritto dei soggetti al matrimonio: «[t]he Iowa opinion either does not comprehend or ignores the concern about the loss of the marriage institution's goal of channelling male-female sexuality and procreation into a union protective of children's and society's best interests» (p. 503).

¹⁷⁴ J.L. LEVI, *o.c.*, p. 55: «[t]he legal landscape for same-sex couples seeking to marry has shifted dramatically over the last five years. [...] This positive momentum for marriage equality has not proceeded uninterrupted, however».

¹⁷⁵ Vermont (2009), New Hampshire (2009), New York (2011), Washington (2012), Maine (2012), Maryland (2012), Rhode Island (2013), Delaware (2013), Minnesota (2013), New Jersey (2013), Hawaii (2013), Illinois (2013), New Mexico (2013).

¹⁷⁶ *Coquille Tribe*, Oregon (2008), *Mashantucket Pequot Tribe*, Connecticut (2011), *Suquamish Tribe*, Washington (2011), *Port Gamble S'Klallam Tribe*, Washington (2012), *Confederated Tribes of the Colville Reservation*, Washington (2013), *Grand Portage Band of Chippewa*, Minnesota (2013), *Leech Lake Band of Ojibwe*, Minnesota (2013), *Little Traverse Bay Bands of Odawa Indians*, Michigan (2013), *Pokagon Band of Potawatomi Indians*, Michigan (2013), *Santa Ysabel Tribe*, California (2013), *Cheyenne and Arapaho Tribes*, Oklahoma (2013), *Blackfeet*, Montana (2014), *Fort McDermitt Paiute and Shoshone Tribe*, Nevada-Oregon (2014), *Fort McDowell Yavapai Nation*, Arizona (2014), *Lac du Flambeau Band of Lake Superior Chippewa*, Wisconsin (2014), *Pascua Yaqui Tribe*, Arizona (2014), *Puyallup Tribe*, Washington (2014), *Salt River Pima-Maricopa Tribes*, Arizona (2014), *San Carlos Apache Tribe*, Arizona (2014), *Wind River Indian Reservation*, Wyoming (2014). Una riflessione attenta sulla *two-spirit tradition* che ha caratterizzato in passato la cultura dei *native Americans*, con un'ampia apertura rispetto alle norme di genere in ambito sessuale, è condotta da T. WILSON, *Changed Embraces, Changes Embraced? Renouncing the Heterosexist Majority in Favor of a Return to Traditional Two-Spirit Culture*, in *Am. Indian L. Rev.*, 36, 2011/2012, p. 162 ss. Per una valutazione dell'impatto del *same-sex marriage* in un contesto caratterizzato, fino all'inizio del secolo scorso, da multiformità di modelli matrimoniali, poligamici e mo-

In Vermont, dove – come già abbiamo ricordato - dal 2000, a seguito della decisione della Corte Suprema *Baker v. Vermont*¹⁷⁷ dell'anno precedente, erano riconosciute *civil unions* che attribuivano ai soggetti diritti e doveri propri del matrimonio¹⁷⁸, il 10 aprile 2009 è stata approvata una legge che consente la celebrazione di *same-sex marriages* a decorrere dal 1 settembre 2009¹⁷⁹.

Anche lo Stato del Maine, il 6 maggio 2009, ha approvato una legge volta a consentire alle coppie omosessuali di contrarre matrimonio¹⁸⁰; tuttavia, a seguito di una *ballot measure*, la legge è stata abrogata il 3 novembre 2009. Solo tre anni dopo, il 6 novembre 2012, con nuovo *referendum* il Maine ha consentito la celebrazione di matrimoni fra soggetti dello stesso sesso, divenendo - assieme allo stato di Washington ed al Maryland - il primo fra gli stati della confederazione ad approvare con voto popolare tale radicale innovazione.

In New Hampshire, dove già le unioni civili erano riconosciute, il 1 gennaio 2010 è entrata in vigore una legge che consente il *same-sex marriage*¹⁸¹. Essa prevede altresì, con un automatismo alquanto anomalo, che dal 1 gennaio 2011 le unioni civili precedentemente poste in essere, se ancora sussistenti, si convertano in matrimonio, qualora già i soggetti non abbiano scelto di procedere alla celebrazione dello stesso¹⁸². Il 24 giugno 2011 anche lo stato di New York, con il *Marriage Equality Act*, legalizza il matrimonio omosessuale.

Nel corso del 2013 sei stati, Rhode Island, Delaware, Minnesota, New Jersey, Hawaii ed Illinois, hanno approvato il *same-sex marriage* con singole leggi, mentre nel New Mexico la Corte Suprema dello stato ha disposto la riforma del matrimonio nella medesima prospettiva, decidendo nel caso *Griego v. Oliver*¹⁸³. L'anno successivo le *United States federal district courts* di diciotto stati hanno consentito il *same-sex marriage*: Oregon (19 maggio 2014), Pennsylvania (20 mag-

nogamici, cfr. M.L.M. FLETCHER, *Same-Sex Marriage, Indian Tribes, and the Constitution*, in *U. Miami L. Rev.*, 61, 2006/2007, p. 53 ss.

¹⁷⁷ 744 A.2d 864 (Vt. 1999).

¹⁷⁸ H.B. 847, 2000 Gen. Assem., Reg. Sess. (Vt. 2000).

¹⁷⁹ S. 115, 2009 Gen. Assem., Reg. Sess. (Vt. 2009) (Act. 0003).

¹⁸⁰ ME. REV. STAT. ANN. Tit. 19-A, § 650-A (2009).

¹⁸¹ H.B. 439, 2009 Leg., Reg. Sess. (N.H. 2009).

¹⁸² Per le prime considerazioni in dottrina in ordine all'introduzione del *same-sex marriage* negli Stati del Vermont, del Maine e del New Hampshire, cfr. J.L. LEVI, *o.c.*, p. 55 ss.; M.R. POIRIER, *o.c.*, p. 1427 ss.

¹⁸³ *Griego v. Oliver*, 316 P.3d 865 (N.M. 2013).

gio 2014), Utah, Oklahoma, Virginia, Wisconsin, Indiana (6 Ottobre 2014), Colorado, Nevada (7 ottobre 2014), West Virginia (9 Ottobre 2014), North Carolina (10 Ottobre 2014), Idaho (15 Ottobre 2014), Alaska, Arizona (17 Ottobre 2014), Wyoming (21 Ottobre 2014), Kansas (12 Novembre 2014), Montana (19 Novembre 2014) e South Carolina (20 Novembre 2014)¹⁸⁴.

4. *La riformata disciplina del matrimonio in Spagna: l'impatto delle Leggi 13/2005 e 15/2005 in tema di diritto a contrarre matrimonio e divorzio*

A differenza della lenta sedimentazione giurisprudenziale statunitense, di cui abbiamo cercato di offrire una panoramica nelle pagine precedenti, in Spagna nel 2005, nell'arco di una sola settimana, si diede mano ad una radicale riforma del diritto di famiglia. Per il fatto che la Spagna non aveva in precedenza posto in essere politiche liberali di apertura analoga alle democrazie nordreuropee e, soprattutto, per il forte peso esercitato dalla tradizione religiosa in quel paese, il nuovo modello di matrimonio adottato può essere guardato con interesse non so-

¹⁸⁴ Cfr. *United States District Court for the District of Oregon*, sentenza *Geiger v. Kitzhaber*, 994 F. Supp. 2d 1128 (D. Oregon 2014), del 19 maggio 2014. *United States District Court for the Middle District of Pennsylvania*, sentenza *Whitewood v. Wolf*, 992 F. Supp. 2d 410 (M.D. Pa. 2014), del 20 maggio 2014. *U.S. District Court for the District of Utah*, sentenza *Kitchen v. Herbert*, 961 F.Supp.2d 1181 (D. Utah 2013), del 20 dicembre 2013 (confermata, dopo che è stato interposto ricorso, dalla *U.S. Supreme Court* il 6 ottobre 2014). *U.S. District Court for the Northern District of Oklahoma*, sentenza *Bishop v. Smith*, 760 F.3d 1070 (10 th. Cir. 2014), del 18 luglio 2014 (confermata, dopo che è stato interposto ricorso, dalla *U.S. Supreme Court* il 6 ottobre 2014). *U.S. District Court for the Eastern District of Virginia*, sentenza *Bostic v. Schaefer*, 760 F.3d 352 (4th Cir. 2014), del 28 luglio 2014 (confermata, dopo che è stato interposto ricorso, dalla *U.S. Supreme Court* il 6 ottobre 2014). *U.S. District Court for the Western District of Wisconsin*, sentenza *Wolf v. Walker*, 986 F. Supp. 2d 982 (W.D. Wis. 2014), del 4 settembre 2014 (confermata, dopo che è stato interposto ricorso, dalla *U.S. Supreme Court* il 6 ottobre 2014). *U.S. District Court for the Southern District of Indiana*, sentenza *Baskin v. Bogan*, 766 F.3d 648 (7th Cir.), del del 4 settembre 2014 (confermata, dopo che è stato interposto ricorso, dalla *U.S. Supreme Court* il 6 ottobre 2014). *U.S. District Court for the District of Colorado*, sentenza *Burns v. Hickenlooper*, 2014 WL 3634834, del 23 luglio 2014 (interposto appello, ritirato il 6 ottobre 2014). *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, sentenza *Sewik v. Sandoval*, 911 F.Supp.2d 996 (D. Nev. 2012), pronuncia del 7 ottobre 2014, al *Circuit Docket* n. 12-17668. *U.S. District Court for the District of Idaho*, sentenza *Latta v. Otter*, 2014 WL 4977682, del 15 ottobre 2014. *U.S. District Court for the Southern District of West Virginia*, sentenza *McGee v. Cole*, 2014 WL 5802665, del 7 novembre 2014. *U.S. District Court for the Western District of North Carolina*, sentenza *General Synod of the United Church of Christ v. Cooper*, 2014 WL 2451299, del 10 ottobre 2014. *U.S. District Court for the District of Alaska*, sentenza *Hamby v. Parnell*, 2014 WL 5089399, del 12 ottobre 2014. *U.S. District Court for the District of Arizona*, sentenze *Connolly v. Jeanes*, 2014 WL 5320642, e *Majors v. Horne*, 2014 WL 5286743, del 17 ottobre 2014. *U.S. District Court for the District of Wyoming*, sentenza *Guzzo v. Mead*, 2014 WL 317797, del 17 ottobre 2014. *U.S. District Court for the District of Kansas*, sentenza *Marie v. Moser*, 2014 WL 5598128, del 4 novembre 2014. *U.S. District Court for the District of South Carolina*, sentenza *Condon v. Haley*, 2014 WL 5897175, del 12 novembre 2014. *U.S. District Court for the District of Montana*, sentenza *Rolando v. Fox*, 2014 WL 6476196, del 19 novembre 2014.

lo in Italia, per le forti analogie di natura sociale e culturale, ma anche negli Stati Uniti dove – come si è visto – l'incidenza del fattore religioso sul modello di matrimonio è ancora considerata un elemento di particolare rilevanza¹⁸⁵.

Il 1 luglio 2005 fu pubblicata sul *BOE* la legge n. 13/2005¹⁸⁶, con la quale si modifica il *Código civil* in materia di diritto a contrarre matrimonio; l'8 luglio venne pubblicata la legge n. 15/2005¹⁸⁷, attraverso cui si modificano il *Código civil* e la *Ley de Enjuiciamiento civil* per quanto concerne la separazione ed il divorzio¹⁸⁸.

Le due norme vanno considerate congiuntamente non solo per il nesso cronologico, ma soprattutto per il rivoluzionario effetto che il loro impatto «incrociato» ha sul concetto tradizionale di matrimonio¹⁸⁹.

La legge n. 15/2005 ha riformulato l'art. 86 del *Código civil*, stabilendo che il divorzio sia pronunciato a seguito della domanda anche di uno solo dei coniugi, quando sussistano i requisiti indicati dall'art. 81 per la semplice separazione¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Cfr. C.M. GLASS, N. KUBASEK e E. KIESTER, *Toward a «European Model» of Same-Sex Marriage Rights: A Viable Pathway for the U.S.?*, in *Berkeley J. Int'l L.*, 29, 2011, p. 153 s.: «Spain presents an important case study for two reasons. First, unlike some other countries that have legalized same-sex marriage - such as the Netherlands, Norway, and Sweden - Spain is not known for its political liberalism. Rather, the strong role of the Catholic Church in Spanish society made Spain an unlikely candidate for same-sex marriage rights. Indeed, Catholic leaders lobbied hard against the law, calling it a threat to society. Furthermore, Spain's citizens are more religious than those of other countries that have introduced full marriage rights». Sul dato religioso in Spagna, in prospettiva statistica e per una valutazione sulla sua incidenza rispetto al matrimonio omosessuale, cfr. M. DURAND, *From Political Questions to Human Rights: The Global Debate on Same-Sex Marriage and Its Implications for U.S.*, in *Regent J. Int'l L.*, 5, 2007, p. 292.

¹⁸⁶ Ley 13/2005, de 1 de julio (*BOE* n. 157, de 2 de julio).

¹⁸⁷ Ley 15/2005, de 8 de julio (*BOE* n. 163, de 9 de julio).

¹⁸⁸ Sul nesso che lega le due leggi ed in relazione al loro impatto sul diritto di famiglia del paese, da una prospettiva culturalmente neutra, cfr. cfr. M. DURAND, *o.c.*, p. 287: «[I]t is also significant that in Spain, same-sex marriage laws were passed only a day after a bill facilitating easier divorce. Though same-sex marriage laws did not cause passage of this bill, the fact that same-sex marriage laws and "streamlined divorce" were both part of Prime Minister Zapatero's platform is significant to show the cultural link between such changing ideas of marriage and the family».

¹⁸⁹ Cfr. D.LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *El matrimonio homosexual*, in J. A. SOUTO PAZ (a cura di), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España*, cit., p. 5; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Perspectivas sobre el «matrimonio» entre personas del mismo sexo*, in C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ e P. DE PABLO CONTRERAS, *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid, 2007, p. 19.

¹⁹⁰ Art. 86 CC: «Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81».

E' richiesto un periodo di almeno tre mesi dalla celebrazione del matrimonio; non è invece necessario – come in passato - il precedente ricorso alla separazione, che viene quindi a caratterizzarsi, nell'ordinamento spagnolo, come fattispecie autonoma rispetto al divorzio¹⁹¹. Conformemente a quanto stabilito dall'art. 90 del *Código civil*, nel caso di domanda effettuata da entrambi i coniugi - o da uno col consenso dell'altro - occorrerà inoltre che venga presentata la proposta di un accordo o, nel caso di domanda di uno solo dei coniugi, che venga presentata una fondata proposta relativa alle modalità che dovranno regolare gli effetti derivanti dal divorzio stesso¹⁹².

Espletata la verifica della congruità della proposta presentata in ordine agli effetti del divorzio, il giudice dovrà accertare solo l'effettiva volontà del coniuge – o dei coniugi – rispetto al divorzio; sulla base di quella semplice volontà «decreterà» - l'art. 81 si esprime in forma imperativa - il divorzio.

Con la legge n. 15/2005 si altera in modo sostanziale il concetto di matrimonio: sparisce cioè del tutto l'indissolubilità come elemento caratterizzante l'istituto¹⁹³.

Come è stato rilevato in dottrina, in precedenza tale elemento si configurava come principio generale, mentre la possibilità della dissoluzione del vincolo costituiva l'eccezione; ora la

¹⁹¹ A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La modificación del código civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de Julio*, in *Anales de Derecho*, 2005, 23, p. 134: «[L]a gran novedad de la reforma consiste admisión de la disolución del matrimonio sin que deba acudirse con anterioridad a una separación, que queda como una figura autónoma para el caso de que los cónyuges decidan –por las razones personales que sean, - optar por ella»

¹⁹² Art. 81 CC: «Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2. A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que bayan de regular los efectos derivados de la separación».

¹⁹³ Tale processo si avviò, piú di due decenni prima, con la promulgazione della *Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*. Tale legge imponeva restrizioni piuttosto rigide rispetto al divorzio; sul punto cfr. A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *o.c.*, p. 132: «[L]a Ley 30/1981 concebía el divorcio, vinculado a una causa prevista legalmente, y como el último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que tras un dilatado periodo de separación, su reconciliación ya no era factible. Se exigía el cese efectivo de la convivencia conyugal o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales. De esta forma, la ley no ofrecía otra opción a los esposos que continuar públicamente en la desunión o bien reconciliarse, sin que el matrimonio pudiera disolverse como consecuencia de un acuerdo de los consortes en este sentido» (enfasi aggiunta).

regola si inverte ed il matrimonio diviene in sé dissolubile, tanto che lo vogliano entrambi i coniugi, quanto che lo voglia uno solo di essi¹⁹⁴.

I diritti e doveri dei coniugi stabiliti negli artt. 66 e ss. del *Código civil* si svuotano del loro contenuto giuridico, divenendo obblighi più morali che giuridici¹⁹⁵.

In questa particolare dinamica evolutiva va collocata la legge n. 13/2005, che – almeno secondo una parte della dottrina – incide sulla nozione tradizionale di matrimonio in modo meno rilevante rispetto alla legge relativa al divorzio¹⁹⁶.

Per consentire la celebrazione del matrimonio fra persone dello stesso sesso, la legge n. 13/2005 apporta solamente alcune integrazioni e modifiche al *Código civil*.

L'integrazione più significativa riguarda il testo dell' art. 44.

In precedenza esso prevedeva che *«el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código»*, in sostanziale concordanza con l'art. 32.1 della Costituzione spagnola del 1978, che afferma che *«el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»*.

Il comma aggiunto all'art.44 stabilisce che *«el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo»*.

Per il resto, il legislatore ha sostituito all'interno del *Código civil*, laddove opportuno, il termine *cónyuges* all'espressione *marido y mujer* e la parola *progenitores* ai termini *padre e madre*.

Inoltre, proprio per evidenziare che la riforma in materia matrimoniale estende i suoi effetti a tutta la normativa extracodicistica, la legge n. 13/2005, nella prima disposizione addizio-

¹⁹⁴ D.LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *El matrimonio homosexual*, cit., p. 18 s. Concorda con tale analisi: L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La transformación del concepto de matrimonio en Derecho civil español tras las reformas de julio de 2005*, (Breve estudio legislativo), in *Ann. Derecho Civ.*, 2007, 60, 1, p. 5 ss., il quale, facendo anche riferimento alla Ley 30/1981 che escluse, quale impedimento matrimoniale, l'impotenza sessuale, si chiede, con una certa preoccupazione: *«desprovisto, por tanto, el matrimonio de los ingredientes de sexualidad, de heterosexualidad y de una mínima estabilidad, ¿Qué elementos quedan para definirlo?»*.

¹⁹⁵ Cfr. D.LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *o.c.*, p. 19: *«en esta nueva concepción ya sólo quedan a modo de reliquias algunos rasgos, más bien accidentales, de su conformación como institución; su transformación en mero contrato moral con esa depauperación jurídica es un eco»*.

¹⁹⁶ Cfr. D.LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *o.c.*, p. 5 e 18; ID., *Prólogo*, in M. MURILLO MUÑOZ, *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea*, cit., p. 7.

nale, prevede che «*las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*».

Nell'Esposizione dei motivi della legge n. 13/2005 si evidenzia come questa riforma, che si colloca nello spazio che l'art. 32 della Costituzione spagnola¹⁹⁷ lascia al legislatore allo scopo di consentirgli di regolare opportunamente i rapporti di coppia, tiene presenti le nuove forme di relazione affettiva¹⁹⁸ e configura il matrimonio come un modello di «*realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad*».

Il legislatore, affermando di voler rimuovere gli effetti di una radicata discriminazione basata sull'orientamento sessuale¹⁹⁹, richiama espressamente – con toni avvertiti come enfatici da una parte della dottrina²⁰⁰ - i principi costituzionali di libertà²⁰¹, eguaglianza²⁰² e libero sviluppo della personalità umana²⁰³.

In definitiva la legge n. 13/2005 apporta una modifica di carattere generale al modello di matrimonio radicato in una comune tradizione giuridica: essa infatti lo configura come *sessualmente indifferenziato*. Nel fare ciò si preoccupa tuttavia di non alterare, in alcun altro aspetto, tale

¹⁹⁷ Cfr. art. 32.2 CE: «*la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*».

¹⁹⁸ Ley 13/2005, de 1 de julio: «*una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente [...] que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva*».

¹⁹⁹ Ley 13/2005, de 1 de julio: «*la Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover*».

²⁰⁰ Cfr. C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo*, in RGLJ, 2005, 3, p. 354: «*todo ello peca de una cierta exageración*».

²⁰¹ Cfr. art. 1.1 CE: «*España [...] propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*».

²⁰² Cfr. art. 14 CE: «*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*».

²⁰³ Cfr. art. 9.1 CE: «*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*»; 10.1 CE: «*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*».

modello²⁰⁴. L'intento è peraltro esplicitato proprio nell'Esposizione dei motivi della legge: «*re-spetando la configuración objetiva de la institución*».

La scelta di intervenire su una materia così importante e complessa con legge ordinaria, approvata peraltro dal *Congreso* nonostante il veto del *Senado*, senza che vi fosse un chiaro consenso fra i diversi gruppi parlamentari ed in mancanza di un preliminare – approfondito - esame delle diverse opzioni a disposizione del legislatore per realizzare una riforma di questa portata, ha costituito - da subito - oggetto di critica²⁰⁵. In realtà tale aspetto era già stato valutato in precedenza ed il *Consejo de Estado*, su richiesta del Governo, si era pronunciato negativamente; analogamente si erano espressi il *Consejo General del Poder Judicial* e la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Tali organi suggerivano invece l'utilizzo di una formula diversa da quella individuata dal Governo: la *pareja registrada*; in tal modo si sarebbe salvaguardato il principio di eguaglianza sostanziale, pur riservando l'espressione «matrimonio» alla sola coppia eterosessuale²⁰⁶.

Dopo l'approvazione della legge n. 13/2005, in dottrina si è avviata una riflessione attenta ed in parallelo si è aperta la via dell'esame giurisprudenziale della materia, con la presentazione, il 30 settembre 2005, su istanza di più di cinquanta deputati del Gruppo Parlamentare Popolare, di un ricorso al *Tribunal Constitucional*²⁰⁷. Invero, già nei giorni immediatamente successivi all'entrata in vigore della norma, vari giudici incaricati del *Registro civil*, ai quali compete

²⁰⁴ Cfr. P. DE PABLO CONTRERAS, *La Constitución y la Ley 13/2005, de 1 de Julio*, in C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ e P. DE PABLO CONTRERAS, *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, cit., p. 93, il quale osserva che la legge 13/2005 «*modifica con carácter general el concepto de matrimonio en el Derecho español, considerándolo sexualmente indiferenciado. Lo hace, no obstante, sin alterar por lo demás el modelo*».

²⁰⁵ Cfr. C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Argumentos a favor de la posible constitucionalidad*, cit., p. 351. In senso contrario: A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, *La evolución jurídica del sistema matrimonial español*, cit., p. 112.

²⁰⁶ Sul tema cfr. D.LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *El matrimonio homosexual*, cit., p. 4, in particolare le note 3 e 4. L'*Informe del Consejo de Estado* del 16/12/2004 è consultabile nel sito: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2004-2628>. L'*Estudio del Consejo General del Poder Judicial* del 26/1/2005 è consultabile nel sito: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Estudio-sobre-la-reforma-del-Codigo-Civil-en-materia-de-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo>. Il *Dictamen della Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* del 1/3/2005 è pubblicato negli *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n. 35, Madrid, 2005, p. 937 ss.

²⁰⁷ Ricorso di incostituzionalità n. 6864/2005, ammesso al giudizio del *Tribunal Constitucional* il 25 ottobre 2005, BOE n. 272, del 15 novembre 2005. Il testo completo del ricorso può essere consultato nel sito: <http://www.boe.es/boe/dias/2005/11/15/pdfs/A37313-37313.pdf>. Per un sintetico commento, cfr. S. CAÑAMARES ARRIBAS, *o.c.*, p. 83 ss.

L'autorizzazione dei matrimoni civili in Spagna, sollevarono questioni di incostituzionalità; il *Tribunal Constitucional* tuttavia le respinse, sulla base della considerazione che il giudice incaricato del *Registro civil* non esercita una funzione giurisdizionale, ma meramente amministrativa²⁰⁸.

Dopo sette anni dall'approvazione della legge n. 13/2005, il 6 novembre 2012, il *Tribunal Constitucional* ha decretato in via definitiva la costituzionalità della legge, con otto voti a favore e tre contrari²⁰⁹.

L'appello era fondato su un dubbio di incostituzionalità della legge n. 13/2005 articolato in più punti. In particolare si eccepeva un conflitto con l'art. 10.2 *CE*, in ordine all'interpretazione stessa di norme relative a diritti fondamentali, che si riteneva dovessero rigorosamente conformarsi a quanto stabilito nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, nonché nei trattati e negli accordi internazionali ratificati dalla Spagna; con il combinato disposto degli artt. 1.1, 9 e 14 *CE*, relativi al principio di eguaglianza e di non discriminazione; con l'art. 39 commi 1, 2 e 4 *CE*, relativo alla protezione della famiglia; con l'art. 53.1 *CE*, che vincola a rispettare – fra i diritti e le libertà a tutti riconosciuti – il diritto a contrarre matrimonio come stabilito nell'art. 32 *CE*; con l'art. 9.3 *CE*, il quale stabilisce il principio di gerarchia normativa e contiene un divieto di arbitrarietà del potere pubblico; con l'art. 167 *CE*, infine, che stabilisce le regole riguardanti le riforme costituzionali²¹⁰.

Punto nodale nel ricorso riguardava comunque la violazione dell'art. 32 *CE*, sul presupposto che tale articolo non consentisse la celebrazione di un matrimonio fra persone dello stesso sesso²¹¹.

Si affermava infatti, nel ricorso, che la semplice sostituzione di alcuni termini apportata al *Codigo civil* con la legge n. 13/2005 ha comportato in realtà una modifica sostanziale, tale da stravolgere completamente la nozione di matrimonio. In tale prospettiva, quindi, sarebbe oc-

²⁰⁸ *AATC* 505/2005 e 508/2005, de 13 de diciembre. Cfr. S. CAÑAMARES ARRIBAS, *El matrimonio homosexual en derecho español y comparado*, Madrid, 2007, p. 77 ss.

²⁰⁹ *STC* 198/2012, de 6 de noviembre, sentenza il cui testo completo è consultabile nel sito istituzionale del *Tribunal Constitucional*: <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/23106>.

²¹⁰ Cfr. S. CAÑAMARES ARRIBAS, *o.c.*, p. 84.

²¹¹ *STC* 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 6.

corsa preliminarmente una modifica della Costituzione in relazione alla definizione che essa dà di matrimonio all'art. 32 *CE*.

Il *Tribunal Constitucional* non si discosta dall'interpretazione di tale articolo fatta propria in precedenza e afferma che il matrimonio va inteso sia come garanzia istituzionale («*institución garantizada por la Constitución*»), sia come diritto fondamentale tutelato dalla Costituzione stessa.

La prima di queste due funzioni, secondo la Corte, necessita di protezione oggettiva, nel senso che è necessario vigilare affinché il legislatore non sopprima o stravolga l'istituzione matrimoniale; alla seconda va riservata invece una protezione soggettiva, tale da garantire ai soggetti, titolari del diritto al matrimonio, che la posizione giuridica derivante dal riconoscimento di tale diritto non venga estinta – o snaturata - dal legislatore²¹².

Per quanto concerne la garanzia istituzionale relativa al matrimonio, il *Tribunal Constitucional* rileva che, in senso letterale, l'art. 32 *CE* identifica i titolari del diritto a contrarre matrimonio (l'uomo e la donna), senza tuttavia aggiungere che essi debbano contrarlo fra loro.

Questa constatazione non implica che il Costituente del 1978 avesse di per sé l'intenzione di estendere tale diritto alle unioni omosessuali²¹³, ma consente di affrontare la questione in una prospettiva ermeneutica: la Corte afferma infatti che la Costituzione è un «*árbol vivo*» il quale, attraverso una interpretazione evolutiva, si adatta alle diverse realtà della vita contemporanea. Tale prospettiva risulta assolutamente corretta, in quanto ogni norma deve essere sottoposta ad un processo interpretativo che non si esaurisce nella ricerca del senso pro-

²¹² Si veda la ricostruzione sintetica delle due funzioni riconducibili alla nozione costituzionale di matrimonio secondo la *STC 198/2012* in: M.A. PRESNO LINERA, *El matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de Noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada*, in *REDCE*, 2013, 19, p. 421 ss. In merito a tale bipartizione di funzioni, l'Autore osserva che «[e]s conocido que en España la técnica de la “garantía institucional” fue articulada por la jurisprudencia constitucional a propósito de la autonomía provincial en la *STC 32/1981, de 28 de julio, donde se señala que persigue la protección de instituciones fundamentales dentro del orden constitucional que no han sido más que enunciadas en la Constitución, sin encontrar en ella el imprescindible desarrollo (...). El Tribunal entiende que un razonamiento del mismo tipo debe desarrollarse respecto del matrimonio, que, como garantía, exige una protección objetiva para que el Legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución y, como derecho, requiere una protección subjetiva, de manera que la posición jurídica del ciudadano derivada del reconocimiento constitucional del derecho no quede eliminada o desnaturalizada por el Legislador*».

²¹³ Invero, come osserva il *Magistrado discrepante* Aragón Reyes, nel testo costituzionale la natura eterosessuale del matrimonio sembra non essere espressa in quanto presupposta. In tal senso, seppure in una prospettiva favorevole alla decisione del *Tribunal Constitucional*, cfr. F.J. MATIA PORTILLA, *Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo*, in *TRC*, 2013, 31, p. 543.

prio delle parole. E' invece necessario collocare il testo normativo nel contesto piú ampio in cui esso si inserisce ed avere presente la realtà sociale propria del momento nel quale la norma deve essere applicata. Come è stato osservato, è «[d]a superare [...] la concezione meramente semantica o linguistica dell'interpretazione, come se quest'ultima consistesse unicamente nell'analisi del linguaggio, puramente formale, del legislatore»²¹⁴. È necessario invece effettuare un'interpretazione dell'art. 32 *CE* coerente con i valori fondamentali che la Costituzione stessa esprime, ed attenta ai mutamenti storici e sociali che connotano la realtà nella quale tale norma deve trovare applicazione. La scelta, da parte del *Tribunal Constitucional*, di un simile approccio ermeneutico, colloca le decisioni da esso assunte nel contesto dell'«affermazione assiologica»²¹⁵, e comporta una serie di implicazioni assai significative, che la Corte non trascura.

Nell'effettuare una valutazione attenta dei mutamenti storici e sociali occorsi successivamente al 1978, il *Tribunal Constitucional* ritiene necessario enucleare una specifica nozione di «cultura jurídica» relativa al matrimonio²¹⁶.

Tale nozione è posta in relazione con elementi determinati, che elenchiamo sinteticamente.

Il primo di essi, la cui valutazione invero non è scevra da critiche²¹⁷, è di mera natura statistica: in Spagna risulta crescente l'accettazione sociale delle coppie costituite da soggetti dello

²¹⁴ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 567.

²¹⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 572: «[o]gni comprensione ha le sue radici “in una disposizione di fondo di colui che apprende” e che si può designare come “affermazione assiologica”: da un lato, attenzione al fenomeno, al dato concreto da cogliere nella mutevole e complessa realtà; dall'altro, esigenza di affermare valori» (enfasi aggiunta).

²¹⁶ Come osserva F.J. MATIA PORTILLA, *o.c.*, p. 547 s., «[e]l recurso a la cultura jurídica le permite al Tribunal ir mucho más allá de la interpretación normativa clásica (literal, sistemática y originalista), y acudir a otros parámetros de interés, como son los referidos al Derecho comparado, al Derecho de la UE y a la jurisprudencia del TEDH, así como a los datos sociales (estadísticos) y doctrinales». In tal senso non ci si può nascondere tuttavia che «puede estarse produciendo cierta equiparación entre la cultura jurídica y un sociologismo jurídico que resulta difícil de aceptar».

²¹⁷ Cfr. F.J. MATIA PORTILLA, *o.c.*, p. 548: «[m]e parece más discutible el argumento de que el Tribunal Constitucional tome como dato de interés el dato estadístico de que existe en nuestro país una mayoritaria aceptación social del matrimonio entre personas del mismo sexo. Me produce un profundo desasosiego que un Tribunal resuelva una cuestión jurídica basándose, aunque sea mínimamente, en las estadísticas. Unas estadísticas que si bien son contundentes en relación con el matrimonio no lo son tanto respecto de las adopciones realizadas por parejas homosexuales, sin que este dato haya sido, afortunadamente, tomado en consideración para cuestionar su validez constitucional. No resulta posible, a mi modo de entender, que una visión social mayoritaria machista u homófoba pudiera servir como fundamento para declarar que una norma que protege los derechos de las mujeres o de las personas que tienen una

stesso sesso. Quale secondo elemento viene menzionato l'orientamento prevalente - ancorché non unanime - della dottrina a ricondurre il matrimonio omosessuale alla più ampia categoria dell'«istituzione matrimoniale». Ulteriore elemento addotto riguarda la progressiva tendenza a riconoscere il matrimonio fra persone dello stesso sesso, sul piano sia del diritto comparato, sia delle pronunce giurisprudenziali degli organi internazionali. Ultimo argomento preso in considerazione dalla Corte concerne il regime giuridico del matrimonio, che si ritiene non sia stravolto, né sul piano dei rapporti economici fra i coniugi, né su quello successorio o pubblicistico, qualora si riconosca a soggetti dello stesso sesso di unirsi in matrimonio.

Sotto il profilo della garanzia istituzionale relativa al matrimonio, il *Tribunal Constitucional* ritiene quindi che la legge n. 13/2005 abbia comportato un'evoluzione del matrimonio coerente con la «cultura jurídica» che in Spagna si è maturata rispetto a tale istituto. La Corte non ravvisa quindi profili di incostituzionalità in questo ambito, ritenendo che il legislatore del 2005 abbia operato nei limiti della Costituzione, giacché in essa non risulta esclusa esplicitamente la possibilità del matrimonio fra soggetti dello stesso sesso.

Per quanto concerne la questione relativa al matrimonio come diritto costituzionalmente garantito, il *Tribunal Constitucional* si è domandato se la nuova regolamentazione del matrimonio vada a ledere quel contenuto essenziale proprio del diritto al matrimonio, che il legislatore è tenuto a preservare e rispettare, secondo quanto previsto dall'art. 53.1 *CE*.

La Corte attribuisce al diritto al matrimonio un contenuto speciale²¹⁸, che essa pone quale premessa alla propria analisi.

In questa prospettiva viene anzitutto riconosciuto che i soggetti nel matrimonio devono sempre trovarsi in regime di piena parità (art. 32.1 *CE*); si afferma poi che il matrimonio, ancorché configurabile quale diritto a titolarità individuale, non ammette possibilità di esercizio individuale - giacché risulta sempre necessario il consenso reciproco dei coniugi - e che la relazione matrimoniale crea «*ope legis*» una pluralità di doveri fra i coniugi. Inoltre dal diritto a con-

orientación sexual no mayoritaria es inconstitucional. Lo relevante debería ser siempre (...) determinar si la reforma es o no compatible con la Constitución».

²¹⁸ Cfr. M.A. PRESNO LINERA, *o.c.*, p. 422 s.

trarre matrimonio la Corte ritiene si possa estrapolare un principio di libertà di non contrarlo, con la conseguenza deducibile che due risultano essere i regimi configurabili nell'ordinamento: matrimonio e convivenza *«more uxorio»*, con profili di riconoscimento giuridico – peraltro - nettamente differenziati.

Nel valutare invece se la modificazione legislativa impugnata costituisca un attacco al contenuto essenziale del diritto fondamentale al matrimonio²¹⁹, il *Tribunal Constitucional*, constatando come la garanzia istituzionale del matrimonio rimanga intatta dopo l'approvazione della legge, ritiene che anche la dimensione oggettiva del diritto permanga inalterata. Esso focalizza quindi la propria attenzione sulla dimensione soggettiva del diritto al matrimonio, che impone al legislatore di non ledere la sfera di libertà che il diritto garantisce.

In tale ottica la Corte ritiene che riconoscere il diritto al matrimonio a chiunque, indipendentemente dall'orientamento sessuale, implichi la possibilità per ciascuno di contrarre matrimonio - con persone di sesso opposto o dello stesso sesso – nel pieno rispetto dell'identità personale dei soggetti²²⁰. Ciò non incide sul contenuto essenziale del diritto, poiché quanti possono contrarre matrimonio con persone del proprio sesso non snaturano il diritto al matrimonio in sé, né impediscono alle coppie eterosessuali di sposarsi liberamente. Le persone eterosessuali non hanno subito una riduzione della sfera di libertà loro garantita prima della riforma del 2005: esse godono ancora dello stesso diritto a contrarre matrimonio, nei limiti posti dal codice civile. Dopo la riforma, invece, i soggetti omosessuali hanno visto integrato il proprio diritto a contrarre matrimonio in coerenza con le preferenze derivanti dall'orientamento sessuale²²¹. Con questa innovazione si è quindi compiuto un passo avanti sul piano della garanzia di due valori fondamentali: la dignità della persona ed il libero sviluppo della personalità (art.

²¹⁹ Sebbene la *ATC 222/1994*, de 11 de julio, *FJ 2* abbia riconosciuto la piena costituzionalità del principio di eterosessualità del matrimonio, attribuendo alle coppie omosessuali solo la possibilità di un riconoscimento della loro convivenza, con la possibilità di ottenere finanche gli stessi diritti del matrimonio, il *TC* non si ritiene vincolato a tale orientamento restrittivo.

²²⁰ Cfr. M.A. PRESNO LINERA, *o.c.*, p. 422 s.

²²¹ In tale prospettiva, ancorché critico rispetto alle modalità attraverso le quali il *TC* giunge alla decisione, cfr. F.J. MATIA PORTILLA, *o.c.*, p. 553: *«la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales se debería concebir como una ampliación legislativa del derecho al matrimonio, como un suplemento que ha sido establecido por el legislador y que es disponible para éste»*.

10.1 *CE*). Entrambi i valori devono orientarsi alla piena effettività dei diritti fondamentali²²²; essi sono inoltre fondamento dell'ordine politico, della pace sociale e per questo costituiscono un presupposto imprescindibile²²³. Ancorché il *Tribunal Constitucional* riconosca che il meccanismo scelto dal legislatore per ottenere la tutela di questi valori non costituisce l'unico fra quelli tecnicamente ipotizzabili, ponendosi nella prospettiva della configurazione del matrimonio come diritto fondamentale, esso ritiene che l'indirizzo adottato con la legge n. 13/2005 sia il più adeguato dal punto di vista costituzionale²²⁴.

Ad alcune delle determinazioni del *Tribunal Constitucional* già era giunta parte della dottrina negli anni precedenti.

Si percepiva come pressoché unanime, a questo proposito, la consapevolezza che il legislatore costituente, nel regolare il matrimonio attraverso l'art. 32.1 *CE*, fosse ben lungi dal voler garantire il matrimonio fra persone dello stesso sesso²²⁵, cionondimeno molti avevano ritenuto che l'articolo – così come formulato – sembrasse prestarsi a ricomprendere modelli matrimoniali sia eterosessuali, sia omosessuali²²⁶.

I diversi fronti avevano inoltre teso a convergere su un aspetto, che ritroviamo espresso nella sentenza in oggetto: l'art. 32.1 *CE* poneva – alla luce del riformato art. 44 del *Código civil* – un complesso problema di natura ermeneutica²²⁷. Ciò traspariva anche dall'esame delle questioni di costituzionalità poste nell'immediato da singoli giudici incaricati del *Registro civil*, che tuttavia il *Tribunal Constitucional* non considerò ammissibili – come già rilevato – per difetto di

²²² Cfr. *STC* 212/2005, de 21 de julio, FJ 4.

²²³ Cfr. *STC* 53/1985, de 11 de abril, FJ 8.

²²⁴ F.J. MATIA PORTILLA, *o.l.c.*

²²⁵ Cfr. M. LINACERO DE LA FUENTE, *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, in *Foro, Nueva época*, 2005, 2, p. 425; A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, *La evolución jurídica del sistema matrimonial español*, cit., p. 109; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Argumentos a favor de la posible constitucionalidad*, cit., p. 355; S. CAÑAMARES ARRIBAS, *El matrimonio homosexual*, cit., p. 218.

²²⁶ In tal senso: M. LINACERO DE LA FUENTE, *o.l.c.*; A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, *o.l.c.*

²²⁷ Cfr. C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *o.c.*, p. 354: «[e]l tema esencial reside [...] en la interpretación del citado art. 32 de la Constitución, en conjunción con el resto de sus normas, y de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la adecuada hermenéutica de tales preceptos». Nello stesso senso: S. CAÑAMARES ARRIBAS, *o.c.*, p. 79.

funzione giurisdizionale²²⁸: esse fondano i propri argomenti proprio sulle regole interpretative dell'art. 3.1 del *Código civil*²²⁹.

Si era inoltre già osservato in dottrina che, come affermato successivamente dal *Tribunal Constitucional*, occorre configurare il concetto di matrimonio non solo in senso statico, per come in passato si è connotato, ma pure dinamicamente, per il modo in cui il matrimonio civile è evoluto in tempi recenti e per come esso si colloca assiologicamente nel contesto dei principi e dei valori fondamentali affermati dalla Costituzione spagnola²³⁰.

Già si è posto in luce che la verifica della costituzionalità della legge n. 13/2005 non si è focalizza specificamente sull'accertamento della sua coerenza con i principi di eguaglianza e di non discriminazione, quanto piuttosto sulla sua conformità all'art. 32 della Costituzione spagnola²³¹. In ciò è ravvisabile una differenza rispetto a quanto caratterizza l'evoluzione giurisprudenziale negli Stati Uniti in materia di conformità del divieto del *same-sex marriage* alle costituzioni degli Stati che si sono pronunciati. In tali ipotesi infatti si è presa in considerazione

²²⁸ Con atto formale del 28/07/2005 (relativo alla richiesta di matrimonio n. 820/05), depositato il 01/08/2005 presso il *Registro General del Tribunal Constitucional*, il Giudice del *Juzgado de Primera Instancia*, incaricato del *Registro Civil* di Denia (Alicante), solleva questione di incostituzionalità relativa all'art. 44 CC, come modificato dalla Legge 13/2005, del 1 luglio, per supposto contrasto con l'art. 32.1 CE. Successivamente, con atto formale del 16/09/2005 (relativo alla richiesta di matrimonio n. 431/05), depositato il 26/09/2005 presso il *Registro General del Tribunal Constitucional*, il Giudice del *Juzgado de Primera Instancia*, incaricato del *Registro Civil* di Telde (Gran Canaria), solleva analoga questione di incostituzionalità.

²²⁹ Art. 3.1 CC: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». Tale impostazione, non è risultata oggetto di critica da parte della prevalente dottrina spagnola: cfr. S. CAÑAMARES ARRIBAS, *o.c.*, p. 77 ss. Essa avrebbe potuto destare comunque qualche perplessità, se si considera che, interpretando una norma costituzionale alla luce di quanto disposto da una norma di rango ordinario – quale l'art. 3 del *Código civil* chiaramente risulta essere – si inverte la gerarchia delle fonti, che vede al suo vertice la Costituzione quale norma fondamentale dell'ordinamento. Come osserva infatti P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 585, il principio di legalità costituzionale sembra – al contrario – imporre l'interpretazione della norma di grado inferiore «alla luce degli interessi e dei valori costituzionali rilevanti». Lo stesso Autore, con riferimento all'ordinamento italiano, osserva come le disposizioni preliminari al codice civile, aventi ad oggetto l'interpretazione della legge, «non hanno valore costituzionale, né si situano al di sopra della Costituzione». Cfr. *ID.*, *o.c.*, p. 587.

²³⁰ D.LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *El matrimonio homosexual*, cit., p. 10 s.

²³¹ C. GARCIMARTIN, *The Spanish Law on Same-Sex Marriage: Constitutional Arguments*, in *BYU J. Pub. L.*, 2012, 27, p. 443. Come osserva C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Perspectivas sobre el «matrimonio» entre personas del mismo sexo*, cit., p. 37: «el análisis de constitucionalidad, en el Derecho español, no es primariamente un análisis sobre la eventual violación del principio de igualdad, o la existencia de una injusta discriminación [...] es en primer lugar, el análisis de la conformidad de la ley con el art. 32 CE, dedicado específicamente al matrimonio, con alusión concreta al hombre y la mujer como titulares del derecho a contraerlo».

proprio la violazione dei principio di eguaglianza e di non discriminazione in base al sesso o all'orientamento sessuale. Non è mancato chi, in dottrina, ha colto i limiti sottesi ad una prospettiva così circoscritta, quale quella fatta propria dal *Tribunal Constitucional*²³².

In ogni caso la *STC* 198/2012 costituisce un punto fermo di capitale importanza, sul quale la dottrina in Spagna deve completare la riflessione - avviata già da anni - finalizzata alla «ricostruzione» dell'intero sistema matrimoniale di quel paese²³³.

Camerino, gennaio 2015.

²³² Cfr. M.A. PRESNO LINERA, *o.c.*, p. 423 s.: «creo que la vía argumentativa empleada no es la más idónea, pues se incide de manera especial en la compatibilidad entre la nueva regulación y la garantía constitucional de la “institución” del matrimonio, de la que derivan una serie de facultades, y no en la garantía del matrimonio como un derecho constitucional de libertad, cuando, al menos en mi opinión, esta última condición es la relevantes».

²³³ Cfr. P. DOMÍNGUEZ LOZANO, *Las uniones de personas del mismo sexo: las opciones de regulación y sus implicaciones jurídicas*, in *Derecho Priv. Const.*, 2006, 20, p. 193, secondo il quale è ancora necessario proseguire nella «elaboración de un consenso científico en torno a la noción (del matrimonio), y a su coordinación con otras figuras e instituciones del ordenamientos».

JUAN ESPINOZA ESPINOZA

Las perspectivas de modernización del Derecho de las Obligaciones: el estado de la cuestión en la experiencia jurídica peruana

Sommario: 1. Introducción; 2. La protección de la parte débil: las cláusulas abusivas; 3. El rol de la buena fe; 4. La responsabilidad contractual y extracontractual: ¿unidad o dualidad?; 5. El daño; 6. La causalidad; 7. El principio de reparación integral del daño; 8. Conclusiones.

