

LA BUONA FEDE NEI RAPPORTI FAMILIARI

GOOD FAITH AND FAMILY RELATIONSHIPS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 12-31

* Il presente saggio è la rielaborazione della relazione tenuta al Convegno I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da "Le autorità private" di C.M. Bianca, che si è tenuto all'Università degli Studi di Roma Tre il giorno 27 ottobre 2017.



Mirzia
BIANCA

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de marzo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: Il saggio, partendo dall'assenza nel codice civile di uno specifico riferimento al principio di buona fede nel diritto di famiglia, diversamente dalla presenza di questo principio nel libro IV dedicato alle obbligazioni e ai contratti, è volto a dimostrare l'applicazione di questo principio da parte della giurisprudenza anche in mancanza di specifico richiamo normativo.

L'indagine si sviluppa tenendo in considerazione da un lato la buona fede soggettiva come ignoranza di ledere l'altrui diritto e dall'altro la buona fede oggettiva come regola di correttezza nei rapporti familiari.

Il risultato è un complesso di decisioni, sia della giurisprudenza di merito che della giurisprudenza di legittimità che impongono ai componenti di un nucleo familiare obblighi di informazione, di lealtà di salvaguardia sia con riferimento alla coppia che con riferimento ai figli.

PALABRAS CLAVE: Buona fede soggettiva; buona fede oggettiva; rapporti familiari.

ABSTRACT: *The essay takes as a starting point the absence in the Italian Civil Code of a specific reference to the principle of good faith in the matter of family law, whilst in contract law such principle is explicitly mentioned in the Fourth Book of the Code. Its aim is to demonstrate that the principle is applied by case-law also in family matters, notwithstanding the lack of a specific reference in statutory law.*

The analysis is developed taken into consideration both "subjective good faith", as unawareness of harming someone else's rights, and "objective good faith", as rule of correctness in family relationships.

The findings are represented by many decisions, of both the trial judges and the Supreme Court, that impose to family members obligations of information, loyalty and protection, with regard to the relationships among the partners as well as with the children.

KEY WORDS: *Subjective good faith; objective good faith; family relationships.*

SUMARIO.- I. IL FONDAMENTO ETICO DEL PRINCIPIO DI BUONA FEDE E IL DOVERE DI SOLIDARIETÀ. IL COLLEGAMENTO CON L'OPERA DI CESARE MASSIMO BIANCA SULLE AUTORITÀ PRIVATE. – II. LA BUONA FEDE: DISTINZIONE TRA BUONA FEDE IN SENSO SOGGETTIVO E BUONA FEDE IN SENSO OGGETTIVO. LA BUONA FEDE IN SENSO SOGGETTIVO E LA TUTELA DELL'AFFIDAMENTO NELLO STATUS FAMILIARE.- III. LA BUONA FEDE IN SENSO OGGETTIVO. L'OBBLIGO DI LEALTÀ. DISTINZIONE TRA FEDELTA' E LEALTÀ.- I. Il difetto di informazione nella fase che precede il matrimonio e l'unione civile.- 2. Il difetto di informazione sullo status di genitore. – 3. il dovere di informazione dei minori adottati e dei minori nati da fecondazione assistita. – IV. LA BUONA FEDE QUALE OBBLIGO DI SALVAGUARDIA NEI RAPPORTI FAMILIARI.- V. CONCLUSIONI.

I. IL FONDAMENTO ETICO DEL PRINCIPIO DI BUONA FEDE E IL DOVERE DI SOLIDARIETÀ. IL COLLEGAMENTO CON L'OPERA DI CESARE MASSIMO BIANCA SULLE AUTORITÀ PRIVATE

Prima di spiegare il titolo di questo mio saggio scritto in occasione del compleanno dell'opera *Le autorità private* di Cesare Massimo Bianca¹, vorrei incentrare l'attenzione su alcuni principi e idee portanti che emergono da quell'opera dell'A., perché saranno proprio quei principi che mi consentiranno di spiegare perché ho scelto di scrivere un saggio sulla buona fede nei rapporti familiari.

Nell'opera *Le autorità private* di Cesare Massimo Bianca, titolo di un'opera che sarà destinata a ricevere l'attenzione anche al di fuori del ristretto ambito del diritto civile a causa della invenzione della felice formula, si condensa l'impostazione assiologica dell'Autore e l'idea di fondo che il diritto è il principale strumento di avversione delle ingiustizie e in generale di tutte le forme di violazione del principio di uguaglianza nonché strumento privilegiato di attuazione del principio di solidarietà, in una lettura originale e innovativa del principio uguaglianza alla luce dei principi cardine del diritto privato². Nelle prime pagine dell'opera l'A., dopo

1 BIANCA, C.M.: *Le autorità private*, Napoli, 1977.

2 Al riguardo mi sembrano evocative e simboliche le parole di Pietro Rescigno di presentazione al volume *Le autorità private*, p. XII: "Sull'eguaglianza B. fornisce chiarimenti precisi, di sicura utilità sistematica per chi voglia rimeditare il principio costituzionale e per lo studioso che si proponga invece di controllare il significato ed i limiti della parità di trattamento nel diritto privato... È agevole scorgere nella prospettiva scelta da Massimo B. i segni di una originale e più sottile riflessione. Delle autorità private emergenti dalla ricognizione positiva, egli enuncia il programma 'di verificare il fenomeno... rispetto ad un principio costituzionale operante come limite alla legge ordinaria e, ancora, come limite all'autonomia negoziale, ossia come norma direttamente precettiva per i privati'".

• **Mirzia Bianca**

Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università "La Sapienza" di Roma. Correo electrónico: mirzia.bianca@uniroma1.it

aver nitidamente distinto tra norma pubblica espressione di *autorità* e negozio espressione di *autonomia*, affermava l'esistenza di autorità anche nel diritto privato, *autorità che egli indicava come il potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni*, riportando l'esempio, tra gli altri, delle strutture associative e condominiali. In altre pagine dell'opera si chiarisce che il concetto di autorità privata è strettamente collegato alla violazione del principio di uguaglianza, nella sua accezione specifica di *parità reciproca, ovvero del non assoggettamento all'altrui potere autoritario*. E proprio nel principio dell'uguaglianza inteso come principio di parità reciproca l'A. individuava il limite alla legge ordinaria e all'autonomia negoziale, come norma direttamente precettiva per i privati.

In quelle pagine si ricompone come in un mosaico il pensiero di Cesare Massimo Bianca e il suo fondamento etico che rimarrà, come accennavo, filo rosso del suo impegno come giurista perché il principio di uguaglianza come parità reciproca evoca il divieto di discriminazioni e quindi il principio di giustizia *sostanziale che passa attraverso le discriminazioni di diritto*.

Le autorità private venivano suddivise dall'A. in due diverse tipologie: di diritto e di fatto. Rispetto a queste ultime, qualificate quali *poteri decisionali che non sono fondati su particolari prerogative giuridiche ma solo su posizioni di forza economico-sociale*, l'A. intravedeva un obbligo specifico dello Stato di rimuoverle. Anche in quelle pagine, ma soprattutto nell'individuazione di una responsabilità dello Stato nei confronti delle ingiustizie, si schiudono riflessioni future dell'A. che toccheranno il tema del diritto di famiglia e l'istituto dell'adozione, quando il diritto del minore a crescere in famiglia verrà affermato con forza come diritto anche nei confronti dello Stato, che è obbligato al sostentamento economico delle famiglie indigenti, evitando la dichiarazione dello stato di abbandono.

Nel capitolo dedicato alle autorità di diritto, il primo § è dedicato proprio alle autorità private nel diritto di famiglia, e in particolare alle autorità sugli incapaci e sui minori. Qui l'A., ricollegandosi all'impostazione tradizionale e allora prevalente che sottraeva in termini generali la famiglia all'intervento del diritto, denuncia la ritrosia di quei tempi ad applicare il principio di uguaglianza ai rapporti familiari, rapporti connotati fino ad allora dal concetto di autorità (maritale, parentale, etc.). Tale ritrosia veniva spiegata dall'A facendo riferimento da un lato *alla tradizionale resistenza all'ingerenza dell'ordinamento statale e al naturale atteggiarsi dei rapporti interni secondo fattori personali giuridicamente non valutabili* e dall'altro al fatto che *i suoi membri sono legati da un rapporto morale che implica l'integralità della persona*, riflessioni che vengono accompagnate dal rinvio al pensiero di Raiser e di Pietro Rescigno.

Dopo questa prima affermazione l'A prende immediatamente le distanze rispetto ad una impostazione già da lui reputata obsoleta e viene subito affermato

il passaggio dalla concezione autoritaria della famiglia alla concezione di *una solidale comunanza di vita*.

Nelle pagine in tema di tutela del minore si colgono i germi del futuro e costante impegno di Cesare Massimo Bianca per la parificazione e per la rimozione delle residue discriminazioni, che troverà compiuta realizzazione con la riforma della filiazione del 2012 e 2013. Già in quelle pagine incredibilmente compariva la necessità di riconoscere un diritto all'ascolto del minore, diritto all'ascolto che l'ordinamento italiano codificherà solo nella legge del 2006 sull'affidamento condiviso e nello statuto dei diritti del figlio (nuovo 315-bis del codice civile, introdotto dalla citata riforma della filiazione), nonché nella recente legge sul consenso informato e sul fine vita, legge che ha dato voce alle riflessioni dell'A. in ordine alla necessità di tener conto dell'opinione del minore nelle vicende riguardanti la sua salute³.

Pagine importantissime sono poi quelle sull'ufficio educativo e sulla legittimazione di un potere che è e deve essere esercitato nell'esclusivo interesse del minore. L'importanza di quelle affermazioni si colgono oggi ancora di più nel difficile compito che i genitori sono chiamati a svolgere nella prevenzione dei pericoli derivanti da internet, e in cui appare sempre più insufficiente una tutela che si fermi al tradizionale confine degli strumenti giuridici tradizionali, imponendo un rigoroso e difficile connubio tra libertà e responsabilità⁴.

Nelle pagine dedicate al principio di autonomia negoziale si coglie ancora l'essenza del pensiero dell'A e la sua impostazione antiautoritaria e solidaristica quando, dopo averne declamato il contenuto di libertà, si contesta che essa possa risolversi in arbitrio, rifiutandosi perciò l'aspetto deteriore di un approccio "individualista", e proclamando "che il dato caratterizzante del diritto privato diviene quello della solidarietà sociale".

In buona sostanza e concludendo questa breve sintesi su alcuni passaggi dell'opera *Le autorità private*, può sinteticamente affermarsi che solidarietà, uguaglianza intesa come parità reciproca e giustizia sono gli ingredienti che hanno composto la base etica del volume sulle autorità private e in generale di tutte le opere di Cesare Massimo Bianca. Proprio il riferimento alla solidarietà quale "dato caratterizzante del diritto privato" ha focalizzato la mia attenzione sul principio di buona fede nei rapporti familiari, dato che per espresso riconoscimento anche della giurisprudenza, alla buona fede oggettiva⁵ si riconosce oggi il crisma di principio

3 Vid. Legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*. Sia consentito un rinvio a BIANCA, M.: "Prime note di commento alla legge", in via di pubblicazione sulla rivista *Familia*.

4 Sia consentito un rinvio al mio saggio in via di pubblicazione sulla Rivista *Comunicare* dal titolo "La tutela del minore nell'età digitale. Riflessioni a margine della lettura del libro bianco AGCOM 2.0. su media e minori".

5 Sulla rilevanza della buona fede in senso soggettivo, vid. oltre nel testo il § 2.

etico che realizza il principio costituzionale di solidarietà contenuto nell'art. 2 della Cost. Il fondamento costituzionale della buona fede nel valore della solidarietà sociale ha consentito di conservare quella vocazione pluralista del principio, anche se risulta ormai abbandonata quella visione paternalistica che vedeva nel principio di buona fede uno strumento di probità delle relazioni contrattuali necessario per realizzare gli interessi delle parti e l'interesse superiore della Nazione⁶. Così il tema della buona fede nei rapporti familiari mi è sembrato, al di là dei risultati scientifici e delle ricadute applicative, un tema caro a quella impostazione assiologica dell'A e quindi possibile oggetto di studio e di attenzione. A questa prima riflessione si sono aggiunti tanti dubbi e tante curiosità che hanno reso la prospettazione della trattazione del tema estremamente interessante ed attraente. In particolare mi sono subito chiesta perché il principio di buona fede, più volte richiamato nella disciplina del libro IV del codice civile sia del tutto assente nella disciplina del libro I. E inoltre come mai questo principio di solidarietà viene applicato a soggetti estranei come il debitore e il creditore e non si applica ai familiari? La risposta a questi interrogativi non è facile perché, anche rispetto alla buona fede dei rapporti obbligatori, benché principio testualmente richiamato in più articoli del codice civile (art. 1366, 1175, 1337, 1375, 1358) la dottrina e la giurisprudenza ne hanno sottovalutato la portata, relegandolo nel passato a principio a contenuto esclusivamente etico. Nei rapporti familiari, inoltre, a queste ragioni, devono aggiungersi quelle riflessioni di Massimo Bianca, in ordine alla ritrosia ad applicare i principi di uguaglianza e di solidarietà ai rapporti familiari, rapporti considerati un'isola rispetto al mare del diritto⁷. Tuttavia, anche ad una prima riflessione superficiale appare assurdo che la tutela dell'affidamento e in generale gli obblighi di lealtà e di salvaguardia non debbano trovare il loro campo di applicazione elettiva in relazioni fondate per loro natura sulla fiducia e sull'affidamento. In effetti proprio Cesare Massimo Bianca nell'opera dedicata al contratto, affrontando la trattazione specifica del principio di buona fede, evidenzia la necessità di estendere questo precetto al di là dei rapporti contrattuali ed obbligatori, secondo l'insegnamento romanistico che vedeva nella buona fede un precetto dell'agire umano⁸. L'indagine sull'esistenza del principio di buona fede nei rapporti familiari disvela poi una problematica di più ampia portata che è quella dell'applicazione dei principi generali che governano il contratto e l'obbligazione al diritto di famiglia.