1. *Introducción*

El Código Civil peruano de 1984 es una suerte de “Nuevo Testamento” hecho por varios apóstoles. Me explico, mediante D.S. No. 95, del 01.03.65, se creó una Comisión Reformadora que elaboró un Proyecto de Código Civil, presidida por el Profesor Carlos Fernández Sessarego. Posteriormente, por Ley No. 23403, del 27.05.82, se creó la Comisión Revisora de dicho proyecto y, mediante el D. Leg. No. 295, del 24.07.84, se promulgó el actual Código Civil peruano. En 1965, se llamó a los juristas más calificados de la comunidad científica peruana, y en 1976 se encargó a cada uno de ellos, la elaboración de un Proyecto de Libro del Código¹. Los grandes códigos decimonónicos latinoamericanos, eran fruto de la elaboración de un solo jurista, como es el caso del Código Civil argentino de 1869, obra de Dalmacio Vélez Sarsfield, inspirado en el *Esboço* del Código Civil brasileño, que diseñara Augusto Texeira de Freitas, o del Código Civil chileno ideado por Andrés Bello. El actual Código civil peruano si bien es el resultado de los aportes de insignes juristas, encuentra ciertas

¹ Para un detalle de los miembros y asesores que integraron la Comisión Reformadora desde 1965 hasta 1979, ver Fernando VIDAL RAMÍREZ, *El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 1992, 93-98.

dificultades a nivel de interpretación sistemática, por cuanto cada libro es tributario de modelos jurídicos que no siempre son coincidentes. Siguiendo la metáfora inicial: cada evangelio tiene una percepción diversa de lo divino. Es el caso del Libro V, de Las Obligaciones, que tiene una marcada influencia de la versión original de *Code civile* francés (para muestra, basta decir que el Código civil peruano mantiene el principio de mutabilidad parcial de la cláusula penal)² y el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, que ha recogido en sustancia el *Codice civile* italiano de 1942.

A ello se suma la irrupción del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley No. 29571, del 01.09.10, por el cual también han surgido una serie de problemas a propósito de la interpretación sistemática y armoniosa de sus disposiciones con las del Código Civil y leyes especiales. Este nuevo Código ha introducido, incluso, nuevas categorías, como la del “consumidor equiparado”. Ello ha originado una situación que ha sido calificada magistralmente por Erik Jayme como un “diálogo de fuentes”.

Dado que el ámbito de comprensión del Derecho de las Obligaciones y los Contratos es sumamente amplio, me centraré en algunas de las figuras materia de estas jornadas.

2. *La protección de la parte débil: las cláusulas abusivas*

El art. 1398 del código civil peruano, siguiendo al art. 1341 del código civil italiano de 1942, regula a las cláusulas vejatorias³. Este dispositivo se aplica tanto para los contratos de

² Como se sabe, tanto el art. 1152 como el 1231 se reforman por la Ley No. 597, del 09.07.75, de reforma de la disciplina del *Code civil* en materia de cláusula penal, (regulando la posibilidad que el juez aumente la penalidad, cuando esta sea diminuta) y la Ley No. 1097, del 11.10.85, que establece limitadamente la posibilidad que el juez intervenga de oficio. La reforma del '75 “ha sido, no en su adopción formal, sino en su inspiración sustancial, una adecuación normativa (casi una interpretación auténtica) de la elaboración histórico-doctrinal y del trabajo aplicativo-judicial que ha caracterizado constantemente la cultura jurídica francesa” (Silvio MAZZARESE, *Cláusula penale Artt. 1382-1384, Il Codice Civile. Commentario*, dirigido por Piero SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 1999, 103).

³ Art. 1398: “En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o de renovar tácitamente el contrato”.

adhesión⁴ como para las cláusulas generales de contratación⁵ no aprobados administrativamente. Autorizada doctrina nacional define como vejatorias “las cláusulas generales de contratación que alteran, en ventaja del predisponente, el equilibrio entre los derechos y obligaciones contractuales de las partes”⁶. Para el formante legislativo, son cláusulas vejatorias las que establecen lo siguiente:

- a) Exoneraciones o limitaciones de responsabilidad.
- b) Suspensión de la ejecución del contrato.
- c) Rescisión y resolución del contrato.
- d) Prohibición de oponer excepciones.
- e) Prórroga o renovación tácita del contrato⁷.

⁴ Los cuales son definidos como “una manera de contratar en la cual, sin perderse la autonomía privada manifestada por la libertad de conclusión del contrato, la determinación de las condiciones del mismo es hecha unilateral y exclusivamente por una de las partes y plasmada en su oferta, para que la otra parte, o sea el destinatario, decida a su solo criterio contratar o no en tales condiciones. En el primer caso, aceptará la oferta; en el segundo, la rechazará” (DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, en *Biblioteca Para Leer el Código Civil*, Vol. XI, Primera Parte, Tomo III, Tercera Edición, PUCP, Fondo Editorial, Lima, 1996,26).

⁵ Definidas por el art. 1392 c.c. como “aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”. Sostiene que se trata de fenómenos muy similares BULLARD GONZALEZ, cuando afirma que “resulta difícil imaginar un ejemplo en el que, la adhesión no se dé a cláusulas generales. Por el contrario, el fenómeno de las cláusulas generales resulta teniendo un espectro de cobertura más amplio, permitiendo que la “adhesión” se produzca no a la integridad del contenido contractual, sino a algunas condiciones particulares” (*Contratación en masa ¿Contratación?*, en *Thémis*, Segunda Epoca, No. 15, Lima, 1989, 54).

⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, op. cit., 202.

⁷ El texto original consideraba como vejatoria la estipulación de fijar cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje. Este ha sido derogado por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil. Esta supresión ha sido criticada, por cuanto “si el sometimiento a arbitraje resulta de una manifestación libre, reflexiva y consciente, en el marco de un equilibrio negocial de las partes, no hay ningún inconveniente. Empero no puede descartarse la imposición de esta vía, en el caso de las CGC, para beneficio del predisponente, quien estará en aptitud de definir el tipo de arbitraje, el lugar en que se desarrollará y aún el procedimiento al que estará sometido” (CARDENAS QUIROS, *Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas*, en *Ius et Veritas*, No. 13, Lima, 1996, 24).

El art. 49.1 del **Código de Protección y Defensa del Consumidor**, Ley No. 29571, del 01.09.10 define a las cláusulas abusivas de la siguiente manera:

“En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos”.

Siguiendo el modelo de la Directiva Comunitaria No. 93/13/CEE, el Código de Protección y Defensa del Consumidor se alinea dentro de los países que asimilan una tutela (que a su vez, se inspira en el modelo jurídico alemán, concretamente, la ley sobre condiciones generales del contrato, *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, AGBG, que entró en vigor el 01.04.77) basada en una lista negra y en una lista gris⁸. La lista negra (art. 50) contiene un elenco de cláusulas que están afectas de ineficacia absoluta y la lista gris (art. 51) de ineficacia relativa. Esta última es un *numerus apertus* (son ejemplificativas, no taxativas). Evidentemente, sólo la autoridad judicial puede declararlas ineficaces, mientras que la autoridad administrativa (según el art. 52.1) puede inaplicarlas. Debe recalcarse que tanto el Código de Protección y Defensa del Consumidor y la Directiva Comunitaria No. 93/13/CEE toman de la disciplina francesa (concretamente la Ley No. 78-23 del 10.01.78⁹), una tutela que sólo se centra en la relación de consumo.

⁸ Cfr Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente*, en *Thémis*, Revista de Derecho, Segunda Epoca, No. 38, 1998.

⁹ En Francia regía la Ley No. 78-23, del 10.01.78. En 1993 se reformó esta ley por el *Code de la Consommation*, aprobado por Ley No. 93-949, del 26.07.93; pero como se advierte “esta ocasión no sirvió de punto de partida para la unificación de estas dos leyes, por lo que los artículos relativos a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo de la Ley No. 78-23 fueron incorporados sin modificaciones a los artículos L. 132-1 hasta 134-1 del *Code de la Consommation*” (Giancarlo LOZANO BLAS *Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Análisis del régimen europeo y su futura adaptación en el ordenamiento jurídico peruano*, en *Actualidad Jurídica*, No. 134, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2005, 289). Posteriormente se promulga la Ley No. 95-96, del 01.02.95, a efectos de adecuarse a la Directiva Comunitaria 93/13/CEE del 05.04.93 y se modifica así el *Code de la Consommation*. Ello ha llevado a decir que, en esta materia, se ha producido en Francia una *mélange législatif*.

Debemos de partir de la premisa que el universo de la contratación por adhesión no coincide simétricamente con la contratación masiva con los consumidores. Pueden haber casos de contratos por adhesión (con cláusulas vejatorias) en la cuales el adherente no es un consumidor. Es el caso de la contratación que haría un banco para representar sus valores en anotaciones en cuenta con una empresa que ofrece este servicio.

Se presenta una contradicción con lo regulado en los arts. 50 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (que contiene un elenco de cláusulas que están afectas de ineficacia absoluta), 51 (que contiene un elenco de cláusulas que están afectas de ineficacia relativa) y el art. 1398 c.c. (que sanciona con nulidad las cláusulas abusivas). Ello genera –en lo que a relaciones de consumo por adhesión se refiere- las siguientes interpretaciones:

a. en aplicación del principio de especialidad, entender que en la contratación masiva con el consumidor se tendrá el régimen de ineficacia, mientras que en las relaciones en las cuales no hayan consumidores, el de nulidad (art. 1398 c.c.).

b. entender la “ineficacia” (sea absoluta o relativa) regulada en el CPDC como ineficacia estructural, o sea invalidez, entendiendo a la absoluta como nulidad y a la relativa como anulabilidad. En efecto, un sector de la doctrina distingue, aunque en posición que no comparto, la ineficacia estructural de la funcional¹⁰.

Si bien –como sabiamente sostiene García Maynez- clasificar es un problema de perspectiva, la distinción de ineficacia estructural y funcional, es cuestionable por el simple hecho que parte de la premisa equivocada que el acto inválido no produce efectos jurídicos¹¹. No obstante ello, basándome en el argumento de la coherencia en la interpretación normativa (insisto, aunque no compartiendo esta línea de pensamiento) haría entender que, cuando el

¹⁰ Como pone en evidencia, María Emilia LLOVERAS DE RESK, *Tratado teórico-práctico de las nulidades*, reimpresión, Depalma, Buenos Aires, 1991, 4.

¹¹ Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Editorial Rhodas, Lima, 2012, 475 y ss.

Código de los Consumidores, en sus arts. 50 y 51, regula la ineficacia absoluta y relativa, hace referencia a la ineficacia estructural, vale decir, a la nulidad y a la anulabilidad, respectivamente.

Merece especial atención un caso (antes de la vigencia del Código de los Consumidores) que se presentó a un consumidor al cual el proveedor le había perdido las películas de un viaje: si bien la Comisión de Protección al Consumidor, Sede Lima Sur, con Resolución Final No. 2603-2010/CPC, del 05.11.10, declaró infundada la denuncia en el extremo que la cláusula de exoneración de responsabilidad del proveedor era abusiva, mediante Resolución No. 0078-2012/CS2-INDECOPI, del 11.01.12, la Sala de Defensa de la Competencia No. 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, revocó la decisión de primera instancia, declarando fundada la demanda, pues, a su entender, quedó acreditado que el denunciado opuso al denunciante una cláusula abusiva, transgrediendo lo dispuesto en el art. 1398 c.c.

Similar caso resolvió la Corte de Casación Civil francesa en 1989, cuya Primera Sección Civil estableció que: “después de haber puesto en relieve que la cláusula que figuraba en la entrega en depósito exoneraba al laboratorio de toda responsabilidad en caso de pérdidas de las diapositivas, impugnada la sentencia, de la cual resulta que tal cláusula procuraba una ventaja excesiva a la sociedad Minit France y que ésta por su posición económica se encontraba en la condición de imponerla a la propia clientela, ha decidido a buen derecho que esta cláusula revestía un carácter abusivo y debía ser considerada como no puesta”¹².

3. *El rol de la buena fe*

El principio de la buena fe, si bien no ha sido acogido en el Título Preliminar del Código Civil peruano, como lo ha hecho el homólogo español (con la reforma de 1973), es invocado

¹² Jacques GHESTIN e Isabelle MARCHESSAUX, *L'applicazione in Francia della direttiva rivolta ad eliminare le clausole abusive*, en *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, a cura de Massimo BIANCA y Guido ALPA, CEDAM, Padova, 1996, 92.

en no pocos artículos. Siguiendo las tres vías de concreción del principio de la buena fe, que ha individualizado autorizada doctrina española, lo encontramos¹³:

a. En el Libro de Acto Jurídico, en el art. 168 c.c.¹⁴, como un canon o criterio hermenéutico. Es importante tener en cuenta que “la regla de la buena fe en la interpretación quiere ser una medida razonable de lo justo, representando también un límite a la discrecionalidad del intérprete”¹⁵.

b. En el Libro de Fuentes de Obligaciones, en el art. 1362 c.c.¹⁶, como un criterio de conducta conforme al cual deben ser cumplidas las obligaciones. En el ámbito de la relación contractual, la buena fe obliga a cada una de las partes a comportarse “de manera tal de no perjudicar y más bien, de *salvaguardar el razonable interés de la contraparte, cuando ello no importe ningún apreciable e injusto sacrificio a cargo suyo*”¹⁷.

c. Como un canon o criterio al que debe someterse el ejercicio de los derechos subjetivos. Un límite de estos derechos es la prohibición del abuso de derecho, invocado en el art. II del

¹³ Luis DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, *Introducción, Teoría del Contrato*, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, 50, aunque refiriéndose a al régimen jurídico de las relaciones de carácter patrimonial.

¹⁴ El cual establece: “El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”.

¹⁵ Giovanni CRISCUOLI, *Il contratto. Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali*, reimpresión actualizada, CEDAM, Padova, 1996, 339.

¹⁶ Que norma: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

¹⁷ Vincenzo ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 497. Es importante tenerse en cuenta, en materia contractual, que la “reafirmación de la buena fe como principio de integración del contenido del contrato, que extiende sus alcances a todo el *iter* contractual (comprensivo de los períodos precontractual, contractual propiamente dicho e –incluso– postcontractual), fue posible gracias a la labor de reconstrucción de nuestra tradición jurídica (que condujo a una ‘nueva transfusión’ del Derecho romano) y de armonización con las demás Codificaciones latinoamericanas llevada a cabo pacientemente por la doctrina y la jurisprudencia” de países como Argentina y Brasil (Así, David Fabio ESBORRAZ, *Contrato y Sistema en América Latina*, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani – Università di Roma “Tor Vergata”/CNR, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, 136).

Título Preliminar¹⁸, el cual debe ser interpretado sistemáticamente, con el art. 1971.1 c.c. (ubicado en la Sección de Responsabilidad Extracontractual), el cual establece que no hay responsabilidad en “en el ejercicio regular de un derecho”.

Nótese que mientras el art. 168 c.c. entiende al principio de la buena fe en el primer sentido (*a*), el art. 1362 le da una doble connotación a este principio: sea como criterio hermenéutico y como regla de conducta (*a* y *b*). No debe olvidarse que, al ser de un alcance tan general el principio de buena fe, éste se irradia a través de otro grupo de principios, como es el caso del abuso del derecho, fraude a la ley, actos propios, entre otros. Otro sector de la doctrina prefiere calificar estos principios como “extralimitaciones contrarias a la buena fe”¹⁹. El principio de la buena fe también es reconocido en el art. V.5 del Título Preliminar de la Ley No. 29571, **Código de Protección y Defensa del Consumidor**, el cual regula que:

“En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular”.

Si bien el principio de buena fe es frecuentemente empleado por jueces y árbitros en la interpretación de los actos jurídicos, no es extraña la invocación de sus derivaciones, como es el caso de los actos propios o de la apariencia.

En materia de relaciones de consumo, el Tribunal de Solución de Controversias del Órgano Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público

¹⁸ El cual regula que: “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

¹⁹ Luis DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, 51.

(OSITRAN), mediante Resolución Final No. 003-2011 TSC-OSITRAN, del 27.09.11 (Exp. No. 015-2001), ha tenido la oportunidad de aplicar el **principio de la buena fe**, porque una concesionaria no informó oportunamente a un consumidor sobre las restricciones a los servicios que debía brindar.

Siempre en la justicia administrativa de tutela del consumidor se conoció un caso de un consumidor que fue a un restaurante que tenía un centro recreacional para niños, ubicado fuera de Lima. El local no contaba con estacionamiento propio; pero durante una época la administración del proveedor alquiló un espacio frente a su sede, en el cual había notoria publicidad del proveedor, a efectos que sus clientes estacionen. A su regreso, el consumidor, se dio con la ingrata sorpresa que le habían roto la luna de su automóvil y robado su radio. La administración le informó que no tenía responsabilidad, por cuanto, desde hacía un tiempo, ya no alquilaba dicho espacio para sus clientes. Ante la denuncia que hizo el consumidor ante la Comisión de Protección al Consumidor, ésta, mediante Resolución Final No. 240-2002-CPC, del 10.04.02, la declaró fundada por infracción a los artículos 5 inciso b) y 15 de la Ley de Protección al Consumidor (vigentes en ese entonces). Ello, toda vez que en el presente caso el proveedor no brindó información adecuada al consumidor sobre su responsabilidad por los vehículos que fueran estacionados en la playa de estacionamiento materia de denuncia. En consecuencia, se le sancionó con una multa de 0,4 Unidades Impositivas Tributarias. La fundamentación jurídica se basó en el **principio de apariencia**. Se afirmó que:

“En ese sentido, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, así como la utilización del logotipo y el nombre de la Granja Villa en el cerco del terreno utilizado como playa de estacionamiento, un consumidor podría prever razonablemente que dicho terreno es utilizado por la Granja Villa como zona de parqueo para sus clientes, y que por lo tanto, considerando que dicha empresa cuenta con personal de seguridad ubicado frente a la playa, su vehículo no corría riesgo al ser estacionado en dicho lugar”.

Se ha advertido que la problemática de los **actos propios** no se agota en la validez o no del acto que se pretende desconocer, sino en la responsabilidad civil que de ese actuar se deriva. En un arbitraje se presentó el siguiente caso: en un contrato de suministro de electricidad el generador y el distribuidor establecen en una cláusula un determinado proceso de facturación basado en la potencia en horas de punta. En un período de nueve meses, el distribuidor paga puntualmente al generador y el décimo mes deja de hacerlo, alegando que la cláusula es ambigua y confusa, decidiendo de manera unilateral aplicar supletoriamente una Resolución de la Comisión de Tarifas de Energía, que establece un procedimiento de facturación para el Mercado Regulado (el contrato en cuestión se ha dado en el ámbito del Mercado Libre). La objeción surge inmediatamente: si se cuestiona el proceso de facturación por confuso ¿cómo es que se pagó sin discusión alguna los nueve meses anteriores? Como se ha advertido, resulta imperativo aplicar el principio de los actos propios “respecto de las conductas judiciales y extrajudiciales”²⁰, por ello, el tribunal arbitral que conoció este caso decidió que:

“al quedar acreditado que las partes voluntariamente habían establecido un procedimiento especial para calcular la Demanda Máxima de Potencia, distinto al de la Resolución No. 015-95-P/CTE, modificada por la Resolución No. 022-95-P/CTE, y además que sí era perfectamente determinable dicho cálculo sin recurrir supletoriamente a dichas resoluciones, ahora HIDRANDINA no debe contradecir sus propios actos”.

Este mismo criterio ha sido seguido en la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG) No. 008-2004-OS/CC-20, del 25.10.04.

4. *La responsabilidad contractual y extracontractual: ¿unidad o dualidad?*

²⁰ Marcelo LOPEZ MESA, *La Doctrina de los Actos Propios en la Jurisprudencia. La utilidad de las normas abiertas, el caso del legalismo estricto y la nueva dimensión del juez*, Depalma, Buenos Aires, 1997, 192.

El Código Civil peruano adopta un sistema binario: tenemos regulada la responsabilidad contractual en el Libro VI, Las Obligaciones, Sección Segunda, Efectos de las Obligaciones. Título IX, Inejecución de las Obligaciones, y la responsabilidad extra-contractual, en el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección Sexta²¹. Hace algunos años expresé, siguiendo a la corriente dominante de la doctrina jurídica contemporánea, que: “la discusión sobre la distinción entre la responsabilidad contractual y extra-contractual se torna en bizantina, por cuanto, en ambas se produce un daño y el derecho debe intervenir para repararlo. No importa el origen del daño, sino como solucionar sus consecuencias. No importa en agente dañoso sino el dañado”²². Actualmente, con satisfacción, puedo comprobar que ésta es la orientación de la doctrina nacional más autorizada²³. Con razón, ahora se afirma que “nunca hemos encontrado

²¹ En el Código Civil de 1852 dentro del Libro tercero, de las Obligaciones y Contratos, Sección primera, Título Cuarto, De los efectos de los contratos, estaba regulada la responsabilidad contractual y en la Sección Séptima, de las obligaciones que nacen del consentimiento presunto, Título tercero, De las obligaciones que nacen de los delitos o de cuasi delitos, se trató la responsabilidad extra-contractual.

En el Código civil de 1936, en el Libro Quinto, del Derecho de las Obligaciones, Sección Primera, De los actos jurídicos, Título IX, de los actos ilícitos, se reguló a la responsabilidad extra-contractual y en la Sección Tercera, De los Efectos de las obligaciones, Título IX, De la inejecución de las obligaciones, se prescribió sobre responsabilidad contractual.

²² Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Reflexiones en torno a la unificación de los regímenes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual*, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 48, Lima, Años 1990-1991, 166. También en *Revista del Foro*, Año LXXIX, No. 2, Lima, julio-diciembre, 1991, 234.

²³ Max ARIAS SCHREIBER PEZET, *Luces y sombras del Código Civil*, Tomo II, Studium, Lima, 1991, 173, quien afirma que “ambas responsabilidades tienen la misma naturaleza” (*cit.*). En este mismo sentido, Carlos FERNÁNDEZ SENSAREGO, quien advierte “un movimiento creciente que tiende a unificar las diversas acepciones de responsabilidad civil por daños, superando en este sentido la tradicional distinción entre daño contractual y daño extracontractual, por cuanto no es relevante para el resarcimiento” (*Un Nuovo modo di fare Diritto*, traducción a cura de Luciana CABELLA PISU y Juan ESPINOZA ESPINOZA, en *Il Diritto dei Nuovi Mondi*, CEDAM, Padova, 1994, 270) y Fernando VIDAL RAMÍREZ, “nosotros tomamos partido por la unidad de la responsabilidad civil y creemos que debe ser estudiada en un plano único y que las reformas en la codificación civil se orienten en ese sentido. Las diferencias existentes en los dos aspectos con los que es tratada por la actual codificación civil no son, a nuestro juicio, fundamentales. La responsabilidad civil, contractual o extracontractual, se funda en acciones y en omisiones, porque tanto la una como la otra resultan de la violación de obligaciones de hacer o de dar, o de obligaciones de no hacer. No debe perderse de vista que ambas especies de responsabilidad son el resultado de la violación del deber jurídico del *neminem laedere*” (*La Responsabilidad Civil*, en *Derecho*, No. 54, PUCP, Lima, diciembre 2001, 399). Este último autor, precursoramente, afirmó que “no obstante, se debe reconocer que cualesquiera que sean las diferencias existentes entre las normas que rigen la responsabilidad contractual (sic), la responsabilidad civil debe y puede conservar su unidad, pese a que su estudio, así planteado, nos lleve a la consideración de que la responsabilidad contractual es un efecto de las obligaciones contractuales, mientras que la responsabilidad extracontractual constituye una fuente de obligaciones sin vínculo previo entre la persona que debe reparar el daño y la que a cuyo favor debe otorgarse la reparación”

justificativo que explique el por qué, de un mismo hecho dañoso, que puede generar un mismo tipo de daño, puedan aplicarse regímenes de responsabilidad distintos, con cobertura de daños distintos”²⁴.

No puedo dejar de citar el siguiente pasaje de la ejemplar resolución casatoria No. 849-

(*Consideraciones Preliminares al Estudio de la Responsabilidad Civil Extracontractual*, en *Thémis*, No. 6, Año 4, PUCP, Lima, Primer Semestre de 1968, 36).

²⁴ Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, *Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad*, en *Scribas*, Año I, No. 2, INDEJ, Arequipa, 1996, 74. En este mismo sentido, Eduardo SEMINARIO STULPA, quien afirma que “el tratamiento unitario de la materia no sólo se justifica por razones de orden práctico sino fundamentalmente de orden conceptual” (en *Responsabilidad civil: breves comentarios acerca de la propuesta de enmienda*, en *Diez Años. Código Civil Peruano*, Tomo II, Universidad de Lima, WG Editores, 1995, 333; Yuri VEGA MERE, quien sostiene que “quizá la más importante de las razones que abogan por un pronto cambio se encuentra en el injustificado mantenimiento de las diferencias que favorecen un tratamiento de compartimientos estancos, pese a que, en cualquier caso, la puesta en escena de la responsabilidad civil –cualquiera sea su origen– proviene de la necesidad de reparar un daño injustamente sufrido” (*La reforma de la responsabilidad civil en el Derecho Peruano. El Proyecto de Código Civil Argentino como fuente ineludible de consulta*, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año 1, No. 6, La Ley, Buenos Aires, 1999, 2-3); Roxana SOTOMARINO CACERES, afirma “la necesidad y la posibilidad de tratar los temas del fenómeno resarcitorio bajo un criterio de unificación de la responsabilidad civil, lo que, además, aportaría simplicidad y uniformidad al análisis” (*Responsabilidad civil por productos defectuosos*, ARA Editores, Lima, 2007, 60); sostiene que el principio *iura novit curia* posibilita la compatibilización judicial de ambos regímenes de responsabilidad “a fin de evitar sentencias inhibitorias y nuevas demandas, y a efecto de resolver definitivamente el conflicto de intereses”, Francisco CARREÓN ROMERO con la colaboración de Luis Giancarlo TORREBLANCA GONZÁLES, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual: hacia la unificación del sistema*, en *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*, Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, 458.

En sentido contrario, Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, cuando separa ambos regímenes “si se quiere seguir de cerca y entender el verdadero proceso psicológico y lógico de juzgamiento. La identificación global de los dos tipos de responsabilidad oscurece estas diferencias en el entorno conceptual y en el *état d’esprit* del juez y no permite aprehender la naturaleza profunda e íntima de cada una de estas situaciones” (*La responsabilidad extracontractual*, Vol. IV, Tomo II, PUCP, Lima, 1988, 451-452). También Leysser LEÓN HILARIO, *Weak legal culture & legal transplants unificación de la responsabilidad civil y otras importaciones de los años noventa*; Rómulo MORALES HERVIAS, *La responsabilidad en la norma jurídica privatística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual)*, ambos en *Responsabilidad Civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*, dirigido por Juan ESPINOZA ESPINOZA, Palestra, Lima, 2005; Freddy ESCOBAR ROZAS y Luis Miguel VELARDE, *Alegato en contra de la unificación de los regímenes de responsabilidad civil*, *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, No. 1, Bogotá, 2011. Sobre esta posición, se advierte que: “lo importante de destacar como consecuencia del reconocimiento de una unidad ontológica conceptual y funcional de la responsabilidad civil toda –contra lo que muchos piensan– no es necesariamente el de justificar la existencia de un único sistema de responsabilidad civil (esta es una consecuencia extrema y –admitámoslo– debatible), desde que pueden existir criterios que, desde un punto de vista práctico, determinen la utilidad de mantener ciertas diferencias.

Pero el reconocimiento de una unidad ontológica conceptual permitirá siempre, cuando menos, justificar (...) la aplicación extensiva o analógica de las disposiciones de un régimen a otro, en lo que no se oponga a la naturaleza especial de cada sistema; y esto, no es ni una falacia, ni una quimera” (Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, *De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil Peruano)*, en *Thémis, Segunda Época*, No. 50, Lima, agosto 2005, 254-255).

96, del 10.07.97, en el cual se advierte que, no obstante el Código civil vigente adopta un sistema binario de responsabilidad:

“sin embargo, esta tradicional dicotomía se está orientando a la unificación sistemática de ambas responsabilidades a partir del dato de concebir el daño como centro de gravedad del problema; es decir que los presupuestos del daño contractual y extracontractual son comunes, esto es la antijuricidad, el daño, la relación de causalidad y los factores de atribución, los que pueden variar de acuerdo a cada caso en particular” (el subrayado es mío).

De esta pequeña reseña se puede advertir que tanto la doctrina como la jurisprudencia peruanas están encaminadas hacia una interpretación sistemática de ambos regímenes.

En el caso de **zonas grises**, vale decir, cuando dentro de una relación jurídica obligatoria, se produce un daño que exhorbita los derechos y deberes inherentes a dicha relación y por ende, también se configura un supuesto de responsabilidad extra-contractual, se entiende el deudor afectado tiene el **derecho de optar** por la normatividad establecida en inejecución de las obligaciones o por aquella diseñada en materia de responsabilidad extra-contractual. La jurisprudencia nacional, en materia de responsabilidad civil por mala *praxis* médica está admitiendo el derecho de opción: en ello encontramos un aspecto positivo, por cuanto ello es una muestra que el operador jurídico está ampliando sus horizontes interpretativos. Sin embargo, no se está reconociendo el derecho de opción en un supuesto adecuado: la responsabilidad médica (salvo, en mi opinión, en el caso de la mala *praxis* derivada de la atención en emergencia) es un típico supuesto de responsabilidad contractual. Lamentablemente, los jueces peruanos ven zonas grises en supuestos donde no se configuran²⁵.

Independientemente de estos supuestos, creo que el operador jurídico debe individualizar los siguientes escenarios:

²⁵ Sólo por citar dos casos: Resolución del 17.02.00, de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Lima (CAS. 344-2000 LIMA), por un caso de mal servicio por cambio de aceite y Resolución número cuarenta, del 01.10.03, de la Segunda Sala Especializada en lo Civil de Piura, porque un banco hizo figurar como deudor a un cliente que ya había pagado su deuda.

a. **¿Cómo debería estar regulada la responsabilidad civil?** Siendo consecuente con mi pensamiento, creo que debería irse hacia la unificación: ello no significa generar un único régimen de responsabilidad civil, sino contar con una parte general común a la contractual y a la extra-contractual y, además, con una parte específica que regule aspectos particulares (como mora o cláusula penal en el caso de la denominada responsabilidad civil contractual).

b. **¿Cómo está regulada la responsabilidad civil en nuestro sistema?** Basta leer el Código Civil para darnos cuenta que estamos incurso en un sistema binario.

c. **¿Cómo puedo interpretar la responsabilidad civil?** Al ser el principio de la reparación integral de los daños sufridos por la víctima, el elemento unificante de ambas responsabilidades, es posible interpretar sistemáticamente (en la medida que ello sea posible) ambas responsabilidades. Un ejemplo lo tenemos en el art. 1332 c.c., el cual establece (en materia contractual) la aplicación del criterio equitativo cuando no se puede determinar la entidad del daño ¿acaso no lo podemos aplicar en materia de responsabilidad civil extracontractual?

Independientemente del problema de las “zonas grises”, los modelos jurídicos tienden hacia la unificación: piénsese en el caso de la **responsabilidad civil por productos defectuosos**. Si observamos con atención, el art. 101 de la Ley No. 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, del 01.09.10, supera la distinción entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual al establecer que la responsabilidad civil de los proveedores es solidaria (tégase en cuenta que el proveedor puede ser tanto el que vende el producto como el que lo fabrica).

No obstante autorizada doctrina francesa es crítica y se refiere a la imposibilidad de una simbiosis entre ambos regímenes y advierte la “fagocitosis” de la responsabilidad contractual

por la responsabilidad extracontractual²⁶, comparto la opinión de quien afirma que “se constata que, poco a poco, gracias a la aparición de regímenes especiales que trascienden la distinción entre régimen contractual y régimen delictual, esta última tiende a perder su posición de “summa divisio” de la responsabilidad civil”²⁷. Se agrega que “En otras palabras, parece que, para el avenir, la distinción entre responsabilidad contractual y delictual sea destinada a perder su importancia en ventaja de otra distinción, que tiende actualmente a afirmarse siempre más entre “derecho general” o “derecho común” y los regímenes especiales de responsabilidad civil”²⁸.

El art. III.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, establece que:

“El presente Código protege al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta”.

Este artículo es innovativo respecto de la Ley de Protección al Consumidor: se reconoce y protege la categoría del **consumidor equiparado**, vale decir, el que está expuesto a una relación de consumo, independientemente que esta se concrete, o no. Con ello, a nivel de tutela jurídica de los derechos de los consumidores no se debe perfeccionar, necesariamente, una relación de consumo.

5. *El daño*

En los Fundamentos del **Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la República Argentina del año 2012**, la Comisión ha expresado que “en el derecho civil latinoamericano ha sido muy citado el Código Civil Peruano que contiene dos textos”²⁹. Estos son los arts. 1984 y 1985. El primero de ellos regula que:

²⁶ Philippe BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, segunda edición, Lexis Nexis-Litec, Paris, 2009, 56.

²⁷ Geneviève VINEY, *Introduction à la Responsabilité*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 3a. Edición, Paris, 2008, 669.

²⁸ Geneviève VINEY, *op. cit.*, 670.

²⁹ *Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la República Argentina*, Fundamentos, 2012, 232.

“El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

El art. 1985 c.c. establece que:

“La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

El art. 1738 del **Código Civil y Comercial de la República Argentina del año 2012**, que entrará en vigencia en el 2016, establece que:

“La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances.

Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

Calificada doctrina francesa **distingue el daño del perjuicio**. Así, “el daño es la lesión a la integridad de una persona o a una cosa, mientras que el perjuicio se encuentra dentro de las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales de dicha lesión”³⁰. Esta posición coincide en su contenido con aquella, proveniente de la experiencia jurídica italiana, de **daño-evento** (lesión del interés tutelado) y **daño-consecuencia** (daño emergente, lucro cesante, daño a la

³⁰ Philippe BRUN, *op. cit.*, 114.

persona y daño moral)³¹. Estas dos acepciones de daño pueden, como no, coincidir. Sin embargo, confundir estos conceptos diversos de daño equivale a mezclar problemas jurídicos diversos: el problema de la injusticia de la lesión, aquel de la individualización del responsable o el de la selección de los perjuicios resarcibles³².

Si bien es cierto que el concepto de daño “es un concepto destinado a variar en el tiempo”³³, la clasificación del daño que ha asumido la doctrina nacional a partir del Código Civil es la siguiente:

1. Daño patrimonial: Consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada. Este, a su vez, se clasifica en:

1.1. Daño emergente: Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, “la disminución de la esfera patrimonial”³⁴ del dañado.

1.2. Lucro cesante: Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito). Es “la ganancia patrimonial neta dejada de percibir”³⁵ por el dañado.

2. Daño extrapatrimonial o subjetivo: Tradicionalmente, esta voz de daño era entendida como aquella en la que se “lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor

³¹ Raffaella DE MATTEIS, “*Danno biologico*” e *patrimonialità della lesione: due sentenze a confronto*, Separata de *Giurisprudenza italiana*, Disp. 10ª, Parte I, Sez. 1ª, UTET, Torino, 1985. Así, la autora sostiene que “el daño-evento alude a la lesión del interés, mientras la otra acepción identificada con las consecuencias dañosas, es decir, con el daño emergente y el lucro cesante, es aquella respecto a la cual está encaminado el discurso clasificatorio de los efectos patrimoniales” (*cit.*, 38).

³² Giovanna VISINTINI, *Il danno ingiusto*, en *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, CEDAM, Padova, 1991, 707.

³³ Francesco BUSNELLI, *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, Giappichelli, Torino, 2001, 21.

³⁴ Massimo BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La Responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, 116.

³⁵ Massimo BIANCA, *op. cit.*, 120.

espiritual, psicológico, inmaterial³⁶ entendiéndose como sinónimo de daño moral. Dentro de la actual sistemática del Código Civil peruano, la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo (concebido como daño no patrimonial a los sujetos de derecho) comprende el **daño a la persona**, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y al **daño moral**, definido como “el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc.”, padecidos por la víctima, que tienen el carácter de “efímeros y no duraderos”³⁷. Dentro de la categoría de daño moral, se distingue el **daño moral subjetivo**, que lo sufre de manera directa el propio sujeto, del **daño moral afectivo**, entendido como la lesión a la relación afectiva respecto de sujetos, animales o bienes³⁸. En el primer supuesto, piénsese en la pérdida del cónyuge, o del conviviente, de un hijo o un padre; en el segundo, la de una mascota particularmente vinculada con una persona anciana y sola. Mayor problema se encuentra en el daño moral por pérdida o deterioro de bienes, por cuanto el resarcimiento, vía daño emergente o lucro cesante, podría compensar dicha pérdida o deterioro. Sin embargo, no se escapa la posibilidad de configurarse el daño moral, por ejemplo, si una persona deja la única fotografía de su madre ya fallecida en un estudio fotográfico para una ampliación y se pierde. Evidentemente el daño moral en este caso, sobrepasa el valor económico del bien perdido. La lógica y la justicia aconsejan que no se puede ser tan expansivo en admitir el resarcimiento en este tipo de daños, por cuanto llegaríamos a situaciones inverosímiles, como el caso aislado y sumamente criticado de un joven que compró con su primer sueldo una moto y al ver que la robaban, solicitó una indemnización por daño moral, no obstante la recuperó³⁹.

La doctrina nacional no se manifiesta uniforme respecto del significado de los términos “daño a la persona” y “daño moral”. Unos opinan que se tratan de categorías sinónimas, otros

³⁶ Carlos FERNANDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, Librería Studium Editores, Lima, 1986, 67.

³⁷ Así, la Corte Constitucional Italiana, con resolución del 14.07.86, no. 184, en *Giurisprudenza di Diritto Privato*, anotada por Guido ALPA, vol. I, Giappichelli, Torino, 1991, 5.

³⁸ Como hace ver, del análisis de la jurisprudencia italiana, Tommaso ARRIGO, *Il furto della moto nuova*, en *Dalla disgrazia al danno*, a cura de Alexandra BRAUN, Giuffrè, Milano, 2002, 576.

³⁹ Como hace ver Tommaso ARRIGO, *op. cit.*

las distinguen. Así, se expresa que el “daño moral es el daño no patrimonial, es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica”⁴⁰. Otro sector de la doctrina los distingue, afirmando que: “en esta materia observamos que la doctrina y la jurisprudencia general y tradicionalmente han considerado al daño moral como un dolor, un sentimiento de pena, un sufrimiento, un turbamiento”⁴¹. En conclusión, si bien daño a la persona y daño moral son idénticos en cuanto su contenido extra-patrimonial, ambos difieren, puesto que la relación entre el primero y el segundo es de género a especie.

A propósito de la denominación “daño a la persona”, se opina que “resulta más propio referirse al “daño subjetivo”, esto es, al daño ocasionado al sujeto de derecho, en sustitución a las expresiones “daño a la persona” o “daño personal”, que resultan estrechas para incluir todas las situaciones que pueden configurarse. Al daño subjetivo se le opondría el daño no subjetivo. De este modo se colocaría al sujeto de derecho como punto medular de referencia para formular la distinción entre uno y otro daño, alejándonos de la clasificación que distingue al daño en patrimonial y no patrimonial y que tiene como eje al patrimonio”⁴².

En verdad, la introducción de la voz “daño a la persona” ha sido motivo de una larga discusión y cuestionamiento por cierto sector de la doctrina. Así, en la propia exposición de motivos del código civil se afirma que “no se explica porqué en el artículo 1985 se habla usándose el giro de “el daño a la persona””⁴³. Se opina que es “innecesario”⁴⁴ y que su

⁴⁰ Felipe OSTERLING PARODI con la colaboración de Carlos CARDENAS QUIROS, *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones)*, en COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN EL CODIGO CIVIL, *Código Civil*, V, Exposición de Motivos y Comentarios, compilado por Delia REVOREDO DE DEBAKEY, s/e, Lima, 1985, 449. En este mismo sentido, quien suscribe “la tendencia a considerar el daño moral como categoría opuesta al daño material (y en modo alguno relacionado con la moralidad), esto es, entendiéndolo en su más amplia dimensión conceptual, lo cual incluye el tradicional *pretium doloris* y todas las posibilidades no patrimoniales que tiene el sujeto para realizar en plenitud su vida de relación y proyecto de vida” (Roxana JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, *Los daños inmateriales: una aproximación a su problemática*, en *Thémis, Segunda Época*, No. 50, Lima, agosto 2005, 277).

⁴¹ Carlos FERNANDEZ SESSAREGO, *op. cit.*, 213.

⁴² Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, *Apuntes sobre el denominado Daño a la Persona*, en *Código Civil del Perú de 1984*, en *Aequitas*, Revista de Derecho y Ciencia Política, Año 1, N° 1, Lima, 1989, 78.

⁴³ José LEON BARANDIARAN, *Exposición de Motivos y Comentarios. Responsabilidad Extracontractual*, en *Código Civil*, VI, *Exposición de Motivos y Comentarios*, COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CODIGO CIVIL, compilada por Delia REVOREDO DE DEBAKEY, Okura Editores, Lima, 1985, 807.

inserción ha sido “coyuntural”⁴⁵ a la ideología humanista del código civil. Quisiera poner de relieve, como “punto de contacto” entre esta posición y la que afirma la diferencia conceptual entre daño moral y daño a la persona, que todos los códigos civiles que siguen el modelo jurídico francés optan por la voz “daño moral” y la entienden como sinónimo de daño no patrimonial: entonces, (casi) todos estamos de acuerdo que hay un tipo de daño fuera de la esfera patrimonial que debe ser resarcido. La discusión se centra no en el objeto de protección, sino en el *nomen iuris* a adoptarse.

Es cierto que los miembros de la Comisión Revisora del código civil de 1984 (en verdad, más por distracción, que por convicción) se “compraron el pleito” de la experiencia jurisprudencial italiana (que se inició en la década de los setenta) de tener que crear una voz distinta al daño moral, para librarse de la *camisa de fuerza* interpretativa del art. 2059 del código civil italiano. Así, como autorizadamente se sostiene, el daño biológico se convirtió en una suerte de “cláusula refugio” del daño a la persona⁴⁶. En efecto, “si la responsabilidad civil se ha convertido en la institución de primera y quizá de insoportable afirmación de nuevos derechos en las relaciones entre sujetos privados, el daño a la salud representa la punta extremadamente avanzada de la tutela de la persona. La lesión o la ofensa de esta última, como sea que se verifique y en cualquier forma, genera inmediatamente la perspectiva del remedio resarcitorio, en función del cual se trata sólo de individualizar el derecho constitucionalmente garantizado o de crearlo *ad hoc* para después encontrar la norma de protección en la Carta fundamental. Así la expresión “daño biológico” o “daño a la salud” parece desenvolver el rol de cláusula general jurisprudencial, el recurso que se convierte en el pasaje necesario hacia la relevancia jurídica resarcitoria”⁴⁷.

⁴⁴ Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., 107, quien sostiene que “el daño a la persona no es sino una sub-especie del daño moral” (cit.). En este sentido, Leysser LEÓN HILARIO, *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2004, 290.

⁴⁵ Javier PAZOS HAYASHIDA, *Indemnización del daño moral*, Comentario al art. 1322 c.c., en *Código Civil Comentado*, Tomo VI, Derecho de Obligaciones, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, 926.

⁴⁶ Carlo CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, 1998, 151.

⁴⁷ Carlo CASTRONOVO, *op. cit.*, 151-152.

En la actualidad, la Corte Constitucional italiana, ya superó este *impasse*; pero mantiene la distinción del daño a la persona (llamado también daño biológico o daño a la salud) y el daño moral. La nota particular es que, en materia de inexecución de las obligaciones, se cuenta con el art. 1322 c.c., el cual reconoce que:

“El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

Como puede observarse, **en este numeral sólo se reconoce expresamente el daño moral y no el daño a la persona**. Esta aparente contradicción se resuelve con una interpretación *a simili* y sistemática de los arts. 1322 y 1985 c.c. Adicionalmente a ello, sostener que sólo cabe el daño a la persona en la responsabilidad extracontractual y no en la contractual, afecta manifiestamente el principio de la igualdad entre los dañados, principio que está consagrado (si bien como derecho) en el art. 2.2 de la Constitución Política del Perú de 1993.

¿Podemos prescindir de la voz de “daño a la persona” y subsumirla en la de “daño moral”? La respuesta, necesariamente, es la afirmativa; pero creo que también podemos mantener la diferencia conceptual, al menos, por dos motivos:

a. La voz “daño a la persona” no sólo está regulada en el art. 1985 c.c.: también la encontramos (en su momento) en el art. 32 de la Ley de Protección al Consumidor, en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos (al lado del daño moral) (D. Leg. No. 716, del 07.11.91, ordenado por el T.U.O., aprobado por D.S. No. 039-2000-ITINCI, del 11.12.00) y ahora en el art. 103 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley No. 29571, del 01.09.10 (relativo a los daños indemnizables) ; en el art. 345-A c.c., (incorporado por la Ley No. 27495, del 07.07.01) que se refiere, en su segundo párrafo, al “daño personal”; así como en el D. Leg. No. 1029, del 23.06.08, que modificó el art. 238 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en el cual también reconoce (al lado del daño moral) la voz daño a la

persona a efectos de indemnizar por los daños provenientes de la administración pública o de los servicios que presta ésta.

b. No me parece exacto decir que la jurisprudencia desconoce la voz “daño a la persona”. En una investigación he constatado que, lamentablemente, los abogados piden y los jueces fallan indemnizaciones por todo concepto, por lo cual, también se podría decir lo mismo respecto de la voz “daño moral”. Lo que he podido comprobar es que en la poca jurisprudencia que individualiza los daños no patrimoniales, existen las mismas posiciones que hay en la doctrina nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la República, emitió, con fecha 18.03.11 (CAS. No. 4664-2010 Puno), el Tercer Pleno Casatorio Civil, dictando (en atención al art. 400 c.p.c.) en calidad de doctrina jurisprudencial, que “El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona”. Se precisa lo siguiente:

“Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral. Éste viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona. En el caso que nos ocupa, estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor”.

Ahora bien: El hecho que el daño moral esté comprendido dentro del daño a la persona, no implica que no deban ser individualizados. Quien los invoca, tiene la carga de acreditar en qué consistieron los hechos que generaron el daño a la persona (como por ejemplo, la lesión a la reputación) y los que generaron el daño moral (dolor, sufrimiento, pena, aflicción), así como las consecuencias dañosas que se derivaron. Por ello, al final de este considerando, se cita a una doctrina que afirma que el daño psíquico es “susceptible de diagnóstico por la ciencia médica”.

En materia de daño a la persona en las personas jurídicas, a raíz de un caso en el cual **una asociación (Club Departamental Ayacucho) demanda por “daño moral” a un asociado que se hizo pasar por presidente de la misma “sembrando el caos institucional”**, el Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con resolución No. 17, del 27.09.95, declaró infundada la demanda. Sin embargo, la Cuarta Sala Civil, con resolución del 06.02.96, revocando la sentencia apelada, declaró fundada la demanda, en atención a que:

“el denominado “daño moral” doctrinariamente constituye el agravio no patrimonial, de sufrimiento o molestia, a la persona humana, y lleva al autor a la obligación de repararlo, sea su fuente u origen contractual o extra-contractual; (...) Que la doctrina asimismo admite, y la realidad lo confirma, la posibilidad de un daño no patrimonial a la persona jurídica, causado por inconductas que entrañan agresiones a determinados derechos, tales como el honor, la buena reputación, la libertad, el crédito social y comercial, entre otros, que pueden engendrar o no perjuicios económicos, englobando el daño no patrimonial tanto a la persona humana cuanto a la persona jurídica dentro de un universo genérico que ha venido en denominar “daño subjetivo”; (...) Que el artículo mil novecientos ochenticinco del Código Civil, aunque con una terminología poco feliz, permite columbrar la voluntad legislativa de amparar a la persona colectiva o jurídica frente a las agresiones que lesionan cualquiera de los derechos que la ley le reconoce” (el subrayado es mío).