6 Vid. Relazione al codice civile n. 612: "Questo obbligo esige dai soggetti di un rapporto contrattuale, nella sfera del rapporto stesso, un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, sia nel modo di farli valere e di osservarli, con riguardo in ogni caso allo scopo che il contratto vuol soddisfare, all'armonia degli interessi delle parti e di quelli superiori della Nazione, i quali richiedono una pacifica collaborazione produttiva".

7 Si richiamano qui le parole a tutti conosciute di C. A. Jemolo.

8 Vid. BIANCA, C.M.: *Il contratto*, 2° ed., Milano, 2000, p. 504: "Al riguardo occorre ammettere l'esattezza del riferimento all'esperienza del settore contrattuale per individuare indicazioni specifiche sul significato della buona fede. Ciò tuttavia non può precludere la ricerca di una concretizzazione della nozione in modelli operativi al di fuori dei contratti. Il rispetto dell'altrui affidamento non può infatti esaurire la portata di un principio che la nostra legislazione ha voluto porre a fondamento di tutta la vicenda contrattuale e che esprime un'esigenza certamente superiore alla logica dello 'stare ai patti' e del non ingannare".

Fatte queste premesse, è chiaro che se si vuole cercare di individuare l'applicazione del principio di buona fede nei rapporti familiari, non si può ridurre il dibattito e la questione all'applicazione nel diritto di famiglia del principio di solidarietà in quanto richiamo sicuramente corretto⁹ ma troppo generico. Occorre invece individuare obblighi di lealtà e di salvaguardia, che sono i canoni in cui si è specificato il contenuto del principio di buona fede che, analogamente a quanto avviene nei rapporti contrattuali ed obbligatori, siano radicati nelle relazioni familiari anche in mancanza di una norma esplicita. Solo così può giustificarsi un richiamo tecnico al principio di buona fede nelle relazioni familiari. L'indagine sulla buona fede nei rapporti familiari sarà quindi condotta secondo le due direttive: 1) dell'obbligo di lealtà e della tutela dell'affidamento nei rapporti familiari¹⁰; 2) dell'obbligo di salvaguardia nei rapporti familiari¹¹. Entrambe le direttive saranno condotte attraverso un'analisi della giurisprudenza al fine di accertare se il principio di buona fede, anche se non declamato o esplicitamente richiamato, abbia trovato applicazione. Una seconda parte importante dell'indagine riguarderà le conseguenze della violazione del principio di buona fede nel diritto di famiglia¹², indagine molto complessa perché già nel diritto delle obbligazioni si fatica ad individuare le conseguenze della violazione di tale precetto.

II. LA BUONA FEDE: DISTINZIONE TRA BUONA FEDE IN SENSO SOGGETTIVO E BUONA FEDE IN SENSO OGGETTIVO. LA BUONA FEDE IN SENSO SOGGETTIVO E LA TUTELA DELL'AFFIDAMENTO NELLO STATUS FAMILIARE

Come è noto la buona fede viene comunemente distinta in *buona fede in senso soggettivo* e *buona fede in senso oggettivo*. Mentre la seconda, come si è detto, identifica canoni oggettivi di comportamento secondo correttezza che trova il suo fondamento costituzionale nel principio di solidarietà (art. 2 Cost.), la prima indica uno stato soggettivo di *ignoranza di ledere l'altrui diritto*. Mentre la buona fede oggettiva viene più volte richiamata nel libro IV del codice civile (art. 1337 nelle trattative, art. 1175, quale canone di interpretazione, art. 1375 quale canone di integrazione, in pendenza della condizione, art. 1358), la buona fede *in senso soggettivo* compare in numerose disposizioni in tema di possesso

9 Sull'applicazione del principio di solidarietà ai rapporti familiari, si rinvia alle riflessioni sempre suggestive di Andrea Nicolussi e al ricordo di L. Mengoni: Nicolussi, A.: "La famiglia: una concezione neo-istituzionale?", *Europa e dir priv.*, 2012, p. 171: "Nel matrimonio... il principio di uguaglianza non mette in discussione il principio di solidarietà – previsto dall'art. 2 Cost., e quindi operante *a fortiori* nella famiglia – il quale impedisce che il primato del dovere, affermato dalla morale domestica tradizionale, si converta nel primato del diritto soggettivo, con la conseguenza di dissolvere la famiglia nelle relazioni interindividuali dei suoi componenti, cioè in una serie sordinata di rapporti tendenzialmente conflittuali" (La parte in corsivo riportata da Nicolussi è di MENGONI, L.: "La famiglia in una società complessa", *Iustitia*, 1990, p. 11).

10 Vid. i § § 3, 4 e 5 del testo.

11 Vid. il § 6 del testo.

12 Vid. I § 7 del testo.

nel libro III (art. 1147, 1152, 1153, 1155, 1157) e curiosamente compare, sempre con questa accezione soggettiva, nella disciplina del matrimonio. La disciplina del matrimonio putativo regolata dall'art. 128 del codice civile riconosce nella buona fede, da intendersi come ignoranza sulle cause di nullità, uno dei coelementi, oltre alla convivenza, della fattispecie. La *ratio* della disciplina del matrimonio putativo è da rinvenirsi nella tutela dell'affidamento in ordine ad una data situazione da parte di chi ignorava la causa di nullità o era estraneo alla costituzione dell'atto (figli nati o concepiti durante il matrimonio dichiarato nullo). La stessa *ratio*, ovvero l'esigenza di tutelare l'affidamento è dato rinvenire nell'art. 129- *bis*, norma che prevede espressamente la responsabilità di colui che ha violato l'affidamento del coniuge in buona fede. In queste disposizioni si coglie l'importanza della tutela dell'affidamento in ambito familiare. La stessa esigenza ha portato la Cassazione a Sezioni Unite¹³ a ritenere che la convivenza protratta per un certo numero di anni è elemento che impedisce la delibazione di una sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio. In quella decisione la Corte di Cassazione, in maniera assai suggestiva, ha qualificato il matrimonio-rapporto quale "contenitore... di una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti dei componenti della famiglia, sia come individui sia nelle relazioni reciproche", dando quindi espressa rilevanza alla tutela dell'affidamento anche in un caso di palese nullità del matrimonio.

Al di là della rilevanza della buona fede soggettiva nella disciplina del matrimonio putativo, in termini generali il sistema del diritto di famiglia e della filiazione riconosce e tutela l'affidamento in ordine ad un determinato *status* anche se esso contrasta con la verità biologica. Significativa al riguardo è la giurisprudenza di merito in tema di azione di impugnazione per difetto di veridicità ex art. 263 c.c. Tale norma, la quale consente l'impugnazione per il fatto oggettivo della mancanza di verità biologica¹⁴, abbandonato un progetto iniziale che consentiva l'esercizio dell'azione solo al soggetto autore del riconoscimento in buona fede¹⁵, non attribuisce alcuna rilevanza allo stato soggettivo del soggetto che ha attuato

13 Cass. S.U. 17 luglio 2014, n. 16379.

14 Vid. al riguardo Corte Cost. 18 dicembre 2017, n. 272: "È stata respinta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa essere accolta solo laddove sia ritenuta rispondente all'interesse del minore, in quanto è compito precipuo dei Giudici verificare caso per caso se la modifica dello status di filiazione del minore non sia di pregiudizio per quest'ultimo, malgrado il divieto di surrogazione di maternità ed il "favor veritatis" espresso dall'ordinamento". Vid. la nota a tale decisione di SANDULLI, S.: "Favor veritatis e favor minoris nell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità", in via di pubblicazione sulla *Rivista Famiglia*.

15 Vid. Relazione al codice civile, n. 143: "È stato proposto di ammettere l'impugnazione per difetto di veridicità da parte dell'autore del riconoscimento solo nell'ipotesi in cui costui abbia agito in mala fede. Ma una tale limitazione, pur risolvendosi in una specie di sanzione contro il dichiarante in mala fede, avrebbe violato il principio di ordine superiore che ogni falsa apparenza di stato deve cadere indipendentemente dal comportamento subiettivo di chi abbia fatto il riconoscimento. Del resto, sotto l'impero del vecchio codice, la dottrina prevalente ha ritenuto che non sia di ostacolo all'impugnativa da parte dell'autore il mendacio del riconoscimento".

il riconoscimento¹⁶ e consente pertanto di impugnare il riconoscimento per il fatto oggettivo della mancanza di verità biologica, anche se colui che ha fatto il riconoscimento era in mala fede, ovvero era consapevole che il figlio non era il suo. L'ingiustizia di questa applicazione si è disvelata nei numerosi casi di riconoscimenti di compiacenza fatti da chi si univa ad una donna già con prole. La giurisprudenza, in una serie di decisioni, in alcuni casi rinviando testualmente al principio di buona fede¹⁷, in altri casi rinviando implicitamente ad esso¹⁸, ha dato rilevanza allo stato soggettivo dell'autore del riconoscimento impedendo l'esercizio dell'azione a chi al tempo del riconoscimento fosse consapevole che il figlio non era suo. Altra giurisprudenza ha riconosciuto l'obbligo del risarcimento del danno in favore del figlio nel caso di accoglimento dell'impugnazione del riconoscimento proposta da chi effettuò il riconoscimento nella consapevolezza della mancanza di veridicità¹⁹. Si tratta di decisioni importanti che, al di là dell'esplicito rinvio al principio di buona fede in senso soggettivo, manifestano l'orientamento del sistema verso la prevalenza della tutela dell'affidamento sul principio di verità e quindi assegnano rilevanza alla buona fede, da intendersi anche in senso oggettivo come principio di correttezza che, analogamente a quanto avviene, nei rapporti obbligatori, governa i rapporti familiari, tutelando il principio di affidamento negli *status* familiari. Segni di tale orientamento si rinvencono anche in quelle decisioni che attribuiscono un risarcimento del danno da lesione del diritto all'identità personale in caso di disconoscimento tardivo²⁰. Segni ancora di tale orientamento si rinvencono in

16 È stato infatti abbandonato un progetto iniziale che al contrario attribuiva rilevanza allo stato soggettivo di colui che ha attuato il riconoscimento.

17 Vid., al riguardo Trib. Roma, 17 ottobre 2012: "Ritenuto che la buona fede, la correttezza e la lealtà nei rapporti giuridici rispondono a doveri generali, non circoscritti agli atti o contratti per i quali sono richiamate da specifiche disposizioni di legge, e che tali doveri, nella particolare materia del diritto di famiglia, assumono il significato della solidarietà e del reciproco affidamento, ritenuto che, nell'evoluzione del diritto positivo e della sua interpretazione giurisprudenziale, sempre minor rilievo assume il dato formale del rapporto familiare fondato sul legame meramente biologico e la famiglia assume sempre di più la connotazione della prima comunità nella quale effettivamente si svolge e si sviluppa la personalità del singolo e si fonda la sua identità, per cui la tutela del diritto allo status ed all'identità personale può non identificarsi con la prevalenza della verità biologica; ritenuto che la protezione dei diritti individuali della persona ed in particolare del minore - specie nella delicatissima sua fase adolescenziale (art. 264 c.c.) - nella società e nel nucleo familiare in cui questi si trovi collocato per scelta altrui postula le linee guida che devono orientare, oltre al legislatore ordinario, anche l'interprete nella ricerca, nel sistema normativo, dell'esegesi idonea ad assicurare il rispetto della dignità della persona umana; quanto precede ritenuto e premesso, l'interpretazione dell'art. 263 c.c., alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento interno, comunitario ed internazionale e del diritto allo status ed all'identità personale, impone di considerare irretroattabile il riconoscimento avvenuto nella consapevolezza della sua falsità: attribuire la legittimazione ad impugnare il riconoscimento a chi lo abbia in mala fede effettuato o concorso ad effettuarlo, sul piano logico ed effettuale ha la stessa valenza di una revoca, vietata, peraltro, espressamente dalla legge". Un riferimento alla buona fede si rinviene già anche se in termini meno espliciti in Trib. Civitavecchia, 19 dicembre 2008.

18 Vid. Trib. Napoli, 11 aprile 2013: "È inammissibile l'azione di impugnazione per difetto di veridicità proposta da chi era consapevole di riconoscere come proprio un figlio altrui"; nei medesimi termini si esprime Trib. Trento 14 novembre 2016.

19 Vid. Trib. Milano, 6 giugno 2016.

20 Cass. 31 luglio 2015, n. 16222. Significativo un passaggio della decisione: "L'identità come tutti i diritti della personalità, si rafforza e si consolida con il passare del tempo. Pertanto, maggiore è il lasso di tempo intercorso tra il riconoscimento e l'impugnazione per difetto di veridicità, maggiore sarà la lesione che ne discende al diritto all'identità personale. Proprio di questa potenzialità lesiva la l. n. 219 del 2012 ha

tema di procreazione medicalmente assistita nella norma che vieta al coniuge o al convivente che ha dato il consenso alla fecondazione eterologa di agire per il disconoscimento o con l'azione di impugnazione per difetto di veridicità²¹. Prima che la legge prevedesse espressamente il divieto di disconoscimento, è interessante ricordare che la Corte di Cassazione lo avesse previsto anche in mancanza di apposita norma, proprio evocando il principio di buona fede e correttezza nei rapporti familiari²². Interessanti quelle decisioni della Corte di Cassazione²³ che, al contrario, hanno ammesso il disconoscimento, nel caso di fecondazione eterologa fatta senza consenso e all'insaputa del partner, con un'evidente violazione del canone della lealtà²⁴. In particolare secondo queste decisioni aver fatto la fecondazione eterologa ad insaputa del partner è atto equiparabile ad un "tradimento" e quindi legittima l'azione di disconoscimento della paternità ex art. 235 c.c., norma che deve ritenersi applicabile anche alle filiazioni derivanti da fecondazione assistita. Sicuramente, anche se non può condividersi la qualifica quale tradimento, deve condividersi l'idea di fondo che in questo caso vi sia stata una violazione della lealtà tra i *partners* in ordine al progetto di genitorialità che legittima un'azione di disconoscimento. Nella prospettiva della tutela dell'affidamento vanno collocate le nuove disposizioni in tema di azioni di stato che fissano il termine tombale di 5 anni per l'esercizio delle azioni di stato²⁵. Tale termine manifesta la prevalenza che viene data alla tutela dell'affidamento sullo *status* di figlio rispetto alla prevalenza del principio di verità, dando piena tutela al diritto del figlio alla sua identità filiale²⁶, evitando situazioni quale quella che si era verificata nel 2012²⁷, prima della riforma, di impugnazione del difetto di veridicità dopo quasi 40 anni dal riconoscimento, in tempi in cui il termine per l'esercizio dell'azione di cui all'art. 263 c.c. era ancora imprescrittibile.

finalmente preso atto, limitando l'imprescrittibilità dell'azione alla sola ipotesi in cui l'azione venga proposta dallo stesso soggetto nella cui sfera giuridica si produrrà il danno".