Resulta importante rescatar el criterio del órgano colegiado que, si bien reconoce el resarcimiento por el daño subjetivo a la persona jurídica (ya que considera una “terminología poco feliz” la del daño a la persona), no lo admite por daño moral, en atención a la especial naturaleza de la persona jurídica. Respecto del caso concreto, la Sala precisó que:

“aparece concluyente de la documental que cita el *a-quo* en la resolución recurrida, que el demandado Farfán Espinoza, asociado del accionante Club Departamental Ayacucho, lejos de impugnar judicialmente los actos que al interior de dicha institución consideró anormales, para

lo que el numeral noventidós del cuerpo legal antes citado prevé la forma y la oportunidad pertinentes, procedió a una suerte de golpe de estado, desconociendo la representatividad de los miembros que integran la Junta Directiva de dicho Club, y, asumiendo via procedimiento irregular la denominación de Presidente, sembró el caos institucional con hechos que trascendieron públicamente con visos de escándalo.”

En verdad, un aspecto que pasa desapercibido, tanto para la primera como para la segunda instancia es que se solicitó indemnización no sólo por el “daño moral” a la asociación, sino también a sus “genuinos personeros”. Sin embargo, ¿qué derecho no patrimonial se le ha lesionado a la asociación al presentarse una persona como su presidente, no siéndolo? Creo que el derecho lesionado es, en este supuesto, el de la identidad personal. En efecto, se trata de una afirmación inexacta respecto de quiénes son verdaderamente los representantes de la asociación. La proyección social la tienen tanto las personas naturales como las jurídicas. En mi opinión, la resolución de la Sala no se debió limitar a precisar que no se trataba de un daño moral y que, en realidad se configuró un daño subjetivo: este daño subjetivo surgió por la lesión al derecho de la identidad de la persona jurídica. Por lo demás, creo que la voz de “daño a la persona” es la que se hubiera aplicado en este caso, por ser más precisa.

El modelo jurídico diseñado por el código civil en el cual se diferencia el “daño a la persona” del “daño moral” circula desde hace treinta años en nuestros operadores jurídicos y guste o no, ha calado también en ellos. En mi opinión, la realidad demuestra que, no obstante las coordenadas establecidas en el código civil, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten ambas posiciones: ello revela que no es un problema el nombre que se le dé al daño no patrimonial, sino que los operadores jurídicos internalicen el derecho a brindarle una tutela efectiva. Prueba de ello, es que en un sonado caso de mala *praxis* médica que se produjo en el año 2010, en el cual se le amputó la pierna equivocada a un paciente de 86 años, en un proceso arbitral, con fecha 19.06.12, se fijó la cantidad de S/. 1'100,000.00 por concepto de daños extrapatrimoniales (S/. 100,000.00 por daño moral subjetivo y S/. 1'000,000.00 por daño a la persona).

6. *La causalidad*

Si se hace una interpretación literal de los textos, se puede afirmar que en materia de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana se acoge la teoría de la causa adecuada (art. 1985 c.c.) y en inejecución de las obligaciones se asume la teoría de la causa próxima (art. 1321 c.c., segundo párrafo), el cual establece que:

“el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución” (el subrayado es mío).

Sin embargo, la doctrina nacional llega a una interpretación sistemática de ambos textos y es posible aplicar la causalidad adecuada, incluso en supuestos de responsabilidad contractual. Así, se tiene en cuenta que, a propósito del art. 1223 del c.c.italiano (que, al igual que el art. 1321 del nuestro, se ha inspirado en el art. 1151 del *Code* y, de alguna manera, en el art. 100 del proyecto franco-italiano del código de obligaciones y contratos de 1927), se sostiene que esta fórmula se refiere a la “determinación del daño” y no a la inmediatez de la causa⁴⁸. En efecto, “una cosa es emplear la causalidad con el fin de imputar un hecho a un sujeto, en el concurso de otros factores, como la culpa, el dolo, la preposición (de un tercero), el ejercicio de una actividad riesgosa, la custodia, el ser propietario (aquí se debe responder a la pregunta: *¿quién ha sido?*) y otra cosa es emplear la causalidad para estimar el daño patrimonial, es decir, para determinar la relevancia jurídica de las consecuencias económicamente desfavorables dependientes del hecho ilícito (aquí se debe responder a la pregunta: *¿cuánto debe pagar el responsable?*)”⁴⁹.

En atención a ello, a propósito de la redacción del art. 1223 del c.c. italiano, autorizada doctrina sostiene que “es claro que se trata de fórmulas metafóricas, las cuales no pueden ser

⁴⁸ Renato SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*

⁴⁹ Massimo FRANZONI, *Fatti Illeciti*, Zanichelli- Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1993, 86.

tomadas al pie de la letra”⁵⁰. Un sector de la doctrina italiana sostiene que a lo que se quiere hacer referencia en el art. 1223 c.c.ita. es “a las hipótesis en las cuales el hecho hipotético dado por la ley, como fuente de responsabilidad, aunque no produzca en línea directa el daño, cree una situación tal, que a falta del mismo, no se habría producido”. En consecuencia, “en estos casos, parece justo, teniendo en cuenta la finalidad de la ley, vincular a dicho acto, más allá de toda consideración sobre su proximidad, el evento dañino”⁵¹. Ello se ve respaldado por una doctrina que afirma que “la función del art. 1223 del Cód. Civil es solamente descriptiva y está contenida en la norma simplemente para indicar la directiva del legislador, según la cual la reintegración del patrimonio del acreedor debe ser integral y atenerse a todos los perjuicios económicos sufridos por el damnificado”⁵². En jurisprudencia, a propósito de la aplicación del art. 1223 c.c.ita., no obstante su redacción, se prefiere hablar de “regularidad causal” (o causalidad adecuada), en el sentido que son considerados resarcibles los daños que entran dentro de las consecuencias normales y ordinarias del hecho dañoso⁵³.

De ello se desprende que el objeto del nexo causal tiene doble relevancia⁵⁴:

a) Para el aspecto del evento lesivo (**causalidad de hecho o fáctica**), se procede a la reconstrucción del hecho a los efectos de imputación de la responsabilidad.

⁵⁰ Pietro TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967, 20. En este sentido, Adriano DE CUPIS, *op. cit.*, 260.

⁵¹ Renato SCOGNAMIGLIO, Renato SCOGNAMIGLIO, voz *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, *Novissimo Digesto Italiano*, XV, UTET, Torino, 1968, 651.

⁵² Giovanna VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 1996, ahora en español, en *Tratado de la responsabilidad civil*, traducido por Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, con la colaboración de María Luisa ATIENZA NAVARRO, Paz BOSSIO, Juan ESPINOZA ESPINOZA, Fabricio LONGHIN y Olenka WOOLCOTT OYAGÜE, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1999, 208. En este mismo sentido, se afirma que “la interpretación histórica y la ubicación sistemática del art. 1223 c.c. demuestran, en definitiva, que el criterio de las consecuencias inmediatas y directas, está dirigido a disciplinar el problema del *quantum respondeatur*, para establecer un límite a la resarcibilidad de los perjuicios, comprendidos en una única serie causal dañina vinculada al acto ilícito o al incumplimiento, por consiguiente, es extraño a la disciplina del concurso de causas y a la imputación del evento dañino a su autor” (Alessandra PINORI, *Il criterio legislativo delle conseguenze immediate e dirette*, en *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura de Giovanna VISINTINI, Giuffrè, Milano, 1999, 78).

⁵³ Casación No. 4186, del 23.04.98, en *Responsabilità civile e previdenza*, con *Nota* de Enza PELLECCIA, Giuffrè, Milano, 1998, 1409.

⁵⁴ Cesare SALVI, *La Responsabilità Civile*, Giuffrè, Milano, 1998, 171.

b) Para el aspecto del daño resarcible (**causalidad jurídica**), se determinan las consecuencias dañosas que el responsable deberá resarcir⁵⁵.

Como correlato de ello, la finalidad de la causa es doble: “imputar al responsable el hecho ilícito y establecer la entidad de las consecuencias perjudiciales del hecho que se traducen en el daño resarcible”⁵⁶. Sin embargo, se afirma que este binomio sólo se trata de un uso lingüístico aceptable, porque tanto la causalidad natural como la jurídica, son “criterios de calificación normativa”⁵⁷.

¿Se puede proponer una interpretación sistemática de los arts. 1321 y 1985 c.c.? En efecto: el art. 1321 c.c. se refiere al *quantum* indemnizatorio (causalidad jurídica), mientras que el art. 1985 c.c. a la causalidad como elemento constitutivo del supuesto de responsabilidad civil (causalidad de hecho). Como lógica consecuencia, no habría inconveniente para emplear la teoría de la causalidad adecuada (como elemento constitutivo de la responsabilidad civil), incluso, en la responsabilidad por inejecución de las obligaciones. En mi opinión, no es correcta la fórmula que obliga al operador jurídico a emplear una teoría determinada de causalidad, sino el modelo legislativo adoptado por el código civil debería limitarse a prescribir que el demandante tiene la carga de acreditar el nexo causal (en ambos tipos de responsabilidad) y como consecuencia de ello, éste utilizará la teoría más idónea al caso en particular. Curiosamente, las diferencias entre las mismas, no resultan ser tan antagónicas. Así, si bien se afirma que la interrupción del nexo causal reduce las distancias entre la teoría de la equivalencia y la de la causalidad adecuada⁵⁸, lo mismo sucedería con la teoría de la causalidad adecuada y la de la causa próxima. Incluso, no se debe olvidar el **principio básico de reintegración del patrimonio en beneficio del dañado** y, de ello se deriva, que el enunciado

⁵⁵ Esta posición también es seguida por Nelwin CASTRO TRIGOSO, *La poca fortuna de la responsabilidad solidaria y la causalidad. A propósito de una sentencia*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 10/No. 79, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2005, 131.

⁵⁶ Massimo FRANZONI, *op. cit.*, 89.

⁵⁷ Cesare SALVI, *op. cit.*, 172.

⁵⁸ Cesare SALVI, *op. cit.*, 174.

del art. 1321 c.c. no debe ser entendido como taxativo (en cuanto al límite del resarcimiento), sino de tipo descriptivo. De otra manera, se mantendría una injustificada disparidad de tratamiento frente a lo prescrito en el art. 1985 c.c. En esta posición, se encuentra quien sostiene que “si bien el Art. 1321 segundo párrafo, parece adherirse a la teoría de la causa próxima por la referencia a “consecuencia inmediata”, ésta debe entenderse como la que ocurre de acuerdo al orden normal de los acontecimientos, lo que nos aleja de la literalidad del término “inmediato” y así de la concepción de “causa próxima”, facilitando este razonamiento una interpretación sistemática y teleológica de las normas del Código Civil, asumiéndose en general la “tesis de la causalidad adecuada””⁵⁹.

El siguiente caso resulta ilustrativo para demostrar que los operadores jurídicos emplean la teoría de la causalidad adecuada en la responsabilidad contractual: el día 15.09.01 a las 13:00 horas aproximadamente, **un consumidor se acercó al local de un banco, ubicado en el Centro Comercial Jockey Plaza**, con la finalidad de abrir una cuenta de ahorros de fondos mutuos. Una vez que había recibido la información sobre la cuenta que pretendía abrir y luego de llenar los formularios correspondientes, se acercó a una de las ventanillas a efectuar un depósito de US\$ 1 000; poniendo el dinero a disposición de la cajera, la misma que al no saber si dicha operación se podía realizar, se retiró a efectuar las consultas del caso, y una vez que regresó le solicitó nuevamente la entrega del dinero, alegando que no se lo había entregado antes. El banco, en su descargo, ofreció como prueba un video en el que se puede apreciar, que personas inescrupulosas que no tienen vínculo alguno con su institución se apropiaron del dinero del denunciante. La Comisión de Protección del Consumidor, ante la denuncia del consumidor, con Resolución Final No. 883-2002-CPC, del 13.11.02, precisó que:

“En este sentido, correspondería analizar si todas las conductas señaladas anteriormente pudieron causar el hurto del dinero del señor Gutiérrez o, si por el contrario, alguna de ellas debe ser considerada como una *condición* y no como una *causa*. Así, es menester señalar que las conductas tanto del denunciante como de la cajera del Banco deben ser consideradas como

⁵⁹ Olenka WOOLCOTT OYAGUE, *La Responsabilidad Civil de los Profesionales*, ARA, Lima, 2002, 553.

condiciones y no como causas del efecto, en la medida que facilitaron el acto delictivo pero no lo causaron; mientras que la conducta del Banco sí debe ser considerada como la causa adecuada y directa, dado que al infringir el deber legal de adoptar determinadas medidas de seguridad, permitió que terceras personas tuvieran acceso a la zona de las ventanillas del Banco y que hurtaran el dinero del denunciante.

Por lo tanto, habiendo quedado acreditado que el Banco incumplió la obligación legal que tenía de adoptar determinadas medidas de seguridad, y en tanto ha quedado acreditado que dicho hecho posibilitó que terceras personas se apropiaran del dinero del denunciante, la Comisión considera que el Banco no brindó un servicio idóneo al señor Gutiérrez, correspondiendo declarar fundado este extremo de la denuncia por infracción al artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor.” (el subrayado es mío)

Hay quien ha criticado la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada en materia de incumplimiento de las obligaciones, calificándola de “arbitraria”⁶⁰. Desde esa posición sólo cabría emplear un solo concepto de causalidad a la responsabilidad civil extracontractual y aquella derivada del incumplimiento de las obligaciones. Sin embargo, no explica cómo se podía utilizar la causalidad próxima en este caso concreto. Observo que además, se confunde la causalidad jurídica con la de hecho cuando se pretende justificar la diferencia entre ambos regímenes basándose en el criterio de la previsibilidad. Para concluir: en materia contractual no se debe limitar el análisis sólo a la causa próxima e, incluso, no se debe circunscribirse a

⁶⁰ Así, “pensamos que la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones busca la realizabilidad de la función económico-individual del contrato mediante la distribución de los riesgos previsibles por las propias partes en caso de incumplimiento de obligaciones. Lo imprevisible será materia de responsabilidad civil (extracontractual o aquiliana). En este sentido, la teoría de la relación de la causa próxima se adapta mejor a la programación de las partes mediante el contrato.

Por consiguiente, es arbitrario aplicar un solo concepto de relación de causalidad a la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones y a la responsabilidad civil (extracontractual o aquiliana)” (Rómulo MORALES HERVIAS, *La responsabilidad en la norma jurídica privatística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual)*, en *Responsabilidad Civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*, edición bajo la dirección de Juan ESPINOZA ESPINOZA, Palestra, Lima, 2005, 344)

emplear sólo la causa adecuada en ambos regímenes, sino aquella teoría causal que sea idónea al caso concreto.

7. *El principio de reparación integral del daño*

En materia de **reparación del daño** derivada de responsabilidad civil contractual, el *Code civil* en sus arts. 1150⁶¹ y 1151⁶², establece topes. Este modelo ha sido seguido por el Código Civil argentino vigente (arts. 519 a 522⁶³) y el Código civil peruano en su art. 1321, el cual establece que:

“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

⁶¹ **Artículo 1150:** El deudor sólo estará obligado al pago de daños e intereses previstos o que hubieran podido ser previstos en el momento del contrato, cuando en el incumplimiento de la obligación no existiera dolo por su parte.

⁶² **Artículo 1151:** En caso de que el incumplimiento de lo acordado resulte del dolo del deudor, los daños y perjuicios sólo deberán comprender con relación a la pérdida que hubiera sufrido el acreedor y la ganancia de la que hubiera sido privado, las que se hubieran producido como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del acuerdo.

⁶³ Así: **Art. 519.** Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inexecución de ésta a debido tiempo.

Art. 520. En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación.

Art. 521. Si la inexecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.

En este caso, no será aplicable el tope porcentual previsto en el último párrafo del artículo 505. (*Párrafo incorporado por art. 2° de la Ley N° 24.432 B.O. 10/1/1995.*)

(*Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.*)

Art. 522. En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.

(*Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.*)

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que fue contraída.”

De una argumentación *a contrario*, por cierto, bastante literal, podría inferirse que:

a. En el caso de responsabilidad por culpa leve, sólo se responde por el daño previsible.

b. En el caso de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable, sólo se responde por los daños que sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución de la obligación.

Urge una interpretación inspirada en el principio de reparación integral del daño.

Para ser conscientes de lo antiguo que es este modelo, debemos remontarnos a Molinaeus, también conocido como Molineo, que en 1574, “introduce la idea de previsibilidad como criterio de exégesis dogmática de la constitución de Justiniano *De Sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*, del 531 d.C. Con la finalidad de dictar un régimen de daño resarcible, la constitución distinguía entre *casus certi* e *incerti*: para los primeros se establecía un resarcimiento *in duplum*, par al doble del valor de la cosa y se postergaba los segundos a la liquidación del juez y –se precisaba- que éste debería operar “*cum competenti moderatione*”⁶⁴. Esto quiere decir que “en los casos inciertos la obligación resarcitoria no debe exceder la medida del daño que el deudor podía prever, vale decir, aceptar tácita o expresamente”⁶⁵. Molineo hace esta observación no sólo respecto de los contratos, sino respecto de los delitos, dentro de los cuales distingue los dolosos y los culposos, para los primeros no habría tal límite y el autor deberá resarcir “*omnia damna*”⁶⁶. Por ello, el pensamiento de este jurisconsulto deja relucir una “óptica sistemática de la responsabilidad, dentro de la cual se incorporaba, como instrumento

⁶⁴ Alessandro GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Giappichelli, Torino, 2008, 4, quien cita a Carolus MOLINEAUS, *Tractatus de eo quod interest*, Venezia, 1574.

⁶⁵ Alessandro GNANI, *op. cit.*, 4-5.

⁶⁶ Alessandro GNANI, *op. cit.*, 5.

operativo, la regla de previsibilidad. Responsabilidad contractual y aquiliana debían delinirse al principio de mensura de la obligación resarcitoria al elemento subjetivo y en vista de la actuación de este principio es que la previsibilidad juega un rol unificador de la obligación resarcitoria, derive de incumplimiento o de ilícito aquiliano culposo”⁶⁷.

El pensamiento de Molineo es asimilado por Pothier en su Tratado⁶⁸. En efecto, “el significado y la *ratio* de la regla de la previsibilidad permanecieron intactos; pero el discurso cambia si se observa desde el plano sistemático”⁶⁹, por cuanto el criterio de la previsibilidad es confinado sólo a nivel contractual⁷⁰. Este último modelo es asimilado en el art. 1150 del *Code Napoléon*⁷¹ y seguido, entre otros, por el art. 1225 del *Codice* y el art. 1321 c.c. Téngase en cuenta que Pothier, murió en 1772, es decir, con más de treinta años de anticipación a la promulgación del *Code* y la *nouvelle* edición de su Tratado es de 1805. Hecha esta cronología, es importante señalar que sus ideas han quedado plasmadas en este cuerpo de leyes. Punto de referencia forzoso es la obra de Fenet, quien publicó los trabajos preparatorios del *Code* en 1827. En efecto, en la sesión del 03.11.1803, Bigot-Préameneu, presentó el título II del libro III del *Projet*, y los arts. 47 y 48 del mismo, fueron aprobados sin discusión alguna y son los correspondientes a los actuales 1150 y 1151 del *Code*⁷². Volviendo al *Traité*, Pothier, advertía que “no se debe, sin embargo, someter al deudor a indemnizar al acreedor de todas las pérdidas que indistintamente ha ocasionado la inejecución de la obligación, y mucho menos aún de todas las ganancias que el acreedor habría podido hacer, si el deudor hubiese satisfecho su obligación. Para esto se debe atender a los diferentes casos y las diferentes especies de daños y perjuicios; y a tenor de estos casos y diferencias será preciso aportar cierta moderación a la tasación y estimación que deba hacerse.

⁶⁷ Alessandro GNANI, *op. cit.*, 6.

⁶⁸ Robert Joseph POTHIER, *Traité des Obligations*, Bruxelles, 1831, n. 160, citado por Alessandro GNANI, *op. cit.*, 8.

⁶⁹ Alessandro GNANI, *op. cit.*, 8.

⁷⁰ Alessandro GNANI, *op. cit.*, 11.

⁷¹ Alessandro GNANI, *op. cit.*, 12.

⁷² P. A. FENET, *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, Tomo 13, Paris, 1827, 56.

Cuando no se le puede reprochar al deudor el dolo, sino a una simple culpa por no ejecutar la obligación, sea porque se ha comprometido temerariamente a una cosa que no podía cumplir, sea porque se ha puesto por su culpa a un estado en que le es imposible cumplir a su promesa; en tales casos el deudor está obligado solamente a los daños y perjuicios que se pudo prever al tiempo de celebrarse el contrato, que el acreedor podría sufrir por la inexecución de la obligación; en cuanto el deudor está obligado a someterse solo a esto (Cod.civ.art. 1150)⁷³.

Ahora bien, otro sector de la doctrina francesa, como Planiol y los Mazeaud, sobre la base de la unificación de la responsabilidad civil, bajo el “principio de la reparación integral del daño”, se tiende a hacer una interpretación abrogante del criterio de previsibilidad⁷⁴. El principio de la reparación integral del daño se basa en la visión, ya advertida por los Mazeaud, de trasladar la atención del dañante al dañado⁷⁵. Así, “cuando se trata de fijar la importancia de la reparación, no es el responsable al que se debe considerar, sino a la víctima; no es la culpa, sino el perjuicio”⁷⁶.

Apartándose de lo establecido en los modelos argentino, francés y peruano, el **Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la República Argentina del año 2012** asimila el modelo de la **reparación plena** tanto a nivel contractual como extracontractual. Así, el art. 1736 prescribe:

“Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que fuere parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el

⁷³ Robert-Joseph POTHIER, *Traité des Obligations*, Nueva Edición, por BERNARDI, Tomo I, Letellier, Paris, 1805, 106-107.

⁷⁴ Alessandro GNANI, *op. cit.*, 16-17.

⁷⁵ Henri y Leon MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, III, Paris, 1934, 406, citados por Alessandro GNANI, *op. cit.*, 13.

⁷⁶ Henri y Leon MAZEAUD, *op. cit.*

juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable”.

El art. 1740 del Código Civil y Comercial de la República Argentina de 2014, que entrará en vigencia en 2016, ha asimilado *ad pedem literae* este artículo. No puedo más que estar de acuerdo: tanto en responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones como en aquella extracontractual, el principio que debe primar es el de **reparación integral** de la víctima. El establecer límites (daño previsible para la responsabilidad por culpa leve; daño que sea consecuencia inmediata y directa, para la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable) es aún un rezago de la percepción de la responsabilidad civil en función del dañante y no del dañado. No se olvide que una de las funciones de la responsabilidad civil es la satisfactiva y su finalidad es la de volver las cosas al estado anterior de la ocurrencia del daño (en la medida que ello sea posible): estas limitaciones colisionan con ello. Se debe tener en cuenta además que, pueden ocasionarse graves daños por culpa leve y también, menores daños, aunque se haya actuado con culpa inexcusable o con dolo. Como se mencionó, el daño debe ser una suerte de horizonte hermenéutico al momento de la reparación del mismo. Si el supuesto es el de responsabilidad subjetiva, la graduación de la culpa no debe operar como un beneficio a favor del dañante. Lo que se impone es un modelo jurídico en el cual el dañado asuma la carga de la prueba de los daños y del nexo causal y si se comprueba ello por el juez, el mismo deberá ordenar su reparación, sin más limitación que el principio de reparación integral a la víctima. Por el momento, es aconsejable que el juez se aparte de una interpretación literal los textos legislativos vigentes citados y tenga en cuenta este principio.

8. *Conclusiones*

a. El actual Código civil peruano de 1984 si bien es el resultado de los aportes de insignes juristas, encuentra ciertas dificultades a nivel de interpretación sistemática, por cuanto cada libro es tributario de modelos jurídicos que no siempre son coincidentes. Es el caso del Libro V, de Las Obligaciones, que tiene una marcada influencia de la versión original de *Code*

civile francés (para muestra, basta decir que el Código civil peruano mantiene el principio de mutabilidad parcial de la cláusula penal) y el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, que ha recogido en sustancia el *Codice civile* italiano de 1942.

b. El art. 1398 del código civil peruano, siguiendo al art. 1341 del código civil italiano de 1942, regula a las cláusulas vejatorias. Este dispositivo se aplica tanto para los contratos de adhesión como para las cláusulas generales de contratación no aprobados administrativamente.

c. También el art. 49.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley No. 29571, del 01.09.10 define a las **cláusulas abusivas**. Siguiendo el modelo de la Directiva Comunitaria No. 93/13/CEE, el Código de Protección y Defensa del Consumidor se alinea dentro de los países que asimilan una tutela (que a su vez, se inspira en el modelo jurídico alemán) basada en una lista negra y en una lista gris. La lista negra (art. 50) contiene un elenco de cláusulas que están afectas de ineficacia absoluta y la lista gris (art. 51) de ineficacia relativa. Esta última es un *numerus apertus* (son ejemplificativas, no taxativas). Evidentemente, sólo la autoridad judicial puede declararlas ineficaces, mientras que la autoridad administrativa (según el art. 52.1) puede inaplicarlas.

d. Debe recalarse que tanto el Código de Protección y Defensa del Consumidor y la Directiva Comunitaria No. 93/13/CEE toman de la disciplina francesa, una tutela que sólo se centra en la relación de consumo.

e. Debemos de partir de la premisa que el universo de la contratación por adhesión no coincide simétricamente con la contratación masiva con los consumidores. Pueden haber casos de contratos por adhesión (con cláusulas vejatorias) en la cuales el adherente no es un consumidor. Es el caso de la contratación que haría un banco para representar sus valores en anotaciones en cuenta con una empresa que ofrece este servicio.

f.El principio de la buena fe, si bien no ha sido acogido en el Título Preliminar del Código Civil peruano, como lo ha hecho el homólogo español (con la reforma de 1973), es invocado en no pocos artículos. Siguiendo las tres vías de concreción del principio de la buena fe, lo encontramos:

i. En el Libro de Acto Jurídico, en el art. 168 c.c, como un canon o criterio hermenéutico.

ii. En el Libro de Fuentes de Obligaciones, en el art. 1362 c.c., como un criterio de conducta conforme al cual deben ser cumplidas las obligaciones.

iii. Como un canon o criterio al que debe someterse el ejercicio de los derechos subjetivos. Un límite de estos derechos es la prohibición del abuso de derecho, invocado en el art. II del Título Preliminar, el cual debe ser interpretado sistemáticamente, con el art. 1971.1 c.c. (ubicado en la Sección de Responsabilidad Extracontractual), el cual establece que no hay responsabilidad en “en el ejercicio regular de un derecho”.

g. El principio de la buena fe también es reconocido en el art. V.5 del Título Preliminar de la Ley No. 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

h. Si bien el principio de buena fe es frecuentemente empleado por jueces y árbitros en la interpretación de los actos jurídicos, no es extraña la invocación de sus derivaciones, como es el caso de los actos propios o de la apariencia.

i. En materia de **responsabilidad civil**, Código Civil peruano adopta un sistema binario: tenemos regulada la responsabilidad contractual en el Libro VI, Las Obligaciones, Sección

Segunda, Efectos de las Obligaciones. Título IX, Inejecución de las Obligaciones, y la responsabilidad extra-contractual, en el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección Sexta.

j. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia peruanas están encaminadas hacia una interpretación sistemática de ambos regímenes.

k. La jurisprudencia nacional, en materia de responsabilidad civil por mala *praxis* médica está admitiendo el derecho de opción: en ello encontramos un aspecto positivo, por cuanto ello es una muestra que el operador jurídico está ampliando sus horizontes interpretativos. Sin embargo, no se está reconociendo el derecho de opción en un supuesto adecuado: la responsabilidad médica (salvo, en mi opinión, en el caso de la mala *praxis* derivada de la atención en emergencia) es un típico supuesto de responsabilidad contractual.

l. Lamentablemente, los jueces peruanos ven **zonas grises** (vale decir, cuando dentro de una relación jurídica obligatoria, se produce un daño que exhorbita los derechos y deberes inherentes a dicha relación y por ende, también se configura un supuesto de responsabilidad extra-contractual) en supuestos donde no se configuran.

m. Independientemente del problema de las “zonas grises”, los modelos jurídicos tienden hacia la unificación: piénsese en el caso de la **responsabilidad civil por productos defectuosos**. Si observamos con atención, el art. 101 de la Ley No. 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, del 01.09.10, supera la distinción entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual al establecer que la responsabilidad civil de los proveedores es solidaria (téngase en cuenta que el proveedor puede ser tanto el que vende el producto como el que lo fabrica).

n. Dentro de la actual sistemática del Código Civil peruano, la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo (concebido como daño no patrimonial a los sujetos de derecho)

comprende, en materia extracontractual, el **daño a la persona** (art. 1985 c.c.), entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y al **daño moral** (art. 1984 c.c.), definido como “el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc.”, padecidos por la víctima, que tienen el carácter de “efímeros y no duraderos”. Esta diferenciación ha sido tenida en cuenta en el **Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la República Argentina del año 2012**.

o. En materia de inexecución de las obligaciones, se cuenta con el art. 1322 c.c., el cual reconoce que: “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”. Como puede observarse, **en este numeral sólo se reconoce expresamente el daño moral y no el daño a la persona**. Esta aparente contradicción se resuelve con una interpretación *a simili* y sistemática de los arts. 1322 y 1985 c.c. Adicionalmente a ello, sostener que sólo cabe el daño a la persona en la responsabilidad extracontractual y no en la contractual, afecta manifiestamente el principio de la igualdad entre los dañados, principio que está consagrado (si bien como derecho) en el art. 2.2 de la Constitución Política del Perú de 1993.

p. En materia de **causalidad**, si se hace una interpretación literal de los textos, se puede afirmar que en materia de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana se acoge la teoría de la causa adecuada (art. 1985 c.c.) y en inexecución de las obligaciones se asume la teoría de la causa próxima (art. 1321 c.c., segundo párrafo, inspirado en el art. 1223 del c.c.italiano, el cual recoge lo contenido en el art. 1151 del *Code* y, de alguna manera, en el art. 100 del proyecto franco-italiano del código de obligaciones y contratos de 1927).

q. Sin embargo, la doctrina nacional y la jurisprudencia administrativa de tutela del consumidor, llegan a una interpretación sistemática de ambos textos y es posible aplicar la causalidad adecuada, incluso en supuestos de responsabilidad contractual.

r. En materia de **reparación del daño** derivada de responsabilidad civil contractual, el *Code civil* en sus arts. 1150 y 1151, establece topes. Este modelo ha sido seguido por el Código Civil argentino vigente (arts. 519 a 522) y el Código civil peruano en su art. 1321. Urge una interpretación inspirada en el principio de reparación integral del daño.

s. Apartándose de lo establecido en los modelos argentino, francés y peruano, el **Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la República Argentina del año 2012** y el **Código Civil Comercial de la República Argentina de 2014** asimilan el modelo de la **reparación plena** tanto a nivel contractual como extracontractual.

t. No puedo más que estar de acuerdo: tanto en responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones como en aquella extracontractual, el principio que debe primar es el de **reparación integral** de la víctima. El establecer límites (daño previsible para la responsabilidad por culpa leve; daño que sea consecuencia inmediata y directa, para la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable) es aún un rezago de la percepción de la responsabilidad civil en función del dañante y no del dañado.

Perù, aprile 2015.

ANTONIO FLAMINI

La responsabilità medica tra «formanti» e «nuova legge»

Sommario: 1. Rilievi introduttivi. - 2. L'evoluzione giurisprudenziale della responsabilità medica. - 3. L'affermarsi del «formante»: la responsabilità da contatto sociale. - 4. La diligenza professionale del medico. - 5. La «nuova legge», c.d. legge Balduzzi. - 6. Conclusioni.

1. *Rilievi introduttivi*

Negli ultimi anni si è verificato un forte incremento delle controversie relative alla responsabilità professionale, sia penale che civile, in campo sanitario. Il notevole aumento delle richieste di risarcimento nei confronti delle strutture sanitarie e dei medici che in esse operano per danni alla salute lamentati dai pazienti è stato determinato sia dalla presa di coscienza dei propri diritti da parte degli utenti del servizio sanitario nazionale, anche grazie all'attività di sensibilizzazione effettuata dalle associazioni in difesa dei diritti del malato, sia perché l'evoluzione dei mezzi di cura e di diagnosi espone il medico ad un maggior rischio derivante dal controllo e dal governo di strumentazioni assai sofisticate¹.

La responsabilità civile medica è stata oggetto, oltre che di approfonditi studi da parte della dottrina², di innumerevoli decisioni giurisprudenziali, fino a giungere, dopo una evoluzione non priva di oscillazioni, all'approdo sicuro della sua natura contrattuale per tutti i soggetti coinvolti (strutture sanitarie, medici dipendenti o convenzionati, medici liberi pro-

¹ Cfr. CASSANO G. e CIRILLO B., *Casi di responsabilità medica*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 3 s.

² Oltre ai numerosi convegni ed ai relativi atti sul tema, si ricordano, a titolo esemplificativo, alcuni studi monografici: PRINCIGALLI A., *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983; ZAMBRANO V., *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1993; ZANA M., *La responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993; ZENO-ZENCOVICH V., *La sorte del medico*, Padova, 1994; DE MATTEIS R., *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; STANZIONE P. e ZAMBRANO V., *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998.

fessionisti); questo «formante giurisprudenziale»³, tuttavia, sembra essere messo in discussione da una nuova legge, c.d. legge Balduzzi dal nome del Ministro proponente, che, secondo alcuni, ripropone l'alternativa tra la natura contrattuale ed extracontrattuale della responsabilità medica. La questione non è di poco conto perché, nel caso in cui fallisca il procedimento di mediazione⁴, chi intende ottenere un risarcimento conseguente a responsabilità medica e sanitaria dovrà esperire la relativa azione avanti al giudice, il quale dovrà affrontare il problema della natura di tale responsabilità, se cioè si tratta di responsabilità contrattuale o di responsabilità extracontrattuale. Non è, ovviamente, una questione soltanto di carattere teorico, perché, anche se le differenze tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale si sono sempre più attenuate, le rispettive discipline presentano sostanziali diversità sia riguardo al termine di prescrizione, dieci anni per l'una e cinque anni per l'altra, sia relativamente all'onere della prova, dato che nella responsabilità contrattuale è il debitore che deve provare che il danno è derivato da causa a lui non imputabile,

³ Osserva FAVALE R., *Profili attuali della responsabilità civile medica*, in *Annali della Facoltà Giuridica*, n. 2/2013, p. 49, che l'area della responsabilità medica costituisce un sistema, o per alcuni un sottosistema, caratterizzato dalla primazia del formante giurisprudenziale rispetto agli altri che regolano le relazioni della vita.

⁴ Probabilmente proprio a causa dell'aumento del contenzioso giudiziale, tra le controversie per le quali il d.lgs. 4.3.2010, n. 28, ha previsto la mediazione obbligatoria vi sono anche quelle in materia di responsabilità medica e sanitaria. Tuttavia la Corte costituzionale, con sentenza del 6.12.2012, n. 272, ha dichiarato l'illegittimità della norma dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 per eccesso di delega in quanto la legge che aveva delegato il Governo ad adottare il decreto legislativo non aveva previsto che la mediazione fosse obbligatoria per le materie in esso indicate. Nei pochi mesi correnti tra l'emanazione della norma e la sentenza della Corte costituzionale nei quali sono stati effettuati procedimenti di mediazione in materia di responsabilità medica e sanitaria si sono riscontrate notevoli difficoltà che hanno precluso nella gran parte dei casi il raggiungimento di un accordo tra le parti. Anche se spesso il fallimento del procedimento di mediazione è stato determinato dalla concomitanza del giudizio penale, è proprio la natura della questione controversa che difficilmente si presta alla conciliazione. Inoltre è ragionevole che nel corso del procedimento venga effettuata una perizia medico-legale necessaria per l'accertamento della responsabilità, il cui costo dovrà essere sopportato dalle parti. Qualora poi la conciliazione fallisca tale perizia risulterà effettuata inutilmente perché nel successivo procedimento avanti al magistrato non potrà essere utilizzata essendosi formata fuori del processo. Vi è pertanto il rischio che, contrariamente all'intento del legislatore, il procedimento di mediazione non solo non eviti il ricorso all'autorità giudiziaria, ma allunghi il tempo di soluzione della controversia e appesantisca i costi a carico delle parti. Sul punto, cfr. CASSANO G. e CIRILLO B., *Casi di responsabilità medica*, cit., p. 29 ss., dove si prospetta di fare ricorso allo strumento dell'accertamento tecnico preventivo, collocandosi anch'esso nel novero di quei mezzi apprestati per risolvere in via alternativa le controversie (*alternative dispute resolution*), con il vantaggio di arrivare però ad una relazione peritale che potrebbe essere utilizzata in un eventuale e successivo giudizio. Tuttavia, nonostante l'esistenza di tali problematiche, la mediazione obbligatoria per le controversie in materia di responsabilità medica e sanitaria è stata reinserita nell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 con una disposizione emanata dal Parlamento - art. 84, comma 1, lettera b), d.l. 21.6.2013, n. 69, convertito, con modificazioni, in l. 9.8.2013, n. 98 con la decorrenza indicata nell'art. 84, comma 2, del medesimo decreto - e si è superato così il problema dell'eccesso di delega che era stato posto dalla disposizione originariamente emanata dal Governo.

mentre nella responsabilità extracontrattuale è il danneggiato che deve dare la prova del danno ingiusto che si è verificato per dolo o colpa del danneggiante⁵.

2. L'evoluzione giurisprudenziale della responsabilità medica

Va innanzi tutto precisato che il rapporto diretto tra medico e paziente che si è a lui rivolto richiedendo una prestazione professionale è stato sempre inquadrato nell'ambito contrattuale, dato che si configura un vero e proprio contratto di prestazione professionale⁶. Pertanto l'inadempimento da parte del medico dà luogo ad una responsabilità contrattuale con i temperamenti dettati dall'art. 2236 c.c., secondo il quale se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non per dolo o colpa grave. In proposito si sottolinea che secondo la giurisprudenza l'imperizia o l'incompetenza per essere fonte di responsabilità deve essere grave⁷ e che nel settore sanitario si attribuiscono a colpevole imperizia la mancata percezione di un quadro clinico grave e facilmente riconoscibile, la somministrazione di farmaci sbagliati, i trattamenti sanitari eseguiti senza il rispetto di tecniche collaudate, l'omissione di accertamenti diagnostici suggeriti dalla scienza medica ufficiale, l'omissione di informazione sui rischi insiti nel trattamento sanitario⁸.

Relativamente alla responsabilità della struttura sanitaria, una giurisprudenza risalente ha affermato che l'ente pubblico ospedaliero è tenuto al risarcimento dei danni verso le persone ricoverate sia a titolo contrattuale, ove ricorrano gli estremi dell'inadempimento

⁵ Afferma VISINTINI G., *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Napoli, 2009, p. 17 ss., che i civilisti definiscono come *summa divisio* tra i diversi tipi di responsabilità giuridiche la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e, dopo averne sottolineato le differenze di disciplina, precisa che in certi settori, come quelli della responsabilità di professionisti o di fornitori di servizi, si sta evidenziando l'emergere di tipi di responsabilità sottoposti a un regime unitario indifferente dalla fonte da cui essi derivano, violazione di contratti o fatti illeciti, in applicazione di regole di matrice giurisprudenziale che esprimono una unitarietà di disciplina a prescindere dal titolo, contrattuale o extracontrattuale, della responsabilità.

⁶ Il rapporto tra paziente e medico specialista di fiducia, che esercita una professione sanitaria in forma privata ed è dipendente dell'azienda ospedaliera nella quale il paziente è stato ricoverato, viene qualificato privatistico: cfr. Cass., 21.7.2003, n. 11316, in *De jure*; App. Caltanissetta, 15.1.2003, in *De jure*; Cass., 16.5.2000, n. 6318, in *De jure*.

⁷ Si precisa che la limitazione di responsabilità alla colpa grave attiene esclusivamente all'imperizia, non all'imprudenza e alla negligenza, cioè alla violazione della diligenza professionale media esigibile ex art. 1176, comma 2, c.c., rispetto alla quale rileva anche la colpa lieve: in tal senso Cass., 10.3.2014, n. 5506, in *www.dirittoegiusitizia.it*, 11.3.2014; cfr., tra le altre, Trib. Foggia, 15.5.2014, in *De Jure*; Trib. Salerno, 17.2.2014, n. 533, in *De Jure*; Trib. Torre Annunziata, 20.1.2014, n. 245, in *De Jure*.

⁸ Cfr. VISINTINI G., *Cos'è la responsabilità civile*, cit., p. 63.

degli obblighi contrattualmente assunti, sia a titolo extracontrattuale, ove vi sia stata inosservanza del principio del *neminem laedere*⁹. Successivamente la giurisprudenza è cambiata e il rapporto tra paziente e struttura sanitaria, pubblica e privata, è stato costantemente ritenuto di natura contrattuale¹⁰, perché l'operato del sanitario è riferibile direttamente ad essa a norma dell'art. 1228 c.c., che disciplina la responsabilità per fatto degli ausiliari¹¹. Pertanto la struttura sanitaria risponde a titolo contrattuale per l'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta da sanitario quale suo ausiliario necessario, sia quando è un suo dipendente sia quando manchi un rapporto di lavoro subordinato, poiché sussiste un collegamento tra la prestazione del medico e la sua organizzazione aziendale¹².

Diversa è stata invece ritenuta la situazione soggettiva del medico dipendente della struttura sanitaria. Per questa l'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale con il paziente e la struttura ospedaliera assume a proprio carico, nei confronti del malato, l'obbligazione di compiere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica

⁹ Cass., 15.5.1973, n. 1368, riportata in nota da LEPRE A., *La responsabilità civile delle strutture sanitarie*, Milano, 2011, p. 113, nota 30, al quale si rinvia anche per un'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza in materia.

¹⁰ La giurisprudenza qualifica il rapporto tra struttura sanitaria e paziente come contratto atipico di ospitalità o di assistenza sanitaria: cfr., Trib. Verona, 15.10.1990, in *Arch. civ.*, 1991, p. 716 ss., con nota di MORELLI P., *La responsabilità civile in campo medico: appunti e riflessioni*; Cass., 13.4.2007, n. 8826, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 3, p. 849 ss., con nota di FIORI A. e MARCHETTI D., *Un altro passo verso l'obbligazione di risultato nella professione medica?*; Trib. Monza, 22.10.2001, in *De jure*.

¹¹ Trib. Milano, 3.12.2014, n. 14401, in *De jure*; Trib. Bari, 14.2.2014, in *De jure*; Trib. L'Aquila, 20.1.2012, n. 31, in *Riv. it. med. leg. e dir. san.*, 2013, 1, p. 459, con nota di BUFANO E., *Responsabilità contrattuale della struttura sanitaria nei confronti del paziente. Onere probatorio, danno e risarcimento*. In alcune decisioni la responsabilità della struttura è stata dichiarata in virtù del rapporto di immedesimazione organica con il suo dipendente: Cass. 13.11.1970, n. 2392, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, p. 622; Trib. Roma, 30.9.1978, in *Riv. giur. lav.*, 1979, II, p. 169; Trib. Pavia, 21.3.1980, in *Resp. civ. e prev.*, 1980, p. 565; Trib. Genova, 22.9.2002, in *Famiglia*, 2003, p. 1165 ss., con nota di BRUNETTA D'USSEAU F., *Insuccesso dell'intervento di interruzione di gravidanza e risarcimento del danno*.

¹² Cfr., Cass., 14.6.2007, n. 13953, in *De jure*, dove si afferma che non rileva la circostanza che il sanitario risulti essere anche «di fiducia» dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto. V., anche, Cass., 8.5.2001, n. 6386, in *De jure*, secondo cui il ricovero di un paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria avviene sulla base di un contratto tra il paziente stesso ed il soggetto gestore della struttura e l'adempimento di tale contratto, con riguardo alle prestazioni di natura sanitaria, è regolato dalle norme che disciplinano la corrispondente attività del medico nell'ambito del contratto di prestazione d'opera professionale, con la conseguenza che il detto gestore risponde dei danni derivati al paziente da trattamenti sanitari praticatigli con colpa, alla stregua delle norme di cui agli art. 1176 e 2236 c.c. Precisa RIZZO F., *Dal paziente al cliente*, in *Annali della Facoltà Giuridica*, n. 4/2015, p. 7, che il rapporto libero professionale o la scelta del medico dell'ospedale da parte del paziente non fanno venire meno la responsabilità della struttura ai sensi dell'art. 1228 c.c. per i danni da terzi alle sue dipendenze o, comunque, al suo servizio.

in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura¹³. Poiché a questo rapporto contrattuale non partecipa il medico dipendente, che provvede allo svolgimento dell'attività diagnostica o terapeutica, la sua responsabilità verso il paziente per il danno cagionato da un suo atto diagnostico o terapeutico era considerata extracontrattuale in quanto si riteneva configurasse una violazione del principio generale del *neminem laedere*¹⁴.

Seguendo questo indirizzo la giurisprudenza per lungo tempo ha ammesso la possibilità di esperire nello stesso giudizio sia l'azione contrattuale che l'azione extracontrattuale¹⁵, in applicazione della teoria del cumulo o concorso¹⁶ delle due azioni elaborata con riguardo, in particolare, ai c.d. contratti di protezione. A fondamento della regola, che esprime il principio della massima tutela del danneggiato, è il presupposto che una medesima condotta leda un interesse che, oltre a trovare specifica tutela in un rapporto obbligatorio corrente tra danneggiante e danneggiato, debba ritenersi tutelato anche in via generale dalle norme sui fatti illeciti¹⁷.

¹³ Cfr., CATALDI R., MATRICARDI C., ROMANELLI F., VAGNONI S., ZATTI V., *La responsabilità professionale del medico*, Santarcangelo di Romagna, 2006, p. 159.

¹⁴ Cass., 24.3.1979, n. 1716, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1115, e, successivamente, tra le altre, Cass., 13.3.1998, n. 2750, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 272 ss., con nota di RONCHI T.E., *Colpa grave del medico: valutazione tecnico-giuridica lasciata al mero arbitrio*; Cass., 26.3.1990, n. 2428, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 600 ss., con nota di CARUSI D., *Responsabilità del medico, prestazione professionale di speciale difficoltà e danno alla persona*. Ritiene VISINTINI G., *Cos'è la responsabilità civile*, cit., p. 63 che quando il medico è strutturato nell'organico di un ospedale o di una casa di cura il titolo della sua responsabilità dovrebbe essere extracontrattuale essendo il contratto di cura stipulato dal paziente con l'ente. Su questa linea, già, CATTANEO G., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 313; PRINCIGALLI A., *La responsabilità del medico*, cit., p. 265 ss.