- 21 Vid. art. 9 legge n. 40 del 2004: "Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice 2".
- 22 Vid. Cass. 16 marzo 1999, n. 2315: "Buona fede correttezza e lealtà nei rapporti giuridici rispondono a doveri generali, non circoscritti agli atti o contratti per i quali sono richiamate da specifiche disposizioni di legge; questi doveri, nella particolare materia dei rapporti di famiglia, assumono il significato della solidarietà e del reciproco affidamento".
- 23 Vid. al riguardo Cass. 28 marzo 2017, n. 7965.
- 24 Ritiene che in questo caso debba ritenersi violato l'obbligo di fedeltà, inteso in senso evolutivo rispetto alla nozione tradizionale, AULETTA, T.: *Sub comma 11*, in BIANCA, C.M. (dir.): *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 572017; d.lgs. n. 672017; d. lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017, p. 141: "Con l'avvento delle pratiche di fecondazione assistita la fedeltà esige anche l'astenersi da quei comportamenti decisi unilateralmente, i quali possono portare alla generazione di un figlio che non sia anche dell'altro (donazione dei gameti, maternità surrogata)".
- 25 Vid. art. 244, 4° comma, con riferimento all'azione di disconoscimento e art. 263, 4° comma in caso di impugnazione per difetto di veridicità.
- 26 Di diritto all'identità personale *tout court* parla Cass. n. 16222 del 2015, cit.
- 27 Decisa dal Tribunale di Roma, 17 ottobre 2012, cit.

III. LA BUONA IN SENSO OGGETTIVO. L'OBBLIGO DI LEALTÀ. DISTINZIONE TRA FEDELTÀ E LEALTÀ

I. Il difetto di informazione nella fase che precede il matrimonio e l'unione civile

Con specifico riferimento alla buona fede in senso oggettivo, la prima regola che viene in considerazione è l'obbligo di lealtà. Tale obbligo in materia contrattuale rileva nella fase precontrattuale, imponendo alle parti un dovere di informazione, anche in mancanza di specifici obblighi informativi. In materia familiare è assai difficile individuare un dovere generico di lealtà, come dovere di informare. Tuttavia attenta dottrina e in tempi ormai lontani aveva individuato *un dovere di comunicazione* tra i coniugi, sia nella fase prematrimoniale sia durante il rapporto matrimoniale, avente ad oggetto fatti rilevanti della vita familiare, qualificando tale dovere quale specificazione dell'obbligo di assistenza morale²⁸. Inteso quale specificazione dell'obbligo di assistenza morale, tale dovere di comunicazione riguarderebbe oggi non solo i coniugi ma anche gli uniti civili, per i quali è previsto il sorgere dell'obbligo di assistenza morale. Se, al contrario, si volesse qualificare l'obbligo di lealtà, quale specificazione dell'obbligo di fedeltà, si avrebbe il problema dell'omissione di tale obbligo per gli uniti civili²⁹. Anche volendo superare tale problema, ritenendo che l'obbligo di fedeltà sia espressione dell'obbligo di assistenza morale³⁰ e quindi estensibile anche agli uniti civili, è chiaro che la lealtà quale dovere di comunicazione tra i familiari disegna un perimetro più ampio sia rispetto all'obbligo di assistenza morale sia rispetto all'obbligo di fedeltà, qualunque significato a quest'ultima si voglia assegnare³¹. Assistenza morale e

- 28 AULETTA, T.: *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, p. 191 ss.: "L'obbligo di assistenza morale richiede uno scambio di idee e di esperienze atte ad approfondire la conoscenza reciproca. Di conseguenza gli ostacoli interposti da un coniuge all'altro nella conoscenza dei fatti rilevanti della vita familiare, finirebbero con il ripercuotersi negativamente nei confronti dell'altro coniuge il quale ha interesse a conoscerli anche per poter adeguatamente adempiere al suo obbligo di assistenza. Donde l'esigenza che un coniuge non celi all'altro vicende che possano incidere sull'equilibrio e l'armonia familiare o che siano, comunque, rilevanti per la vita familiare. L'ordinamento non solo esclude la tutela dell'interesse di un coniuge al segreto riguardo a tali vicende, ma addirittura pone a suo carico un obbligo di comunicazione a salvaguardia dell'interesse dell'altro coniuge alla conoscenza delle vicende medesime"; Id.: *Sub comma 11*, in BIANCA, C.M. (dir.): *Le unioni civili e le convivenze*, cit., p. 142. Sul diritto di comunicazione in famiglia, *vid. le belle pagine di NAPOLI, E.V.: "Comunità familiare e diritto di comunicazione"*, *Dir. fam.* 1983, p. 1159.
- 29 Sul significato di questa omissione, *vid. BIANCA, C.M.: Sub art. 1, comma 1*, in BIANCA, C.M. (dir.): *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 572017; d.lgs. n. 672017; d. lgs. n. 7/2017*, cit., p. 4 ss.; AULETTA, T.: *Sub art. 1, comma 11*, in BIANCA, C.M. (dir.): *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 572017; d.lgs. n. 672017; d. lgs. n. 7/2017*, cit., p. 142, al quale si rinvia per una sintesi del dibattito; SESTA, M.: *Sub art. 1, comma 1*, in SESTA, M. (a cura di): *Codice delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2017, p. 181; OLIVERO, L.: "Unioni civili e presunta licenza d'infedeltà", *Riv. trim.*, 2017, p. 213 ss.; ALPA, G.: "Il linguaggio omissivo del legislatore", *Riv. trim.*, 2017, p. 415 ss.
- 30 Per questa posizione, *vid. PATTI, S.: "Le convivenze di 'fatto' tra normativa di tutela e regime opzionale"*, *Foro it.*, 2017, I, c. 301. *Contra BIANCA, C.M.: op. ult. cit.*
- 31 Sulla nozione di fedeltà, *vid. le suggestive riflessioni consegnateci da tempo da PARADISO, M.: La comunità familiare*, Milano, 1984, p. 295: "...il dovere in parola si articola in una serie complessa di comportamenti, di rispetto e di delicatezza, funzionali alla realizzazione di una piena unità familiare"; Id.: *Sub art. 143 cc.*, in *Comm. Schlesinger*, 2° ed., Milano, 2012, p. 62 ss.; Sull'evoluzione del concetto di fedeltà si rinvia alla sintesi di AULETTA T.: *Sub comma 11*, in BIANCA, C.M. (dir.): *Le unioni civili e le convivenze*, p. 140 ss. *Adde GIACOBBE, E.: "A. Trabucchi: un 'profeta' inascoltato"*, *Dir. fam.* 2012, p. 169 ss.; RUSCELLO, F.: "Appartenenza" e "amore". La fedeltà coniugale tra sacre scritture e codice civile", *Dir. fam.* 2011, p. 286.

fedeltà riguarderebbe solo la coppia³², mentre la lealtà avrebbe come destinatari anche gli altri componenti della comunità familiare³³, come i figli³⁴. Inoltre credo che l'obbligo di lealtà, quale esplicitazione del dovere di buona fede, ritagli un significato più tecnico, che è quello che si ricava analogamente dalla disciplina del libro IV. In questa accezione più specifica, la lealtà non va genericamente individuata, come sostengono alcuni, nell'assistenza morale, nella fiducia reciproca, ma individua obblighi specifici di informazione e di comunicazione in capo ai soggetti che fanno parte della comunità familiare. Intesa in questo significato più tecnico, quale dovere di informare l'altro familiare, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio, tale obbligo riguarderebbe ogni comunità familiare di carattere stabile, e quindi, non solo la famiglia fondata sul matrimonio o l'unione civile, ma anche la famiglia convivente, indipendentemente dal fatto che per i conviventi non siano configurabili obblighi specifici di assistenza morale e di fedeltà. Se si accoglie questa prospettiva si recupera il significato più profondo della regola di buona fede, quale regola che si applica a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi³⁵. Così l'obbligo di lealtà, quale espressione della buona fede impone un dovere di comunicazione che, nella attuale pluralità dei modelli familiari, troverebbe applicazione, ogni qual volta è dato individuare una comunità familiare e un interesse della stessa che si affianca a quello dei singoli partecipanti. In questo significato di lealtà nei rapporti familiari la buona fede ha fatto capolino in giurisprudenza, portando con sé dei corollari interessanti e trovando applicazione anche rispetto ai conviventi³⁶.

In una decisione interessante della Corte di Cassazione ormai risalente³⁷, si è riconosciuto il danno endofamiliare (era questa una delle prime decisioni sul

32 Dei coniugi e degli uniti civili. Non può affrontarsi in questa sede il dibattito relativo all'omissione dell'obbligo di fedeltà tra gli uniti civili (si vid. al riguardo la nota 29 del testo). Certamente se si accoglie una nozione ampia di fedeltà intesa come lealtà non potrebbe negarsi che essa spetti anche agli uniti civili, indipendentemente dalla mancanza di un esplicito richiamo normativo.

33 Sempre interessanti riflessioni sulla nozione attuale di comunità familiare e sulla funzione sociale della famiglia si rinvengono nel bel saggio di SESTA, M.: "La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali", *Riv. trim.*, 2017, p. 567 ss.

34 Per questa distinzione tra fedeltà e lealtà, si rinvia a AULETTA T.: *op. ult. cit.*, p. 142.

35 Vid. BIANCA, C.M.: *Diritto civile 4. L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 88: "La buona fede impone al soggetto di preservare gli interessi altrui che non rientrano in una specifica tutela giuridica contrattuale od extracontrattuale". Questa formula, applicata ai rapporti familiari, dovrebbe essere così tradotta: "La buona fede impone al soggetto di preservare gli interessi altrui che non rientrano in una specifica tutela giuridica familiare".

36 Vid. oltre nel testo.

37 Cass. 10 maggio 2005, n. 9801: "L'intensità dei doveri derivanti dal matrimonio, segnati da inderogabilità e indisponibilità, non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente il matrimonio, imponendo loro - pur in mancanza, allo stato, di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva di tale vincolo - un obbligo di lealtà, di correttezza e di solidarietà, sostanziandosi anche in un obbligo di informazione di ogni circostanza inerente alle proprie condizioni psicofisiche e di ogni situazione idonea a compromettere la comunione materiale e spirituale alla quale il matrimonio è rivolto. Pertanto è configurabile un danno ingiusto risarcibile allorché l'omessa informazione, in violazione dell'obbligo di lealtà, da parte del marito, prima delle nozze, della propria incapacità *coeundi* a causa di una malformazione, da lui pienamente conosciuta, induca la donna a contrarre un matrimonio che, ove informata, ella avrebbe rifiutato, così ledendo quest'ultima nel suo diritto alla sessualità, in sé e nella sua proiezione verso la procreazione, che costituisce una dimensione fondamentale della persona ed una delle finalità del matrimonio. La decisione è stata commentata da MORACE PINELLI, A.: in *Giust. civ.* 2006, I, 98 ss".

tema) a favore di una moglie la quale non era stata avvertita dell'impotenza del marito. In quella decisione la Corte di Cassazione, affermando la responsabilità prematrimoniale per violazione dell'obbligo di informazione³⁸, ha esplicitamente fatto rinvio all'obbligo di buona fede nei rapporti familiari, obbligo che in questo caso specifico si è tradotto in obbligo di lealtà. In altra e più recente decisione di merito³⁹, pur ammettendosi la separazione per intollerabilità della convivenza rispetto ad un coniuge che aveva rivelato all'altro la scoperta della propria omosessualità, si è escluso l'addebito, considerando anzi leale il comportamento del coniuge che, senza ancora tradire, avverte l'altro della nuova situazione.

In termini generali discutibile è l'obbligo di informare i propri familiari sul proprio stato di salute. Talvolta il silenzio serve per non ferire l'altra persona o per non arrecarle dispiacere. Si pensi al caso di una figlia che tace alla madre la sua malattia terminale o la madre che tace ai propri figli di essere affetta da una malattia incurabile.

2. Il difetto di informazione sullo status di genitore

Il dovere di informazione che si fonda sulla buona fede riprende invece una certa gravidanza quando sono in gioco gli *status*, e in particolare lo *status* genitoriale. Una interessante decisione del Tribunale di Bologna⁴⁰ ha riconosciuto l'illecito endofamiliare nel caso di una donna che, dopo aver taciuto al convivente per 7 anni che la figlia non era sua, agisce con l'impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento. Anche in questo caso si è evocato il principio di buona fede e di lealtà nei rapporti familiari (nel caso oggetto della decisione si trattava di due conviventi) principio che viene applicato anche alla convivenza *more uxorio*⁴¹. Una fattispecie analoga è stata decisa dal Tribunale di Firenze⁴². Anche in questo caso si trattava di una coppia di fatto, in cui la madre aveva taciuto per anni al convivente che la figlia non era sua. Anche in questo caso si è evocato il principio di buona fede⁴³. Nelle due fattispecie esaminate, occorre stare attenti a non confondere il danno da nascita con il danno che qui rileva che è quello derivante dall'inganno e

38 A questo risultato era giunta la dottrina, ancora prima della Cassazione, *vid. AULETTA T.: Riservatezza e tutela della personalità*, cit., p. 192: "L'obbligo di comunicare certi avvenimenti della vita privata sorge a volte anche prima del matrimonio e la sua violazione comporta l'obbligo del risarcimento del danno derivante dall'annullamento del matrimonio".

39 *Vid.* al riguardo Trib. Perugia, 30 maggio 2016.

40 *Vid.* Trib. Bologna, 16 dicembre 2014.

41 *Vid.* al riguardo in motivazione Trib. Bologna 16 dicembre 2014, cit.: "...La relazione affettiva tra conviventi dà vita ad uno speciale contatto dal quale possono sorgere obblighi di correttezza (e di informazione)... Ecco perché la violazione di doveri di lealtà e di correttezza tra conviventi nei suoi riflessi sulla libertà di autodeterminazione e sulla assunzione di responsabilità genitoriale può provocare danno ingiusto".