¹⁵ Sul tema, Trib. La Spezia, 13.5.2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 726 ss.; Cass., sez. lav., 23.6.1994, n. 6064, in *Foro it.*, 1995, I, c. 201 ss.

¹⁶ Sulla distinzione tra concorso – che ammette l'esperimento delle due azioni o in via elettiva o in via alternativa o l'una in via principale e l'altra in via subordinata – e cumulo – che permetterebbe al danneggiato di assemblare i vantaggi dell'una e dell'altra azione nello stesso procedimento – , cfr. BUSTI S., *Contratto di trasporto aereo*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2001, p. 539. La questione terminologica, anche in riferimento alle diverse prospettive del processualista e del civilista, è affrontata da DE MATTEIS R., *Il cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una regola di formazione giurisprudenziale*, in *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* a cura di G. Visintini, Milano, 1999, p. 399 ss. e, in particolare, nota 1.

¹⁷ In proposito Cass., 24.3.2000, n. 3536, in *Danno e resp.*, 2000, p. 602 ss., afferma in motivazione che «nel nostro ordinamento (contrariamente all'ordinamento francese dove vige incontrastato il principio del non - cumulo), quale si è venuto configurando per effetto del diritto vivente, vige il principio che è ammissibile il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, allorché un unico comportamento risalente al medesimo autore appaia di per sé lesivo non solo di diritti specifici derivanti al contraente da clausole contrattuali, ma anche dei diritti soggettivi, tutelati anche indipendentemente dalla fattispecie contrattuale (Cass. 23.6.1994, n. 6064; Cass. 7.8.1982, n. 4437). Ne consegue che in questo caso la parte che abbia subito il danno ben può proporre contestualmente sia un'azione di responsabilità contrattuale che aquiliana». In dottrina, SACCO R., *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* a cura di G. Visintini, Milano, 1984, p. 155 ss.; SCOGNAMIGLIO R., voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, p. 677 ss. A proposito dell'ordinamento tedesco, MONATERI P.G., *Cumulo della respon-*

Per la contemporanea presenza di un rapporto contrattuale tra il paziente e la struttura sanitaria e di una responsabilità extracontrattuale del medico nei confronti del paziente, il concorso delle responsabilità è stato definito «improprio»¹⁸. Da un punto di vista sostanziale, infatti, si è ritenuto sussistere il concorso quando da un medesimo comportamento derivano sia un inadempimento contrattuale sia un danno ingiusto in quanto lesivo di un diritto oggetto di particolare tutela indipendentemente dal rapporto negoziale. Sotto il profilo processuale, questa figura si risolve in una situazione di concorso di azioni esercitabili, tanto in via elettiva quanto cumulativa, ogniqualvolta possano essere assommati nello stesso processo i vantaggi dell'azione contrattuale e quelli dell'azione aquiliana.

Nel campo della responsabilità medica, invece, la fattispecie del concorso è stata estesa con la conseguente qualificazione di concorso improprio anche ad ipotesi, come quella in esame, in cui soggetti diversi sono chiamati a rispondere in solidarietà passiva a diverso titolo per il medesimo fatto, che assume contemporaneamente la veste di inadempimento contrattuale e di illecito civile. Così per il risarcimento del danno alla persona del paziente conseguente all'inadempimento della struttura ospedaliera e al fatto illecito del suo medico dipendente è stata ammessa la possibilità di esperire nello stesso giudizio sia l'azione contrattuale che quella extracontrattuale.

3. *L'affermarsi del «formante»: la responsabilità da contatto sociale*

Ascrivere l'attività del medico dipendente della struttura sanitaria alla responsabilità extracontrattuale non è parso tuttavia corretto perché il medico, che si presenta al paziente

sabilità contrattuale ed extracontrattuale, Padova, 1989, p. 31 ss. Afferma invece che se unico è il fatto causale, se l'evento dannoso è lo stesso, se la pretesa risarcitoria ha medesimo contenuto, non ha fondamento normativo l'esigenza di due diverse azioni di responsabilità, MAJELLO U., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 121.

¹⁸ Secondo ROSSELLO C., *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, p. 317 ss., il problema del concorso in senso proprio si pone esclusivamente se un unico fatto lesivo di cui sia autore uno dei soggetti di un rapporto obbligatorio si configuri al tempo stesso come inadempimento dell'obbligazione che vincola debitore e creditore e come violazione del precetto contenuto nell'art. 2043 c.c.; definisce di concorso improprio altre fattispecie nelle quali un medesimo fatto cagiona allo stesso soggetto un danno del quale rispondono a diverso titolo il debitore inadempiente (responsabilità contrattuale) e un terzo estraneo al rapporto obbligatorio (responsabilità extracontrattuale); a questo schema viene ricondotto il danno da errore terapeutico o diagnostico del quale rispondono la struttura sanitaria, a titolo di responsabilità contrattuale, e il medico dipendente ospedaliero che l'ha causato, a titolo di responsabilità extracontrattuale: così, ROSSELLO C., *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 661. In argomento v., anche, MONATERI P.G., *Le fonti delle obbligazioni*, 3, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 1998, p. 679 ss.

come colui che è designato dalla struttura sanitaria ad effettuare la prestazione, viene considerato alla stregua dell'autore di un qualsiasi fatto illecito¹⁹. Prendere in considerazione soltanto il momento finale della vicenda, cioè il verificarsi del danno, significa non tener conto del fatto che la vicenda stessa non inizia con il danno, ma con il «rapporto» tra medico e paziente nel quale questo si affida alle cure del medico che deve provvedere a prestarle. Anche se è indubbio che il rapporto tra medico e paziente non trova la fonte in un contratto che tra essi non è stato mai concluso, non si può affermare che sia irrilevante ai fini della qualificazione della responsabilità se da esso deriva un danno. Si deve comunque escludere che si possa discorrere di responsabilità extracontrattuale, che sussiste soltanto se l'autore del danno ingiusto non è legato al danneggiato da alcun rapporto giuridico precedente²⁰, mentre tra medico e paziente un rapporto esiste, anche se la sua fonte non è un contratto tra essi concluso.

Pertanto, se quella del medico dipendente o collaboratore di una struttura sanitaria non può essere qualificata responsabilità extracontrattuale, l'alternativa è che si tratti di responsabilità contrattuale; tuttavia ci si è chiesti come questa possa sussistere posto che il medico non può rispondere per l'inadempimento di un'obbligazione che non ha mai assunto, poiché l'unico soggetto che si è obbligato è la struttura sanitaria. Anche se l'obbligazione che il medico ha assunto è nei confronti della struttura sanitaria, in quanto suo dipendente o collaboratore, e nei confronti del paziente non ha alcun obbligo di prestazione, si ritiene che non possa essere neutralizzata e cancellata la professionalità che qualifica la sua opera e che si traduce in obblighi di conservazione della sfera giuridica di coloro che a tale professionalità si trovino affidati, pur quando essa si espliciti come prestazione nei confronti della struttura sanitaria²¹.

¹⁹ Sottolinea che il medico verrebbe considerato come un qualsiasi passante autore di un illecito CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, p. 194, ora in *La nuova responsabilità civile*, Milano, p. 478.

²⁰ In motivazione, Cass., 7.10.1998, n. 9911, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3525 s., dove si precisa che se a fondamento della pretesa viene enunciato l'inadempimento di un'obbligazione volontariamente contratta, ovvero anche derivante dalla legge, è ipotizzabile unicamente una responsabilità contrattuale e che può sorgere una responsabilità di natura aquiliana in luogo dell'esclusiva responsabilità di natura contrattuale se il fatto prospettato come generatore del danno sia completamente estraneo all'esecuzione della prestazione richiesta. In dottrina, RUSSO R., *Concorso di azione aquiliana e contrattuale*, in *Scritti per A. Scialoja*, II, Bologna, 1953, p. 627 ss. Con riferimento ai sinistri che colpiscono la persona del passeggero durante il contratto di trasporto ed alla responsabilità contrattuale del vettore, FLAMINI A., *I contratti di utilizzazione dei veicoli*, Napoli, 2003, p. 297 ss.

²¹ CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 195.

In proposito va fatta una ulteriore osservazione: è pur vero che un contratto sussiste soltanto tra la struttura sanitaria e il paziente, e non tra questo e il medico, ma è altrettanto vero che quando il paziente si reca nella struttura per ricevere le cure queste debbono essere prestate necessariamente dal personale medico che in essa svolge la sua opera, perché la struttura senza l'attività professionale dei suoi dipendenti o collaboratori non potrebbe prestare alcuna cura. Il contratto di lavoro o di collaborazione stipulato tra la struttura sanitaria e il medico, oltre ad essere per essi la fonte delle reciproche obbligazioni, costituisce anche il presupposto necessario che legittima il paziente a richiedere le prestazioni al personale sanitario che opera nella struttura, dalle quali il personale stesso non solo non si può sottrarre, ma deve adempiere con la diligenza professionale dell'attività esercitata.

La natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente della struttura sanitaria verso il paziente, secondo un consolidato orientamento della Cassazione, si fonda sul contatto sociale che si instaura tra quest'ultimo ed il medico chiamato ad adempiere nei suoi confronti la prestazione dovuta in quanto dipendente o collaboratore della struttura sanitaria.

Per tale ragione l'affidamento ingenerato nel paziente dal comportamento tenuto dal professionista, la presenza dei c.d. obblighi di protezione, oltre ai doveri deontologici propri dell'attività medica, devono essere considerati elementi talmente significativi, da far ritenere che il contatto sociale tra paziente e medico costituisca fonte produttiva di obbligazioni con la conseguenza che è soggetto alla responsabilità contrattuale.

Con l'espressione «contatto sociale» si riassume una duplice visione del fenomeno: in ragione della fonte, il fatto idoneo a produrre l'obbligazione in conformità dell'ordinamento a norma dell'art. 1173 c.c., ed in ragione del rapporto che ne scaturisce, il quale si atteggia ed è disciplinato secondo lo schema dell'obbligazione da contratto.

La categoria mette in luce una possibile dissociazione tra la fonte - individuata secondo lo schema dell'art. 1173 - e l'obbligazione che ne scaturisce, che può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto²². In questa prospettiva, quindi, si afferma che nel contatto sociale va ravvisata la fonte di

²² In motivazione, Cass., 22.1.1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 441 ss., con nota di DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 1, I, p. 334 ss., con nota di THIENE A., *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*. Pre-

un rapporto che ha ad oggetto una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività all'interno della struttura con la quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto «contatto», ed in ragione della prestazione medica che conseguentemente deve essere eseguita²³. È corretto affermare che, poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito a un obbligo di prestazione e la violazione di tale obbligo si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale²⁴.

L'esistenza di un contratto rileva per stabilire se il medico è obbligato alla sua prestazione, sì che se tale obbligazione non esiste il paziente non può pretendere alcuna prestazione; tuttavia se il medico interviene, in quanto tenuto nei confronti della struttura da cui dipende, l'esercizio della sua attività sanitaria non è diversa da quella svolta in esecuzione di un contratto d'opera professionale²⁵.

In questi casi non può esservi responsabilità aquiliana, che ricorre quando si verifica la lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui che provoca un danno ingiusto quando danneggiante e danneggiato non sono legati tra loro da alcun vincolo giuridico e quindi non hanno alcun particolare obbligo reciproco. Quando invece tra danneggiante e danneggiato preesiste un rapporto in virtù del quale il primo deve effettuare una prestazione a favore del secondo, anche se con lui non ha stipulato un contratto, la lesione della situazione soggettiva che questo subisce è conseguenza dell'inadempimento di tale obbligazione e non della generica violazione del dovere di non ledere²⁶. È vero che il medico è obbligato a svolgere

cisa la sentenza che non si può criticare la definizione come «contrattuale» della responsabilità del medico dipendente di struttura sanitaria, invocando la rigidità del catalogo delle fonti *ex art. 1173 c.c.*, che non consentirebbe obbligazioni contrattuali in assenza di contratto; questa norma, stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale, tra cui il diritto alla salute, che trascendono singole proposizioni legislative; pertanto il contatto sociale qualificato costituisce uno degli «altri fatti idonei» a creare obbligazioni, in conformità dell'ordinamento giuridico, come disposto dall'art. 1173 c.c.

²³ Cass., 13.4.2007, n. 8826, cit.

²⁴ Così, CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 197.

²⁵ Ancora, Cass., 13.4.2007, n. 8826, cit.

²⁶ In argomento, con riguardo alla responsabilità del vettore per i danni subiti dal passeggero, cfr., FLAMINI A., *I contratti di utilizzazione dei veicoli*, cit., p. 300 ss.

una prestazione professionale per il contratto che lo lega alla struttura sanitaria, ma è altrettanto vero che tale prestazione si concretizza in una attività professionale di diagnosi e cura in favore del paziente che sin dal suo inizio non può non essere svolta in conformità alla professione esercitata. Pertanto quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale²⁷.

In proposito si deve ricordare che la Suprema Corte²⁸ ha da tempo precisato che la responsabilità extracontrattuale ricorre soltanto quando la pretesa risarcitoria venga formulata nei confronti di un soggetto autore di un danno ingiusto non legato all'attore da alcun rapporto giuridico precedente, o comunque indipendentemente da tale eventuale rapporto, mentre, se a fondamento della pretesa venga enunciato l'inadempimento di un'obbligazione volontariamente contratta, ovvero anche derivante dalla legge, è ipotizzabile unicamente una responsabilità contrattuale.

L'esercente la professione medica che svolga la propria attività quale dipendente o collaboratore di una struttura sanitaria, pubblica o privata, non deve soltanto astenersi dal provocare danni al paziente che ad essa si è rivolto, ma è obbligato ad effettuare la prestazione perché a ciò è tenuto per il rapporto che lo lega alla struttura. D'altra parte è stato correttamente osservato che il paziente che si rivolge alla struttura sanitaria confida che i suoi operatori svolgano con professionalità l'attività alla quale sono abilitati dall'ordinamento e che l'abilitazione prescinde dalla circostanza se tale attività sia dovuta per un contratto stipulato con il paziente o perché obbligati in quanto dipendenti o collaboratori della struttura. La prestazione professionale del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o no alla base un contratto d'opera professionale. L'esercizio della professione medica è un servizio di pubblica necessità, che non può svolgersi senza una speciale abilitazione dello Stato, da parte di soggetti di cui il pubblico è obbligato per legge a valersi²⁹, per cui, trattandosi di una professione protetta, l'esercizio di detto servizio non può essere diverso secondo che esista o no un contratto.

²⁷ Così, Cass., 22.1.1999, n. 589, cit.

²⁸ Per tutte, Cass., 1.10.1994, 7989, in *De jure*.

²⁹ Art. 359 c.p.

Non v'è dubbio che il medico non stipula un contratto con il paziente che si rivolge alla struttura sanitaria; ma la prestazione professionale che egli svolge ha origine dal rapporto contrattuale che lo lega alla struttura sanitaria e che lo obbliga ad eseguirla; tuttavia l'assenza di un contratto con il paziente non fa venir meno i suoi obblighi di comportamento verso chi, entrando con lui in «contatto», ha fatto affidamento sulla sua professionalità. Gli aspetti pubblicistici che connotano l'esercizio dell'attività del medico³⁰ comportano che esso non possa non essere unico da parte del singolo professionista, senza possibilità di distinguere se alla prestazione sanitaria egli sia tenuto o no contrattualmente. Sembra corretto affermare che se il medico, anche in assenza di un contratto, presta la sua attività professionale, perché vi è tenuto nei confronti della struttura ospedaliera in quanto suo dipendente, l'esercizio della sua attività sanitaria, e quindi il rapporto paziente-medico, non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico³¹. Nel momento in cui il medico esegue la prestazione in favore del paziente, in quanto a ciò tenuto per l'obbligazione assunta nei confronti della struttura sanitaria, si istaura il contatto sociale dal quale nascono gli obblighi di comportamento che connotano come contrattuale la sua responsabilità³².

4. La diligenza professionale del medico

La responsabilità del medico per i danni causati al paziente postula la violazione dei doveri inerenti il suo svolgimento, tra i quali quello della diligenza, che va a sua volta valutato con riguardo alla natura dell'attività e che in rapporto alla professione di medico chi-

³⁰ La professione medica è caratterizzata da un impegno sociale e di solidarietà che la connota di venature pubblicistiche e funzionali: cfr. FLICK G.M., *La salute nella Costituzione italiana: un diritto fondamentale, un interesse di tutti*, in *La responsabilità medica*, Milano, 2013, p. 17.

³¹ Cfr., in motivazione, Cass., 22.1.1999, n. 589, cit. Nel commentare la sentenza DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., p. 450, afferma che la responsabilità del medico, se si concretizza e attualizza non all'atto dell'assunzione formale di un obbligo ma in occasione della prestazione sanitaria, si attegna, quanto al suo contenuto, come una normale obbligazione che richiama comportamenti destinati a produrre un risultato utile per il creditore.

³² In critica a quanto sostenuto da DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., p. 450, afferma CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 488 s., che, secondo tale impostazione, si tratterebbe di una obbligazione nel significato tradizionale del termine, la quale viene ad esistenza con l'esecuzione; ritiene l'A. che il paziente si attende un risultato utile dalla prestazione sanitaria, non però nei confronti del medico, ma della struttura sanitaria alla quale ha chiesto e ottenuto la prestazione. Questa osservazione, tuttavia, non sembra corretta perché il paziente non si attende un risultato utile dalla prestazione della struttura, ma dal medico in considerazione della sua professionalità, mentre dalla struttura si aspetta che gli metta a disposizione medici professionalmente validi, oltre agli altri servizi necessari per la cura della sua salute.

urgo implica scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale. Infatti il medico chirurgo nell'adempimento delle obbligazioni inerenti la propria attività professionale è tenuto ad una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia, come richiesto dall'art. 1176, comma 1, c.c., ma è quella specifica del debitore qualificato, come indicato dall'art. 1176, comma 2, c.c., la quale comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica. Il richiamo alla diligenza ha, in questi casi, la funzione di ricondurre la responsabilità alla violazione di obblighi specifici derivanti da regole disciplinari precise e sta a significare applicazione di regole tecniche all'esecuzione dell'obbligo, per cui diventa un criterio oggettivo e generale e non soggettivo. Ciò comporta, come è stato rilevato dalla dottrina, che la diligenza assume nella fattispecie un duplice significato: criterio oggettivo di determinazione del contenuto dell'obbligazione e parametro di imputazione del mancato adempimento³³.

Inoltre, relativamente alla responsabilità del medico, dipendente della struttura sanitaria, nei confronti del paziente si applica l'art. 2236 c.c., a norma del quale, qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera risponde dei danni solo in caso di dolo o colpa grave³⁴. Tuttavia, tale limitazione di responsabilità professionale del medico ai soli casi di dolo o colpa grave attiene esclusivamente alla perizia per la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, mentre tale limitazione non sussiste, anche nei casi di speciale difficoltà, con riferimento ai danni causati per negligenza o imprudenza dei quali il medico risponde in ogni caso³⁵. Pertanto la limitazione

³³ Sul punto, FAVALE R., *Profili attuali della responsabilità civile medica*, cit., p. 55.

³⁴ Di tale norma veniva fatta un'applicazione analogica da parte dell'orientamento che sosteneva la responsabilità extracontrattuale del medico dipendente: cfr., in motivazione, Cass., 18.11.1997, n. 11440, in *Il civilista*, 2010, 2, p. 86; Cass., 20.11.1998, n. 11743, in *Danno e resp.*, 1999, p. 344.

³⁵ Tra le altre, Cass., 12.3.2013, n. 6093, in *De jure*; Cass., 19.4.2006, n. 9085, in *De jure*; Cass. 18.11.1997, n. 11440, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 2206. V., anche, Corte Cost. 22.11.1973, n. 166, in *De jure*, la quale in motivazione ha affermato che dalla particolare disciplina in tema di responsabilità penale, desumibile dagli artt. 589 e 42 (e meglio, 43) del codice penale, in relazione all'art. 2236 del codice civile, risulta che la esenzione o limitazione di responsabilità, secondo la giurisprudenza e dottrina, non conduce a dover ammettere che, accanto al minimo di perizia richiesta, basti pure un minimo di prudenza o di diligenza; anzi, c'è da riconoscere che, mentre nella prima l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità. Per la dottrina penalistica perché sussista la colpa occorre che il fatto sia dovuto ad una imprudenza, negligenza o imperizia; l'imperizia non riguarda soltanto la semplice deficienza di abilità professionale, ma occorre una insufficiente preparazione o una inettitudine di cui l'agente, pur essendo consapevole, non ha voluto tener conto; l'imprudenza è l'avventatezza, l'insufficiente ponderazione, e implica sempre una scarsa considerazione per gli interessi altrui, mentre la negligenza esprime un atteggiamento psichico alquanto diverso: si

della responsabilità del medico al dolo o alla colpa grave si applica soltanto nei casi che trascendono la preparazione medica³⁶, o perché la particolare complessità³⁷ discende dal fatto che il caso non è stato ancora studiato a sufficienza o non è stato ancora dibattuto con riferimento ai metodi da adottare³⁸.

Da tutto ciò consegue che sia la responsabilità del medico dipendente sia quella della struttura sanitaria hanno radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione da parte del medico, per cui, accertata la stessa, risulta contestualmente accertata la responsabilità contrattuale e solidale di entrambi³⁹ e tale qualificazione discende non dalla fonte dell'obbligazione, ma dal contenuto del rapporto. Tra il paziente ed il medico dipendente si instaura un rapporto da contatto sociale, il cui inadempimento è sottoposto al regime di cui all'art. 1218 c.c. e, conseguentemente, a fronte della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e della responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto, o il contatto sociale, le conseguenze del lamentato inadempimento, cioè il danno patrimoniale o non patrimoniale subito a causa della insorgenza o dell'aggravamento della patologia, e il nesso causale tra l'inadempimento e il danno; pertanto il paziente, come ogni altro creditore, non deve dare la prova della colpa del medico, ma deve soltanto allegarla, per cui competerà al medico, come ad ogni altro debitore, dare la prova che l'inadempimento non vi è stato o che, pur esistendo, non è stato etiologicamente rilevante⁴⁰.

La distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione che comporta la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non influisce sulla distribuzione

tratta di trascuratezza, e precisamente della mancanza o deficienza di attenzione oppure di sollecitudine; così ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 368 s. ed ivi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

³⁶ Cass., 11.4.1995, n. 4152, in *Zacchia*, 1997, p. 114; Trib. Salerno, 17.2.2014, n. 533, in *De jure*.

³⁷ Cass., 28.5.2004, n. 10297, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2479.

³⁸ Cass., 12.8.1995, n. 8845, in *Zacchia*, 1997, p. 115; Trib. Roma, 7.1.2015, n. 259, in *De jure*; Cass., 2.2.2005, n. 2042, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 944.

³⁹ Cfr. CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 490, nota 105.

⁴⁰ In argomento, tra le altre, Cass., 12.9.2013, n. 20904, in *www.dirittoegustizia.it*, 13.9.2013, con nota di VALERIO F., *Ancora una volta la Cassazione si schiera in favore del paziente: semplificata la prova del nesso causale*; Cass., 31.7.2013, n. 18341, in *Guida al diritto*, 2013, 43, p. 60; Cass., 1.2.2011, n. 2334, in *Ragusan*, 2011, fasc. 323-324, p. 239. Con riguardo alla responsabilità contrattuale per la mancata ottemperanza agli obblighi informativi cfr., in motivazione, Cass., 13.2.2015, n. 2847, in *De jure*.

dell'onere della prova, ma va apprezzata per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, gravando in ogni caso sul sanitario la prova dell'esatto adempimento⁴¹; comunque, il professionista, per usufruire della limitazione di responsabilità dell'art. 2236 c.c., deve provare che la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà⁴².

In definitiva sembra corretto affermare che, omologate le responsabilità della struttura sanitaria e del medico come responsabilità entrambe di natura contrattuale, sia ai fini della rilevanza del grado della colpa che della ripartizione dell'onere probatorio, non esiste una differenza di posizione tra i due soggetti, né una diversa posizione del paziente secondo che agisca nei confronti della struttura ospedaliera o del medico dipendente⁴³.

5. La «nuova legge», c.d. legge Balduzzi

L'interpretazione secondo cui la responsabilità del medico dipendente è di natura contrattuale non sembra debba essere modificata a seguito della emanazione dell'art 3, comma 1, d.l. 13.9.2012, n. 158 - c.d. decreto Balduzzi -, conv. in l. 8.11.2012, n.189; tale disposizione così recita: «L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo»⁴⁴.

⁴¹ DE LUCA M., *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Roma, 2012, p. 195. In giurisprudenza, tra le altre, Cass., 20.10.2014, n. 22222, in *Guida al diritto*, 2014, n. 46, p. 61.

⁴² Cass., 22.11.2012, n. 20586, in *www.dirittoegustizia.it*, 23.11.2012 con nota di GRECO A., *La complessità dell'intervento non esclude la responsabilità del medico*, nella quale è stato affermato che un intervento chirurgico di norma routinario non può mai ritenersi «di speciale difficoltà» per il solo fatto che nel corso di esso si verificano delle complicanze. In proposito è stato deciso che incombe al paziente l'onere di provare che l'intervento era di facile o routinaria esecuzione: cfr. Cass., 28.9.2009, n. 20790, in *Ragusan*, 2009, fasc. 307-309, p. 207; Cass., 19.5.1999, n. 4852, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 995 ss., con nota di GORGONI M., *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica*; Cass., 30.5.1996, n. 5005, in *Mass. Gius. civ.*, 1996, 797.

⁴³ In tal senso, Cass., 22.1.1999, n. 589, cit.

⁴⁴ Testo introdotto dalla legge di conversione che ha sostituito quello del decreto legge dal seguente tenore: «Fermo restando il disposto dell'articolo 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'articolo 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale». L'originaria disposizione del decreto legge interveniva esclusivamente sulla responsabilità civile del medico, mentre quella introdotta in sede di conversione ha spostato il proprio baricentro dall'ambito civilistico a quello penalistico: cfr. CAJAZZO L. e MARZANO M., *La rilevanza*

Alcune recenti decisioni di merito hanno invece ritenuto che debba essere rivisto l'orientamento che ha affermato la natura contrattuale della responsabilità del medico.

In tali decisioni si ribadisce che la norma non incide né sul regime di responsabilità civile della struttura sanitaria (pubblica o privata) né su quello del medico che ha concluso con il paziente un contratto d'opera professionale (anche se nell'ambito della c.d. attività libero-professionale svolta dal medico dipendente pubblico): in tali casi sia la responsabilità della struttura sanitaria (contratto atipico di ospedalità o di assistenza sanitaria) sia la responsabilità del medico (contratto d'opera professionale) derivano da inadempimento e sono disciplinate dall'art. 1218 c.c., ed è indifferente che il creditore/danneggiato agisca per ottenere il risarcimento del danno nei confronti della sola struttura, del solo medico o di entrambi.

Inoltre il richiamo nella norma all'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. per l'esercente la professione sanitaria che non risponde penalmente (per essersi attenuto alle linee guida), ma la cui condotta evidenzia una colpa lieve, non ha nessun riflesso sulla responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, che ha concluso un contratto atipico con il paziente (o, se si preferisce, è comunque tenuta *ex lege* ad adempiere determinate prestazioni perché inserita nel S.S.N.) ed è chiamata a rispondere *ex art.* 1218 c.c. dell'inadempimento riferibile direttamente alla struttura anche quando derivi dall'operato dei suoi dipendenti e/o degli ausiliari di cui si è avvalsa (art. 1228 c.c.)⁴⁵.

Si afferma invece che il tenore letterale dell'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi e l'intenzione del legislatore conducono a ritenere che la responsabilità del medico (e quella degli altri esercenti professioni sanitarie) per condotte che non costituiscono inadempimento di un contratto d'opera (diverso dal contratto concluso con la struttura) venga ricondotta

delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi, in *Corr. giur.*, 2013, fasc. 4., p. 491, dove viene riportata la dichiarazione resa dal Ministro della salute Renato Balduzzi, in occasione della seduta del Senato relativamente alla disposizione come modificata alla Camera in sede di conversione, secondo cui «la norma ... non stravolge la disciplina della responsabilità, non deresponsabilizza l'esercente la professione sanitaria».

⁴⁵ Qualora il danno derivi dall'inadempimento di un medico convenzionato, la ASL è responsabile a norma dell'art. 1228 c.c. perché, quale debitore, si è avvalsa dell'opera del terzo nell'attuazione della sua obbligazione: in tal senso, Cass., 27.3.2015, n. 6243, in *www.dirittoegustizia.it*, 30.3.2015, con nota di SAVOIA R., *Anche la ASL è responsabile per il comportamento negligente del medico di base*, nella quale si precisa che la responsabilità del medico va ricondotta al «contatto sociale», tenuto conto dell'affidamento che egli crea per essere stato prescelto per rendere l'assistenza sanitaria dovuta e sulla base di una professione protetta.

dal legislatore alla responsabilità da fatto illecito *ex art.* 2043 c.c. e che, dunque, l'obbligazione risarcitoria del medico possa scaturire solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (che il danneggiato ha l'onere di provare)⁴⁶.

Queste decisioni di giudici di merito si pongono in netto contrasto con l'orientamento della Cassazione che in proposito ha affermato che «la fattura della norma, là dove omette di precisare in che termini si riferisca all'esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso la responsabilità penale, comporta che la norma dell'inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., poiché *in lege aquilia et levissima culpa venit*, vuole solo significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrilevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso certamente prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura»; per tale ragione «Non sembra ricorrere, dunque, alcunché che induca il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni (da ultimo riaffermate da Cass. n. 4792 del 2013)»⁴⁷.

Conformemente a quanto deciso dalla Cassazione si è affermato che il richiamo all'art. 2043 è limitato all'individuazione dell'obbligo di risarcimento del danno e non all'intera disciplina del fatto illecito, per cui, essendo del tutto neutro rispetto alle norme

⁴⁶ Così Trib. Milano, 17.4.2014, in *De jure*. Analogamente, Trib. Milano, 23.7.2014, n. 9693, in *Foro it.*, 2014, 11, I, c. 3294. V., anche, Trib. Varese, 26.11.2012, n. 1406, in *Guida al diritto*, 2013, 5, p. 35, con nota di MARTINI F., *Se il dottore ha un obbligo civile di risarcimento la nuova legge aderisce al modello "aquiliano"*, la quale ha affermato che anche in caso di colpa lieve è ammessa l'azione *ex art.* 2043 c.c., sì che il legislatore sembra (consapevolmente e non per dimenticanza) suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come designato anteriormente al 1999, in cui, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana; nel prosieguo la sentenza esclude l'applicazione dell'art. 2043 c.c. perché nel caso deciso paziente e medico avevano stipulato uno specifico rapporto negoziale. Ha deciso che in sede civile anche in caso di colpa lieve è ammessa l'azione *ex art.* 2043 c.c. Trib. Enna, 18.5.2013, n. 252, in *De jure*. Ha ritenuto che, nonostante la novella della legge Balduzzi, nulla impedisce all'interprete di ritenere che, a fronte di una responsabilità medica anche per colpa lieve, siano esperibili sia l'azione extracontrattuale, da sola o in alternativa a quella contrattuale da contatto sociale, secondo il generale principio della cumulabilità dei due rimedi, quando venga in rilievo la lesione di diritti della persona, Trib. Brindisi, 18.7.2014, in *Guida al diritto*, 2014, 44, p. 23; tale sentenza, però, non ha tenuto conto che la teoria del concorso o cumulo è ormai superata: v., in proposito, quanto precisato alla nota 54. Ha riaffermato la natura contrattuale della responsabilità medica Trib. Milano, 18.11.2014, n. 13574, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1, p. 163, e in *Rass. dir. farm.*, 2014, 6, p. 1330.

⁴⁷ Cass., 17.4.2014, n. 8940, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 3, 803. Ha riaffermato la responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria da contatto sociale Cass., 19.2.2013, n. 4030, in *Guida al diritto*, 2013, 17, p. 25.

applicabili non vale a considerare in termini aquiliani la responsabilità diretta dei sanitari⁴⁸ e consente di continuare ad utilizzare i criteri propri della responsabilità contrattuale. Osservazione ancor più rilevante è che se il richiamo all'art. 2043 dovesse comportare che il medico dipendente da una struttura sanitaria è soggetto alla responsabilità extracontrattuale si avrebbe come conseguenza che tale applicazione dovrebbe essere fatta anche per le ipotesi pacificamente contrattuali qual è quella del rapporto tra paziente e medico libero professionista. Il che sarebbe a dir poco assurdo.

Peraltro riguardo all'art. 3, comma 1, d.l. 13.9.2012, n. 158, è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 cost., nella parte in cui esprime un concetto di «non punibilità» dai confini equivoci, non delimitabile con la mera interpretazione, esclusiva per tutti gli esercenti la professione sanitaria, per qualsiasi reato colposo, dato che non ha definito la colpa lieve, né identificato le linee guida⁴⁹, le buone prassi e le autorità che dovrebbero codificarle, avvilendo la libertà di scienza, discriminando in modo ingiustificabile tra operatori pubblici sanitari e non sanitari che si occupano dei medesimi beni giuridici⁵⁰. La questione di legittimità, tuttavia, è stata dichiarata manifestamente inammissibile dalla Corte costituzionale perché il giudice *a quo* ha ommesso di descrivere compiutamente la fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio e, conseguentemente, di fornire una adeguata motivazione in ordine alla rilevanza della questione. La Corte, però, nella motivazione ha osservato che, come risulta dalle prime pronunce emesse in argomento, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto - in accordo con la

⁴⁸ Trib. Cremona, 1.10.2013, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 4, p. 1321, con nota di GALLETTI F., *L'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi: su chi grava il rischio delle c.d. (con)cause ignote?*. Osserva efficacemente Trib. Arezzo, 14.2.2013, in *De jure*, che non si può affermare che richiamare un obbligo equivalga a richiamare un'intera disciplina e deve quindi concludersi che il riferimento all'art. 2043 c.c., non alla disciplina dell'illecito extracontrattuale, ma esclusivamente all'obbligo «di cui all'art. 2043 del codice civile», sia del tutto neutro rispetto alle regole applicabili e consenta di continuare ad utilizzare i criteri propri della responsabilità contrattuale. Sottolinea Cass., 17.4.2014, n. 8940, cit., che la norma non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma intende solo escludere, in tale ambito, l'irrelevanza della colpa lieve.

⁴⁹ Sulle linee guida cfr., tra gli altri, DEBERNARDI G., *Sulla rilevanza delle «linee guida» nella valutazione della colpa medica*, in *Ragiusan*, 2014, fasc. 361-362, p. 142 ss.; GUERRA G., *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, in *Ragiusan*, fasc. 359-360, 2014, pag. 158 ss.; CAJAZZO L. e MARZANO M., *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi*, cit., p. 485 ss.

⁵⁰ Trib. Milano, Sez. IX penale, 21.3.2013, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 4, p. 1256, con nota di PONTIS F., *La nuova responsabilità penale del sanitario per sola colpa grave. Illegittimità costituzionale o riscoperta della misura soggettiva della colpa?*

dottrina maggioritaria - che la limitazione di responsabilità prevista dalla norma censurata viene in rilievo solo in rapporto all'addebito di imperizia, giacché le linee guida in materia sanitaria contengono esclusivamente regole di perizia e non, dunque, quando all'esercente la professione sanitaria sia ascrivibile, sul piano della colpa, un comportamento negligente o imprudente⁵¹. Viene così confermato l'orientamento secondo cui la limitazione di responsabilità alle ipotesi di dolo o colpa grave si applica esclusivamente agli atti che trascendono la preparazione professionale media, mentre se il medico ha tenuto un comportamento negligente risponde anche per colpa lieve, perché, evidentemente, non ha tenuto la condotta diligente richiesta dalla natura dell'attività esercitata, come prescritto dall'art. 1176, comma 2, c.c.

Sembra quindi corretto affermare che, alla stregua della nuova legge, le linee guida accreditate operano come direttiva scientifica per l'esercente le professioni sanitarie e che la loro osservanza costituisce uno scudo protettivo contro istanze punitive che non trovino la loro giustificazione nella necessità di sanzionare penalmente errori gravi commessi nel processo di adeguamento del sapere codificato alle peculiarità contingenti⁵².

6. Conclusioni

L'interprete, comunque, si deve chiedere per quale ragione l'art. 3, comma 1, d.l. 13.9.2012, n. 158 prevede che, nel caso in cui l'esercente la professione sanitaria non risponde penalmente per colpa lieve, ha comunque l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. Probabilmente il richiamo a tale norma, collegato alla depenalizzazione del comportamento illecito del medico che si è attenuto alle linee guida, è stato effettuato nella convinzione che l'illecito penale configuri, da un punto di vista civilistico, una responsabilità extracontrattuale. È stato affermato in giurisprudenza che l'art. 185 c.p. configura un particolare tipo di responsabilità concorrente, in quanto lo stesso fatto integra al tempo stesso un illecito penale

⁵¹ Corte cost., 6.12.2013, n. 295, in *Cass. pen.*, 2014, 3, p. 862.

⁵² In motivazione, Cass. pen., 9.4.2014, n. 47289, in *De jure*, dove si precisa che la norma, pur trovando terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia, può tuttavia venire in rilievo anche quando il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza. Ha affermato che la norma esclude, limitatamente al profilo dell'imperizia, la rilevanza penale della colpa lieve, e non si estende agli errori diagnostici connotati da negligenza o imprudenza, perché le linee guida contengono solo regole di perizia, Cass. pen., 8.7.2014, n. 7346, in *De jure*; analogamente Cass. pen., 11.3.2014, n. 15495, in *Guida al diritto*, 2014, 25, p. 84, con nota di AMATO G., *Responsabilità del medico: in caso di colpa grave deve essere esclusa la non punibilità della condotta*; Cass. pen., 4.12.2013, n. 5460, in *De jure*.

ed un illecito civile, e mentre per quest'ultimo valgono i rimedi del codice civile e delle leggi speciali, per quello penale viene configurata una forma di responsabilità civilistica extracontrattuale, non potendosi dubitare che il reato sia un fatto illecito con le caratteristiche previste dall'art. 2043 c.c. (danno ingiusto, azione od omissione dolosa o colposa, rapporto di causalità tra comportamento e danno), sicché l'art. 185 c.p. non può che configurarsi come un'integrazione dell'art. 2043 c.c.⁵³. Si deve però osservare che il risarcimento previsto dall'art. 185 c.p. non consegue soltanto all'illecito aquiliano, ma anche all'inadempimento contrattuale, come avviene nel caso in cui un trasportato subisca una lesione a seguito di un sinistro: poiché la tutela dell'integrità fisica del trasportato è compresa tra le obbligazioni del vettore, che risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio a norma dell'art. 1681 c.c., ove ricorra l'ipotesi di inadempimento-reato (lesioni colpose) il vettore è obbligato a risarcire a titolo di responsabilità contrattuale il danno biologico subito dal viaggiatore⁵⁴. Inoltre, per affermare l'obbligo del medico al risarcimento del danno anche quando non risponde penalmente per colpa lieve, è stato senz'altro più agevo-

⁵³ Così, in motivazione, Cass. pen., 4.5.2006, n. 33435, in *De jure*.

⁵⁴ Cfr. Cass., Sez. un., 11.11.2008, n. 26972, in *Riv. dir. comm.*, 2009, II, p. 63, la quale, con riferimento ai c.d. contratti di protezione, tra cui quelli del settore sanitario ed il contratto di trasporto, ha affermato: se «l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espediente del cumulo di azioni», in considerazione del fatto che interessi di natura non patrimoniale possono assumere rilevanza nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, come «confermato dalla previsione dell'art. 1174 c.c., secondo cui la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore»; inoltre 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 «essere riferito al solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona»; peraltro «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». La risarcibilità del danno non patrimoniale derivante da inadempimento contrattuale era stata già affermata da FLAMINI A., *Viaggi organizzati e tutela del consumatore*, Napoli, 1999, p. 210 ss., perché l'art. 1174 c.c. prevede che la prestazione del debitore deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore, con la conseguenza che la mancata o inesatta prestazione non attua la funzione del regolamento contrattuale e obbliga il debitore al risarcimento del danno a norma dell'art. 1218 c.c., che, letto in connessione con l'art. 1223 c.c., giustifica il risarcimento del danno non patrimoniale quando l'inadempimento consiste nella mancata realizzazione dell'interesse non patrimoniale del creditore, cui era finalizzato il rapporto. Sul tema RIPA L., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2013, *passim*. Sulla natura contrattuale della responsabilità del vettore per la lesione dell'integrità fisica del passeggero e sul superamento della teoria del concorso tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, cfr. FLAMINI A., *Osservazioni critiche sulla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del vettore*, in *Dir. traspt.*, 2002, p. 820 s.

le richiamare l'art. 2043 c.c., per il quale la colpa è uno degli elementi dell'illecito, che non l'art. 1218 c.c., dove si dispone che il debitore è responsabile se non prova che l'inadempimento è dovuto ad una impossibilità che non può essere a lui imputata, non rilevando quindi la colpa.

Sembra quindi che il richiamo all'art. 2043 c.c. sia stato effettuato esclusivamente per ribadire l'obbligo del risarcimento del danno anche nel caso di assenza della responsabilità penale del medico⁵⁵.

Va anche sottolineato che la disposizione dell'art. 3, comma 1, d.l. n. 158/2012, dettata per contenere il contenzioso giudiziario e il fenomeno della c.d. medicina difensiva, non sarebbe neppure funzionale all'abbattimento dei risarcimenti, perché la responsabilità delle strutture nelle quali operano i sanitari, anche se questi venissero riassoggettati al regime aquiliano, resterebbe sempre contrattuale. Il suo ambito di applicazione va quindi circoscritto alla responsabilità penale del medico che, se si è attenuto alle linee guida, non risponde per colpa lieve⁵⁶.

Una ulteriore osservazione va fatta riguardo all'ultimo periodo della disposizione – «Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo» – che sembra introdurre una sorta di attenuazione della responsabilità anche da un punto di vista civilistico quando l'esercente la professione sanitaria si sia attenuto a linee guida ed a buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Parrebbe che alla colpa venga attribuito un ruolo per la quantificazione del danno del

⁵⁵ Ritieni in proposito CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 160, che l'art. 2043 c.c. rimane come sfondo generico della disciplina della responsabilità del medico, la cui specificità va trovata altrove e altimenti.

⁵⁶ Individua la *ratio* dell'intervento normativo nella parziale depenalizzazione dell'illecito sanitario Trib. Bari, 30.4.2014, n. 2141, in *De jure*. Per quel che può valere, ma che in ogni caso sembra essere indicativo dell'intento di chi ha contribuito alla redazione della disposizione, si ricorda quanto affermato dall'On. Barani (medico) nel suo intervento in qualità di relatore della legge di conversione: «Con tale innovazione, il medico, se dovesse rispondere per colpa lieve, sarà sempre tenuto a risarcire il danno, ma non andrà incontro a responsabilità penali»; in proposito l'On. Turco ha affermato che la medicina difensiva può essere superata «se il medico svolge la sua opera in un ambiente sicuro che gli consente di prevenire gli errori e se sa che è perseguito penalmente quando c'è il dolo e non per colpa lieve, quando c'è un sistema di assicurazione che lo tutela»; gli interventi sono riportati da DE LUCA M., *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, cit., p. 28, dove si osserva che precipuo intento della riforma è di evitare ai sanitari angoscianti persecuzioni di natura penale e non già di rifondare le regole della responsabilità civile del medico.

tutto nuovo ed anomalo rispetto a quello che ha avuto tradizionalmente⁵⁷, ispirato, oltre che ad una concezione tipicamente riparatoria e non sanzionatoria, al generale principio dell'integralità del risarcimento del danno. La colpa, nel sistema delineato dall'art. 2043 ss., costituisce il criterio generale di imputazione della responsabilità, unitamente ai criteri previsti per le c.d. responsabilità speciali, e non ha alcun ruolo né per la selezione dell'area del danno risarcibile né per la quantificazione del danno: diversamente da quanto accade nel diritto penale dove, nell'infliggere la pena, il giudice tiene conto del grado della colpa (art. 133, comma 1, n. 3, c.p.), nell'illecito civile la colpa è uno dei suoi elementi che determina, coesistendo con gli altri, esclusivamente l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria⁵⁸. Se invece, come sembra fare la disposizione dell'art. 3, comma 1, d.l. n. 158/2012, la colpa, e in particolare la colpa lieve, dovesse determinare una riduzione del risarcimento, la funzione riparatoria della responsabilità civile subirebbe una deroga totalmente ingiustificata, con la conseguenza che una simile interpretazione esporrebbe la norma a forti rischi di incostituzionalità⁵⁹.

Anche per questa ultima osservazione, si può senz'altro concludere che si tratta di una norma poco tecnica che presenta incongruenze e difetti anche gravi⁶⁰, nella quale, probabilmente, sono stati confusi il piano penalistico e quello civilistico della responsabilità medica. Pertanto sembra corretto ritenere che il riferimento all'art. 2043 c.c. non ha operato alcuna scelta riguardo alla natura della responsabilità del medico, ma ha soltanto fatto salvo il risarcimento del danno anche in caso di applicazione della esimente penale, lasciando l'interprete libero di individuare il modello da seguire in ambito di risarcimento di natura civile, che pertanto va ribadito essere quello della responsabilità contrattuale⁶¹.

Camerino, giugno 2015.

⁵⁷ Cfr., su tale osservazione, GIRINELLI F., *Il Decreto Legge Balduzzi al vaglio della giurisprudenza: luci e ombre sulla responsabilità civile dei sanitari*, in *www.filodiritto.it*, 23.3.2015, p. 5.

⁵⁸ Ampiamente sulla colpa, FRANZONI M., *L'illecito*, in *Tratt. resp. civ.* diretto da M. Franzoni, Milano, 2010, p. 175 ss.

⁵⁹ Così, DE LUCA M., *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, cit., p. 29.

⁶⁰ Osserva efficacemente FAVALE R., *Profili attuali della responsabilità civile medica*, cit., p. 50, che l'esempio della legge Balduzzi dimostra come il legislatore talvolta ignori i formanti dottrinale e giurisprudenziale. Sul concetto di formante si rinvia a SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 43 ss; ID, *Formante*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 438 ss.

⁶¹ CASSANO G. e CIRILLO B., *Casi di responsabilità medica*, cit., p. 10 ss.

ANNA MARIA DEL FANTE

Affidamento condiviso e diritti dei figli: le rationes decidendi nella giurisprudenza
(Parte prima: profili personali)

Sommario: 1. L'affidamento condiviso: individuazione della fattispecie – 2. Il ruolo centrale del c.d. diritto alla bigenitorialità – 3. L'affidamento esclusivo come scelta residuale – 4. L'affidamento condiviso quale soluzione prioritaria – 5. L'affidamento etero-familiare – 6. Le decisioni di maggior interesse per il minore – 7. Il problema della *Kafalah* – 8. Gli accordi tra i genitori – 9. La situazione giuridica degli ascendenti – 10. La “nuova” responsabilità genitoriale.