42 *Vid.* Trib. Firenze, 2 febbraio 2015.

43 *Vid.* in motivazione Trib. Firenze, cit.: "Assumono rilievo i diritti/doveri derivanti dalla nascita di un figlio ed i reciproci rapporti tra i genitori, anche se non inseriti all'interno di un preciso rapporto matrimoniale, quali quello di lealtà e di informazione, improntati ai principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento (principi generali non circoscrivibili alla sola materia negoziale)".

dalla lesione di uno specifico diritto all'identità che è quello all'identità genitoriale. In definitiva, come in altre situazioni della vita reale, queste persone avrebbero forse voluto bene lo stesso a questi bambini e forse avrebbero provveduto al loro mantenimento, ma il danno che lamentano è l'inganno, ovvero il fatto di aver fatto loro credere di essere i genitori.

3. Il dovere di informazione dei minori adottati e dei minori nati da fecondazione assistita

Sempre con riferimento all'obbligo di lealtà in materia familiare, occorre stabilire se vi sia l'obbligo secondo buona fede di informare i figli adottivi e i figli nati da fecondazione eterologa del modo in cui essi sono venuti dal mondo. Tanto nell'adozione come nella fecondazione eterologa, non bisogna confondere questo profilo con quello della identità filiale. Il soggetto adottato e il soggetto nato da fecondazione eterologa hanno solo due genitori e sono nel primo caso i genitori adottivi e nel secondo caso i genitori che hanno dato il consenso alla fecondazione eterologa. Ma è giusto che siano informati sulle proprie origini e ciò fa parte del loro diritto all'identità? Mi sono posta più volte questo quesito. La legge sull'adozione, prima della riforma del 2001, non prevedeva un'informazione del minore da parte dei genitori adottivi. L'art. 28, 1° comma della legge sull'adozione⁴⁴ oggi lo prevede con una formula felice che lascia spazio ai genitori sulle modalità di una comunicazione che è sicuramente estremamente delicata. L'art. 28 l. adoz. prevede infatti che "il minore adottato è informato di tale sua condizione ed i genitori adottivi vi provvedono nei modi e nei termini che essi ritengono opportuni". Prima di tale modifica, si poneva comunque il problema se esistesse un obbligo di informazione anche in mancanza di una norma che lo prevedesse. Credo che al riguardo deve utilizzarsi la buona fede come obbligo di lealtà nei rapporti familiari. L'informazione sulle proprie origini rappresenta patrimonio del soggetto e della sua identità come il successivo dibattito sul diritto a conoscere le proprie origini ha disvelato. Oggi si pone il medesimo problema con riferimento al nato da fecondazione eterologa, non essendovi al riguardo alcun obbligo di informazione da parte dei genitori. Credo che anche in queste delicate situazioni occorre contemperare il diritto del minore ad una serena crescita con il diritto del minore alla verità. Sicuramente il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini ha un contenuto valoriale diverso rispetto al diritto del nato da fecondazione eterologa a conoscere la propria identità genetica, ma l'obbligo di lealtà non cambia e assume la stessa portata. L'obbligo di informazione da parte dei genitori è dovuto non tanto perché vi sono ragioni oggettive che possono richiederlo (es. conoscenza di malattie genetiche) quanto perché si tratta di evitare scoperte che possono incidere seriamente sulla serenità della persona adulta, minando il diritto alla certezza della propria identità. Allo stesso modo

⁴⁴ Articolo sostituito dall'art. 24 della l. 28 marzo 2001, n. 149.

appare conforme all'obbligo di correttezza informare i propri figli sulle vicende che riguardano la loro venuta a questo mondo, proprio ora che si sono moltiplicate le tecniche di programmazione delle nascite.

Commentando la decisione del Tribunale di Roma sullo scambio di embrioni⁴⁵, mi sono chiesta più volte cosa potrebbe succedere se i gemellini scopriranno su Internet la loro storia e se non sia necessaria un'informazione da parte dei loro genitori sulla vicenda giudiziaria, secondo le modalità che essi riterranno opportuna.

L'obbligo di lealtà e di informazione, come è evidente, non ha nulla a che vedere con l'accertamento dello *status* genitoriale o filiale, ma costituisce un valore che deve essere tutelato proprio in rapporti in cui le aspettative e il coinvolgimento della persona sono o dovrebbero essere molto più alti che nel diritto patrimoniale generale.

IV. LA BUONA FEDE QUALE OBBLIGO DI SALVAGUARDIA NEI RAPPORTI FAMILIARI

Quanto all'obbligo di salvaguardare l'interesse dell'altro fino al limite dell'apprezzabile sacrificio, quale secondo canone che riempie il contenuto della buona fede in senso oggettivo, non si rinvergono numerose applicazioni giurisprudenziali, anche se tale obbligo, al pari di quello di lealtà, assume una connotazione incisiva e importante nei rapporti familiari in funzione integrativa⁴⁶.

Un'applicazione consapevole dell'obbligo di buona fede, inteso come obbligo di salvaguardia, si rinviene in quelle decisioni della giurisprudenza in tema di rottura della convivenza. In una decisione della Cassazione del 2017⁴⁷, in cui non era applicabile *ratione temporis* la nuova disciplina della convivenze di fatto (l. n. 76 del 2016) che oggi assicura al convivente superstite un diritto di abitazione, si è affermato "che i terzi che vantano un diritto sull'immobile possono concedere al coniuge superstite un congruo termine per la ricerca di una nuova sistemazione abitativa in virtù del principio di buona fede e correttezza" principio "dettato a protezione dei soggetti più esposti e delle situazioni di affidamento". La buona fede e la correttezza era stata già richiamata in altra decisione della Cassazione del 2013 sempre in caso di rottura della convivenza nel rapporto tra i conviventi, e nell'obbligo da parte del convivente-proprietario di concedere all'altro un congruo

45 Vid. BIANCA, M.: "Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine decisione del tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni", nota a Trib. Roma, 20 Agosto 2014, *Dir. fam.*, 2015, p. 184 ss.

46 Sulla funzione distributiva che la buona fede potrebbe svolgere nelle unioni di fatto, vid. il bel saggio di VERCELLONE, A.: "Oltre le obbligazioni naturali. Poteri privati, distribuzione, regolazione: le unioni di fatto come rapporto negoziale", in via di pubblicazione, che ho potuto consultare anticipatamente grazie alla cortesia dell'A.

47 Cass. n. 10377 del 27 aprile 2017.

termine per cercare altra sistemazione⁴⁸. La legge n. 76 del 2016, al comma 42, ha risolto parte di questi problemi prevedendo il diritto del convivente superstite di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore ai due anni e comunque non oltre i cinque anni⁴⁹. L'obbligo di buona fede potrebbe portare a stabilire un periodo più lungo nel caso di grave malattia del convivente superstite e sempre che gli eredi del convivente deceduto non ne abbiano urgente bisogno al fine di un uso personale. Rimane l'obbligo di buona fede in caso di rottura della convivenza per volontà di uno di essi. Qui la nuova legge nulla prevede ed è sicuramente conforme a buona fede che il convivente proprietario lasci all'altro un periodo congruo per cercare altra sistemazione.