1. *L'affidamento condiviso: individuazione della fattispecie*

Nell'evoluzione della disciplina giuridica della famiglia, formazione sociale per eccellenza, alla quale è dedicata una specifica, pregnante tutela costituzionale, assume peculiare rilievo l'introduzione della figura dell'affidamento condiviso [d'ora in poi: a.c.] ad opera della l. 8 febbraio 2006, n. 54.

Invero, il legislatore, ancora una volta, come per altre realtà sociali, ha preso atto che il diritto può (e deve) svolgere una funzione promozionale, soprattutto in settori delicati e ad alto rischio di inclusione/esclusione con riferimento ai valori costituzionalmente garantiti. Sicché, anche alla luce di norme sovranazionali, l'attenzione è stata concentrata sulla protezione privilegiata ed adeguata, in prospettiva di libero sviluppo della loro personalità, dei soggetti più deboli della comunità familiare, col tempo diventata un «microcosmo di relazioni fragili»¹, talvolta affatto inidonea ad assolvere il suo fondamentale ruolo socio-giuridico.

¹ L'espressione, tratta da E. BORGNA, *La fragilità che è in noi*, Torino, 2014, si legge in A. BONOMI, *L'ombra della crisi dietro a violenze e famiglie fragili*, in *Il Sole24ore*, 31 agosto 2014.

In questo quadro, la previsione, come regola generale², dell'a.c. dei figli mira a ricompattare la famiglia in crisi o disgregata sull'obiettivo primario dello sviluppo della personalità della prole ed in funzione di una crescita sana ed equilibrata di essa.

L'a.c., investendo entrambi i genitori della responsabilità per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione dei figli³, segna una netta discontinuità con il precedente assetto normativo, indirizzato all'affidamento monogenitoriale, sebbene non fossero infrequenti i casi di affidamento c.d. congiunto.

² E' un'opinione (ormai) diffusa: v., *ex multis*, Trib. Trani, 4 aprile 2007; Trib. Bari, 24 luglio 2007; Trib. Matera, 24 novembre 2007; Trib. Catania, 13 febbraio 2008; Trib. Lodi, 26 giugno 2008; Trib. Cassino, 4 novembre 2008; App. Roma, 11 luglio 2007; App. Catania, 24 aprile 2009, che discorre di «modalità naturale» della genitorialità, attinente alla qualità di vita del minore. Fa riferimento all'interesse esistenziale del minore, Cass., 18 agosto 2006, n. 18187. Incisivamente, Cass., 7 dicembre 2010, n. 24841, chiarisce che la deroga alla preferenzialità del regime di a.c. è del tutto eccezionale e necessita di adeguata giustificazione. Sul punto, cfr., inoltre, Cass., 18 giugno 2008, n. 16593, in *Fam. min.*, 2008, 8, 42 ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 68; Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587, in *Foro it.*, 2010, I, 427; Cass., 2 dicembre 2010, n. 24256, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 412. In dottrina, v. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2013, p. 207 ss. (affidamento condiviso come modalità normale di regolamentazione dei rapporti tra genitori e figli alla fine della convivenza, in una cornice in cui il baricentro dell'unità della famiglia si sposta dalla coppia al bambino e l'attenzione si sposta dal matrimonio alla filiazione); T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, II ed., Torino, 2014, p. 268 ss. (a.c. quale soluzione prioritaria e privilegiata con cui ambedue i genitori assumono la cura della prole); S. PATTI, *Rilievi introduttivi*, in AA.VV., *L'affidamento condiviso*, a cura di S. Patti e L. Rossi Carleo, Milano, 2006, p. 2; G. PAGLIANI, *La riforma dell'affidamento condiviso*, in *Famiglia e persone*, III, t. 1, *Aggiornamento*, ne *Il dir. priv. nella giur.*, a cura di P. Cendon, Torino, 2008, p. 166 ss. (criterio ordinario, preferenziale, vero e proprio principio cardine della riforma); G. BALLARANI, in S. PATTI e L. ROSSI CARLEO, *Provvedimenti riguardo ai figli*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2010, pp. 40 e 59 ss.; M. SESTA, *La nuova disciplina dell'affidamento dei figli*, in M. Sesta e A. Arceri (a cura di), *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, in *Nuova giur. dir. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 2012, p. 17 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, II ed., Milano, 2013, p. 704 s. (nuovo a.c. inteso come diritto alla bigenitorialità, come «attiva e fattiva presenza di entrambi i genitori accanto al figlio»). Si mettono, dunque, in primo piano le esclusive esigenze dei figli: cfr., inoltre, V. SCALISI, *Il diritto del minore alla "bigenitorialità" dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 520 ss.; F. RUSCELLO, *La tutela dei figli nel nuovo affidamento "condiviso"*, *ibidem*, p. 625 ss.; G. SALITO, *L'affidamento condiviso dei figli nella crisi familiare*, ne *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, diretto da G. Autorino Stanzione, V, Napoli, 2007. Secondo F. TOMMASEO, *L'interesse dei minori e la nuova legge sull'affidamento condiviso*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 291 ss., l'interprete dovrà applicare le norme sempre in funzione dell'interesse dei figli, correggendone l'eventuale difforme senso letterale in omaggio alla coerenza di un sistema che postula un principio, quello appunto dell'interesse precipuo della prole, su cui ruota l'intera disciplina legale.

³ V., ora, l'ampia formula recata dall'art. 3 d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, che, riproducendo l'art. 147 c.c., lo arricchisce della previsione aggiuntiva del diritto del figlio ad essere assistito «moralmente» dai genitori. Peraltro, la norma va riconnessa all'introduzione dell'art. 315 *bis* c.c. (art. 8 l. 10 dicembre 2012, n. 219), che, al comma 2, sancisce il diritto del figlio a crescere in famiglia, ulteriormente rafforzando quella dimensione affettivo-morale. Nella prassi veniva, antecedentemente alla riforma, privilegiato l'affidamento monogenitoriale (S. PATTI, o. cit., p. 9 s. – valore fondamentale è invece la preservazione di un intenso rapporto tra il figlio ed entrambi i genitori nonostante la cessazione della vita di coppia, ponendo su ambedue un obbligo di «cura» –; G. PAGLIANI, o. cit., p. 157 ss.; M.N. BUGETTI, *Affidamento condiviso e affidamento monogenitoriale*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 59 – l'a.c. riveste un ruolo promozionale per l'attivazione di un rapporto dialogico tra i genitori, spronati a comunicare tra loro a cagione della necessaria ripartizione della responsabilità genitoriale –).

Tuttavia, l'affidamento congiunto comportava che i genitori esercitassero il loro ruolo, per così dire, a mani unite, con esercizio congiunto della “potestà”, mentre il novello affidamento rimanda ad un’idea di compartecipazione nei compiti di cura e crescita della prole, di modo che ciascun genitore conserva l’esercizio della “potestà” (*rectius*: responsabilità genitoriale)⁴, esercizio che può anche essere disgiunto per le decisioni di ordinaria amministrazione^{5,6}.

In altri termini, l’a.c. postula, ed al contempo promuove, una genitorialità cooperativa e consensuale, una paritaria condivisione del ruolo genitoriale, nel prioritario interesse dei figli a continuare ad avere un rapporto equilibrato con il padre e con la madre, seppur separati⁷.

⁴ Espressione che ha sostituito la precedente per effetto della nuova disciplina dettata dal d.lgs. n. 154 del 2013.

⁵ Può essere stabilito un esercizio separato dalla “potestà” da parte dei genitori limitatamente alle decisioni concernenti la quotidianità, che saranno prese dal genitore presso cui permane il figlio, cioè da chi in quel momento avrà con sé il figlio: Trib. Bologna, 9 maggio 2006; Trib. Catania, 16 giugno 2006; Trib. min. Catania, 23 maggio 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 75, secondo cui l’esercizio separato va disposto anche in caso di affidamento esclusivo. Tanto più in situazioni di forte conflittualità tra i genitori: App. Trento, 15 giugno 2006. Più in generale, si ha cura di precisare che la gestione condivisa dei figli non significa immediata e capillare assunzione di decisioni unanimi in ordine alla quotidianità: App. Trento, 24 agosto 2006. Sul punto v., per un’ampia disamina e ragguagli bibliografici, G. PAGLIANI, o. cit., p. 176 ss.; G. BALLARANI, o. cit., p. 65 ss.; M. SESTA e M. BALDINI, *La potestà dei genitori*, ne *L’affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 118 ss.

⁶ D’altra parte, sebbene sia tuttora praticabile e, nelle fattispecie concrete, auspicato e realizzato l’affidamento esclusivo, dal nuovo assetto normativo consegue che anche in tale ipotesi si deve ritenere che permanga in capo ad entrambi i genitori non soltanto la titolarità ma altresì l’esercizio della “potestà”, sia pure differenziata nel contenuto tra genitore affidatario e genitore non affidatario: v. già, nel vigore degli artt. 155 e 155 *bis* c.c., oggi trasfusi negli artt. 337 *ter* e 337 *quater* c.c., App. Napoli, 22 marzo 2006 e Trib. min. Trento, 11 aprile 2006. Per l’opinione di segno contrario, v. Trib. Catania, 1° giugno 2006; Trib. min. Cagliari, 16 aprile 2007, in *Fam. dir.*, 2007, 11, 82; Trib. Pisa, 16 febbraio 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1719. Tuttavia, il giudice può sempre disporre circa l’esercizio della “potestà” genitoriale, tenendo in precipuo conto l’interesse del minore: cfr. Trib. Bologna, 17 aprile 2008, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 684; Cass., 10 maggio 2011, n. 10265, in *Giur. it.*, 2011, 12, 1095 ed in *Corr. giur.*, 2012, 91, per la quale «nel quadro della nuova disciplina dei rapporti familiari è stata operata una vera e propria dicotomia fra l’esercizio della potestà genitoriale e l’affidamento della prole». In tema, il Trib. min. Milano, 24 febbraio 2014, benché dubitando della legittimità costituzionale del nuovo art. 337 *quater* c.c. per la parte che introduce l’esercizio congiunto della responsabilità genitoriale per le decisioni di maggior interesse per i figli, prescrizione che renderebbe sovrapponibili affido esclusivo ed a.c. con esercizio separato delle questioni di ordinaria amministrazione, rileva che non sussistono i presupposti per sollevare questione di legittimità costituzionale, in quanto difetta la rilevanza, atteso che nella norma è presente la clausola «salvo diversa disposizione del giudice», utilizzabile nel caso di specie (palese disinteresse mostrato dal padre durante tutto l’arco della procedura e conseguente prevedibilità di atteggiamenti ostruzionistici nell’ipotesi di condivisione dell’affidamento). Sostiene la necessità dell’accordo dei genitori sulle decisioni più rilevanti per il minore anche in regime di affidamento esclusivo, T. AULETTA, o. cit., p. 274. In generale, sull’esercizio della “potestà” in tale sede, cfr. M.N. BUGETTI, o. cit., p. 67 ss. (ed *ivi* riferimenti).

⁷ Trib. Messina, 18 luglio 2006; Cass., 18 giugno 2008, n. 16593.

Si afferma, così, decisamente, quale principio generale, nel nostro ordinamento giuridico il diritto del minore alla bigenitorialità, già contemplato⁸ e di recente ribadito⁹ da fonti sovranazionali, a prescindere dalla crisi della relazione di coppia nonché dalla natura coniugale o no di essa.

Siffatto mutamento prospettico è stato ulteriormente rafforzato e corroborato dalle ultime modifiche legislative in materia di famiglia. In particolare, risalta la rinnovata impostazione dei rapporti tra genitori e figli, modellata sul diritto di questi ad essere mantenuti, educati ed assistiti moralmente dai genitori, nel rispetto delle proprie capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni (art. 315 *bis*, comma 1, c.c., introdotto dall'art. 8 l. 10 dicembre 2012, n. 219). Parallelamente, l'art. 147 c.c., sull'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione e delle aspirazioni dei figli, viene riformulato aggiungendo l'obbligo di assistenza morale (leggi: affettiva)¹⁰, ma “nel rispetto” e non più “tenendo conto” delle capacità, ecc. dei figli medesimi, in stretto coordinamento con quanto previsto dal menzionato art. 315 *bis* c.c. (v. art. 3 d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154)¹¹.

⁸ L'art. 9 Conv. New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, sancisce il diritto del figlio separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi, a meno che ciò non sia contrario al suo interesse. È configurabile un vero e proprio diritto soggettivo dei figli a crescere nella propria famiglia, ricevendo l'assistenza dai loro genitori: T. AULETTA, o. cit., p. 363; M. SESTA, o. cit., p. 12. Anzi, il diritto alla bigenitorialità è da collocare nel novero dei diritti inviolabili della persona: A. PALAZZO, o. cit., p. 679 ss. (con ampi richiami).

⁹ L'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, vincolante nel nostro ordinamento a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona (1° dicembre 2009), che, all'art. 6, le conferisce lo stesso valore giuridico dei Trattati, attribuisce ad ogni bambino il diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.

¹⁰ Nei lavori preparatori della l. n. 219 del 2012 si legge che si è preferito evitare il richiamo agli affetti, considerato improprio in un testo legislativo, ma si è comunque voluto introdurre nel rapporto genitori-figli un elemento che va oltre gli obblighi materiali, divenendo dovere di protezione personale.

¹¹ Interessante, ad ulteriore, piccolo ma non meno significativo, esempio, la circostanza che il legislatore abbia avvertito la necessità di sostituire, nell'art. 401 c.c., la parola «allevamento» con quella di «mantenimento» del minore (art. 61 d.lgs. n. 154 del 2013 – che dire se non «*nomina sunt consequentia rerum*!» –). Sul punto, la Relazione c.d. Bianca discorre di superamento di un concetto di adempimento legato alla mera nutrizione, a favore di un termine che pone l'accento «sul più ampio obbligo di far fronte alle diverse esigenze della vita di un minore che non si riducono al solo sfamarlo» – p. 173 –. «Il figlio ha il diritto di essere formato e sostenuto moralmente in un contesto, qual è quello familiare, in cui dovrà essere posto in condizione di coltivare le proprie doti e i propri talenti» (così, in una prospettiva d'indagine prevalentemente orientata alla disamina del dovere di contribuzione alle necessità della famiglia (anche) da parte del figlio, L. BARCHIESI, *La contribuzione nella nuova famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 6, p. 1297 ss., qui p. 1311, il quale, opportunamente, ricomprende nel concetto di famiglia «tutti quei consorzi familiari o parafamiliari che, seppur disancorati dal vincolo matrimoniale perché non fondati sul matrimonio, sono tutt'altro che privi di rilevanza giuridica in quanto caratterizzati da una convivenza tra i membri del gruppo che ne evidenzia il carattere di famiglia naturale» – p. 1324 –).

Si riconosce, quindi, centralità al c.d. interesse del minore¹², espressione, questa, dai contorni talora incerti e foriera di equivoci applicativi¹³, ma che, tuttavia, è ormai definitivamente consacrata in un vero e proprio diritto soggettivo del minore nelle molteplici manifestazioni del rapporto familiare, tale da orientare le pronunce giurisprudenziali, le quali si avvalgono, in svariate fattispecie, del riferimento a siffatto diritto¹⁴.

Pertanto, il superiore interesse del minore funge da precipuo parametro esegetico, criterio-guida per il giudice, il quale deve proporsi l'obiettivo di garantire la serenità e la sta-

¹² Tutelato, a prescindere dall'esistenza di un rapporto coniugale tra i genitori, solamente sulla base del rapporto di filiazione, senza alcuna distinzione: v. artt. 7 e 8 l. n. 219 del 2012. Su tale nozione, sovente accusata di essere sfuggente ed indeterminata e di aprire la porta ad un eccessivo potere discrezionale del giudice, opportunamente si sofferma G. FERRANDO, o. cit., p. 287, asserendo che «come ogni clausola generale, anche quella dell'interesse del minore attribuisce al giudice il potere di definire il precetto normativo in relazione alle circostanze del caso concreto, facendo perciò riferimento a quelle proprie del particolare contesto in cui il minore si trova a vivere; di valorizzare la pluralità delle concezioni etiche, religiose e culturali diffuse in una società sempre più complessa ed articolata. Tutte queste valutazioni debbono poi essere compiute alla luce dei principi fondamentali di un dato ordinamento», ed incisivamente aggiungendo che, dovendo il giudice tener conto del concreto interesse del bambino, inteso come persona, l'interesse del minore va riguardato in senso relazionale, come elemento del rapporto con i genitori, orientato alle esigenze della sua crescita. Anche G. PAGLIANI, o. cit., p. 171, afferma che siffatto interesse non è definibile in astratto, ma emerge dall'analisi della situazione fattuale. V. pure G. BALLARANI, o. cit., p. 28 ss. sul corretto inquadramento di simile interesse nell'alveo dell'esigenza di sviluppo della personalità del minore e pertanto metro adeguato di valutazione della responsabilità genitoriale. D'altronde, la natura di canone fondamentale della normativa (l'interesse in questione funziona, oramai, come una sorta di *passé-partout* e funzionalizza pressoché tutta la disciplina del diritto di famiglia: conf. A. PALAZZO, o. cit., p. 532), riconosciuta alla centralità dell'interesse in parola (che ha reso il diritto di famiglia «paidocentrico»: J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, Paris, 1980, p. 370), è acquisita e rafforzata nella recente legge sull'equiparazione dei figli (cfr. G. CASABURI, *Novità legislative in tema di affidamento e di mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio: profili sostanziali*, in *Foro it.*, 2013, V, c. 79 ss.).

¹³ Si pensi, ad es., alle decisioni prese in un clima di accesa conflittualità tra i genitori, con le inevitabili ricadute sull'equilibrio psicofisico dei figli, nonché alle frequenti difficoltà che sorgono per garantire l'effettività della relazione del minore con il genitore non collocatario, attesa la diffusa collocazione prevalente dello stesso presso uno dei genitori, più spesso la madre. In proposito, si chiarisce che l'a.c. «deve essere calibrato in relazione alla fattispecie concreta al fine di realizzare il preminente interesse del minore» (così, Trib. Modena, 18 aprile 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 512). In linea generale, sull'interesse del minore come criterio-base nell'orientare i provvedimenti del giudice, v., ad es., Cass., 18 maggio 2006, n. 11749, in *Foro it.*, 2007, I, 184.

¹⁴ Ad es., la Corte costituzionale, sul presupposto che il c.d. interesse del minore costituisce un parametro fondamentale di valutazione nelle questioni che lo coinvolgono, ha dichiarato illegittima la normativa del codice penale sull'automatica perdita della potestà genitoriale nell'ipotesi di condanna pronunciata contro il genitore per i delitti di alterazione e soppressione di stato (art. 569 c.p.). La Corte ha sostenuto che simile automaticità compromette l'interesse del figlio minore a vivere ed a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ogni genitore, da cui ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione. In dettaglio, incidendo la pena accessoria della decadenza su una potestà che riguarda non soltanto il suo titolare ma anche, necessariamente, il figlio minore, è evidente che in tanto si può ritenere giustificabile l'interruzione della relazione di rilievo giuridico, oltre che naturalistico, in quanto essa sia attuata proprio in funzione degli interessi del minore (Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31 e 23 gennaio 2013, n. 7, in *www.giurcost.org*, la quale ultima richiama a supporto le fonti sovranazionali, nonché le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su una giustizia a misura del minore, adottate il 17 novembre 2010). Sulla decisione della Corte, v. il commento di U. ZINGALES, in *www.minoriefamiglia.it*.

bilità dei rapporti affettivi con entrambi i genitori, con riguardo, da un lato, alla personalità del minore, dall'altro, alla capacità dei genitori di esercitare responsabilmente le prerogative a loro attribuite dall'ordinamento giuridico, in virtù del rapporto di filiazione. In effetto, alla luce dell'art. 30, comma 1, Cost. e delle fonti sovraordinate, questo rapporto chiama i genitori ad assolvere le loro responsabilità nei confronti dei figli, per assicurare ad essi uno sviluppo ed una maturazione integrale della personalità, in una prospettiva funzionale, costruita non come frutto dell'esercizio di una libertà personale, ma come un diritto-dovere che trova nell'interesse del figlio la sua giustificazione ed il suo limite. Di tal che, l'istituto della "potestà" genitoriale, in quanto strettamente e rigorosamente finalizzato alla protezione dell'interesse del minore ed alla formazione della sua personalità, è da considerare sempre meno come "diritto" e sempre più come "dovere" posto a presidio di diritti fondamentali della persona¹⁵.

Dunque, il preminente interesse del minore costituisce il criterio di fondo che sorregge i provvedimenti giurisdizionali in tema di affidamento della prole¹⁶ ed il legislatore ha

¹⁵ Esemplarmente, Cass. pen., 29 luglio 2014, n. 33452, che discorre di «nozione funzionale della potestà genitoriale, vista quale ufficio di diritto privato, quale mezzo, cioè, attraverso il quale il titolare è messo nelle condizioni di adempiere al meglio i propri obblighi di assistenza nei confronti del figlio»; pertanto, la tutela della potestà parentale deve essere declinata in senso «dinamico», ossia funzionale alla realizzazione dell'interesse del minore. V. pure Cass., 5 marzo 2014, n. 5097, in *Foro it.*, 2014, I, 1067, ove si sottolinea che la funzione genitoriale è aliena da qualsivoglia concezione di «privatezza». In letteratura, v., per tutti, G. PAGLIANI, o. cit., p. 175; G. BALLARINI, o. cit., p. 54 ss., per il quale la "potestà" genitoriale si configura come un *munus* volto alla realizzazione degli interessi della prole e va riconosciuta in termini di esercizio di una funzione in cui il profilo del dovere genitoriale è un *primum* rispetto ai poteri, giacché il nucleo familiare medesimo è assunto a tutela dello sviluppo della personalità della prole. Critico sull'inquadramento della "potestà" come mero ufficio, perché non tiene conto delle relazioni affettive correnti tra genitore e figlio, è A. PALAZZO, o. cit., p. 565 ss. (qui, p. 568), il quale, per altro verso, precisa che essa non può più essere intesa come espressione di una posizione di potere sul figlio, a cui corrisponderebbe una soggezione del minore, giustificata da un interesse alieno e superiore, e che la posizione dei genitori nel rapporto di filiazione è caratterizzata dagli obblighi aventi per finalità preminente l'interesse del minore, soggetto attivo del rapporto che partecipa all'adempimento degli obblighi genitoriali attraverso il dialogo (p. 590 ss., spec. p. 599).

¹⁶ *Ante* riforma del 2006, v., ad es., Cass., 4 gennaio 2005, n. 116. Sul rimedio monoparentale che consegue ad una indagine negativa sull'idoneità educativa del genitore che si pretende di escludere, cfr., altresì, per ulteriori richiami dottrinali e giurisprudenziali, G. BALLARANI, o. cit., pp. 26, 42 ss. e 61 ss.; M.N. BUGETTI, o. cit., p. 61 ss. (qui, valutazione della rilevanza di comportamenti, atteggiamenti, stile di vita del genitore indagato, suscettibili di ripercuotersi in via immediata sul rapporto con la prole). D'altro canto, in proposito, è dato parlare di un diritto soggettivo del minore alla monogenitorialità, allorché egli debba essere tutelato dall'ingerenza contraria al proprio sviluppo psicofisico proveniente da un genitore (così, G. BALLARANI, o. cit., p. 42) oppure da un manifesto disamore di quest'ultimo (v., utilmente, sui casi di genitori disinteressati o, all'opposto, assillanti, R. RUSSO e M. STURIALE, *L'affidamento dei minori nella prospettiva europea*, Milano, 2013, p. 95 ss.). Comunque sia, il pregiudizio per il minore non deve essere puramente eventuale, ma bensì certo o, almeno, presumibilmente certo, in considerazione dello stile di vita del genitore al quale ci si oppone, o dell'accertata incapacità dello stesso alla dedizione materiale ma anche (anzi, soprattutto) morale, affettiva, che

giudicato idonea a realizzarlo la previsione, quale soluzione prioritaria e regola generale¹⁷, dell'a.c.

L'istituto in esame diventa il regime normale di affidamento dei figli minori, degradando ad eccezione ogni altra ipotesi, a meno che esso, con riguardo alle circostanze del caso concreto, non generi un serio pericolo, un pregiudizio certo¹⁸ per l'equilibrato sviluppo dei figli medesimi. Nella pratica attuazione, si rende, nondimeno, necessaria una conti-

l'affido di un minore inevitabilmente comporta (efficacemente, G.E. NAPOLI, *L'interesse del minore a vivere con uno solo dei genitori nel quadro delle tendenze normative verso la bigenitorialità*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 488 s.). Quanto, poi, all'eventuale accertamento di uno stato di abbandono, materiale e/o morale, che legittima l'avvio di una procedura volta all'adozione, v., per tutti, G. FERRANDO, o. cit., p. 303 ss., spec. p. 308 ss.; T. AULETTA, o. cit., p. 383 ss.; T. MONTECCHIARI, *L'adozione legittimante dei minori*, in *Famiglia e persone*, cit., p. 318 ss. (ed *ivi* ulteriori richiami).

¹⁷ Cfr., *ex multis*, Trib. min. Abruzzo, 26 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2007, 3110; Trib. Modena, 18 aprile 2007; Cass., 18 giugno 2008, n. 16593; e la giurisprudenza cit. in nota 2. Il giudice, quindi, nel disporre in ordine all'affidamento dei figli minori, deve privilegiare l'a.c., sebbene in assenza di espressa volontà conforme dei genitori, «trattandosi di istituto che meglio risponde all'interesse della prole di avere garantito un rapporto continuativo ed equilibrato con entrambi» (efficacemente, Trib. Trani, 4 aprile 2007).

¹⁸ Quando è evidente, ad es., l'inidoneità educativa di uno dei genitori (fra le tante, Cass., 17 dicembre 2009 n. 26587, in *Fam. min.*, 2010, 1, 50) o addirittura l'inadeguatezza di entrambi (in questa evenienza, il giudice potrà utilizzare i servizi sociali e l'affido eterofamiliare – per un caso, Cass., 11 ottobre 2013 n. 23193 –, ed in ultima analisi dichiarare lo stato di abbandono al fine dell'adottabilità del minore. Ciò può verificarsi allorché i genitori non appaiono in grado di assicurare al minore quel minimo di cure materiali, calore affettivo, aiuto psicologico, indispensabili per lo sviluppo e la formazione della sua personalità e la situazione non è dovuta a forza maggiore di carattere transitorio (Cass., 10 luglio 2013, n. 17096 – il caso riguardava un minore affetto da un lieve deficit cognitivo, per cui esigeva particolari cure ed attenzioni, ottenibili soltanto in un alveo familiare stabile che gli potesse assicurare un sostegno certo e rapido –), per tale dovendosi intendere quella inidonea, per la sua durata, a pregiudicare il corretto sviluppo psicofisico del minore. D'altro canto, la dichiarazione dello stato di abbandono «non ha alcuna connotazione sanzionatoria della condotta dei genitori, ma è pronunciata nell'esclusivo interesse del minore, il quale rappresenta il criterio che deve orientare in via esclusiva la valutazione del giudice» (Cass., 20 gennaio 2014, n. 1099 – il caso manifestava gravi criticità del nucleo familiare, costituite da «grave precarietà delle condizioni psichiche della madre, palese difficoltà del padre a farsi carico della situazione della compagna e nel contempo dei bisogni dei figli, impellenza ed entità di detti bisogni, per l'età e le allarmanti condizioni» in cui versava la prole, da cui la necessità di un urgente inserimento in un nucleo familiare in grado di assicurare ad essa attenzione privilegiata e cure appropriate e personalizzate, non procrastinabili e protratte nel tempo –). Di tal che, la dichiarazione predetta può essere assunta anche quando lo stato di abbandono sia determinato da un disturbo comportamentale grave e non transitorio che renda il genitore, ancorché ispirato da sentimenti di amore sincero e profondo, inidoneo a prendere ed a conservare piena consapevolezza delle proprie responsabilità verso il figlio, nonché ad agire in modo coerente per curarne al meglio lo sviluppo fisico, psicofisico ed affettivo, sempreché il disturbo sia tale da coinvolgere il minore, arrecando danni irreversibili al suo sviluppo ed al suo equilibrio psichico (Cass., 29 ottobre 2012, n. 18563; Cass., 21 marzo 2014, n. 6755 – qui, il caso presentava, oltre ad un padre totalmente assente non soltanto nel processo ma anche nella vita della prole, una madre, sebbene amorevole, affetta da un «disturbo della personalità con funzionamento psicologico paranoide, caratterizzato da affetti, impulsi ed idee intollerabili che vengono disconosciuti ed attribuiti ad altre persone» e con spunti persecutori che non le permettono «un minimo di consapevolezza circa le sue criticità e difficoltà personali». Questa condizione aveva causato «una situazione di grave sofferenza psichica a carico dei minori che accusavano sintomi di stress post-traumatico che rimandavano ad episodi causativi di vera e propria paura e verosimilmente ad episodi di veri e propri maltrattamenti, negati, perché rimossi» dalla madre –).

nuità di relazione tra i genitori, allo scopo di assicurare al figlio quella qualità di vita che l'a.c. si prefigge: occorre, cioè, un progetto educativo condiviso, un impegno dei genitori per un programma concordato sull'educazione, istruzione e cura del figlio, nel rispetto delle sue esigenze¹⁹. Il che, però, non significa che, in assenza di simile progetto, non si possa disporre l'a.c.²⁰, avendo il giudice un ampio ventaglio di risorse a sua disposizione per favorire l'instaurazione, anche attraverso percorsi di sostegno, di un dialogo costruttivo²¹ dei genitori nell'interesse della prole. Altrimenti, si correrebbe il rischio (concreto) di un'applicazione residuale dell'a.c., coincidente con il vecchio affidamento congiunto, qualora, come avviene molto di frequente, la conflittualità tra i genitori impedisse il dialogo sulle questioni concernenti la vita del figlio, senza considerare il fatto che uno dei genitori potrebbe strumentalmente innescare in via unilaterale i conflitti allo scopo di orientare il giudice verso un affidamento esclusivo²².

2. Il ruolo centrale del c.d. diritto alla bigenitorialità

Nell'alveo della delineata impostazione, l'a.c. si connota quale strumento per concretizzare il diritto soggettivo dei figli a mantenere un rapporto soprattutto affettivo con en-

¹⁹ Trib. Bologna, 10 aprile 2006; Trib. min. Catania, 23 maggio 2007.

²⁰ Così, invece, App. Bari, 19 gennaio 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 300, che discorre di mancato riscontro di una convergenza di intenti e di una consapevole adesione ad un programma educativo comune. Sulla stessa linea di pensiero, App. Bologna, 8 gennaio 2007, facendo leva sull'esasperata conflittualità dei genitori.

²¹ Ne sottolineano la necessità Trib. Firenze, 27 settembre 2006, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1709 e Trib. Salerno, 30 giugno 2006, in *Fam. dir.*, 2006, 639. Che il magistrato, per rendere effettivi i suoi provvedimenti, possa (e debba) servirsi di un vasto strumentario di azione è stato di recente ribadito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Sez. II, sentenza 29 gennaio 2013, *Affaire Lombardo c. Italie*, in *Foro it.*, 2013, IV, 349 con nota di G. SERGIO, *Tutela effettiva dei diritti relazionali e rispetto della vita familiare* – c. 361 ss.), secondo cui, per garantire i diritti dei genitori separati, il giudice non si deve limitare a misurare «stereotipate ed automatiche», ma ha l'obbligo di adottare modelli decisori plastici e di concreta efficacia, nell'ottica di assicurare la massima attuazione del benessere del minore. Per essere adeguate, «le misure deputate a riavvicinare il genitore con suo figlio devono essere attuate rapidamente, perché il trascorrere del tempo può avere delle conseguenze irrimediabili sulle relazioni tra il fanciullo e quello dei genitori che non vive con lui» – nel caso specifico, la Corte ha sostenuto, in particolare, che «*la médiation des services sociaux aurait dû être utilisée encourager les parties à coopérer et ceux-ci auraient dû, conformément aux décrets du tribunal, organiser toutes les rencontres entre le requérant et sa fille... les juridictions internes n'ont pris aucune mesure appropriée pour créer pour l'avenir les conditions nécessaires à l'exercice effectif du droit de visite du requérant*» –. Tuttavia, ammonisce Cass., 1° luglio 2015, n. 13506, i percorsi di sostegno alla genitorialità non possono contemplare percorsi di tipo psicoterapeutico, perché così viene lesa la libertà personale garantita dalla Costituzione e si entra in conflitto con il divieto di imporre, al di fuori dei casi previsti dalla legge, i trattamenti sanitari. L'indicazione della via terapeutica, pertanto, esula dai poteri del giudice, ancorché venga disposta allo scopo di risolvere la condizione di immaturità della coppia genitoriale, rilevata dal ctu, impeditiva del reciproco rispetto dei ruoli.

²² Trib. Catania, 1° giugno 2006; Trib. Catania, 16 giugno 2006; Trib. Messina, 13 dicembre 2006. Anche la contumacia di un genitore non può essere di ostacolo alla pronuncia di a.c.: Trib. Bologna, 26 gennaio 2007.

trambi i genitori, malgrado la crisi e/o la disgregazione della famiglia di origine²³. In inscindibile nesso con questa configurazione, il ruolo centrale assegnato al c.d. diritto alla bigenitorialità conferma che l'ordinamento giuridico con contrassegna (più) il minore come oggetto della c.d. potestà dei genitori e/o del potere officioso del giudice di individuarne l'interesse preminente, ma bensì quale soggetto di diritto, titolare di un ruolo sostanziale, con rilevanti riflessi processuali²⁴, e che la "potestà" genitoriale, come del resto incisivamente (ri-)affermando nel d.lgs. n. 154 del 2013, si traduce in una «comune e costante assun-

²³ In generale, va rimarcato che la giurisprudenza riconosce un risarcimento per danno non patrimoniale derivante dalla privazione del diritto del minore all'assistenza economica e morale da parte dei genitori: Trib. Venezia, 18 aprile 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 927; Trib. Lecce, 3 settembre 2008, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 785 (nella specie, un vedovo aveva affidato le figlie a propri congiunti, allontanandole da casa); Trib. Roma, 4 febbraio 2011, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 824; App. Bari, 25 febbraio 2011, in *Fam. min.*, 2011, 42; Cass., 10 aprile 2012, n. 5662 (qui, l'ipotesi di mancato riconoscimento da parte del genitore naturale). Inoltre, cfr. Trib. Roma, 12 novembre 2013, n. 22648, secondo cui la totale assenza del padre dalla vita del minore, che aveva per giunta perduto in tenera età la madre, concreta la violazione di obblighi a cui corrispondono diritti primari della persona, costituzionalmente garantiti, dando luogo, pertanto, ad un illecito endofamiliare risarcibile. Ciò in quanto l'inadempimento degli obblighi fondamentali di mantenimento, istruzione, educazione e cura che gravano su ognuno dei genitori causa «una lesione significativa dei diritti scaturenti dalla filiazione, riconosciuti e tutelati in primo luogo dalla Costituzione (artt. 2 e 30) e quindi da numerose norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento»; Trib. Roma, 18 novembre 2014, in *IlSole24ore*, 4 dicembre 2014, che attribuisce il risarcimento del danno non patrimoniale al figlio nei riguardi del padre che lo abbandona totalmente, mostrando un perdurante disinteresse e privandolo di un rapporto continuativo ed adeguato: di conseguenza, la lesione del diritto del figlio di condividere fin dalla nascita con il proprio genitore la relazione filiale, di primario rilievo nello sviluppo dell'equilibrio psicofisico dello stesso, genera il diritto al risarcimento di un danno connesso al «vuoto emotivo, relazionale e sociale dettato dall'assenza paterna», danno liquidabile in via equitativa in base ai criteri della perdita parentale; Trib. Roma, sentenza n. 17401 del 2014, *ivi*, 16 aprile 2015, che, stigmatizzando la colpevole mancanza della figura paterna nello sviluppo della personalità del figlio, chiarisce che il mero mantenimento economico non esaurisce l'onere della responsabilità genitoriale, che si sostanzia nel soddisfacimento di obblighi «ancora più primari in quanto connessi alla cura, all'educazione e all'istruzione che sono da ritenersi ancor più fondamentali per il corretto sviluppo di una psiche in formazione, quale quella di un minore». In argomento, v. pure Cass., 22 novembre 2013, n. 26205 e Cass., 16 febbraio 2015, n. 3079. In tema di danno alla persona causato dalla violazione degli obblighi genitoriali (e sul rimedio risarcitorio) v., per tutti, T. MONTECCHIARI, *Rapporti tra genitori e figli*, in *Famiglia e persone*, cit. p. 149 ss.; M. PALADINI, *L'illecito dei genitori nei confronti dei figli*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 488 ss.

²⁴ Cass., 26 marzo 2010, n. 7281. In sostanza, il minore non può essere equiparato ad un bene conteso, ma deve essere apprezzato nella sua dimensione umana, di modo che occorre favorire concretamente il ristabilimento del legame familiare tra genitore non convivente e figlio, se difetta la collaborazione dell'altro genitore, fino a far ricorso a misure coercitive: cfr. Cass. pen., 31 luglio 2009, n. 31783; Cass., 3 aprile 2007, n. 8362, in *Foro it.*, 2007, I, 2049 ed in *Guida dir.*, 2007, 15, 28, che richiama allo scopo l'art. 709 *ter* c.p.c. Sul minore come "persona" e sul riconoscimento della sua dignità, identità, autonomia, v., segnatamente, G. FERRANDO, *La tutela del minore nella famiglia disgregata*, in *www.csm.it* (15 marzo 2010); EAD, *Diritto di famiglia*, cit., p. 251 ss.; A. PALAZZO, o. cit., p. 547 ss., spec. p. 554 (qui, nell'interessante cornice del diritto al dialogo codificato dal § 1626, comma 2, BGB, il discutere con il bambino – *besprechen mit dem Kind* –); P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, VII ed., Napoli, 2014, p. 145 ss., spec. p. 147.

zione di responsabilità nell'interesse esclusivo della prole»²⁵, funzionale alla promozione della personalità del minore.

L'a.c. rientra a pieno titolo in un quadro di centralità della persona del minore (si discorre di visione “puerocentrica”), essendo uno strumento ritenuto (massimamente) idoneo a garantire l'interesse morale e materiale dello stesso, ovvero una “modalità naturale” della genitorialità attinente alla qualità di vita del figlio²⁶, superandosi, così, l'antica logica del diritto di visita, ben potendo ogni genitore frequentare il figlio, senza essere costretto a rispettare dei giorni e dei tempi prestabiliti²⁷.

Per converso, l'a.c. non implica necessariamente una permanenza di pari durata del minore presso ciascun genitore, sebbene una suddivisione paritaria dei tempi di permanenza possa essere accordata tenendo conto della volontà manifestata in piena consapevolezza e libertà dal minore²⁸. In assenza di simile circostanza, non è richiesta, e nemmeno auspica-

²⁵ Non più «esercizio di un diritto-dovere in una posizione di supremazia» (Cass., 10 maggio 2011, n. 10265, in *Fam. dir.*, 2011, 12, 1095, che sottolinea la «maggiore centralità che assume l'interesse della prole rispetto alle conseguenze della disgregazione del rapporto di coppia»).

²⁶ App. Catania, 21 aprile 2009; Cass., 18 agosto 2006, n. 18187, in *Fam. dir.*, 2007, 345, che parla di «interesse esistenziale». Si ha cura, comunque, di precisare che ciò non implica la necessità di un mantenimento paritario in maniera diretta ed autonoma; anzi, non viene meno l'obbligo patrimoniale del genitore non collocatario di contribuire, con la corresponsione di un assegno, al mantenimento dei figli, in relazione alle loro esigenze di vita, nell'ambito del contesto familiare e sociale di appartenenza (cfr., altresì, Cass., 29 luglio 2011, n. 16376; Cass., 10 dicembre 2014, n. 26060).

²⁷ In questa direzione, v. App. Potenza, 14 novembre 2006, in *Fam. min.*, 2008, 60, secondo cui l'interesse del minore «è quello di vivere quanto più possibile con entrambi i genitori, senza che nessuno di essi venga escluso dalla sua vita quotidiana». Per un'esemplificazione, v. App. Catania, 18 febbraio 2010, ove viene chiarito che eventuali termini, fissati dal giudice della separazione, entro i quali i genitori devono concordare il periodo di vacanze estive che il figlio trascorrerà con il genitore non collocatario non hanno affatto natura perentoria, quindi la loro decorrenza non può essere assunta a pretesto per rifiutare di concordare il periodo in discussione e siffatto atteggiamento è censurabile dal giudice. Scompare, quindi, l'ottica (preesistente alla riforma) del cd. diritto di visita, sostituita da un regime contrassegnato ed informato al “dovere di presenza” dei genitori nella vita quotidiana del figlio (v., ad es., G. PAGLIANI, o. cit., p. 195 ss.).

²⁸ Cfr. Trib. Catania, 28 giugno 2006 e 12 luglio 2006, nonché Trib. Chieti, 28 giugno 2006. Un'ipotesi di affidamento alternato con pari suddivisione dei tempi in Trib. La Spezia, 14 marzo 2007 ed in Trib. Catania, 11 ottobre 2010, recante il caso della conforme volontà della figlia diciassettenne. Più di recente, v. Trib. Roma, 20 gennaio 2015, n. 1310, che si adegua alla situazione fattuale, in cui la figlia sedicenne divide il suo tempo in modo essenzialmente paritario presso le abitazioni, peraltro molto vicine, di entrambi i genitori. Che l'a.c. non implichi un'eguale permanenza del figlio presso ciascuno dei genitori e men che meno un'abitazione alternata è opinione largamente accreditata: cfr. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 210; G. BALLARANI, o. cit., p. 71 ss. (a.c. non equivale ad un'aritmetica partizione dei tempi e dei modi con cui il minore dovrà essere presente presso l'uno e l'altro genitore); R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 67 ss. (non necessità che i tempi di permanenza siano uguali tanto più nell'ipotesi che sussista una valutazione negativa sulla persona di un genitore, il che porta a ridurre al massimo i contatti tra i genitori in vista della frequentazione del figlio). Circa, poi, l'affido cd. alternato, tuona contro il continuo «ballottamento» del bambino, in termini non soltanto lo-

bile, «una spartizione chirurgica dei tempi e della presenza» del figlio presso ognuno dei genitori²⁹. A tale riguardo, si precisa che la caratteristica saliente dell'istituto appare individuabile non tanto nella dualità della residenza e nella parità dei tempi di cura, ma bensì nella «paritaria condivisione del ruolo genitoriale», allo scopo di predisporre ed attuare un programma concordato per l'educazione, la formazione, l'assistenza e la gestione del minore, nel rispetto delle sue esigenze e richieste³⁰.

Anzi, non è escluso che il minore abbia una stabile residenza presso un solo genitore, non potendo egli in concreto continuare a vivere con entrambi i genitori né apparendo ipotizzabile una collocazione alternata o l'alternanza dei genitori presso la casa in cui egli risiede, purché continui a mantenere rapporti regolari e continuativi anche col genitore non convivente ed i genitori condividano le scelte di maggiore importanza che lo riguardano³¹. In questo modo, l'a.c. si differenzia dall'affidamento c.d. alternato, cioè un affidamento a potestà esclusiva per un equo periodo all'uno ed all'altro genitore, alternativamente e per periodi di tempo prestabiliti. Nel concreto, tale tipologia di affidamento implica due paralleli affidamenti monogenitoriali, con il riconoscimento di un'autonoma potestà in capo al genitore per il periodo di permanenza del figlio presso di lui, senza l'obbligo di concordare

gistici, ma anche di cura e di educazione, A. ARCERI, *L'affidamento condiviso. Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Milano, 2007, p. 32.

²⁹ Trib. min. Trieste, 20 febbraio 2013, in *ILSole24ore*, 4 marzo 2013, che avverte dell'esigenza di non consentire, neanche nei casi di residenza dei genitori in entità separate di uno stesso edificio, «il palleggio ping-pong della prole», lesivo della dignità del minore.

³⁰ Trib. Bologna, 28 marzo 2006 e 22 maggio 2006; Trib. Messina, 18 luglio 2006. La differenza con le altre forme di affidamento non è di tipo quantitativo – pari distribuzione dei tempi di accudimento e frequentazione –, ma bensì qualitativo, nella direzione della pari partecipazione alla vita quotidiana del minore (G. PAGLIANI, o. cit., pp. 162 s. e 197, nonché p. 172 ss. sulla differenza con le tipologie dell'affido alternato e dell'affido cd. congiunto; v. pure M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso; a) profili sostanziali*, in *Fam. dir.*, 2006, 4, p. 377 ss. e, sull'affinità dell'affidamento congiunto all'istituto nordamericano denominato *joint physical custody*, mentre il nuovo a.c. richiede la compartecipazione nei compiti di cura e crescita del figlio, R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 59 ss.).

³¹ Trib. Messina, 13 dicembre 2006; Trib. Torre Annunziata, 2 maggio 2014. Si legge in Cass., 10 dicembre 2014, n. 26060 che, «mentre l'a.c. tende a mantenere viva, in riferimento al rapporto fra genitori e figli, la comunità familiare, la collocazione della prole presso uno dei genitori è il riflesso di un'esigenza pratica, essendo evidente che non è materialmente possibile, né appare opportuno, che il minore conduca la propria esistenza quotidiana presso entrambi i genitori, non più conviventi». Sul cd. genitore collocatario (o domiciliatario) v. A. COSTANZO, *I rapporti personali tra genitori e figli nella prospettiva giurisprudenziale*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 533 ss. Esprime riserve critiche alla prassi applicativa che individua un genitore, se non tecnicamente «affidatario», nei fatti «collocatario», A. PALAZZO, o. cit., p. 707. La prassi predetta rappresenta una fotografia dell'a.c. nella forma della *joint legal custody* nordamericana, stabilendo, per l'appunto, una domiciliatazione (o collocazione) prevalente del minore ed i tempi di permanenza presso l'altro genitore (R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 61).

le scelte attinenti alla vita del figlio medesimo. E' ovvio che ciò contrasta con l'obiettivo di assicurare stabilità soprattutto psichica a quest'ultimo, giacché l'alternanza dei genitori, principalmente nell'età infantile ma altresì nella delicata fase adolescenziale, si può ripercuotere sulla sua serena ed equilibrata crescita³².

Il fulcro del novellato sistema di affidamento va, dunque, ravvisato nell'esclusivo (ed assorbente) riferimento all'interesse morale e materiale della prole. Tanto induce a scindere radicalmente due aspetti: quello del rapporto di coppia, caratterizzato pur sempre, sebbene con diversa intensità caso per caso, dalla conflittualità connessa alla disgregazione dell'unità familiare, e quello relativo alla relazione interpersonale con i figli³³.

Innanzitutto, l'a.c. richiede una fattiva collaborazione ed un dialogo il più possibile pacifico tra i genitori, elementi questi che possono essere concretizzati e, per così dire, incentivati, in mancanza di cooperazione spontanea e responsabile, per il tramite di specifici provvedimenti giudiziali, con l'avvertenza che, malgrado tutto, i provvedimenti in materia di affidamento «non possono consistere in forzate sperimentazioni, nel corso delle quali, come in un letto di Procuste, le reali ed attuali esigenze della prole vengono sacrificate al

³² Trib. Modena, 8 giugno 2006, in *Giur. merito*, 2007, 363. Che l'a.c. non equivalga ad un affidamento alternato è sottolineato da Trib. Bologna, 10 aprile 2006; App. Bologna, 17 maggio 2006; Trib. Messina, 18 luglio 2006; Trib. Messina, 27 novembre 2012, in *Corr. merito*, 2013, 495, dove si aggiunge che è comunque necessario prevedere per il minore, specialmente fino alla prima età adolescenziale, «un *habitat* preferenziale, risultante dall'integrazione di un ambiente domestico, di relazioni personali e di abitudini comportamentali, idoneo a costituire un contesto di riferimento stabile». Non è, d'altronde, esclusa l'alternanza dei genitori nella casa familiare, sempreché non sussista un'oggettiva impraticabilità della soluzione (per un'ipotesi in cui, a causa delle precarie condizioni economiche, la madre non fosse in grado di provvedere ad un'abitazione per sé, escludendosi, perciò, la realizzabilità dell'alternanza, cfr. Cass., 20 gennaio 2015, n. 885).

³³ Sul punto, v., ad es., Trib. Bologna, 21 novembre 2006; Trib. Messina, 13 dicembre 2006; Trib. min. L'Aquila, 26 marzo 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2008, I, 188. Cass., 7 dicembre 2010, n. 24841 contesta ai giudici di merito di avere attribuito rilievo, per l'affidamento dei figli, a fatti accaduti molti anni prima ed aventi ad oggetto situazioni interpersonali tra i genitori, estranee all'attuale rapporto genitoriale e non conferenti con l'interesse dei minori (nella specie, la madre aveva falsamente accusato il padre di abusi sessuali sulla figlia di tre anni ed era stata condannata per calunnia, ma la sentenza non era ancora passata in giudicato). Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587 conferma la decisione di merito assoggettata a gravame, secondo la quale la contrarietà dell'a.c. all'interesse della prole deve essere valutata esclusivamente in relazione al rapporto genitoriale. Incisivamente, Trib. Napoli, 9 giugno 2006 rimarca che «le decisioni sull'affidamento prescindono dall'accertamento della responsabilità per il fallimento del matrimonio, in quanto sono esclusivamente volte alla tutela dei figli», a recuperare, cioè, il rapporto affettivo reciproco di essi verso i genitori. In tema, sottolinea C. PALADINO, *L'affidamento condiviso dei figli*, Torino, 2006, p. 121, che proprio la nozione normativa di «contrarietà all'interesse del minore» impone di utilizzare quale parametro di riferimento il rapporto genitoriale e non il diverso rapporto di coppia, Sulla doverosa distinzione tra il ruolo di coniuge (o di *partner*) e quello di genitore, v., inoltre, A. PALAZZO, o. cit., p. 700.

tentativo di conformare i comportamenti dei genitori a modelli tendenzialmente piú maturi e responsabili, ma contraddetti dalla situazione reale già sperimentata»³⁴.

D'altro canto, comunque escluso un regime di forzosa ed illusoria condivisione, va profuso ogni sforzo per favorire la cooperazione dei genitori in vista dell'equilibrato sviluppo del minore, in modo che la collocazione preferenziale presso uno dei genitori non venga percepita o financo utilizzata per rendere difficile o addirittura vanificare la relazione con l'altro da parte del minore medesimo³⁵.

Si richiede, pertanto, al genitore collocatario non soltanto di non ostacolare l'esercizio delle facoltà dell'altro, ma anzi di favorire il rapporto del minore con lui³⁶, attivandosi per una crescita serena, connotata dalla relazione interpersonale con entrambi i genitori³⁷.

³⁴ E' il severo monito rivolto ai giudici di merito da Cass., 17 maggio 2012, n. 7773, in *Foro it.*, 2013, I, 1839 (qui, il caso della collocazione, in via principale, della figlia sedicenne presso la madre, fondata, piuttosto che su un giudizio in concreto circa le capacità genitoriali della stessa, sul mero auspicio che la madre potesse migliorare il rapporto con la ragazza, la quale, dal canto suo, aveva espresso, in sede di audizione, il bisogno di maggiori spazi di incontro con il padre ed il desiderio di intrattenersi e relazionarsi di piú con l'attuale *partner* del genitore, la cui compagnia era di suo gradimento). V. pure Cass., 18 giugno 2012, n. 9949, *ivi*, I, 145, con un forte richiamo all'attenzione per l'interesse effettivo del minore.

³⁵ Per i giudici, invero, l'a.c. si presenta idoneo alla ripresa del dialogo tra i genitori, perché devono confrontarsi su decisioni importanti sulla vita dei figli: v. Trib. min. Bologna, 26 aprile 2006, nonché Trib. Genova, 10 giugno 2006, in *Corr. merito*, 2006, 1119; Trib. min. Milano, 20 giugno 2006, in *Fam. dir.*, 2006, 640; Trib. Ascoli Piceno, 13 dicembre 2006, che giudica l'istituto funzionale alla conservazione della figura materna, altrimenti a rischio, nella specie, di ricoprire un ruolo marginale. Su questa linea si muove Trib. min. Catania, 4 ottobre 2007, che ritiene confacente alle esigenze educative e di crescita della prole non relegare uno dei genitori ad un ruolo marginale.

³⁶ Persino in regime di affidamento esclusivo, eventuali esigenze di protezione del minore non si devono tradurre in comportamenti pregiudizievoli della relazione tra il figlio ed il genitore non affidatario, comprimendola oltre misura: App. Catania, 27 novembre 2014, in *www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com* (nella specie, la Corte ha riformato il provvedimento con cui era stato disposto che gli incontri tra padre e figlia avvenissero solamente in presenza della madre, a cagione della condotta di vita sregolata del padre, affermando che l'affidamento esclusivo onera il genitore affidatario di maggiori responsabilità, tra cui garantire, nell'interesse della prole, un corretto svolgimento delle modalità di incontro con il genitore non affidatario).

³⁷ Cfr., sul punto, Trib. Potenza, 7 aprile 2008, che discorre di garanzia di riequilibrio, sul piano psicologico, della relazione educativa ed emotiva con ogni genitore; secondo Trib. Potenza, 7 novembre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 1034, «allorché uno dei genitori manifesta un pressante interesse per la partecipazione piú intensa alla vita educativa della prole, in funzione del suo piú equilibrato sviluppo psicofisico, deve essere privilegiata e favorita un'intensificazione del contributo genitoriale di questo in ordine alle scelte piú incisive riguardanti la figlia minore». V., inoltre, Trib. Bari, 10 marzo 2009; App. Catania, 16 ottobre 2013; Cass., 10 ottobre 2008, n. 24907; Cass., 21 febbraio 2014, n. 4176 (tutte queste decisioni insistono sull'obbligo di collaborazione del genitore collocatario nei confronti dell'altro). Interessante e significativa, in proposito, la pronuncia di Cass. pen., 27 maggio 2015, n. 22152, che ritiene non sussistente il reato di disturbo o molestia alle persone (art. 660 c.p.) nel caso di un padre che aveva tempestato di *sms* e *e-mail* l'ex compagna al solo scopo di avere notizie del figlio minore, per poterlo incontrare, in un contesto in cui la madre «si mostrava sostanzialmente indifferente rispetto al rapporto tra l'imputato ed il figlioletto, quando non frapponeva ostacoli alle visite».

Qualora, poi, il genitore collocatario impedisse all'altro di visitare e frequentare il figlio, assumendo comportamenti ostruzionistici in grado di inibire o rendere piú difficoltosa la reciproca relazione, costui può essere punito penalmente per mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice civile, a norma dell'art. 388, comma 2, c.p. Ai fini della configurabilità del comportamento elusivo potrebbe rilevare perfino il singolo ed occasionale episodio di violazione ingiustificata del provvedimento di affidamento del minore³⁸, sempreché il giudice non ravvisi l'applicabilità, nel caso concreto, dell'inedita causa di non punibilità per tenuità del fatto, scriminante introdotta dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28 (in vigore dal 2 aprile 2015).

In sede civile, il genitore che, deliberatamente ed ingiustificatamente, pone in essere condotte tese ad impedire i rapporti tra il figlio e l'altro genitore e/o non dimostra di impegnarsi per agevolare tali rapporti, può essere soggetto all'irrogazione delle sanzioni previste dall'art. 709 *ter* c.p.c., nell'ambito delle quali il giudice può pervenire a modificare le condizioni di affidamento, se lo reputa opportuno per realizzare l'obiettivo di maggiormente responsabilizzare il genitore non collaborativo. In effetto, la modifica del regime di affidamento, accertata una situazione di rischio attuale per la prole, può assumere un significato sanzionatorio, ed anzi può risultare il provvedimento piú efficace ed idoneo non soltanto per prevenire, ma anche per reagire ad altre inadempienze e violazioni, stimolando la rifles-

³⁸ In senso positivo, Cass. pen., 25 marzo 2009, n. 13101; *contra*, Cass. pen., 18 marzo 2010, n. 10701, la quale, però, puntualizza che la condotta elusiva di specie si inseriva in un contesto temporale di mesi in cui la madre aveva sempre assicurato l'esercizio dei diritti del padre, aggiungendo che sarebbe comunque punibile quella inosservanza (benché occasionale) che, per le sue specifiche, peculiari ed invasive caratteristiche concrete, fosse ritenuta atta a determinare l'alterazione dell'equilibrio fissato nel provvedimento di affidamento ed a frustrare le legittime pretese del genitore non collocatario. A sua volta, Cass. pen., 6 luglio 2009, n. 27995 ribadisce che ostacolare gli incontri tra genitore e figlio, fino a recidere qualsiasi legame fra di essi, oltre ad avere effetti deleteri sull'equilibrio psicologico e sulla formazione della personalità del minore, configura elusione dell'esecuzione del provvedimento giurisdizionale, avendo il genitore collocatario l'obbligo di favorire ed agevolare il rapporto con l'altro, a meno che non sussistano contrarie indicazioni di particolare gravità (nella specie, la madre si era rifiutata, ingiustificatamente, di consentire che il figlio trascorresse col padre il periodo di vacanza stabilito dal giudice della separazione). Per una recente disamina di sistematici espedienti (iscrizione in piscina, catechismo e visite mediche) adottati dalla madre per impedire la frequentazione tra padre e figlio, cfr. Trib. Ivrea, sentenza n. 115 del 2014, in *IlSole24ore*, 4 novembre 2014. In materia, anche per ragguagli, cfr. F. CESARI, *Le altre fattispecie penali relative alla violazione dei doveri familiari*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 1027 ss., spec. p. 1029 ss.; v. pure L. PICOTTI, *Le disposizioni penali della nuova legge sull'affidamento condiviso dei figli*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 553 ss.

sione sulle conseguenze pregiudizievoli per il minore dei comportamenti non proattivi o addirittura ostruzionistici di un genitore nei confronti dell'altro³⁹.

Questa finalità di dissuasione dal tenere contegni che l'ordinamento, nel perseguire l'interesse del minore, stigmatizza perché nocivi e contrastanti con l'effettività del diritto alla bigenitorialità, costituisce il fondamento della previsione dell'art. 709 *ter* c.p.c., a norma del quale il magistrato, anche d'ufficio, può graduare e persino cumulare le sanzioni, altresì disponendo il risarcimento del danno subito dal minore e dal genitore ostacolato. L'intervento in tale ultima direzione da parte del giudicante (compreso il giudice istruttore) è, quindi, improntato ad una sostanziale coartazione all'adempimento dei doveri genitoriali, per il tramite di rimedi che assolvono ad una funzione non già compensativa (poiché la misura del risarcimento non è commisurata all'entità del danno), ma, all'inverso, punitiva, orientata alla cessazione del protrarsi dell'inadempimento degli obblighi familiari, di per sé non coercibili né suscettibili di esecuzione diretta⁴⁰.

³⁹ V., sul punto, Trib. Firenze, 11 febbraio 2008, in *Fam. dir.*, 2009, 167; Trib. Modena, 17 settembre 2008. Un'indagine sui rimedi *ex art.* 709 *ter* c.p.c. in G. MANERA, *Brevi spunti sui provvedimenti punitivi previsti dall'art. 709 ter c.p.c. quali strumenti per l'attuazione della bigenitorialità*, nota ad App. Firenze 29 agosto 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1207 ss.; G. PAGLIANI, o. cit., p. 248 ss.; S. PATTI, *La domanda di affidamento esclusivo infondata*, in *Provvedimenti riguardo ai figli*, cit., p. 250 ss.; C. PADALINO, *Le controversie tra genitori sulla potestà, l'inadempimento e le sanzioni: l'art. 709 ter c.p.c.*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 875 ss.; R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 263 ss.

⁴⁰ Trib. Roma, 10 giugno 2011, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 298 a cui *adde* Trib. min. L'Aquila, 3 aprile 2006, *ivi*, 2006, 1775; Trib. Siena, 4 dicembre 2007; Trib. Palermo, 2 novembre 2007 e Trib. Padova, 8 ottobre 2008, in *Fam. dir.*, 2008, 1207 e 714; App. Firenze, 29 agosto 2007. A detta della prevalente giurisprudenza, siamo in presenza di una fattispecie di danno, liquidabile senza necessità di istruttoria sui fatti né di richiesta di parte, mutuata dai sistemi di *common law*, nel senso del *punitive damage*, con duplice funzione pubblicistica di deterrenza e prevenzione ed anche sanzionatoria: Trib. Vallo della Lucania, 7 marzo 2007; Trib. Messina, 5 aprile 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1795; Trib. min. L'Aquila, 27 febbraio 2008, *ivi*, 2008, 1333; Trib. Bologna, 17 aprile 2008, *ivi*, 2009, 215; Trib. Napoli, 18 aprile 2008, che critica, fra l'altro, Trib. Pisa, 19 dicembre 2007 (in *Foro it.*, 2008, I, 1689), che sostiene l'applicabilità delle sanzioni riservata esclusivamente al collegio; Trib. Pisa, 14 agosto 2009, *ivi*, 2010, 730; Trib. Roma, 4 febbraio 2011, *ivi*, 2011, 824; Trib. Novara, 11 febbraio 2011, in *Fam. min.*, 2011, 5, 12; Trib. min. Milano, 29 marzo 2011, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 283; Trib. Modena, 20 gennaio 2012; Trib. Messina, 8 ottobre 2012; Cass. 22 ottobre 2010, n. 21718, *ivi*, 2011, 651. Recentemente, Trib. Palermo, 13 marzo 2014, in *ILSole24ore*, 7 aprile 2014, chiarito che il procedimento dell'art. 709 *ter* c.p.c. non ha natura contenziosa perché il giudice non dirime una controversia ma esercita un'attività orientata all'interesse del minore (con celere definizione dei contrasti che possono pregiudicarlo), evidenzia la duplice funzione sia riparatoria sia di coercizione indiretta e di pressione psicologica della tutela risarcitoria predisposta dalla norma. Sulla controversa figura dei cd. danni punitivi, cfr., in generale, P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 531 ss.; P. PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazione da "vorrei, ma non posso"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 343 ss.; ID., *Danni punitivi*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Aggiornamento, III, 1, Torino, 2007, p. 453 ss.; G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 25 ss. In particolare, circa la configurabilità in termini di danno punitivo del risarcimento previsto dall'art. 709 *ter* c.p.c., v. G. CASABURI, *La nuova legge sull'affidamento condiviso*, in *Corr. merito*, 2006, p. 573; E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*, in

Da altro versante, il riscontrato inadempimento degli obblighi familiari assurge generalmente ad indice, altamente sintomatico, dell'inidoneità del genitore ad affrontare le maggiori responsabilità che l'a.c. comporta. La rispettiva valutazione compete, tuttavia, al magistrato, non potendo essere attribuito rilievo decisivo al fatto che uno dei genitori si opponga alla condivisione dell'affidamento, dipingendo negativamente l'idoneità genitoriale dell'altro, magari contestandone le scelte educative o di (nuova) vita⁴¹, in quanto il criterio-guida per il giudicante è, comunque, l'interesse del minore, quindi va conferito valore dirimente, in qualsiasi circostanza fattuale, alla sussistenza di un serio e concreto pericolo per l'equilibrato sviluppo del minore medesimo, atto a convincere il giudice ad optare per una soluzione diversa⁴².

Pertanto, i comportamenti ostativi, non conformi al modello di genitore corretto e leale (*fair parent* nella giurisprudenza anglosassone), secondo cui ciascun genitore ha l'obbligo di promuovere attivamente e costantemente il rapporto tra i figli e l'altro, misurandosi la sua capacità genitoriale alla luce dell'attitudine a garantire quanto più possibile tale rapporto⁴³, se in genere vengono posti a fondamento dell'adozione di provvedimenti di rimodulazione o di sospensione degli incontri, possono addirittura condurre alla revoca dell'affidamento nell'ipotesi in cui si ravvisi un pregiudizio per il figlio⁴⁴.

Fam. dir., 2008, p. 71 ss.; G. FACCI, *L'art. 709 ter c.p.c., l'illecito endofamiliare ed i danni punitivi*, *ivi*, p. 1023 ss.; R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 268 ss., spec. p. 270. Secondo G. PAGLIANI, o. cit., p. 257 ss., le misure risarcitorie assomigliano ad un danno punitivo, ma la ricostruzione in questo senso suscita forti dubbi (qui, p. 261). Decisamente contrari, invece, G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della legge n. 54/2006*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 594 ss.; D. AMRAM, *Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 966; S. PATTI, *La domanda di affidamento esclusivo infondata*, cit., p. 254; C. PADALINO, *Le controversie tra genitori*, cit., p. 905 ss. Di là, comunque, dalla polemica sulla corretta definizione di tali tecniche di riparazione del danno, non si può non rammentare che un autorevole insegnamento (P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 155 ss.) invita a riflettere sull'esistenza di una pluralità di funzioni della responsabilità civile (preventiva, compensativa, sanzionatoria, punitiva) che possono tra loro tranquillamente coesistere.

⁴¹ App. Napoli, 13 luglio 2007; Trib. Milano, 23 marzo 2013 ritiene che sussista il diritto di coinvolgere il figlio nella relazione instaurata con una nuova convivenza, giacché ragionando altrimenti risulterebbe leso il diritto di frequentazione, inclusivo del periodo di pernottamento nella casa del genitore. V., altresì, Cass. 9 gennaio 2009, n. 283 (nella specie, frequentazione, da parte della figlia, della nuova compagna del padre).

⁴² Cfr., *ex plurimis*, Cass., 18 maggio 2006, n. 11749, in *Foro it.*, 2007, I, 184; Cass., 3 aprile 2008, n. 8535; Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587, in *Fam. min.*, 2010, 1, 50; Cass., 7 dicembre 2010, n. 24841; Cass., 11 agosto 2011, n. 17191, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 146; Cass., 29 marzo 2012, n. 5108; Cass., 31 marzo 2014, n. 7477.

⁴³ Cass., 21 febbraio 2014, n. 4176. V., inoltre, Cass., 27 aprile 2007, n. 10094; Cass. pen., 21 ottobre 2008, n. 39411; Cass. pen., 8 settembre 2009, n. 34838, in *Fam. min.*, 2009, 10, 39; App. Lecce, 6 luglio 2009, *ivi*, 42.

⁴⁴ Parametro è pur sempre l'interesse del minore (alla giurisprudenza citata nelle note precedenti, *adde* Trib. Potenza, 7 novembre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 1034; Trib. Firenze, 11 febbraio 2008, *ivi*, 2009, 167, che dispo-

Ma v'è di più: se un genitore si propone per l'affido esclusivo, sia all'esito del primo giudizio riguardante la sorte del minore sia, alternativamente, all'esito dell'eventuale istanza di revisione di un'iniziale pronuncia di a.c., questi deve provare che l'altro non è idoneo ad essere un buon educatore, capace di perseguire, primariamente, il corretto sviluppo psicologico del figlio e/o di soddisfare le esigenze di vita del minore, sicché, in assenza di concreti argomenti rilevanti a questo scopo, la richiesta di affido esclusivo può essere giudicata meramente pretestuosa ed avanzata unicamente per dare fastidio all'altro genitore. Conseguentemente, il giudice può ritenere siffatta condotta, puramente dilatoria e lesiva di fondamentali interessi esistenziali dei figli minori (aventi diritto ad una normale e feconda relazione parentale, impedita, ritardata o limitata per tale comportamento processuale), quale abuso dello strumento processuale, condannando la parte per responsabilità aggravata *ex art. 96, comma 3, c.p.c.*⁴⁵.

ne l'affidamento al padre della minore prima collocata presso la madre; Trib. Bari, 10 marzo 2009; App. Napoli, 22 marzo 2006; App. Bologna, 23 marzo 2009; Cass., 27 giugno 2006, n. 14840; Cass., 2 dicembre 2010, n. 24256; Cass., 10 luglio 2013, n. 17089). La sanzione della perdita dell'affidamento deve pur sempre rispondere all'interesse del minore, quindi presuppone l'accertamento di un pregiudizio a lui derivante da un comportamento del genitore (come la richiesta pretestuosa di affidamento esclusivo) che ne disveli una condizione di manifesta carenza od idoneità negativa sotto il profilo educativo (puntualmente, G. IRTI, *L'affidamento esclusivo*, in *Provvedimenti riguardo ai figli*, cit., p. 246 s.). Orbene, la richiesta di affido esclusivo deve essere ponderata e non invocata unicamente per dare fastidio all'altro genitore (M. FINOCCHIARO, *Disfavore per l'assegnazione esclusiva*, in *Guida dir.*, 2006, 11, p. 37 ss.) né essere mossa dal fine di realizzare l'egoistico intendimento di sottrarre l'affidamento all'altro genitore, perché ciò, in effetto, paleserebbe l'inettitudine del richiedente a garantire la continuità del rapporto (bi)genitoriale (M.N. BUGETTI, o. cit., p. 76 ss.).

⁴⁵ Trib. min. Milano, 14 marzo 2011, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 1294, che discorre, al riguardo, di una disposizione avente natura sanzionatoria, nella formula del c.d. danno punitivo, volta a scoraggiare l'abuso del processo e preservare la funzionalità del sistema giustizia, traducendosi, dunque, in una sanzione d'ufficio. Quanto, poi, alla lesione del diritto costituzionalmente garantito alle relazioni parentali, incisivamente si nota che questi diritti ottengono effettiva tutela solamente se l'intervento giurisdizionale è particolarmente tempestivo, in quanto «il fattore tempo toglie al minore ed al suo genitore, ed al reciproco rapporto interpersonale di cura, affetto, costruzione dell'identità personale e familiare, pezzi di vita che non consentono alcuna *restitutio in pristinum*, poiché ciò che è andato perduto è difficilmente recuperabile». V. pure Trib. min. Milano, 29 marzo 2011, *in*, 283 e, per un caso di condanna al risarcimento del danno, a seguito di una domanda di affido esclusivo manifestamente infondata, Trib. min. Milano, 4 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 1107. In argomento, v. M. FINOCCHIARO, *Trasferire in tribunale il contenzioso tra ex sfocia nella sanzione punitiva per lite temeraria*, in *Guida dir.*, 2011, 16, p. 54 ss., il quale consiglia di manovrare la norma anti-abuso del processo con estrema prudenza, attenzione e cautela. Cfr., ancora, G. BUFFONE, *L'art. 96, comma 3, c.p.c.: un ulteriore strumento di tutela dei diritti dei minori* (nota a Trib. min. Milano, 14 marzo 2011, cit.); T. DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quando, quanto e perché*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 61 ss. (che discorre di condanna avente per oggetto i cd. danni punitivi); F.D. BUSNELLI e E. D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, in *Danno resp.*, 2012, 6, p. 585 ss.; L. FRATA, *L'art. 96, comma 3°, cod. proc. civ. tra "danni punitivi" e deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 272 ss.

Condotte simili, dichiaratamente o subdolamente ostruzionistiche, ed atteggiamenti ostativi nonché, piú latamente, non collaborativi nel perseguire l'interesse del minore, non sfociano necessariamente nella negazione dell'a.c., istituto che permane di elezione privilegiata; ciò nonostante, essi sono valutabili dal giudicante nell'ambito dei criteri di scelta (o di mutamento successivo) del genitore collocatario. La capacità di un genitore di preservare al minore la continuità delle relazioni parentali attraverso il mantenimento, nella sua mente, della trama familiare, di là da egoistiche considerazioni di rivalsa sull'altro, è, così, stimata connotazione decisamente rilevante per riconoscere l'idoneità ad affrontare quelle maggiori responsabilità che l'a.c. comporta⁴⁶.

Si richiede, in altri termini, al genitore collocatario di mettere da parte le rivendicazioni nei confronti dell'altro e di conservarne l'immagine positiva agli occhi del minore, garantendo nei fatti serenità e continuità nelle frequentazioni tra i due. Questa impostazione cooperativa dei reciproci rapporti deve, se possibile, condurre ad una scelta concordata della residenza del minore; altrimenti, sarà il giudice a stabilirla, tenendo conto di molteplici fattori, quali il nuovo assetto abitativo ed ambientale, l'età scolare del minore, l'importanza di ciascuna figura genitoriale nella crescita dello stesso, lo spirito di collaborazione e disponibilità del genitore collocatario al riconoscimento del ruolo che l'altro può (e deve) svolgere nella vita del figlio⁴⁷.

3. *L'affidamento esclusivo come scelta residuale*

La scelta dell'a.c., costituente l'opzione prioritaria a cui è necessario attenersi nel disciplinare i rapporti genitori-figli della famiglia in crisi e comportante una comune responsabilizzazione della coppia genitoriale in funzione dell'equilibrato sviluppo psicofisico del

⁴⁶ Trib. Bari, 10 marzo 2009; Cass., 10 ottobre 2008, n. 24907; Cass., 21 febbraio 2014, n. 4176.

⁴⁷ V., specialmente, la dettagliata motivazione di App. Napoli, 17 ottobre 2008. Secondo Cass., 4 giugno 2010, n. 13619, al fine dell'individuazione del genitore maggiormente idoneo a garantire il miglior sviluppo della personalità del minore, hanno un peso rilevante le consuetudini di vita già acquisite dallo stesso (nella specie, il vaglio del giudice investe l'interesse del minore al perdurare della sua permanenza in un contesto familiare ed ambientale nel quale già vive, circondato dall'affetto dei nonni materni). Sulla necessità che la scelta della residenza del minore sia assunta di comune accordo, cfr. Trib. Pisa, 20 dicembre 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 1051; Trib. Mantova, 30 gennaio 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 307. Si legge, altresì, in Trib. Pisa, 24 gennaio 2008, in *Fam. min.*, 2008, 6, 78, che non è possibile attribuire peso decisivo al dolore per l'allontanamento della madre, dal momento che la prole è esposta ad eguale dolore per l'allontanamento del padre, non essendo aprioristicamente consentito conferire maggior peso ad una figura genitoriale rispetto all'altra.

minore, può essere contrastata solamente da comprovati elementi impeditivi, da cui desumere un sicuro pregiudizio per il minore medesimo. Nel novero di tali elementi non può essere ricompresa, puramente e semplicemente, la conflittualità, benché notevole, esistente tra i genitori. Infatti, se si desse sempre rilievo ad essa, del resto pressoché fisiologica nella patologia familiare, l'a.c. rischierebbe di degradare da regola ad eccezione ed avrebbe un'applicazione residuale; ciò anche considerato il fatto che uno dei genitori potrebbe strumentalmente innescare in via unilaterale i conflitti, al fine magari di orientare il decidente verso un affidamento esclusivo⁴⁸.

Ciò non significa, tuttavia, che non sia (più) praticabile l'affidamento monogenitoriale: questo potrà, però, essere disposto soltanto in via di deroga eccezionale e giustificata alla regola dell'a.c.⁴⁹, specialmente allorché la conflittualità sia talmente elevata da determinare l'impossibilità di giungere a qualunque condivisione della vita quotidiana dei figli e l'a.c. risulti fonte e/o occasione di continui e gravi scontri, nocivi all'equilibrio psichico del minore⁵⁰.

⁴⁸ In questi termini, Trib. Catania, 1° giugno 2006; Trib. Catania, 16 giugno 2006; Trib. Catania, 12 luglio 2006; Trib. Messina, 13 dicembre 2006, che correttamente sottolinea la necessità di respingere, nella valutazione dell'idoneità per l'affido, «qualunque parallelismo tra contegni anche moralmente deplorabili ed impostazioni di vita eccentriche o dissonanti dal comune modo di sentire, da un lato, ed attitudine genitoriale, dall'altro, sempre che non si riscontri in concreto la violazione dei doveri genitoriali, ovvero un pregiudizio per il minore»; Trib. Bari, 16 gennaio 2008, per cui sarebbe fin troppo facile agitare ed esasperare le ragioni del disaccordo per inibire l'applicazione dell'a.c. e svuotare, così, di contenuto il senso della normativa; Trib. Tivoli, 8 febbraio 2010; App. Catania, 4 febbraio 2009. Interessanti, in argomento, sono: Cass., 19 giugno 2014, n. 13983, che giudica non legati da nesso di causalità con un grave pregiudizio per i figli i comportamenti di *mobbing* familiare addebitati dalla madre al coniuge; Cass., 22 luglio 2014, n. 16658, che reca il caso di un figlio affidato in maniera condivisa e collocato in modo prevalente presso il padre (allo scopo di superare il rischio psicologico a cui era esposto a causa della perdurante conflittualità tra i genitori e della situazione di isolamento affettivo in cui versava all'interno di una precedente collocazione presso la madre), per rinsaldare il rapporto con quest'ultimo, che poteva aiutarlo nel processo di maturazione psicologica, non ostante il «tratto narcisistico della personalità» dello stesso e le difficoltà del minore di inserimento nella nuova famiglia del padre. È stato perfino statuito che occorre tutelare i veri legami affettivi del minore, di là dalla natura della filiazione, allorché risulta, in base al vissuto dello stesso, che la nuova moglie del padre ha rappresentato la figura materna di riferimento, «indipendentemente dall'essere ella genitore biologico o meno» (Trib. min. Genova, 12 marzo 2009, che ha dato rilievo all'effettiva condivisione delle scelte inerenti la vita del minore, rimasto orfano di madre dopo pochi giorni dalla nascita e per sette anni accudito e seguito nel suo sviluppo dalla nuova moglie del padre).

⁴⁹ Cfr., per tutte, Cass., 7 dicembre 2010, n. 24841; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1777, in *Fam. dir.*, 2012, 7, 705; Cass., 10 luglio 2013, n. 17089. Unanime, in dottrina, la considerazione dell'affido esclusivo come soluzione residuale ed eccezionale: v., ad es., G. PAGLIANI, o. cit., p. 180 ss.; G. BALLARANI, o. cit., pp. 42 ss. e 61 ss.; C. IRTI, o. cit., p. 224 ss.; M.N. BUGETTI, o. cit., p. 51 ss.

⁵⁰ Trib. Firenze, 27 febbraio 2006, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1706; Trib. Napoli, 9 giugno 2006; Trib. Ascoli Piceno, 13 dicembre 2006; App. Trento, 15 giugno 2006; App. Bologna, 8 gennaio 2007; App. Bari, 19 gennaio 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 297; App. Napoli, 11 aprile 2007; App. Perugia, 12 luglio 2010 (qui, però, l'accusa

Nondimeno, per potersi pronunciare sull'affidamento esclusivo della prole, fermo restando che la nozione di «contrarietà all'interesse del minore», di cui all'art. 155 *bis* c.c. (ora, art. 337 *quater*, ex d.lgs. n. 154 del 2013), impone di utilizzare come parametro di giudizio il rapporto genitoriale e non quello di coppia⁵¹, occorre che si evidenzi, nei riguardi del genitore pretermesso, una sua manifesta carenza o inidoneità educativa o comunque un'incapacità di assolvere correttamente i propri compiti, tale da rendere l'a.c. concretamente pregiudizievole per il minore ed incompatibile con la tutela del suo preminente interesse. Di conseguenza, l'esclusione della modalità dell'a.c. dovrà scaturire da una doppia (indagine e) motivazione, vuoi in positivo sull'idoneità del genitore affidatario, vuoi in negativo sull'inidoneità educativa dell'altro, che dimostri, quindi, non rispondente all'interesse del figlio l'adozione del modello legale prioritario di affidamento⁵².

L'affidamento monogenitoriale presuppone, dunque, che il genitore eletto appaia idoneo, dal punto di vista materiale, psicologico ed affettivo, ad assicurare la tutela e lo sviluppo psicofisico del minore e che tale soluzione si appalesi maggiormente in grado di evitare o ridurre i danni derivanti dalla disgregazione del nucleo familiare, garantendo al mino-

conflittualità si somma al riscontro di atti minacciosi ed aggressivi nei confronti dell'altro genitore, oltre all'inadempimento dell'obbligo di mantenimento); Cass., 18 giugno 2008, n. 16593, in *Fam., min.*, 2008, 8, 42 ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 68; Cass., 11 agosto 2011, n. 17191, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 146; Cass., 29 marzo 2012, n. 5108, in *Fam. dir.*, 2012, 706. Normalmente, una conflittualità (ancorché) elevata non è giudicata di ostacolo alla condivisione dell'affidamento: cfr., per tutti, G. PAGLIANI, o. cit., p. 185 ss.; A. ARCERI, *Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi: confini tra le diverse tipologie di affidamento nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Fam. dir.*, 2012, 7, p. 709 ss.; M.N. BUGETTI, o. cit., p. 58 ss. (sempreché l'alto livello di conflittualità non precluda un minimo di comunicazione tra i genitori); A. PALAZZO, o. cit., p. 709 ss. Sull'affido esclusivo come *extrema ratio* in ipotesi del genere, v. pure G. MANERA, *Se un'elevata conflittualità dei genitori (uno dei quali tacciato di omosessualità) escluda l'applicazione in concreto dell'affidamento condiviso*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1693 ss.; R. MARINI, *Conflittualità dei coniugi e affidamento condiviso*, *ivi*, p. 931 ss.

⁵¹ Cfr. Trib. min. L'Aquila, 26 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2007, 12, 3110: «da contrarietà dell'a.c. all'interesse del minore può verificarsi solo per le carenze di un genitore (e cioè solo quando il contatto diretto tra genitore e minore sia dannoso per quest'ultimo) e non per i suoi rapporti con l'altro genitore o per la loro esasperata conflittualità». Occorre, pertanto, che il giudice indichi con particolare rigore o precisione, cioè con circostanze specifiche e non con clausole di stile, le ragioni che ostano all'a.c. ovvero la contrarietà di esso all'interesse del minore (G. MANERA, *L'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Rimini, 2007, p. 119): è necessaria, quindi, una motivazione puntuale (C. IRTI, o. cit., p. 228 s.).

⁵² Cass., 18 giugno 2008, n. 16593; Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587, che parla di «carenze comportamentali di uno dei genitori, di gravità tale da sconsigliare l'affidamento al medesimo, per la sua incapacità di contribuire alla realizzazione di un tranquillo ambiente familiare» (nella specie, comportamenti altamente sintomatici dell'inidoneità ad affrontare le maggiori responsabilità connesse ad un a.c. sono stati giudicati la totale inadempienza all'obbligo di versare l'assegno di mantenimento e la discontinuità nell'esercizio del diritto di frequentazione dei figli); Cass., 7 dicembre 2010, n. 24841. Nettamente, in proposito, Trib. Torre Annunziata, 2 maggio 2014, n. 1481, che, di recente, ribadisce, con evidente endiadi iniziale: «l'affidamento esclusivo dei figli ad uno solo dei genitori potrà essere disposto solo qualora l'affidamento ad entrambi sia contrario all'interesse del minore».

re il miglior assetto per crescere sereno ed essere educato nel contesto piú adeguato a soddisfare le sue esigenze di vita⁵³.

Lungi, perciò, dal rispondere ad un'arcaica concezione premiale nei confronti di quel genitore che presenti, astrattamente, caratteristiche personali di normalità sociale, essendo, all'inverso, saldamente ancorato all'effettiva ricerca dell'interesse primario del minore, l'affido esclusivo postula l'accertamento in concreto dell'inidoneità educativa dell'altro genitore, non rilevando eventuali responsabilità per il fallimento dell'unione familiare e neanche, di per sé, condizioni o condotte di vita (seppur) contraddistinte da illegalità o da contrarietà alla morale corrente⁵⁴.

Il legislatore, d'altronde, non ha reputato opportuno tipizzare le circostanze ostative all'a.c., di modo che la loro individuazione resta rimessa al prudente apprezzamento del giudice, che adotterà la decisione con pronuncia motivata, in riferimento alla peculiarità della concreta fattispecie⁵⁵.

Orbene, in applicazione del criterio dell'oggettiva inidoneità di un genitore alla condivisione dell'esercizio della "potestà" genitoriale, sono stati considerati di ostacolo alla stipulazione dell'a.c.: a) il comportamento gravemente screditatorio della capacità educativa

⁵³ Cass., 27 giugno 2006, n. 14840; Cass., 2 dicembre 2010, n. 24526, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 412; Cass., 2 luglio 2013, n. 17089, che avalla, in motivazione, altresí la scelta nel merito di assoggettare il rapporto tra la madre pretermessa e la figlia alla vigilanza dei servizi sociali comunali e, indirettamente, del giudice tutelare, tenuto conto dei rischi a cui la figlia era esposta a causa della «condotta disinvolta» della madre.

⁵⁴ Efficacemente, Trib. Napoli, 9 giugno 2006, che cosí conclude sulla precipua rilevanza della validità del rapporto con il figlio: «il miglior interesse del minore è dato dalla realizzazione dei suoi bisogni: è idoneo quel genitore che, sulla base di un'efficace analisi preventiva, risulti maggiormente in grado di soddisfare tali bisogni, il che significa che il giudice dovrà tener ben presente come reale punto di riferimento l'equilibrio affettivo del minore, che non comporta il possesso di diplomi di educatore, ma una vera e profonda sintonia con il bisogno psicologico del minore stesso». In tema di inidoneità educativa, v., fra tante, Trib. Messina, 13 dicembre 2006; Trib. min. Catania, 23 maggio 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 75; Trib. Napoli, 27 febbraio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 1610 (in ipotesi di decisione monogenitoriale sulle questioni di maggior interesse per la prole, autorizzata dal giudice visto il contratto tra i genitori); Trib. Catania, 2 maggio 2008, in *Fam. min.*, 2008, 9, 74; Trib. Caltanissetta, 20 dicembre 2010, *ivi*, 2011, 4, 54; App. Trento, 15 giugno 2006 (con motivazione centrata sulla storia personale del minore); App. Bologna, 23 marzo 2009, in *www.giuraemilia.it*, che ritiene gravemente pregiudizievole per il minore l'atteggiamento del padre di totale insofferenza rispetto ai limiti impostigli nella frequentazione con lo stesso; App. Perugia, 12 luglio 2010.

⁵⁵ Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587, in *Foro it.*, 2010, I, 427, che stigmatizza, nel caso di specie, l'annosa e totale inadempienza dell'obbligo di mantenimento dei figli, perché lesiva (soprattutto) sotto il profilo morale, essendo sintomatica della carenza di responsabilizzazione nei loro confronti e di inidoneità a contribuire a creare per gli stessi quel clima di serenità familiare necessario per una sana ed equilibrata crescita. V., fin d'ora, per un'esauriente casistica in tema di affido esclusivo, G. PAGLIANI, o. cit., p. 183 ss.; G. BALLARANI, o. cit., p. 62 ss.; C. IRTI, o. cit., p. 236 ss.; M.N. BUGETTI, o. cit., p. 51 ss.

dell'altro genitore⁵⁶; b) l'anomala condotta di vita: ad esempio, lo stato di detenzione⁵⁷, o l'applicazione di misure cautelari a causa di gravi ed abituali atteggiamenti aggressivi verso il coniuge⁵⁸; c) l'estraneità al vissuto dei figli ovvero l'interruzione dei rapporti oppure il totale disinteresse nei loro confronti⁵⁹; d) la carenza educativa, manifestata da fatti concreti⁶⁰; e) la

⁵⁶ Cfr. Trib. Napoli, 9 giugno 2006 e App. Napoli, 11 aprile 2007, confermate da Cass., 18 giugno 2008, n. 16593 (nella specie, episodi di violenza ed accuse non provate di relazione omosessuale); Trib. min. Trieste, 28 marzo 2012, in *Fam. dir.*, 2013, 1, 65 (qui rileva, in più, l'assenza prolungata dalla vita del minore, addebitabile al genitore pretermesso); Trib. Torre Annunziata, 2 maggio 2014, n. 1481 (con violenza anche fisica sul coniuge); Cass., 11 agosto 2011, n. 17191, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 723 (qui, la denigrazione anche da parte della famiglia di origine dell'altro genitore); Cass., 31 marzo 2014, n. 7478 (nella specie, svalutazione della figura del padre, vissuto come soggetto negativo e pericoloso, traducendosi in comportamenti fortemente ostili ed oppositivi da parte della madre).

⁵⁷ Cfr. Trib. Catania, 1° giugno 2006; Trib. Bologna, 17 aprile 2008, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 684; ma anche Trib. Catania, 18 maggio 2006 (nel caso deciso, il padre era stato arrestato in flagranza del reato di tentato omicidio della moglie e risultava, inoltre, affetto da gravi patologie psichiche. In proposito, va segnalato un recente provvedimento legislativo – d.l. 14 agosto 2013, n. 93, conv. in l. 15 ottobre 2013, n. 119, recente norme per il contrasto della violenza di genere che hanno l'obiettivo di prevenire il femminicidio e proteggere le vittime –, che, con l'art. 2 *bis* aggiunge all'art. 609 *decies* c.p. un comma in tema di comunicazione al tribunale per i minorenni, qualora essa riguardi uno dei delitti previsti dagli artt. 572, 609 *ter* e 612 *bis*, commessi in danno di un minore o da uno dei genitori di un minore in danno dell'altro genitore. Tale comunicazione si considera effettuata anche ai fini dell'adozione di provvedimenti di affidamento, nonché di ablazione o limitazione della "potestà" genitoriale).

⁵⁸ Cfr. Trib. Ancona, 13 febbraio 2013 (nella specie, ripetute violenze fisiche e psicologiche da parte di un padre, pesantemente dedito all'alcool). A questo riguardo, va detto che la giurisprudenza penale è orientata a ritenere che integrino il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.) le ipotesi di c.d. violenza assistita (percepita), una forma di violenza domestica che si realizza se il minore è, suo malgrado, spettatore di scene di violenza tra i genitori, in quanto le ipotesi in parola concretano condotte (omissive) «connotate da una deliberata indifferenza e trascuratezza verso gli elementari bisogni affettivi ed esistenziali della persona debole da tutelare». Viene, cioè, ad essere ricompresa nel novero dell'offensività anche la posizione passiva dei figli minori, allorché essi siano sistematici spettatori obbligati delle manifestazioni di violenza, altresì psicologica, tra i genitori (v. la recente pronuncia di Cass. pen., 29 gennaio 2015, n. 4332, la quale, rammentando che simile violenza è stata positizzata con l'aggravante di cui all'art. 61, n. 11 *quinquies*, c.p., numero aggiunto dal d.l. n. 93 del 2013 – conv. in l. n. 119 del 2013 –, nella fattispecie concreta non ha ravvisato gli estremi di operatività dell'art. 572 c.p., a cagione della non ricorrenza dell'elemento soggettivo nonché della mancanza della necessaria reiterazione e persistenza nel tempo degli episodi di violenza). Per l'affermazione che «da violenza assistita costituisce di per sé elemento idoneo a giustificare sia disposto l'affidamento esclusivo» v., recentemente, Trib. Roma, 27 gennaio 2015, n. 1821.

⁵⁹ Trib. Firenze, 27 settembre 2006, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1709; Trib. Trani, 4 dicembre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 819; Trib. Bologna, 17 aprile 2008, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 684; Trib. Napoli, 18 aprile 2008; Trib. Bari, 12 giugno 2008; Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587.

⁶⁰ Emblematico il caso deciso da Trib. Catania, 2 maggio 2008, in *Fam. min.*, 2008, 9, 74, in cui si giudica pregiudizievole l'affidamento anche al genitore che abbia avallato, per molto tempo, la sregolata condotta di vita del figlio, il quale si era assentato spesso da scuola, si era allontanato da casa per lunghi periodi ed era solito frequentare luoghi di ritrovo giovanili dove era diffuso l'uso di sostanze alcoliche e psicotrope. Dal suo canto, il Trib. min. Catania, 27 ottobre 2007, aveva collocato il minore sedicenne in una struttura comunitaria, visto che il figlio percepiva la madre, a fronte della maggiore rigidità del padre. «come figura protettiva e permissiva, da poter quindi sfruttare a proprio vantaggio nella fase più acuta della crisi familiare». Da diverso versante, è stata ravvisata l'inidoneità educativa del genitore che ponga in essere verso il figlio delle cure talmente ossessive da turbarne la crescita serena ed equilibrata (Trib. min. Messina, 27 ottobre 2009, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 703; Cass., 19 maggio 2011, n. 11068, in *Foro it.*, 2012, I, 204).

violazione dell'obbligo di mantenimento della prole⁶¹; f) gli abusi compiuti sui figli⁶²; g) l'invincibile ripulsa del figlio ad incontrare uno dei genitori ossia un suo fermo, consapevole e motivato rifiuto a relazionarsi con lui⁶³. Nondimeno, in quest'ultima evenienza, nell'ottica di privilegiare il reale interesse del minore quale pietra angolare di giudizio⁶⁴, l'atteggiamento ostile del minore non deve essere indotto, artatamente, dall'altro genitore e/o essere frutto di svalutazione e denigrazione della figura del genitore non collocatario, deliberatamente volte ad impedire qualsivoglia contatto del figlio con lui.

In simile ambito, può accadere che la costante denigrazione di un genitore nei riguardi dell'altro conduca ad una sorta di indottrinamento del figlio, che così si allinea, si schiera con il genitore denigrante, partecipando e contribuendo ad "alienare" il genitore pregiudicato. Si parla, in tale ipotesi, di PAS, acronimo di *Parental Alienation Syndrome* (sindrome da alienazione genitoriale), disturbo innescato nel minore allo scopo di distruggere ai suoi occhi la figura dell'altro genitore e di arruolarlo, per così dire, contro quest'ultimo. Spesso nei

⁶¹ Trib. Catania, 14 gennaio 2007, rileva che «il dovere di mantenimento è uno dei doveri primari previsto dall'art. 147 c.c. a carico dei genitori, essendo finalizzato ad assicurare l'esistenza in vita, la salute ed il benessere del minore, ed è quindi strettamente collegato con il dovere di assistenza (che deve essere non solo morale ma altresì materiale)». Sul punto, cfr. pure Trib. Napoli, 23 settembre 2008, in *Corr. merito*, 2008, 11, 1118 (nella specie, già durante la convivenza il genitore aveva attuato un sostanziale abbandono del minore sia sotto il profilo economico sia affettivamente – ipotesi, questa, in cui, a detta di Trib. Bari, 27 novembre 2008, l'a.c. inserirebbe, nella gestione della prole, una «figura praticamente estranea» –). Nondimeno, va segnalato che in giurisprudenza si preferisce optare, salvo situazioni-limite, per le sanzioni contemplate dall'art. 709 *ter* c.p.c., cercando così di preservare quanto più possibile la condivisione della responsabilità genitoriale.

⁶² Trib. min. Abruzzo, 26 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2007, 3110; Trib. Terni, 31 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2007, 1142; Trib. min. Catanzaro, 27 maggio 2008, in *Fam. min.*, 2008, 10, 86. Giova rammentare, in argomento, che l'art. 448 *bis* c.c., aggiunto dall'art. 1, comma 9, l. n. 219 del 2012, statuisce che il figlio e, in sua mancanza, i discendenti prossimi non sono tenuti all'adempimento dell'obbligo di prestare gli alimenti al genitore nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla "potestà" (ora, responsabilità genitoriale *ex* art. 66 d.lgs. n. 154 del 2013) e possono escluderlo dalla successione anche per fatti che non integrano i casi di indegnità a succedere di cui all'art. 463 c.c.

⁶³ E', normalmente, una risultanza dell'ascolto del minore: cfr. Trib. Firenze, 22 aprile 2006, in *Fam. dir.*, 2006, 291; Trib. min. Catanzaro, 28 novembre 2006, in *Guida dir.*, 2007, 4, 78; Trib. Mantova, 30 gennaio 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 307; Trib. Reggio di Calabria, 28 marzo 2008, in www.famigliaegustizia.it, che ha previsto, comunque, un sostegno psicologico per il figlio, attraverso i locali servizi sociali, finalizzato al graduale recupero della figura genitoriale paterna; App. Napoli, 22 marzo 2006; App. Napoli, 17 maggio 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 138; Cass., 15 settembre 2011, n. 18867 (nella specie, un netto rifiuto di qualunque rapporto con la madre, combinato con l'incapacità dei genitori di evitare conflitti tra di loro in funzione dell'interesse superiore della figlia). Invece, Cass., 3 dicembre 2012, n. 21591, in *Fam. dir.*, 2012, 705 sottoscrive la non decisività dell'avversione del figlio verso uno dei genitori, propendendo per la necessità della cooperazione del genitore affidatario allo scopo di favorire la ripresa dei rapporti con l'altro. In letteratura, si rinvia a G. PAGLIANI, o. cit., p. 198 ss.; C. IRTI, o. cit., p. 243 s.; M.N. BUGETTI, o. cit., p. 65 s.

⁶⁴ Solamente in tale chiave di lettura delle circostanze concrete si può giustificare l'affido monogenitoriale: chiaramente, per tutte, Trib. Catania, 15 ottobre 2010, in *Guida dir.*, 2011, 1, 50; Trib. Varese, 21 gennaio 2013.

provvedimenti giurisdizionali si è fatto riferimento a siffatta patologia⁶⁵, che non ha, tuttavia, ricevuto il necessario supporto scientifico, al punto che il Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (DSM) non la riconosce come sindrome o malattia. Sicché la Cassazione, nell'arco di pochi giorni, ha dapprima avallato, non ponendola in discussione, la diagnosi di PAS assunta a fondamento della decisione di merito impugnata⁶⁶, e successivamente ha censurato una pronuncia basata su una c.t.u. secondo cui il minore era affetto da PAS, giacché, a prescindere dalla notazione che nel caso concreto poteva seriamente revocarsi in dubbio la riscontrabilità di tale patologia, la validità, sul piano scientifico, della PAS era diffusamente contestata nel «mondo accademico internazionale»⁶⁷. Né va, infine, sotto-aciuto che la giurisprudenza più accorta, superando la diatriba sull'inquadramento e riconoscimento della «alienazione genitoriale», utilizza gli strumenti sanzionatori di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. se riscontra uno «sbilanciamento» del minore a favore dell'area di uno dei genitori, con «arruolamento» a danno dell'altro⁶⁸.

⁶⁵ Cfr. Trib. Matera, 11 febbraio 2010; App. Catania, 11 giugno 2010 (qui, l'alleanza collusiva era addebitabile al padre collocatario); App. Venezia, 2 agosto 2012 (nella specie, come nella prima decisione citata, la PAS era stata attivata dalla madre collocataria). V., altresì, più o meno espressamente, Trib. Bari, 6 settembre 2012 e Trib. Messina, 5 aprile 2007 (in *Foro it.*, 2008, I, 1689), in tema di misure sanzionatorie *ex art.* 709 *ter* c.p.c. a carico della madre che aveva volontariamente indotto il figlio minore ad avversare il padre.

⁶⁶ Cass., 8 marzo 2013, n. 5847, la quale ha, d'altronde, messo in evidenza che la decisione impugnata non si basava soltanto sul riconoscimento della PAS ad opera del servizio di psichiatria della ASL, ma anche su altri elementi concernenti il giudizio negativo circa le attitudini genitoriali del padre (il giudizio era desunto altresì dalla reiterata condotta ostruzionistica adottata allo scopo di impedire in ogni maniera gli incontri della prole con la madre).

⁶⁷ Cass., 20 marzo 2013, n. 7041, la quale conclude, lapidariamente, «di certo non può ritenersi che, soprattutto in ambito giudiziario, possano adottarsi delle soluzioni prive del necessario conforto scientifico, come tali potenzialmente produttive di danni ancor più gravi di quelli che le teorie ad esse sottese, non prudentemente e rigorosamente verificate, pretendono di scongiurare». Nel quadro descritto, il giudice del rinvio ha evitato di affrontare il tema dell'attendibilità scientifica della PAS e, sottolineando «lo stato di grave disagio del minore ed il suo invischiamento in un conflitto coniugale in cui la madre ha avuto la possibilità di qualificare in modo negativo il marito, tanto da acquisire l'alleanza del figlio», rimarca che, «indipendentemente dalla loro qualificazione dal punto di vista medico», gli «agiti aggressivi» del bambino, «se non ricomposti, porterebbero a disturbi che gli impedirebbero di crescere e sviluppare tutte le sue notevoli capacità intellettuali ed espressive» (App. Brescia, 17 maggio 2013, in *Foro it.*, 2013, I, 1840, che individua, pertanto, nel padre «alienato» il genitore più idoneo a consentire al bambino una serena crescita).

⁶⁸ Recentemente, Trib. Roma, 27 giugno 2014, in *IlSole24ore*, 23 ottobre 2014, secondo cui, qualora risulti introiettata dal minore una visione ostile dell'altro genitore, le misure sanzionatorie *ex art.* 709 *ter* c.p.c. possono essere applicate d'ufficio per (tentare di) indurre il genitore «alienante» ad «attivarsi al fine di consentire il giusto recupero da parte della figlia del ruolo paterno, che, nella tutela della bigenitorialità cui è improntato lo stesso a.c., postula il necessario superamento delle mutilazioni affettive del minore, da parte del genitore per costei maggiormente referenziante». Sul comportamento manipolativo o indottrinamento (*brainwashing*) del minore, v. R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 87 ss., nonché G. BERNABÒ DI STEFANO, *L'art. 155 c.c.*, in *www.affidamentocondiviso.it* (novembre 2006), e M. SANTINI, *Sindrome di alienazione genitoriale: l'evoluzione giurisprudenziale*, in *www.altalex.com* (11 aprile 2013).

4. L'affidamento condiviso quale soluzione prioritaria

E' dato individuare nelle decisioni dei giudici, in ossequio al canone legislativo che prospetta l'affido esclusivo come soluzione puramente residuale, una diffusa resilienza a discostarsi dal principio-cardine dell'a.c., pur a fronte di condizioni personali di dubbia accettabilità oppure di condotte di un genitore contrastanti con la morale corrente. Già prima dell'entrata in vigore della l. n. 54 del 2006, era stata affermata l'irrilevanza giuridica, di per sé, nello statuire sull'affidamento della prole, della convivenza con persone aventi precedenti penali; delle deviazioni sessuali dell'affidatario; di comportamenti socialmente non commendevoli, quali l'attività di *entraineuse* o di spogliarellista o di pornstar o l'esercizio della prostituzione, nonché lo stato di tossicodipendenza o di alcoolismo (sottolineandosi, in tutti questi casi, che ciò che davvero rileva è il rapporto che il genitore è venuto strutturando col figlio⁶⁹). In seguito, assunto l'interesse del minore a fulcro del sistema, i giudici, in omaggio alla conclamata visione "puerocentrica", hanno, per così dire, dilatato il vecchio e scarsamente efficace affidamento congiunto, per addivenire alla (sempre più radicata) convinzione che solamente l'a.c. è in grado di preservare i rapporti familiari ed assicurare al minore un ambiente positivo ed idoneo alla sua serena ed equilibrata crescita. Di tal che, fermo restando che la conflittualità tra i genitori, sebbene aspra, non è di ostacolo alla regola dell'a.c. se non determini una situazione pregiudizievole per i figli⁷⁰, non portano, normalmente, alla negazione dell'a.c.: a) il clima di tensione e l'assenza della volontà di collaborare ovvero l'intollerabilità dei rapporti tra i genitori, magari in chiave di (assoluta) incomunicabilità⁷¹; b) l'instaurazione di un nuovo rapporto coniugale o di una nuova convivenza,

⁶⁹ V., la giurisprudenza citata da Trib. Napoli, 9 giugno 2006, al punto 3b) della motivazione.

⁷⁰ V., *ex multis*, Trib. min. Catania, 4 ottobre 2007, in www.famigliaeggiustizia.it; Trib. Bari, 16 gennaio 2008; Trib. Potenza, 7 aprile 2008; Trib. Torino, 8 febbraio 2010; Trib. min. Milano, 25 marzo 2011; Trib. Torre Annunziata, 2 maggio 2014 e 2 maggio 2014, n. 1481; App. Trento, 15 giugno 2006; App. Catania, 4 febbraio 2009; App. Bologna, 31 maggio 2012; Cass., 29 marzo 2012, n. 5108, in *Fam. dir.*, 2012, 7, 706; Cass., 3 dicembre 2012, n. 21591; Cass., 8 luglio 2014, n. 15501.

⁷¹ Trib. min. Milano, 20 giugno 2006, in *Fam. dir.*, 2006, 640; Trib. Messina, 13 dicembre 2006; Trib. Modena, 17 settembre 2008, che, peraltro, modifica il regime di a.c., attribuendo ad uno dei genitori la decisione esclusiva su alcune questioni di maggior interesse per la prole (nella specie, trattamenti sanitari); Trib. Novara, 4 novembre 2008, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 207; Trib. min. Bari, 17 novembre 2010 (qui, alla profonda conflittualità, funge da cassa di risonanza la forzosa coabitazione tra genitori che «da anni non condividono più un progetto comune di vita familiare» – la coabitazione da “separati in casa” non osta all'a.c. nemmeno per Trib. min. Torino, 22 maggio 2008 –).

seppure omosessuale⁷², tenendo, comunque, nel debito conto eventuali difficoltà di inserimento del minore nel nuovo nucleo familiare⁷³; c) una malattia psichica, purché non cagioni incapacità di relazionarsi con il figlio o comportamenti pregiudiziosi al figlio medesimo⁷⁴; d) la tenera età della prole⁷⁵; e) un clima di forte tensione tra genitore e figlio oppure un rifiuto del minore indotto dall'altro genitore⁷⁶; f) l'obiettivo lontananza del genitore con collocatario,

⁷² Cfr. Trib. Napoli, 28 giugno 2006, in *Giur. merito*, 2007, 6, 1572; Trib. Bologna, 15 luglio 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1, 251; Trib. Nicosia, 14 dicembre 2010; App. Napoli, 11 aprile 2007, *ivi*, 2008, 234; Cass., 22 dicembre 2004, n. 23786, in *Fam. dir.*, 2005, 118 (si afferma che il graduale inserimento dei nuovi compagni nella vita dei figli dei genitori separati ben può corrispondere al loro benessere, se madre e padre hanno «cura e premura di far comprendere alla prole che le nuove figure non si sostituiscono a quelle genitoriali» – v. pure, di recente Trib. Milano, 23 marzo 2013 –); Cass., 18 dicembre 2014, n. 26697. Da diversa angolazione, è stata ritenuta idonea all'affido etero-familiare una coppia omosessuale: Trib. Parma, 3 luglio 2013; Trib. min. Bologna, 31 ottobre 2013, ove si rileva che «costituisce mero pregiudizio la convinzione che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale, soprattutto in relazione ad un istituto di carattere strettamente temporaneo come quello dell'affidamento consensuale». In armonia con quest'ultima impostazione si muove Trib. Palermo, 15 aprile 2015, in *Foro it.*, 2015, I, 1780, che include nel concetto di bigenitorialità e di famiglia anche la figura del genitore sociale, ossia di quel soggetto che ha instaurato con il minore un legame familiare di fatto significativo e duraturo (la particolarità del caso è data dalla circostanza che il genitore in questione è un'ex convivente della madre biologica e che i minori erano nati da procreazione medicalmente assistita eterologa, nell'ambito di un comune progetto di genitorialità della coppia omosessuale, poi disciolta). Questi aspetti, riferiti sia alle cd. famiglie ricomposte (*rectius*: allargate o rinnovate, visto che il concetto di ricomposizione non postula una *quid novi*) sia al cd. genitore sociale (*step parent*), sono sovente ritenuti materia di uno specifico intervento del legislatore: cfr. T. AULETTA, o. cit., p. 289 ss., spec. p. 293 (ove esprime dubbi sull'affidamento a colui che ha esercitato di fatto la funzione genitoriale); G. PAGLIANI, o. cit., p. 201; L. ROSSI CARLEO, *Introduzione*, in *Provvedimenti riguardo ai figli*, cit., p. 16 ss.; M.G. STANZIONE, *Filiazione e genitorialità. Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010; E. BET, *Genitore biologico e "figura genitoriale di riferimento"*, in *Fam. dir.*, 2013, 1, p. 101 ss.; R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 155 ss.; C. RIMINI, *L'affidamento familiare ad una coppia omosessuale: il diritto del minore ad una famiglia e la molteplicità dei modelli familiari*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 155 ss.

⁷³ Cfr. Trib. Velletri, 25 novembre 1979, in *Giur. merito*, 1979, 889, a proposito di frequenti ingerenze del nuovo partner nei rapporti tra madre e figlio.

⁷⁴ Cfr. Trib. Milano, 27 novembre 2013, sul caso di una madre che presentava manifestazioni maniacali, tipiche di un disturbo bipolare, giudicata, tuttavia, non nociva per la prole, «grazie anche alla collaborazione attenta del padre». Cass., 22 maggio 2014, n. 11413, con riguardo ad una madre affetta da una patologia mentale definita «paranoia querula», che aveva causato nei figli ancora bambini una situazione di profondo malessere con l'addebitare al padre ed ai suoi familiari molestie ed abusi inesistenti, ha convalidato la decisione di merito di affidare i minori ai Servizi sociali, disponendone la collocazione abitativa presso i nonni paterni.

⁷⁵ App. Potenza, 14 novembre 2006, in *Fam. min.*, 2007, 8, 60; Trib. Potenza, 7 novembre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 1034. V., da ultimo, Trib. Milano, 14 gennaio 2015, il quale ricorda che «la genitorialità si apprende facendo i genitori», cosicché, soltanto con l'esercizio del ruolo genitoriale una figura matura ed affina le proprie competenze genitoriali (nella specie, con riguardo al caso di un padre di una minore di due anni di età, il giudice sottolinea la necessità di consentire al genitore non collocatario dei tempi di permanenza con i figli pienamente adeguati all'esigenza di conservare i legami con lui, poiché, per adottare limitazioni al diritto-dovere di un genitore di intrattenere con i figli un rapporto continuativo, bisogna dimostrare che da ciò può derivare ad essi pregiudizio).

⁷⁶ App. Catania, 9 giugno 2008. Diversamente, se il rifiuto categorico del minore è genuino, cfr. Cass., 15 settembre 2011, n. 18867, nonché Cass., 10 gennaio 2014, n. 13028 (in un clima di gravissima conflittualità, che aveva richiesto l'intervento dei Servizi sociali). *Adde*, App. Napoli, 22 marzo 2006, per la sospensione degli incontri tra padre e figlia, a cagione della ferma ripulsa da parte di quest'ultima.

poiché, al fine della comunicazione interpersonale, possono sopperire, in maniera comunque non esaustiva della periodica frequentazione, le moderne tecnologie telematiche, e dal momento che la distanza fra i luoghi di rispettiva residenza può incidere unicamente sulla disciplina dei tempi e delle modalità della presenza del minore presso (ovvero con) ciascuno di essi⁷⁷.

5. *L'affidamento etero-familiare*

Sovente, né la soluzione preferenziale dell'affidamento della prole ad entrambi i genitori né quella eccezionale dell'affido monogenitoriale appaiono praticabili per inidoneità delle principali figure di riferimento, sicché, per perseguire il reale interesse del minore, la giurisprudenza, di là dai casi-limite di degrado materiale e/o morale della famiglia (che conducono, inevitabilmente, alla cesura del legame originario ed all'apertura di procedimenti volti a dichiarare lo stato di adottabilità del minore), utilizza il modulo dell'affidamento ete-

⁷⁷ Trib. min. Emilia-Romagna, 6 febbraio 2007, in *Fam. dir.*, 2007, 813; Trib. Messina, 22 gennaio 2008; Trib. min. Potenza, 23 aprile 2008, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 412; Trib. min. Roma, 14 maggio 2010; App. Caltanissetta, 29 giugno 2006, in *Fam. min.*, 2007, 3, 76; App. Roma, 30 novembre 2006, *ivi*, 2006, 7, 68; App. Bologna, 31 maggio 2012, che pone l'accento sulla necessità che i rapporti con il figlio siano significativi e non brevi e frammentati; App. Catania, 14 novembre 2012; Cass., 2 dicembre 2010, n. 24526. In direzione contraria, v. Trib. Rimini, 21 ottobre 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 481; Trib. Trani, 16 marzo 2007, *ivi*, 482; Trib. min. L'Aquila, 26 marzo 2007; App. Bologna, 28 dicembre 2006; Cass., 21 novembre 2013, n. 26122, in un caso di minori affidate in via esclusiva al padre, con collocazione presso la nonna ed uno zio paterno residenti in Argentina (qui, la Corte conferma la decisione di merito, che affermava: la concreta irrealizzabilità dell'a.c. finché le minori rimanevano in Argentina presso i parenti paterni; la maggiore corrispondenza all'interesse delle minori dell'affido esclusivo al padre, nell'ottica di assicurare il mantenimento di «una medesima linea guida nella loro educazione, senza inutili e soprattutto dannosi, possibili contrasti»). Discorrono di diritto di frequentazione per il tramite di tecnologie informatiche, non sostitutivo delle visite personali, accollandone le spese al genitore non collocatario, Trib. Nicosia, 22 aprile 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 1914; Trib. min. Campobasso, 25 febbraio 2010. Un'interazione audiovisiva in diretta, attraverso un collegamento *Skype*, può surrogare la frequentazione personale se il minore si oppone ad essa (consapevolmente), per Trib. Milano, 16 aprile 2013, che valuta tale modalità di contatto idonea a preparare la prole in vista di una ripresa dei rapporti con la madre (rientrata nel paese di origine in Francia) e di realizzare, in via eccezionale e provvisoria, una presenza ed un confronto propedeutici a futuri incontri (nella specie, il giudicante, pur disponendo l'affido esclusivo al padre, ritiene indefettabile avviare una graduale ripresa del dialogo tra madre e figlie e ritiene questa forma di comunicazione, essenzialmente verbale, in grado di favorire una «ri-abitudine alla gestualità e allo scambio emotivo». In dottrina, è opinione diffusa che la lontananza delle residenze dei genitori non è un fattore, di per sé, decisivo in ordine alla statuizione dell'affidamento: v., per tutti, G. PAGLIANI, o. cit., p. 183 ss.; M.N. BUGGETTI, o. cit., p. 58; C. IRTI, o. cit., p. 239 ss. (si pone, comunque, l'accento sulle modalità di attuazione del provvedimento di a.c., che, nel caso in cui si intenda garantire al minore la possibilità concreta, e non solamente astratta e teorica, di mantenere un rapporto continuativo con entrambi i genitori, comporteranno sacrifici non indifferenti, connessi ai frequenti spostamenti e ad inevitabili difficoltà di natura pratica ed economica, nonché psicologica); v., altresì, L. DE SISTO, *Sulla praticabilità dell'affidamento condiviso anche quando i genitori vivano in località molto distanti o addirittura in Stati diversi*, in *Giur. merito*, 2007, 12, p. 3110 ss.

ro-familiare. Così, è possibile la collocazione del minore presso terzi, preferibilmente parenti⁷⁸; in mancanza, oppure se anche costoro sono inadeguati, sussiste l'alternativa, come ipotesi affatto residuale, della collocazione del minore presso una terza persona o dell'affido ai servizi sociali. Ciò viene desunto dalla norma di chiusura (definita «clausola atipica») contenuta nell'art. 155, comma 2 (ora, art. 337 *ter*, comma 2, *ex* art. 55 d.lgs. n. 154 del 2013), c.c., che attribuisce al giudice il potere di adottare «ogni altro provvedimento relativo alla prole», in aggiunta a quelli espressamente indicati⁷⁹.

V'è da rimarcare, in proposito, che, se i genitori sono temporaneamente inadeguati a tutelare la posizione del figlio minore perché incapaci di comunicare in modo costruttivo e positivo nell'interesse dello stesso, si verifica un conflitto di interessi tra minore e genitori,

⁷⁸ Sulla nozione di parentela, v. ora la nuova formulazione dell'art. 74 c.c., redatta dall'art. 1, comma 1, l. n. 219 del 2012, recante l'equiparazione dei figli. L'affido a terzi, preferibilmente a terzi cd. intrafamiliari, è, ad ogni buon conto, un'ipotesi marginale e residuale, caratterizzata necessariamente dalla temporaneità, giacché la finalità dell'istituto non è quella di rescindere la relazione familiare, ma soltanto di renderla equilibrata: cfr. T. AULETTA, o. cit., pp. 273 (l'affidamento a terze persone non può avere il carattere della definitività se non ricorre una situazione di abbandono, altrimenti il minore verrebbe privato del diritto ad essere inserito nel proprio nucleo familiare) e 411 ss. (il giudice può concedere il godimento di prestazioni previdenziali e di assegni familiari spettanti all'affidato, ma il terzo non può essere investito anche di compiti di tutela); G. PAGLIANI, o. cit., p. 187 ss.; M.N. BUGETTI, o. cit., p. 81 ss.; A. COSTANZO, o. cit., p. 491 ss., nota 10; A. PALAZZO, o. cit., p. 715 ss. (sul punto, v. L. BARCHIESI, *La contribuzione nella nuova famiglia*, cit., p. 1327 ss. ed *ivi* raggugli bibliografici).

⁷⁹ App. Caltanissetta, 6 marzo 2012, in *ISole24ore*, 19 marzo 2012, in cui si sostiene che la ricostruzione del rapporto genitori-figli può passare attraverso il provvisorio affidamento ai servizi sociali con contestuale collocazione del minore presso una parente (una zia); Trib. min. L'Aquila, 15 maggio 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 221; Trib. Napoli, 21 ottobre 2008, in *Corr. merito*, 2008, 12, 1238; Cass., 10 ottobre 2008, n. 24907, in *Foro it.*, 2009, I, 836 (nella specie, affidamento ai Servizi sociali e madre collocataria); Cass., 10 dicembre 2010, n. 24996, che convalida l'affidamento dei figli ai nonni materni, i quali, peraltro, avevano costantemente offerto ai nipoti affetto e sostegno materiale; Cass., 19 maggio 2010, n. 12308, in un caso in cui la prole era stata affidata ai Servizi sociali perché versava in una situazione di gravissimo disagio psicologico, causato dall'aspra conflittualità esistente tra i genitori; Cass., 5 ottobre 2011, n. 20352, la quale rimarca che, pur senza pretermettere radicalmente i genitori, i provvedimenti giurisdizionali assumibili nell'interesse dei minori non possono arrestarsi all'"alternativa secca" della scelta tra di loro; Cass., 20 gennaio 2012, n. 784, in *Fam. dir.*, 2012, 7, 704, che conferma la pronuncia di merito sull'inserimento temporaneo del minore presso idonea struttura, per il tramite dell'intervento del Comune di residenza, a cui il minore medesimo era stato affidato; Cass., 10 gennaio 2014, n. 372; Cass., 25 febbraio 2014, n. 4413, la quale avalla la pronuncia di merito che aveva optato per l'affidamento ai Servizi sociali, dal momento che tale affidamento non si poneva affatto in antagonismo con il ruolo genitoriale, ma bensì era inteso a supportarlo ed a reintegrarlo attraverso un percorso di recupero volto alla riacquisizione, da parte dei minori (in regime di convivenza con la madre), di un equilibrio psicologico ed emozionale gravemente compromesso dal conflitto familiare vissuto; Cass., 10 giugno 2014, n. 13028; ove è evidenziata una «pesante sovraesposizione» del minore al conflitto tra i genitori ed una «convinta insoddisfazione» e risentimento nei confronti del padre con conseguente rifiuto di incontrarlo. In tema, v. altresì i casi decisi da Trib. Mantova, 2 febbraio 2010 (sull'affido dei minori a terzi, vista l'incapacità dei genitori di assolvere i propri compiti) e Trib. min. Catania, 22 maggio 2013. Su siffatti provvedimenti cd. atipici, cfr. G. PAGLIANI, o. cit., p. 187 ss. (a p. 189 la locuzione «clausola aperta» con riguardo alla norma in esame); M.N. BUGETTI, o. cit., p. 81 ss., spec. p. 84; N. ORLANDI, *Il ruolo del giudice tutelare e dei servizi sociali*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 1008 ss., spec. p. 1010 ss.; R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 113 ss.

il che può rendere necessaria una nomina d'ufficio, da parte del giudice competente, di un curatore speciale *ex art.* 78 c.p.c. per il minore coinvolto in un procedimento sul suo affidamento⁸⁰.

Stante, dunque, la primazia dell'interesse del minore, l'affido ai servizi sociali, in particolare, è funzionale a consentire al minore medesimo una corretta formazione della sua personalità, di elaborare criticamente la sua condizione e di effettuare autonome opzioni: in questo senso, l'affido in parola deve essere inteso come misura di sostegno alla prole ed ai genitori ed orientato al recupero della relazione parentale. Corollario di tale inquadramento concettuale è che esso deve essere attuato in maniera da preservare il mantenimento di rapporti tra minore e genitori, od almeno assicurare al figlio la possibilità di essere successivamente affidato al genitore che appaia maggiormente idoneo a curarne gli interessi⁸¹.

Orbene, è sempre più auspicato ed attuato, rispetto al passato⁸², un percorso di mediazione familiare coinvolgente la coppia genitoriale ed i figli minori, al fine, volta a volta, di «riaffermare la diversità e la dignità dei ruoli spettanti a ciascuno dei genitori, a rendere cosciente il figlio ed a recuperare una sana ed equilibrata relazione tra e con essi»⁸³, ovvero «al fine di consentire il raggiungimento di intese necessario alla serena ed equilibrata gestione del rapporto genitoriale»⁸⁴, oppure ancora allo scopo di pervenire ad un rasserenamento del rapporto tra i genitori nell'interesse della prole⁸⁵, assimilando una cultura della

⁸⁰ Cfr. Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 4, 1565 e in *Fam. dir.*, 2010, 364; Cass., 15 maggio 2013, n. 11687, in *Foro it.*, 2013, I, 1839; Cass., 11 dicembre 2013, n. 27729. Per un'applicazione, v. Trib. Milano, 15 maggio 2014 (nella specie, a fronte della «conclamata grave situazione di disagio evolutivo del minore» e l'incapacità dei genitori di intendere le stesse indicazioni comportamentali ed i suggerimenti offerti loro dagli operatori dell'*équipe* di specialisti impegnata in un percorso di sostegno psicologico per entrambi, è stata rilevata la necessità che fosse una persona "terza" a curare gli interessi del bambino ed a garantire le sue esigenze nella fase del cambiamento familiare).

⁸¹ A titolo di es., cfr. Trib. min. Catania, 19 marzo 2007 (in un'ipotesi di difficoltosa ripresa del rapporto con il padre, sostituito nella percezione affettiva del bambino dal nuovo compagno della madre); Trib. min. Torino, 22 maggio 2008; Trib. min. Campobasso, 25 febbraio 2010; Trib. min. Bari, 17 novembre 2010; App. Napoli, 17 ottobre 2008; Cass., 19 maggio 2010, n. 12308; Cass., 10 gennaio 2014, n. 372; Cass., 10 giugno 2014, n. 13028.

⁸² Ad es., Trib. Napoli, 9 giugno 2006 parla di un ruolo essenziale della mediazione familiare sottovalutato dalla l. n. 54 del 2006. Ciò nonostante, il nuovo art. 337 *octies* c.c., redatto dall'art. 55 d.lgs. n. 154 del 2013, si limita a riprodurre, al comma 2, il precedente testo dell'art. 155 *sexies*, comma 2, c.c.

⁸³ App. Catania, 9 giugno 2008.

⁸⁴ Trib. min. Bari, 17 novembre 2010 (qui, pur disponendosi l'a.c., si è constatata una sorta di «schieramento di campo» dei due figli rispetto a ciascun genitore, con cui da tempo avevano stretto alleanza; ciò aveva dato origine ad uno stato di «profondo disagio e sofferenza dei minori»).

⁸⁵ Cass., 28 maggio 2008, n. 14042, che avalla, in tale cornice, l'affidamento ad un terzo, segnatamente all'Ente locale di residenza del minore.

responsabilità e del dialogo con l'elaborazione di una definizione di quel rapporto, in vista del ripristino della fondamentale funzione educativa⁸⁶, o, in definitiva, per facilitare un armonioso esercizio congiunto della "potestà" genitoriale in ordine alle decisioni di maggiore interesse relative al vissuto del figlio⁸⁷.

6. *Le decisioni di maggior interesse per il minore*

Le «decisioni di maggiore interesse» per la prole rappresentano una cartina di tornasole, in base alla quale il magistrato può valutare l'effettiva disponibilità di ognuno dei genitori ad un dialogo costruttivo atto a soddisfare le reali esigenze del minore, di là dalla pur sussistente conflittualità di coppia o, viceversa, dalla mancanza di comunicazione ai fini di tali decisioni. Così, è dato sottoscrivere la conclusione che l'a.c. è contrario all'interesse del minore quando un genitore, non assolvendo agli obblighi di cura e di presenza nella vita del figlio, rende gravosa la necessità di assumere di comune accordo le decisioni rilevanti su istruzione, educazione e salute di quest'ultimo⁸⁸.

Da diverso versante, siffatte decisioni non devono, coscientemente o no, inibire la frequentazione con il genitore non collocatario o renderla estremamente difficoltosa, avuto riguardo alla distanza dei luoghi di residenza dei genitori⁸⁹, né, qualora assunte senza un

⁸⁶ App. Bari, 19 gennaio 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 300. V. pure Trib. min. Catania, 26 giugno 2006 e Trib. Roma, 5 dicembre 2014 (in *ILSole24ore*, 5 febbraio 2015), che valuta l'affido ai Servizi sociali utile a «ripristinare le aree disfunzionali dell'esercizio della responsabilità genitoriale».

⁸⁷ App. Napoli, 22 marzo 2006. Non di rado, la dottrina discorre del ricorso alla mediazione familiare in termini di strumento di elevato interesse: così, A. ARCERI, *L'affidamento condiviso*, cit., pp. 62 e 114; C. TROISI, *La mediazione familiare nella recente legge sull'affidamento condiviso*, in *Fam. dir.*, 2008, 3, p. 267 ss., M. ROMANO, *Poteri del giudice e ascolto del minore*, in *Provvedimenti riguardo ai figli*, cit., p. 378 ss. (in funzione preventiva e con carattere propedeutico all'emanazione del provvedimento di affido, salva l'urgenza dell'assunzione dello stesso. L'a. attribuisce un ruolo centrale al percorso di mediazione familiare, che si appalesa come un percorso meno formale di quello delle aule del tribunale, attraverso cui i genitori possono più agevolmente trovare un modo per gestire il conflitto e recuperare il dialogo su basi diverse – pp. 385 e 396 s. –); M.N. BUGETTI, *Mediazione familiare e affidamento condiviso: disciplina, prassi e dubbi interpretativi*, in *Fam. dir.*, 2011, 4, p. 393 ss.; EAD., *Nuovi modelli di composizione della crisi coniugale tra collaborative law e tutela della libertà negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 269 ss.; G. FAVA, *La mediazione familiare*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 789 ss., G. MORANI, *La mediazione familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 3, p. 1322 ss.; R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 242 ss.; S. MAZZAMUTO, *La mediazione nella tutela della famiglia*, Torino, 2013.

⁸⁸ Trib. min. Campobasso, 25 febbraio 2010.

⁸⁹ Ad es., la scelta di un orario scolastico che confligga con i tempi di permanenza concordati o stabiliti dal giudice (Trib. Bologna, 14 luglio 2008); l'iscrizione alla scuola media superiore in città più lontana dalla sede di residenza abituale del minore (Trib. Massa, 11 settembre 2014: qui, tuttavia, è risultato decisivo l'ascolto del figlio, che ha responsabilmente argomentato la scelta, allo scopo di una migliore gestione del proprio piano formativo).

preventivo accordo o un provvedimento giurisdizionale⁹⁰, possono giustificare una richiesta di rimborso delle spese sostenute dal genitore collocatario⁹¹.

Ad ogni buon conto, le decisioni in questione postulano un esercizio congiunto della responsabilità genitoriale⁹², avente quale costante di riferimento il preminente interesse del minore.

Nella prospettiva delineata, particolare importanza riveste la concertazione della scelta in tema di residenza abituale del minore⁹³, ma non sono di inferiore livello, per la loro estrema delicatezza, le scelte in materia di confessione religiosa. In argomento, ribadito che, in caso di contrasto tra i genitori, sarà il giudice a decidere⁹⁴, il principio affermato in giurisprudenza recita che il minore ha diritto di permanere nel contesto religioso-culturale in cui è cresciuto, finché non sia in grado di effettuare una scelta confessionale veramente autonoma⁹⁵. In quest'ottica, perciò, se il minore ha iniziato un percorso di catechesi finalizzato

⁹⁰ Nondimeno, il giudice, in caso di contrasto, può autorizzare a decidere il genitore che ritenga maggiormente idoneo in tal senso: Trib. Napoli, 27 febbraio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 1610.

⁹¹ Cfr. Cass., 17 dicembre 2007, n. 26570 (nella specie, un intervento odontoiatrico non urgente e con finalità estetiche, considerato non una semplice spesa straordinaria, ma una «decisione di indirizzo» per la minore, giacché il suo eventuale imperfetto esito avrebbe potuto avere conseguenze rilevanti sulla psiche della stessa).

⁹² Il principio è valido anche per l'affido esclusivo, a norma dell'art. 337 *quater*, comma 4, c.c. (*ex art.* 55 d.lgs. n. 154 del 2013). In argomento, il Trib. min. Milano, 24 febbraio 2014 ha obiettato che così si è operata una sovrapposizione all'a.c. con esercizio separato della "potestà" sulla questione di ordinaria amministrazione, adombrando l'esistenza di un eccesso di delega sul punto. Sennonché, tenuto conto dell'inciso «salva diversa disposizione del giudice», il tribunale medesimo ha concluso che difettava la rilevanza della (eventuale) questione di legittimità costituzionale.

⁹³ V., ad es., Trib. Rimini, 21 ottobre 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 481; Trib. Pisa, 20 dicembre 2006, *ivi*, 1051; Trib. Mantova, 30 gennaio 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 307; Trib. Pisa, 24 gennaio 2008, in *Guida dir.*, 2008, 6, 78. La scelta della cd. residenza abituale riveste estrema importanza per il vissuto del minore ed ha precisi riflessi giurisdizionali: cfr. E. D'ALESSANDRO, *I provvedimenti relativi alla prole. Aspetti processuali*, in *Provvedimenti riguardo ai figli*, cit., p. 145 ss., spec. p. 147; C. IRTI, o. cit., p. 319 ss.; M. SESTA e M. BALDINI, *La potestà dei genitori*, cit., p. 138 ss., spec. p. 140 ss.; A. COSTANZO, o. cit., p. 516 ss.; M. SESTA, *La nuova disciplina dell'affidamento dei figli*, cit., p. 42 ss. Sulla valenza della residenza abituale quale foro di competenza generale, v. E. BERGAMINI, *La separazione ed il divorzio nel diritto internazionale privato: competenza e diritto applicabile*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 1103 ss., spec. p. 1114 ss.

⁹⁴ Trib. Messina, 18 novembre 2011.

⁹⁵ Cass., 4 novembre 2013, n. 24683 (nella specie, è confermato quanto già stabilito dai giudici di merito, che avevano vietato al padre, diventato testimone di Geova, di far partecipare le figlie minori, fino ad allora educate nella fede cattolica, alle adunanze del Regno, ed avevano imposto l'obbligo di far trascorrere alle bambine con la madre i giorni più significativi delle festività natalizie, pasquali ed il loro compleanno). Analogamente, Cass., 12 giugno 2012, n. 9546, in *Foro it.*, 2012, I, 3093 ed in *Dir. fam. pers.*, 2012, 4, 1576 (qui, le parti erano invertite). Peraltro, è stato osservato che, nell'ipotesi specifica, si sarebbe esposto il minore al rischio di una non corretta socializzazione con altri coetanei (es., mancato festeggiamento in comune delle feste cristiane) ed addirittura ad un serio pericolo di vita se il bambino avesse avuto bisogno di una trasfusione di sangue: Trib. Prato, 13 febbraio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 1222. In dottrina, v. C. PADALINO, *L'affidamento condiviso dei figli*,

all'amministrazione del battesimo, non è accoglibile la richiesta avanzata da uno dei genitori di sospensione/interruzione immediata della frequentazione del catechismo da parte del figlio (benché fosse stato in precedenza concordato di non battezzarlo), quando la situazione di fatto delineatasi nel tempo mostra l'instaurazione da parte del minore di stabili relazioni con altri coetanei ed il suo approccio positivo al percorso predetto⁹⁶.

Da diversa angolazione, si precisa che ogni genitore deve consentire all'altro di potere far conoscere al figlio la propria fede religiosa praticata, aiutandolo nell'apprendimento dei dogmi religiosi, allo scopo di permettergli, nel prosieguo della crescita, di maturare, a sua volta, la personale e libera scelta⁹⁷, sempreché tale coinvolgimento non si riveli dannoso per l'equilibrio e la salute psichica del bambino, in quanto un indottrinamento precoce ed intransigente, a qualunque fede religiosa si faccia capo, ben può risultare gravoso per una mente in fase di evoluzione⁹⁸. In stretta connessione con questo tema è quello della decisione circa la frequenza di una scuola confessionale o dell'ora scolastica di religione, campo nel quale la giurisprudenza si avvale comunque del criterio-guida dell'interesse del minore⁹⁹.

E', dunque, pienamente legittimo che il giudice proceda, guidato da quel criterio, a tutelare nel modo più adeguato lo sviluppo psicofisico del minore, anche limitando l'esercizio di diritti fondamentali dei genitori, come quelli della libertà e parità religiosa, proprio per non arrecare pregiudizio alcuno alla prole.

Analogo ragionamento s'impone allorché si versi in ipotesi di trasferimento (unilaterale) della residenza del minore, poiché in simile evenienza entrano in conflitto, principalmente, il diritto del genitore collocatario di fissare la propria residenza ovunque ritenga più opportuno, magari per motivi di lavoro, ed il diritto del minore a mantenere la relazione

cit., p. 50; P. LILLO, *Libertà del minore nella sfera educativa e religiosa*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 1921 ss.; G. BALLARANI, o. cit., p. 87; M. SESTA e M. BALDINI, o. cit., p. 139; R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 83 ss.

⁹⁶ App. Milano, 21 febbraio 2011, in *Foro it.*, 2012, I, 919, che conferisce opportuna rilevanza al precípua interesse del minore, chiarendo, però, che il bambino, al termine del percorso, avrà la possibilità di elaborare liberamente e responsabilmente la legittimità di ogni diversa opzione in materia.

⁹⁷ App. Brescia, 4 febbraio 2011.

⁹⁸ App. Firenze, 31 marzo 2010, confermata da Cass., 12 giugno 2012, n. 9546, la quale, ribadito che il superiore interesse del minore «assume rilievo sistematico centrale nell'ordinamento dei rapporti di filiazione, fondato sull'art. 30 cost.», prende atto dei riscontrati effetti pregiudizievoli sul figlio, ancora in tenera età, indotti dal contegno materno conseguente e correlato all'adesione ad una specifica confessione religiosa (nella specie, movimento dei testimoni di Geova) ed inseritisi in un contesto di vita del minore già reso particolarmente delicato dalla separazione dei genitori.

⁹⁹ In argomento, cfr. Trib. Bologna, 19 febbraio 2010 e Trib. Rimini, 24 giugno 2010, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 797 (qui, i giudici hanno attribuito un peso decisivo, a favore del minore, alla «continuità didattica»).

affettiva con l'altro genitore in maniera stabile e continuativa. Certamente, il regime di a.c., che può essere attuato sebbene i genitori risiedano a distanza (pur notevole) l'uno dall'altro, pone un evidente limite, costituito dal prioritario interesse del minore alla bigenitorialità, al diritto costituzionalmente riconosciuto a chiunque di stabilire la propria residenza in qualunque parte del territorio nazionale o all'estero. Pertanto, l'intendimento, espresso o invero dal genitore con cui il figlio abitualmente convive, di trasferire la residenza (e con essa quella del minore), seppure non rappresenti, di per sé, ostacolo alla conservazione dell'a.c., se collide con il superiore interesse del minore, potrà comportare un provvedimento del giudice volto, non già a vietare il trasferimento, ma bensì a rimodulare, anche d'ufficio, i tempi di permanenza con il genitore non collocatario¹⁰⁰ e, nei casi estremi, a condizionare il diritto del genitore che intende mutare residenza alla perdita dell'affidamento¹⁰¹.

Va, innanzitutto, messo in luce che il luogo di residenza abituale costituisce, in realtà, un elemento centrale nella vita del minore, configurandosi quale basilare contesto entro cui si sviluppa e si radica la sua personalità¹⁰², e che proprio in funzione del preminente interesse del minore medesimo all'evoluzione positiva della sua crescita, il genitore collocatario

¹⁰⁰ Trib. Messina, 22 gennaio 2008 (nella specie, un minore di due anni di età, dal principio convivente con la madre, poi trasferitasi in Germania, per ragioni di lavoro e di vicinanza alla famiglia di origine); Trib. Catania, 18 dicembre 2008 (qui, la madre collocataria si trasferisce in Portogallo con la figlia di sei anni, che «parla correttamente la lingua portoghese e non è ancora definitivamente radicata nella città di origine»); App. Catania, 15 ottobre 2008; App. Lecce, 2 dicembre 2010; Cass., 21 marzo 2005, n. 6014, in *Dir. giust.*, 2005, 15, 22; Cass., 21 marzo 2011, n. 6339 (in un caso di trasferimento in diversa Regione per motivi di lavoro); ma anche Cass., 30 ottobre 2014, n. 23105 (sul caso di una madre che aveva abbandonato la casa familiare unitamente ai figli per trasferirsi nell'abitazione del nuovo convivente). Comunemente, si sostiene che la decisione circa la residenza della prole, in quanto decisione di maggior interesse, è vincolata alla regola dell'accordo tra i genitori; in mancanza di esso o dell'autorizzazione del giudice, l'unilaterale fissazione e/o mutamento di dimora abituale del minore è passibile di sanzioni: cfr. M.G. CUBEDDU, *La «responsabilità genitoriale» e i trasferimenti di residenza*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 680 ss.; G. PAGLIANI, o. cit., p. 244 ss.; C. IRTI, o. cit., p. 321 ss.; A. COSTANZO, o. cit., pp. 549 ss. e 561 ss.; R. RUSSO e M. STURIALE, o. cit., p. 147 ss. (necessità di valutazione giudiziale in ipotesi di disaccordo o di trasferimento non autorizzato, anche per evitare il *forum shopping*).

¹⁰¹ Trib. min. Emilia-Romagna, 6 febbraio 2007, in *Fam. dir.*, 2007, 813; Trib. Pisa, 19 dicembre 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 1689; App. Perugia, 12 luglio 2010. Tuttavia, secondo Cass., 26 marzo 2015, n. 6132, in *Foro it.*, 2015, I, 1543, il giudice può confermare la scelta della residenza del minore pur illegittimamente ed unilateralmente individuata da uno solo dei genitori, se la reputi in concreto corrispondente all'interesse del minore medesimo (nella specie, era stato accertato dal giudice di merito che il minore si era ormai radicato nel nuovo ambiente; in più, era stata costatata l'assenza di un buon rapporto tra il minore ed il genitore che ne contestava il trasferimento).

¹⁰² In tema, v., *ex multis*, Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238; Cass., 18 febbraio 2010, n. 3680; Cass., 14 febbraio 2014, n. 3540; Cass., 22 luglio 2014, n. 16648, la quale, richiamando il parametro della continuità affettivo-relazionale, sancisce la piena legittimità del rientro del figlio minore con il padre in Italia, sebbene la madre fosse rimasta a vivere in Brasile col fratello più piccolo. In effetto, si trattava di una ripresa della vita abituale nella casa in cui il minore aveva sempre abitato, in un contesto di consolidata rete affettiva, sociale e scolastica.

deve favorire la frequentazione tra il figlio e l'altro genitore¹⁰³, altresí non interponendo distanze eccessive, ostantive di una regolare frequentazione¹⁰⁴, che non sempre (ed auspicabilmente non *in toto*) può essere surrogata dai moderni mezzi di comunicazione interpersonale a distanza¹⁰⁵.

Se, dunque, è conforme alle esigenze di vita del figlio predisporre ed il piú possibile preservare una stabile organizzazione domestica idonea a rispondere alle sue esigenze di cura, di educazione e di relazioni personali e sociali (si pensi alla frequenza scolastica o all'assistenza sanitaria od anche ai momenti ludici e di svago), si comprende come la giurisprudenza pregressa ed il legislatore recente¹⁰⁶ richiedano, sul mutamento della residenza di minore, un accordo preventivo dei genitori, ovvero, in ipotesi di disaccordo, una pronuncia giudiziaria che lo autorizzi, con precipuo riguardo all'interesse del minore medesimo.

In altri termini, dal momento che l'affidamento dei figli nella forma condivisa implica la necessità che ogni decisione comportante un mutamento rilevante nella vita di essi, quale appunto un cambio di residenza, sia assunta, quanto meno, in seguito ad un leale confronto tra i genitori, consegue che il genitore collocatario, libero in linea di principio di stabilire ove creda la propria residenza, deve tuttavia tenere nel dovuto conto gli effetti che la sua scelta produce in relazione ai tempi di gestione e di cura del minore fissati dal giudice, quindi i riflessi nella sfera della vita del minore medesimo, ma anche, ed è l'altra faccia della medaglia esprime il diritto alla bigenitorialità, dell'eventuale compressione del diritto di frequentazione spettante all'altro genitore.

¹⁰³ In generale, cfr. App. Lecce, 6 luglio 2009; Cass. pen., 27 aprile 2007, n. 10094; Cass. pen., 21 ottobre 2008, n. 39411; Cass., 21 febbraio 2014, n. 4176.

¹⁰⁴ Paradigmatico il caso sottoposto a Trib. Bari, 10 marzo 2009: qui, fermo l'a.c., il giudice ha deciso il mutamento di collocazione del minore, allo scopo di evitargli, dalla sua abituale residenza, un'eradicazione lunga ottocento chilometri.

¹⁰⁵ Si riferiscono, ad es., a tali mezzi Trib. Messina, 22 gennaio 2008 e Trib. Catania, 18 dicembre 2008, prescrivendo ai genitori, durante i tempi di permanenza della prole con ciascuno di essi, di promuovere il piú possibile i contatti a distanza, comunicando tempestivamente numeri di utenza telefonica sia fissa sia mobile, indirizzi e quant'altro idoneo a consentire una comoda ed immediata reperibilità. Per una pronuncia difforme, v. Cass., 18 settembre 2014, n. 19694, che ha convalidato il diniego dell'autorizzazione alla madre a trasferirsi con il figlio nel Regno Unito, tenuto conto che entrambi i genitori seguivano un percorso terapeutico, ma soprattutto che un'eventuale comunicazione a distanza sarebbe stata molto difficile per il minore, che mostrava scarsa dimestichezza con la lingua italiana. Sui cd. genitori con la valigia e genitori digitali, v., specificamente, A. COSTANZO, o. cit., p. 570 ss. (*ivi*, ulteriori riferimenti).

¹⁰⁶ L'art. 337 *ter*, comma 3, c.c., recato dall'art. 55 d.lgs. n. 154 del 2013, dispone che fra le decisioni di maggior interesse per i figli, da prendere di comune accordo tra i genitori, oppure dal giudice se sussiste contrasto tra gli stessi, va annoverata la scelta della residenza abituale del minore.

Sicché, è arbitraria la decisione in parola se presa senza preventiva autorizzazione di quest'ultimo o, in mancanza, del giudice competente¹⁰⁷.

L'inadempienza del genitore collocatario provoca un grave pregiudizio al minore, che vede, in tal modo, fortemente leso il proprio diritto a conservare un equilibrato e continuativo rapporto affettivo con il genitore non stabilmente convivente: di tal che il magistrato può applicare le sanzioni previste dall'art. 709 *ter* c.p.c. e valutare, nello specifico, le maggiori spese che quel genitore deve affrontare, addebitandole al genitore collocatario e/o riducendo o addirittura revocando l'assegno di mantenimento¹⁰⁸.

Se, poi, il trasferimento ad iniziativa unilaterale del genitore contempla lo spostamento della residenza in uno Stato membro dell'UE, soccorre la statuizione dell'art. 8 reg. CE 27 novembre 2003, n. 2201, in base al quale a decidere sulla responsabilità genitoriale su un minore è il giudice dello Stato in cui egli effettivamente risiede, perché questi è in condizione di acquisire quegli elementi che consentono di comprendere in maniera piena le esigenze del minore, sí da meglio elaborare il contenuto del provvedimento da adottare, ma anche monitorare costantemente, grazie alla sua prossimità, la formazione della personalità del

¹⁰⁷ La competenza spetta al giudice del luogo di residenza abituale del minore e non può essere radicata nel luogo eletto unilateralmente dal genitore collocatario: Trib. Milano, 16 settembre 2013; Cass., 4 dicembre 2012, n. 21750. Una diversa conclusione è ascrivibile al fatto che il minore abbia (già) acquisito una stabilità affettiva e relazionale, essendosi inserito proficuamente ed attivamente nella nuova sede e nella nuova realtà ambientale: cfr. Trib. min. Catania, 23 luglio 2008, sul caso di un minore convivente con la madre trasferitasi in Germania, deciso applicando l'art. 8 reg. CE n. 2201 del 2003; Trib. Barcellona Pozzo di Gotto, 15 novembre 2010, che ha valorizzato, al fine di stabilire la competenza del giudice del luogo di nuova residenza del minore, la circostanza che il padre, in sede di omologazione della separazione consensuale, aveva prestato il proprio consenso preventivo al trasferimento di residenza della madre, affidataria del figlio. Corollario del criterio dell'abituale residenza è che va affermata la giurisdizione interna per il minore, figlio di cittadini stranieri, residente in Italia: cfr., ad es., Trib. Roma, 23 maggio 2014, in *IlSole24ore*, 18 luglio 2014. Nemmeno rileva, in senso contrario al radicamento della giurisdizione domestica, il fatto che i genitori abbiano ottenuto una sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio in uno Stato estero, prevalendo il canone della prossimità del giudice (Cass., 12 marzo 2014, n. 5710).

¹⁰⁸ In generale, v. Trib. Pisa, 20 dicembre 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 11, 1051; Trib. Bari, 10 marzo 2009, che ha mutato la collocazione della figlia e revocato il contributo per il mantenimento a carico del genitore nuovo collocatario; Trib. Locri, 28 novembre 2011; Trib. Perugia, 31 gennaio 2014, in *IlSole24ore*, 25 agosto 2014 (nella specie, madre e figlie si erano trasferite dal Veneto in Umbria, di modo che è stato considerato che le spese sostenute dal padre per affrontare un viaggio di circa cinquecento chilometri e per alloggiare nella città dove erano domiciliate le figlie gravavano sul suo reddito, ridimensionandone la disponibilità economica – sul punto, però, precisa Cass., 19 aprile 2010, n. 9277, in *Fam. min.*, 2010, 7, 41, che i costi di trasferta, di per sé soli, non giustificano la riduzione del contributo di mantenimento –); Trib. Roma, 8 ottobre 2014, *ivi*, 9 ottobre 2014 (qui, la madre si era trasferita all'estero con i figli senza autorizzazione e senza coinvolgere i Servizi sociali, resi affidatari dei figli per permettere al padre di riprendere la frequentazione di essi con modalità protette); App. Venezia, 17 settembre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 1035.

minore e l'evoluzione di rapporti con ciascuno dei genitori e dei parenti presso cui egli eventualmente viva.

Siffatto criterio della vicinanza, a maggior ragione valido, come si è visto, nell'ambito dello stesso territorio nazionale, appare strettamente consono all'interesse del minore, altresì considerando che il giudice di prossimità può, in modo più agevole e in tempi ristretti, apportare le modifiche che si rendessero necessarie alle misure già sancite.

Tuttavia, il criterio della residenza effettiva o "abituale", secondo la terminologia usata dal legislatore europeo, non è supportato da una definizione, che è stata, per converso, elaborata dal giudice di Lussemburgo. Questi ha ritenuto che essa deve essere individuata alla luce delle peculiari circostanze di fatto che caratterizzano ogni caso di specie: in particolare, oltre alla presenza fisica del minore, si devono analizzare altri fattori atti a dimostrare che tale presenza non è in alcun modo temporanea od occasionale e che risulti una certa integrazione in un ambiente familiare e sociale¹⁰⁹.

In definitiva, benché la scelta della residenza configuri l'esercizio di una libertà costituzionalmente tutelata, non apparendo contestabile che l'inevitabile diradamento degli incontri tra il minore e l'altro genitore concreti un pregiudizio per il minore medesimo¹¹⁰, si giustifica l'opposizione da parte del genitore non collocatario per ragioni che attengono alla pienezza del proprio diritto di frequentazione, in quanto strettamente funzionale all'interesse del minore. Corollario di tale assunto è che il bilanciamento degli interessi in gioco non può essere fondato sulle ragioni soggettive del trasferimento in capo al genitore

¹⁰⁹ Si deve specificamente tener conto della durata, della regolarità delle condizioni e delle ragioni del soggiorno nel territorio alieno e del trasloco della famiglia, della cittadinanza del minore, del luogo e delle condizioni della frequenza scolastica, delle conoscenze linguistiche nonché delle relazioni familiari e sociali del minore nel nuovo Stato (Corte giust., 22 aprile 2009, c. 523/07, A.C.). All'esito positivo di siffatta verifica, il giudice, a norma dell'art. 15 reg. CE n. 2201 del 2003, può dismettere la propria competenza durante la trattazione della causa sottopostagli, attuando una *translatio iudicii* internazionale (Trib. Vercelli, 18 dicembre 2014 – nella specie, la prole risiedeva in Romania da oltre un anno –).

¹¹⁰ A titolo esemplificativo, v. i casi decisi da Trib. Pisa, 20 dicembre 2006; Trib. Bari, 10 marzo 2009; Trib. min. Roma, 14 maggio 2010; App. Venezia, 17 settembre 2007; App. Napoli, 17 ottobre 2008; App. Firenze, 10 giugno 2009. Diversamente, Cass., 12 maggio 2015, n. 9633 giudica il caso di due bambine, entrambe in tenera età, per le quali, nella comparazione degli interessi in gioco, ritiene preminente l'interesse alla presenza e vicinanza costante e durevole della figura materna (nella specie, magistrato trasferito d'ufficio a seguito della soppressione del tribunale presso cui esercitava quale sostituto procuratore della repubblica). La Corte reputa secondaria l'esigenza dello stabile mantenimento delle relazioni sociali ed amicali intessute nel contesto ambientale in cui le piccole erano vissute sin dalla nascita, giacché «la particolare duttilità e capacità di adattamento dei bambini alla novità» sono risorse tali da rendere più agevole il superamento di eventuali difficoltà iniziali, «mentre invece un brusco e prolungato distacco dalla figura materna avrebbe avuto irrimediabili ripercussioni negative sul loro equilibrio e benessere fisico e psico-emozionale».

collocatario; all'inverso, la comparazione deve essere agganciata al parametro (assorbente) del prioritario interesse del minore¹¹¹. E' necessario, pertanto, vagliare la compatibilità della nuova sede con il regime di affidamento condiviso e con la pienezza del (connesso) diritto di frequentazione della prole¹¹².

Ma v'è di più: la «grave violazione del regime giuridico dell'a.c.», scaturente dal trasferimento arbitrario della residenza del figlio¹¹³, potrebbe perfino integrare (salva, ora, la non punibilità per tenuità del fatto *ex* d.lgs. n. 28 del 2015) gli estremi del reato di sottrazione di persone incapaci *ex* art. 574 c.p., poiché, alla luce altresì delle recenti modifiche intervenute in materia di diritto di famiglia, l'esercizio della responsabilità genitoriale viene reso oltremodo difficoltoso a causa dell'allontanamento del minore dalla sfera di accessibilità dell'altro genitore, nei riguardi del quale vengono frapposti notevoli ostacoli alle diverse manifestazioni di quella responsabilità, come le attività di assistenza e di cura, la vicinanza affettiva, la funzione educativa¹¹⁴.

¹¹¹ Prima della nuova formulazione contenuta nel d.lgs. n. 154 del 2013, la giurisprudenza si ancorava all'art. 155 *quater*, comma 2, c.c., a norma del quale, se un genitore cambiava residenza, l'altro poteva chiedere, qualora il mutamento interferisse con l'affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati (cfr. Cass., 18 marzo 2014, n. 6208). Ora, con la nuova strutturazione della normativa in tema di responsabilità genitoriale, l'art. 337 *sexies* c.c. contempla il «risarcimento del danno eventualmente verificatosi a carico del coniuge o dei figli per la difficoltà di reperire il soggetto» che ha mutato residenza senza comunicare il nuovo recapito. Sembra, tuttavia, che, leggendo la norma precedente dell'art. 337 *ter*, comma 3, c.c., la sostanza dell'abrogata disposizione sia permansiva, poiché, se non c'è accordo tra i genitori sulla (ulteriore) residenza del minore, il giudice valuterà il trasferimento attuato unilateralmente «anche al fine della modifica delle modalità di affidamento».

¹¹² In quest'ottica, Trib. min. Trento, 14 dicembre 2010 non considera idonee a giustificare l'allontanamento di una bambina dal padre e dall'ambiente in cui è cresciuta ragioni attinenti ad esigenze personali ed a scelte di vita della madre (nella specie, è stato censurato l'intendimento di costei di trasferirsi con la minore all'Isola d'Elba presso l'abitazione del nuovo compagno).

¹¹³ V. l'espressione riportata in Cass., 20 gennaio 2012, n. 10174 e, per una chiara affermazione della necessità dell'intervento del giudice, Trib. Varese, 2 agosto 2012.

¹¹⁴ Incisivamente, Cass. pen., 29 luglio 2014, n. 33452, che identifica «nel regolare svolgimento della funzione genitoriale il principale bene giuridico tutelato dalla norma». La sentenza, inoltre, non esclude la configurabilità del concorso formale tra il reato previsto dall'art. 574 c.p. e quello di elusione dei provvedimenti del giudice civile concernenti l'affidamento di minori *ex* art. 388, comma 2, c.p. (nella specie, la madre si era allontanata, portando con sé la figlia di dieci anni, all'insaputa e contro la volontà del padre, conducendola presso il luogo dove viveva la nonna materna, ad oltre seicento chilometri dal luogo di abituale residenza). In argomento, cfr. anche Cass. pen., 4 novembre 2009, n. 42370 e Cass. pen., 1° marzo 2012, n. 8076, che pongono l'accento sul fatto che il comportamento del genitore, per integrare la fattispecie del reato di cui all'art. 574 c.p., si deve configurare come diretto a contrastare il diritto dell'altro, privandolo di fatto della possibilità di esercitare il proprio ruolo nei riguardi del figlio, non esplicabile solamente con conversazioni telefoniche e con visite saltuarie. In argomento, si rinvia alla trattazione contenuta in F. CESARI, o. cit., pp. 1029 ss. e 1072 ss. V. pure M. TOSETTI, *Trasferisce residenza del figlio all'insaputa dell'altro coniuge: scatta il reato*, in *www.altalex.com* (20 ottobre 2014).

7. *Il problema della Kafalah*

L'esigenza di dare attuazione al diritto del minore di vivere e crescere in una famiglia, quale luogo di elezione per lo sviluppo equilibrato della sua personalità, induce a tenere nel debito conto le diverse modalità in cui altre culture assicurano il rispetto delle relazioni familiari. Paradigmatica è la questione se la *Kafalah*, antico istituto del diritto di famiglia tipico della tradizione giuridica islamica, possa costituire un idoneo presupposto per permettere il ricongiungimento del bambino con i genitori affidatari residenti in Italia.

L'istituto in esame rappresenta negli ordinamenti islamici l'unico strumento di protezione e tutela dei minori orfani, abbandonati o nati fuori da una famiglia legittima, ed è riconosciuto specificamente nell'art. 20, comma 3, Conv. New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176).

La *Kafalah*, quando non abbia natura esclusivamente negoziale ma sia frutto di un provvedimento emesso dal giudice straniero all'esito di apposita procedura (c.d. *Kafalah* pubblicistica), è assimilabile, sostanzialmente, all'affidamento di diritto interno, non avendo entrambi gli istituti effetti legittimanti e non incidendo sullo stato civile del minore. Di conseguenza, con un'interpretazione costituzionalmente orientata, volta a far prevalere, nel precipuo interesse del minore, le somiglianze tra i due istituti sugli aspetti divergenti, si è dedotto che la *Kafalah* ben poteva fungere da presupposto per il ricongiungimento familiare¹¹⁵.

A ciò si è obiettato che il ricongiungimento con un cittadino italiano del minore straniero in stato di abbandono non può porsi in contrasto con la disciplina dell'adozione internazionale, la quale si qualifica come l'unico ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di unità familiare e quelle di protezione del minore suddetto¹¹⁶. Anzi, si è discusso di contrarietà all'ordine pubblico interno e si è negato il visto di ingresso in Italia per il minore affidato a cittadini italiani con provvedimento di *Kafalah* ottenuto secondo le procedure legislative del paese di origine, rimarcando la possibilità che, nel concreto, la fattispecie di ri-

¹¹⁵ Cass., 20 marzo 2008, n. 7472; Cass., 2 luglio 2008, n. 18174; Cass., 17 luglio 2008, n. 19734, in *Foro it.*, 2009, I, 1179; Cass., 28 gennaio 2010, n. 1908.

¹¹⁶ Cass., 1° marzo 2010, n. 4868; Cass., 23 settembre 2011, n. 19450.

congiungimento familiare realizzi un'adozione «mascherata» ed attuata in dispregio dei principi inderogabili fissati nella normativa sull'adozione internazionale¹¹⁷.

Senonché, ha prevalso la tesi della necessaria concessione del visto d'ingresso per il minore in regime di *Kafalah*, allorché fosse stato appurato che l'affidamento in custodia fosse scaturito da un congruo accertamento giudiziale circa l'opportunità dell'affido, l'idoneità dell'affidatario, la sussistenza del consenso da parte dei genitori (se esistenti)¹¹⁸. La tesi ha ricevuto l'avallo (delle Sezioni unite) della Corte di Cassazione, la quale ha stabilito che non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse del minore straniero affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di *Kafalah* pronunciato dal giudice straniero, qualora il minore sia a carico o conviva con il cittadino italiano allorquando gravi motivi di salute impongano che sia da quest'ultimo personalmente assistito¹¹⁹.

8. Gli accordi tra i genitori

Al fine di inverare ed attuare il diritto del minore al mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, il giudice ha la possibilità di prendere atto degli accordi tra di loro intervenuti, a condizione che detti accordi non contrastino con

¹¹⁷ Cfr. Trib. Torino, 14 maggio 2010; Trib. Verona, 12 luglio 2010; App. Torino, 19 novembre 2009; App. Roma, 31 gennaio 2011.

¹¹⁸ Cfr. Trib. Modena, 5 novembre 2009; Trib. min. Brescia, 12 marzo 2010; Trib. Tivoli, 22 giugno 2010; App. Bologna, 22 gennaio 2010; App. Venezia, 9 febbraio 2011.

¹¹⁹ Cass., Sez. un., 16 settembre 2013, n. 21108. La Corte, richiamato il principio che in ogni situazione in cui venga in rilievo l'interesse del minore deve esserne garantita la prevalenza sugli eventuali interessi confliggenti, chiarisce che un'interpretazione negatrice della possibilità per il cittadino italiano di ottenere il ricongiungimento con un minore affidatogli con provvedimento di *kafalah* comporterebbe una disparità di trattamento in danno dei cittadini italiani (c.d. discriminazione alla rovescia) rispetto ai cittadini stranieri residenti in Italia, ai quali è consentito quel ricongiungimento. Inoltre, rifacendosi all'art. 3, comma 2, lett. a) d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, di attuazione di una direttiva comunitaria, la Corte precisa che nella dizione «altri familiari», per i quali il cittadino italiano può chiedere il ricongiungimento, può essere ricompreso il minore straniero affidato in *kafalah*, perché la nozione di «familiare» nel diritto interno non postula necessariamente l'esistenza di legami di tipo parentale. Infine, la Corte, escludendo la rilevanza nel nostro ordinamento della *kafalah* puramente convenzionale, fondata cioè su un accordo tra adulti senza che sia stata previamente valutata l'idoneità dell'affidatario, sottolinea che il provvedimento giurisdizionale di *kafalah* svolge la funzione di giustificare l'attività di cura materiale ed affettiva del minore, con esclusione di ogni vincolo di natura parentale od anche di sola rappresentanza legale (in *Foro it.*, 2013, I, 2766). Conf., di recente, Cass., 2 febbraio 2015, n. 1843, *in*, 2015, I, 816. In dottrina, rimarca la necessità di tenere in debito conto le esperienze e gli istituti riscontrabili in altre culture, G. FERRANDO, *La tutela del minore nella famiglia disgregata*, cit. p. 8 s.

gli interessi dei figli (v. quanto prescriveva l'art. 155 c.c., riprodotto nell'art. 337 *ter* c.c. dal d.lgs. n. 154 del 2013)¹²⁰.

La considerazione fondamentale che è rispondente all'interesse del minore l'opzione prioritaria per l'a.c. conduce pianamente a ritenere non accoglibile un accordo che comporti l'abdicazione rispetto alla condivisione della responsabilità genitoriale, a favore di un affidamento esclusivo in capo ad uno dei genitori; non è, quindi, negoziabile il diritto dei figli alla bigenitorialità¹²¹, ma, soprattutto, non è ammissibile una rinuncia all'affido bigenitoriale da parte di un genitore, proprio perché si tratta di un diritto del minore e non dei genitori, che hanno, in tale evenienza, l'onere di chiarire quali circostanze concrete, dettagliate e specifiche renderebbero l'a.c. inadeguato e pregiudizievole per il minore¹²².

Di conseguenza, il giudice assume una posizione di garanzia dell'interesse del minore ed alla luce di esso valuterà gli accordi genitoriali, che troveranno tutela in termini di vincatività in relazione alle disposizioni circa i tempi e le modalità di presenza dei figli presso i genitori nonché alla misura ed alle modalità attuative degli obblighi di mantenimento, con il

¹²⁰ A titolo di es., v. l'applicazione del principio di diritto in App. Catania, 5 novembre 2008, in cui, per l'appunto, si dà conto del fatto che i genitori hanno concordato l'a.c. e raggiunto un ampio e complessivo accordo, mostrando «responsabilità e serenità nel regolamentare l'affidamento del figlio», regolamentazione che risulta conforme all'interesse del minore. Tuttavia, secondo Trib. Firenze, 22 aprile 2006, in *Fam. dir.*, 2006, 3, 291, non è necessario un accordo su ogni scelta minuta, potendo bastare un progetto educativo condiviso, ancorché dal contenuto generico: in questo caso il giudice si limiterà a specificare al più i profili riguardanti la collocazione ed i tempi di permanenza.

¹²¹ Recisamente, Trib. Bologna, 9 maggio 2006; Trib. Bologna, 22 maggio 2006; Trib. Trento, 23 maggio 2006; Trib. Catania, 15 ottobre 2010), in *Guida dir.*, 2011, 1, 50; Trib. Messina, 23 gennaio 2011; Trib. Varese, 21 gennaio 2013; App. Roma, 15 novembre 2006. *Contra*, alcune risalenti decisioni: Trib. min. Trento, 11 aprile 2006; Trib. Messina, 20 dicembre 2006; Trib. Trapani, 21 dicembre 2006; App. Ancona, 22 dicembre 2006. L'a.c. non è disponibile da parte dei genitori e la decisione compete, in ogni caso, al giudice, mentre gli accordi tra le parti, se non contrari all'interesse del minore, possono regolamentare solamente i tempi e le modalità di frequentazione dei figli: cfr. T. AULETTA, o. cit., p. 271; B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2007, pp. 127 e 157 s.; G. PAGLIANI, o. cit., pp. 181 e 193 s.; G. BALLARANI, o. cit., pp. 44 e 117; C. IRTI, o. cit., p. 230; A. ARCERI, *Affidamento dei figli ed autonomia delle parti*, ne *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, cit., p. 96 ss.; M.N. BUGETTI, o. cit., p. 87; A. PALAZZO, o. cit., p. 714. In ultima analisi, vista la preminenza dell'interesse del minore nello scrutinio giudiziale, si riconosce che al giudice è attribuito un potere discrezionale di notevole portata, sicché possono acquisire piena efficacia accordi che concernono la fissazione di giorni, orari, situazioni e previsioni varie relative alla concreta presenza dei genitori presso i figli, a condizione che tale determinazione non finisca con l'incidere sulla sostanza dell'affido, trasformandolo di fatto in affidamento esclusivo (G. PAGLIANI, o. cit., p. 192 ss., spec. p. 194; G. BALLARANI, o. cit., p. 109 ss.). Dissente da tale impostazione E. RUSSO, *Affidamento condiviso e attività negoziale determinativa dei genitori*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 3, II, p. 244 ss., sostenendo che l'esercizio del potere regolamentare sui figli viene (con la nuova dizione normativa) trasferito dal giudice agli accordi dei genitori, residuando al primo un (mero) potere valutativo del contenuto degli accordi, alla stregua del parametro rappresentato dall'interesse dei figli.

¹²² Cfr., ad es., Trib. min. L'Aquila, 26 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2007, 3110; Trib. min. Milano, 4 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 1107; App. Bologna, 15 luglio 2008, in *Fam. min.*, 2008, 9, 78.

limite invalicabile del primario interesse del minore, sempre presidiato dal giudicante. In sostanza, occorre che questi si convinca che l'autodeterminazione nella gestione dei rapporti tra genitori e figli sia pienamente improntata ad una responsabile (bi-)genitorialità¹²³.

In definitiva, si verte, in tema di adozione dei provvedimenti necessari alla tutela degli interessi morali e materiali della prole (tra cui rientrano a pieno titolo quelli sul mantenimento), in una materia che non è governata né dal principio di disponibilità né da quello della domanda, attese le preminenti finalità pubblicistiche relative alla tutela ed alla cura dei minori, finalità che rendono simili provvedimenti adottabili anche d'ufficio¹²⁴.

9. La situazione giuridica degli ascendenti

Nel novero degli assetti familiari, la posizione degli appartenenti ai rami parentali dei genitori rappresenta un elemento che contribuisce in concreto, sotto il profilo spirituale e morale, nonché materiale, alla configurazione fattuale di una serena ed equilibrata crescita del minore. Già da tempo la giurisprudenza più attenta ha riconosciuto e regolamentato le facoltà di incontro e frequentazione dei nonni con i minori, evidenziando il ruolo non secondario che i nonni ricoprono nell'ambito della famiglia; conseguentemente, si è dato ampio respiro al diritto di visita, diritto che è stato negato unicamente quando il rapporto dei nonni con il nipote fosse pregiudizievole per quest'ultimo.

Il legislatore, dapprima, è intervenuto riformulando l'art. 155 c.c. (*ex l. n. 54 del 2006*) nel senso di prevedere il diritto del minore di «conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale»; successivamente, con la recente normativa sull'equiparazione dei figli, pur ribadendo tale prescrizione in capo al minore (art. 337 *ter*, *ex d.lgs. n. 154 del 2013*), ha attribuito agli ascendenti il «diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni», diritto azionabile in giudizio allo scopo di adottare «i provvedimenti più idonei nell'esclusivo interesse del minore» (art. 317 *bis* c.c., come sostituito dall'art. 42 d.lgs. n. 154 del 2013).

¹²³ E' altamente significativo che talvolta si faccia appello al "buon senso" dei genitori ed alla loro capacità di anteporre ai propri interessi personali ed alla contesa giudiziaria l'interesse dei figli minori: così, App. Catania, 16 ottobre 2013. Se, quindi, la conciliazione intervenuta tra i genitori è confacente all'interesse del minore, essa può essere fatta propria dal giudice: Trib. min. Catania, 5 novembre 2008.

¹²⁴ Cfr. Cass., 28 agosto 2006, n. 18627; Cass., 3 agosto 2007, n. 17043; Cass., 20 giugno 2012, n. 10174; Cass., 10 maggio 2013, n. 11218; Cass., 31 marzo 2014, n. 7477.

E' evidente il salto di qualità compiuto dall'ultima normativa. In base ad essa, non sembra piú conferente discorrere di assenza di un vero e proprio diritto soggettivo di visita o di frequentazione, sussistendo una tutela soltanto indiretta e mediata dai genitori del minore¹²⁵, nell'arco dei tempi di permanenza presso ognuno di essi. Al contrario di questa (riduttiva) impostazione, è dato parlare di un autonomo diritto di frequentazione in capo agli ascendenti, sia pure condizionato all'inesistenza di un pregiudizio per il minore ovvero di un rifiuto consapevole da parte di quest'ultimo.

Siffatte evenienze legittimano (tuttora) la sospensione degli incontri con i nonni, volta a volta, per il negativo apporto psicologico o per la mancanza di una relazione affettiva rilevante da proteggere, oppure perché i nonni medesimi hanno mostrato un sostanziale disinteresse verso i nipoti o una scarsa consapevolezza dei loro bisogni emotivi ossia, ancora, non li hanno adeguatamente preservati dai comportamenti lesivi dei genitori o comunque sono fonte di esposizione ad una situazione di pericolo per la loro serena crescita¹²⁶.

Ciò nonostante, di là da tali scenari patologici, normalmente la frequentazione nonché la collocazione medesima presso i nonni, spesso quale soluzione-ponte, lungi dal costituire elementi di ostacolo allo sviluppo equilibrato della personalità del minore, rappresentano invece un importante fattore di arricchimento di quella, magari al (piú limitato) fine di tenere lontano dai disagi del nucleo familiare di origine il soggetto maggiormente debole e vulnerabile¹²⁷. Così, allargando l'orizzonte alla dimensione giuridica sovranazionale, la Corte di giustizia di Strasburgo ha condannato l'Italia a risarcire i danni morali ad una coppia to-

¹²⁵ In tal senso, v. Trib. min. Bologna, 15 maggio 2006; Trib. Reggio nell'Emilia, 17 maggio 2007, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 227; Trib. Napoli, 1° febbraio 2007; Trib. min. Bari, 16 luglio 2008; Trib. min. Milano, 25 marzo 2011, che parla di «interesse legittimo di diritto privato»; App. Perugia, 27 settembre 2007, in *Giur. merito*, 2008, 1913; Cass., 16 ottobre 2009, n. 22081, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 31 ed in *Giur. it.*, 2010, I, 794; Cass., 11 agosto 2011, n. 17191, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 146; Cass., 27 dicembre 2011, n. 28902, in *Foro it.*, 2012, I, 779; Cass., 16 marzo 2012, n. 4253. Sui rapporti dei minori con gli ascendenti, v. G. PAGLIANI, o. cit., p. 200 s.; F.M. ZANASI, *La posizione degli ascendenti*, in *Famiglia e persone*, cit., p. 279 ss.; S. MEZZANOTTE, *Il rapporto nonno-nipoti: una relazione affettiva giuridicamente rilevante*, in *Giur. merito*, 2008, p. 1913 ss.; G. BALLARANI, o. cit., p. 46 ss.; A. COSTANZO, o. cit., p. 581 ss.

¹²⁶ Cfr., sui vari punti, Trib. min. Catania, 26 giugno 2006; Trib. min. Palermo, 15 novembre 2010 (qui, il nonno incute timore nei bambini ed è da essi vissuto come una «figura minacciosa», anche a causa dell'aspra conflittualità con il loro padre); Cass., 11 ottobre 2013, n. 23193; Cass., 20 gennaio 2014, n. 1099; Cass., 16 luglio 2014, n. 16280; Cass., 6 agosto 2014, n. 17725.

¹²⁷ V., a titolo di es., i casi contemplati in Trib. Perugia, 26 marzo 2014, in *www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com* del 7 luglio 2014; App. Venezia, 3 gennaio 2012; Cass., 21 novembre 2013, n. 26122. In un contesto speciale - precocissima perdita della madre -, cfr. Trib. Napoli, 1° febbraio 2007 e Cass., 5 marzo 2014, n. 5097, in *Foro it.*, 2014, I, 1067 (qui, un procedimento promosso dai nonni materni a tutela dei nipoti, dopo la morte della loro madre).

rinese che si è vista negare nei fatti il diritto di visita della nipote per oltre dodici anni, poiché, alla luce dell'art. 8 della *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* del 4 novembre 1950 (ratificata con l. 4 agosto 1955, n. 848; in seguito, integrata e modificata da vari Protocolli aggiuntivi), era risultato violato il diritto al rispetto della vita familiare, a cagione dell'eccessiva durata della procedura finalizzata ad autorizzare gli incontri con la minore¹²⁸.

Da diversa angolazione d'indagine, va evidenziato che la valenza affettiva del rapporto tra minore e nonni, talvolta trascurata o minimizzata, per altri aspetti, in assenza della convivenza, assunta a parametro e criterio oggettivo, fonte di prova presuntiva, al quale ancorare la disamina di particolari (e dolorose) evenienze¹²⁹, dovrebbe, per effetto della novel-

¹²⁸ CEDU, 20 gennaio 2015, *Affaire Mennello et Nevi c. Italie*. La Corte, rammentato che «*les liens entre les grands-parents et les petits-fils relèvent de liens familiaux au sens de l'article 8 de la Convention*», conclude che, nel caso esaminato, «*les autorités nationales n'ont pas déployé les efforts adéquats et suffisants pour préserver le lien familial entre les requérants et leur petite-fille et qu'elles ont méconnu les droits des intéressés au respect de leur vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention*».

¹²⁹ Ci si riferisce alla risarcibilità del danno non patrimoniale sofferto in seguito alla perdita del congiunto causata da atto illecito di terzi. Qui, la giurisprudenza sembra propendere per la rilevanza del rapporto nonni-nipoti quando esso sia corroborato dalla convivenza, oppure se il nonno sia tutore o, benché non convivente, costituisca un referente per il minore in mancanza dei genitori: cfr. Cass., 16 marzo 2012, n. 4253, che configura la convivenza quale «connotato minimo attraverso cui si esteriorizza l'intimità dei rapporti parentali, anche allargati, caratterizzati da reciproci vincoli affettivi, di pratica della solidarietà, di sostegno economico» precisando, per tale ultimo aspetto, che eventuali provvidenze economiche, pur durevoli e costanti nel tempo, erogate dai nonni a favore dei nipoti non conviventi, non possono, al di fuori della convivenza, essere considerate decisive per integrare un danno non patrimoniale derivante dal cessare di esse. Su questa linea di pensiero, v., altresì, Cass., 11 maggio 2007, n. 10823; Cass., 21 gennaio 2011, n. 1410; Cass., 13 maggio 2011, n. 10527; Cass., 17 gennaio 2013, n. 1025; Cass., 22 ottobre 2013, n. 23917; Cass., 12 novembre 2013, n. 25415; Cass., 25 luglio 2014, n. 17006. In senso contrario, in precedenza, Cass., 15 luglio 2005, n. 15019 e Cass. pen., 21 ottobre 2005, n. 38809, che invitavano a scrutinare i normali rapporti affettivi, sebbene in assenza di coabitazione; ma, v. pure, benché in diversa fattispecie, Cass., 21 marzo 2013, n. 7128, secondo cui «la convivenza non ha da intendersi necessariamente come coabitazione, quanto piuttosto come stabile legame» tra persone, «connotato da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti», in quanto bisogna riallacciarsi all'art. 2 cost., «che attribuisce rilevanza costituzionale alla sfera relazionale della persona». Più recentemente, Cass. pen., 11 luglio 2013, n. 29735 giudica non determinante il requisito della convivenza, «perché attribuire a tale situazione un rilievo decisivo porrebbe ingiustamente in secondo piano l'importanza di un legame affettivo e parentale la cui solidità e permanenza non possono ritenersi minori in presenza di circostanze diverse, che comunque consentano una concreta effettività del naturale vincolo nonno-nipote: ad esempio, una frequentazione agevole e regolare per prossimità della residenza o anche la sussistenza – del tutto conforme all'attuale società improntata alla continua telecomunicazione – di molteplici contatti telefonici o telematici. A ben guardare, anzi, è proprio la caratteristica suddetta di intenso livello di comunicazione in tempo reale che rende del tutto superflua la compresenza fisica nello stesso luogo per coltivare e consentire un reale rapporto parentale». Dunque, a parere della Corte, l'interprete dovrà utilizzare «quale parametro il concreto configurarsi delle relazioni affettive e parentali in ragione di peculiari condizioni soggettive e situazioni di fatto singolarmente valutabili, escludendo ogni carattere risolutivo della convivenza, che costituisce comunque un significativo elemento di valutazione, in assenza del quale, tuttavia, può comunque dimostrarsi la sussistenza di un concreto pregiudizio derivante dalla perdita del congiunto».

la legislativa, consentire un mutato approccio al problema della qualificazione giuridica della situazione soggettiva degli ascendenti, sempre avendo come punto indefettibile di aggancio l'interesse prevalente del minore¹³⁰.

Invero, scaturisce, dal quadro delineato, una piú incisiva considerazione del ruolo tradizionalmente svolto dai nonni nelle relazioni familiari. Soprattutto in un'epoca, come quella odierna «in cui pure l'idea unitaria di famiglia si è rarefatta», «l'immagine dei nonni non ha perduto il suo indelebile smalto, nucleo portante di tradizioni ed insegnamenti elaborati con l'esperienza degli anni e simbolo di un vincolo... profondo e significativo»¹³¹.

Certo, se si perviene alla conclusione che il riconoscimento del diritto di frequentazione dei nipoti induce a ritenere, come appare corretto, che altresí sul piano processuale la posizione degli ascendenti viene ulteriormente rafforzata e qualificata nei riguardi dei genitori, è facile comprendere il motivo per cui, nella Relazione conclusiva della Commissione istituita per l'elaborazione di quello che poi diventerà il d.lgs. n. 154 del 2013, si legge che «si ritiene inopportuno che gli ascendenti possano spiegare intervento nei procedimenti relativi alla disgregazione definitiva della coppia genitoriale..., sia perché ciò alimenterebbe la conflittualità tra le parti (si tratterebbe di effetto certo derivato dallo schierarsi delle famiglie di origine), sia perché, in particolare, nei procedimenti aventi ad oggetto lo *status* dei coniugi, si dibatte anche di questioni personalissime (ad es., violazione dei doveri coniugali) che le parti hanno tutto il diritto a non far conoscere a terzi, ancorché (o tanto piú perché) parenti prossimi»¹³².

Tuttavia, a fronte del paventato (e per molti versi ineludibile) pericolo di apportare piú conseguenze dannose che reali benefici, è difficile non sottoscrivere le belle e nobili pa-

¹³⁰ D'altronde, già in passato la giurisprudenza di legittimità ha talvolta sancito il potere del giudice di prendere comunque atto dei rapporti positivi correnti tra nonni e nipoti e di regolamentarli in concreto, emettendo un provvedimento *ex art.* 333 c.c. per disciplinare le modalità di incontro: cfr. Cass., 23 novembre 2007, n. 24423. V., ad es., l'autorevole affermazione di chi (G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., *Aggiornamento* 2014, p. 9) discorre di un vero e proprio diritto degli ascendenti alla relazione con i nipoti.

¹³¹ F. DANOVI, *Il d.lgs. n. 154/2013 e l'attuazione della delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in *Fam. dir.*, 2014, 5, p. 539. I nonni sono custodi della tradizione ed anelli di congiunzione tra passato e presente, chiamati a sostituire i genitori incapaci, o impediti, ma anche ad integrare la funzione assistenziale ed educativa, in una sorta di vicariato ad esclusivo beneficio della prole (A. MASCIA, *Lesione del rapporto parentale: il danno non patrimoniale per la perdita dei nonni*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 5, p. 877; C.M. BIANCA, *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 2, p. 679).

¹³² Relazione c.d. Bianca del 4 marzo 2013, p. 92 s.

role di chi, sotto questo profilo, ritiene «auspicabile che i nonni sappiano preservare anche nel momento del conflitto il bagaglio di ragionevolezza ed esperienza di cui sono portatori e si adoperino per svolgere una funzione di mediazione tra i genitori e non già di appoggio fazioso o strumentale di uno di essi», dal momento che «solo così operando gli stessi svolgeranno correttamente il ruolo di ponte tra passato e futuro e sapranno consegnare il testimone ai nipoti»¹³³.

10. La “nuova” responsabilità genitoriale

In virtù dell’ultima riforma legislativa redatta dalla l. n. 219 del 2012 e del connesso d.lgs. n. 154 del 2013, volti alla finalità di eliminare ogni residua discriminazione rimasta nel nostro ordinamento tra figli nati nel e fuori dal matrimonio, assicurando la completa eguaglianza giuridica degli stessi, si è definitivamente consolidata la prospettiva “puerocentrica” della tutela della famiglia, rafforzandosi il ruolo primario che l’interesse del minore riveste nella valutazione del giudice.

La “potestà” dei genitori sui figli minori cede finalmente il passo, peraltro già ampiamente rivisto e ridefinito nell’accezione funzionale della predetta “potestà” (come strumento, cioè, per l’attuazione del dovere genitoriale di educazione, formazione e realizzazione degli interessi della prole), alla piena affermazione della c.d. responsabilità genitoriale, nozione ormai pervasiva della vigente disciplina giuridica della famiglia.

Per la verità, la delega approntata nella l. n. 219 del 2012 aveva prefigurato di delineare il principio della responsabilità genitoriale quale aspetto dell’esercizio della “potestà”; nondimeno, il legislatore ha preferito sostituire il termine “potestà”, a vantaggio di una chiara definizione funzionale della situazione soggettiva dei genitori. Così, viene superata del tutto la dizione “potestà genitoriale” in considerazione dell’evoluzione socio-culturale, prima che giuridica, dei rapporti tra genitori e figli, con una locuzione «che meglio definisce i contenuti dell’impegno genitoriale, non più da considerare come una potestà sul figlio minore, ma come un’assunzione di responsabilità da parte dei genitori nei confronti del figlio»; sicché, «i rapporti genitori-figli non devono essere più considerati avendo riguardo al

¹³³ F. DANOVI, *o. cit.*, p. 548.

punto di vista dei genitori, ma occorre porre in risalto il superiore interesse dei figli minori»¹³⁴.

Il concetto in questione, «quale situazione giuridica complessa idonea a riassumere i doveri, gli obblighi e i diritti derivanti per il genitore dalla filiazione» ed esprime non già una soggezione del figlio ad un potere-dovere dei genitori, ma bensì l'«assunzione di un obbligo da parte dei genitori, che dovranno esercitare la responsabilità genitoriale di comune accordo, tenendo conto [*rectius*: nel rispetto] delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio»¹³⁵ non viene espressamente definito nella nuova normativa. Tuttavia, nel reg. CE n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale ed in materia di responsabilità genitoriale, in vigore dall'1 marzo 2005, la definizione di responsabilità genitoriale esiste nell'art. 2, n. 7, il quale richiama «i diritti e i doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore», aggiungendo che «il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita».

Dunque, bisogna relazionarsi ai diritti dei figli minori, giacché è nel loro prioritario interesse che viene attribuita ai genitori e deve essere da essi azionata la responsabilità genitoriale. Questa scaturisce dal (puro) dato biologico della procreazione e permane nonostante la crisi della coppia genitoriale, prescindendo in specie dalla convivenza tra i genitori¹³⁶. Inoltre, il suo nucleo normativo si estende ai minori stranieri¹³⁷.

¹³⁴ Relazione c.d. Bianca, cit., pp. 15 s. e 145 s., nella quale si evidenzia che «la modifica terminologica dà risalto alla diversa visione prospettica che nel corso degli anni si è sviluppata ed è ormai da considerare patrimonio condiviso».

¹³⁵ Relazione c.d. Bianca, cit., pp. 152 e 166. T. AULETTA, o. cit., 371 s., parla di responsabilità genitoriale quale esercizio della cura del minore, di comune accordo (salva l'urgenza) per singole questioni di particolare importanza (es., avvio ad uno sport pericoloso); cfr., inoltre, G. FERRANDO, *Diritto di famiglia, Aggiornamento*, cit., p. 7 ss.; T. MONTECCHIARI, *Rapporti tra genitori e figli*, cit., p. 139 ss. (sull'evoluzione giurisprudenziale nella concezione della responsabilità genitoriale come «elemento caratterizzante la qualifica di genitore» – qui, p. 140 –); A. PALAZZO, o. cit., p. 565 ss. (riscontra nella responsabilità genitoriale un concetto riassuntivo degli obblighi genitoriali, che permangono, almeno quelli economici, perfino nell'ipotesi di provvedimenti sospensivi od ablativi di essa – qui, p. 626 –).

¹³⁶ Cass., 10 maggio 2011, n. 10265, in *Corr. giur.*, 2012, 91.

¹³⁷ Infatti, l'art. 36 *bis* l. 31 maggio 1995, n. 218 (art. aggiunto dall'art. 101 d.lgs. n. 154 del 2013), con riguardo alla filiazione, nell'ambito del sistema di diritto internazionale privato, statuisce che si applicano sul nostro territorio, nonostante il richiamo ad altra legge, le norme interne che attribuiscono ad entrambi i genitori la responsabilità genitoriale. Per un'applicazione, v. Trib. Roma, 17 gennaio 2015, n. 960, in *IlSole24ore*, 25 giugno 2015 (nella specie, in una causa riguardante due cittadini stranieri residenti in Italia, è stato disposto

In sostanza, la nuova nozione appare piú ampia della precedente (ad es., si attaglia in modo piú consono all'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne non autosufficiente economicamente) e ricalca in maniera maggiormente aderente l'inquadramento che veniva dato alla "potestà" in chiave di «ufficio di diritto privato» o «*munus* di diritto privato»¹³⁸, confermando la centralità conferita all'interesse del minore, nel cui esclusivo àmbito si spiega la comune e costante assunzione di responsabilità da parte dei genitori.

Orbene, va preso atto che il legislatore continua a muoversi in tale direzione, se si pone mente al fatto che, stabilendosi la possibilità di una convenzione di negoziazione assistita da avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, sono state dettate specifiche cautele a tutela dei figli minori, dei figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave ovvero economicamente non autosufficienti. In simili evenienze, la legge prescrive che l'accordo raggiunto a seguito di quella convenzione deve essere trasmesso al (e scrutinato dal) procuratore della repubblica presso il tribunale competente, il quale lo autorizza solamente se esso risponde all'interesse della prole¹³⁹.

Ma v'è di piú: i genitori non possono concludere un analogo accordo innanzi al sindaco, quale ufficiale di stato civile, del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio, qualora si sia in presenza delle predette categorie di figli¹⁴⁰.

Camerino, ottobre 2015.

Il presente numero è stato chiuso nel dicembre 2015.

l'affido esclusivo alla madre, in quanto il padre non era in grado di esercitare la sua responsabilità genitoriale, come dimostrato dalla mancata corresponsione del mantenimento, dall'esercizio discontinuo del suo diritto di visita e dall'abuso di alcool).

¹³⁸ Cfr. Cass., 8 novembre 2010, n. 22678; Cass. pen., 29 luglio 2014, n. 33452.

¹³⁹ Art. 6, comma 2 e 3, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162. Da segnalare è un ulteriore dettame normativo, in base al quale nell'accordo si deve dare atto che gli avvocati hanno informato le parti «dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori».

¹⁴⁰ Art. 12, comma 2, d.l. 132 del 2014, cit.

CONTRIBUTI DI:

ANA M^a PÉREZ VALLEJO	<i>Profesoras Titulares de Derecho civil Universidad de Almería (España).</i>	<i>amperez@ual.es</i>
M^a JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ	<i>Profesoras Titulares de Derecho civil Universidad de Almería (España).</i>	<i>mcazorla@ual.es</i>
FRANCESCO RIZZO	<i>Professore associato di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Camerino</i>	<i>francesco.rizzo@unicam.it</i>
ROBERTO GARETTO	<i>Dottore di ricerca in "Civil law and Constitutional legality" presso l'Università degli Studi di Camerino</i>	<i>roberto.garetto@unicam.it</i>
JUAN ESPINOZA ESPINOZA	<i>Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.</i>	<i>jaespino@pucp.edu.pe</i>
ANTONIO FLAMINI	<i>Professore Ordinario di Diritto Civile presso l'Università degli studi di Camerino.</i>	<i>antonio.flamini@unicam.it</i>
ANNA MARIA DEL FANTE	<i>Professore aggregato di Diritto di famiglia presso l'Università degli studi di Camerino.</i>	<i>annamaria.delfante@unicam.it</i>