Altre possibili applicazioni dell'obbligo di buona fede possono ipotizzarsi nel caso di regime personale dei coniugi. In questo caso, pur non essendovi un obbligo di cogestione, deve ritenersi conforme alla buona fede prendere la gestione anche del patrimonio dell'altro coniuge quando questi si trovi in difficoltà ad amministrare. La stessa soluzione riguarda anche altri modelli familiari, come la convivenza di fatto, nell'ipotesi che i conviventi non abbiano scelto di adottare il regime della comunione legale in sede di redazione del contratto di convivenza⁴⁹. Altra applicazione del principio di buona fede riguarda tutti i casi di affidamento dei figli in caso di separazione. Per esempio, a prescindere dal calendario previsto per la visita dei figli, è sicuramente conforme a buona fede una certa flessibilità che consenta agli ex coniugi di venirsi incontro per prevedere modalità e tempi diversi di frequentazione dei propri figli che vadano oltre quanto previsto dal giudice, sempre che ciò non comporti per ciascuno di essi un apprezzabile sacrificio. Un tale atteggiamento, a prescindere dal riconoscimento di conformità al precetto della buona fede familiare, consentirebbe di attenuare la conflittualità che segue la separazione con un sicuro beneficio dei figli.

In generale una importante funzione integrativa della buona fede potrebbe realizzarsi in tutti gli accordi sull'indirizzo della vita familiare. L'art. 144 del codice civile prevede che i coniugi concordano l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia. In dottrina e in giurisprudenza si discute sulla natura di tali accordi. Parte della dottrina afferma la natura negoziale degli stessi, rivendicandone così la vincolatività⁵⁰. Altra parte della dottrina nega la natura negoziale ma afferma

48 Vid. Cass. n. 7214 del 2013: "D'altra parte, l'assenza di un giudice della dissoluzione del *ménage* non consente al convivente proprietario di ricorrere alle vie di fatto per estromettere l'altro dall'abitazione, perché il canone della buona fede e della correttezza, dettato a protezione dei soggetti più esposti e delle situazioni di affidamento, impone al legittimo titolare che, cessata l'*affectio*, intenda recuperare, com'è suo diritto, l'esclusiva disponibilità dell'immobile, di avvisare il partner e di concedergli un termine congruo per reperire altra sistemazione".

49 Per la convivenza di fatto, la legge n. 76 del 2016 ha previsto al comma 53 la possibilità di scegliere il regime della comunione legale.

50 BIANCA, C.M.: *Diritto civile 2.I.*, 5° ed., Milano, 2014, p. 65, cui si rinvia per una completa bibliografia sul tema.

la rilevanza giuridica degli stessi e l'efficacia di reciproco impegno⁵¹. Se si accoglie questa seconda tesi, il ruolo della buona fede svolgerebbe un'importante funzione integrativa che assicurerebbe la vincolatività dell'impegno nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio.

V. CONCLUSIONI

L'indagine sull'applicazione del principio di buona fede nei rapporti familiari conferma che, nonostante la mancanza di un'espressa previsione normativa, la giurisprudenza, in una serie di interessanti decisioni sia di merito che di legittimità, non solo applica la buona fede ai rapporti familiari ma esplicitamente prevede che si tratti di principio generale la cui portata non può essere limitata al diritto delle obbligazioni e dei contratti. Questa indagine ha mostrato poi la varietà delle conseguenze della violazione del principio di buona fede, dall'impedimento all'esercizio delle azioni di stato, al risarcimento del danno, all'esercizio di azioni di stato nonostante l'espresso divieto normativo (come nelle ipotesi di fecondazione eterologa fatta ad insaputa del partner). Si tratta di rimedi e di conseguenze che sono proprie del diritto di famiglia e che svelano un nuovo e interessante volto del principio di buona fede.

Questa indagine sulla buona fede nei rapporti familiari, al di là del fatto che se ne condividano o meno gli esiti, ha mostrato due importanti prospettive.

La prima prospettiva che assume un'importanza di carattere assiologico è la considerazione dei rapporti familiari quali rapporti di carattere fiduciario che creano un legittimo affidamento e l'applicazione di obblighi di lealtà e di solidarietà, perché sono rapporti che investono la persona nella sua totalità e della persona investono gli aspetti più importanti della identità, quale lo *status* di genitore, lo *status* di figlio. Pertanto, per esempio, l'inganno sull'acquisto di una casa, se pure rilevante, non può essere minimamente paragonato all'inganno sul ruolo di genitore o di figlio, perché in questi ultimi casi viene in gioco la persona nella sua pienezza identitaria. D'altra parte e con riferimento all'obbligo di solidarietà e di salvaguardia, un familiare con il quale si è condiviso un pezzo della nostra vita, non è paragonabile a qualsiasi soggetto debitore di una relazione obbligatoria di carattere patrimoniale. Se si condividono queste premesse, la buona fede e la correttezza si applicano pertanto a qualsiasi modello familiare di carattere stabile, indipendentemente dalle differenze che caratterizzano lo statuto di ogni modello familiare e che come tali devono essere rispettate.

51 BIANCA, C.M.: *Diritto civile 2.1.*, cit., p. 65.

La seconda prospettiva che è emersa da questa indagine è la constatazione dell'evoluzione del diritto di famiglia da territorio angusto del diritto civile, connotato da regole e da istituti propri, a terreno di indagine e di applicazione privilegiata del diritto civile generale e dei suoi principi fondamentali. Così la migrazione di principi del diritto patrimoniale al diritto di famiglia non si risolve in una mera esercitazione di stile ma è il test per valutare la rinnovata stagione del diritto della famiglia quale diritto civile della persona e dei diritti fondamentali, in cui i partecipanti della comunità familiare sono soggetti che, per il vincolo familiare, chiedono un trattamento quanto meno paritario rispetto a quello di altri contraenti⁵².

Infine non nascondo che evocare il principio di buona fede nei rapporti familiare, dato il sicuro fondamento etico di tale principio, riveste un significato profondo per chi continua a credere che la comunità familiare sia il luogo dove, più che altrove, si radica l'*ethos*, da intendersi quale "dimora, luogo in cui l'uomo si stabilisce e, in comunità con altri uomini, si foggia un modo di vivere e di comportarsi"⁵³.

52 *Vid.* con riferimento alla famiglia di fatto l'indagine di VERCELLONE, A.: *op. cit.*

53 Si rinvia qui alle parole di Luigi Mengoni, contenute in una lettera inviata a Natalino Irti, e da lui pubblicata in *Riv. Trim.* 2002, II, p. 156 e ricordata nel saggio pieno di suggestioni di NICOLUSSI, A.: "La famiglia: una concezione neo-istituzionale?", *cit.*, p. 169 ss.

BIBLIOGRAFIA

- ALPA, G.: "Il linguaggio omissivo del legislatore", *Riv. trim.*, 2017, p. 415 ss.
- AULETTA, T.: *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978
- BIANCA, C.M.: *Le autorità private*, Napoli, 1977
- BIANCA, C.M.: *Diritto civile 4. L'obbligazione*, Milano, 1993
- BIANCA, C.M.: *Il contratto*, 2° ed., Milano, 2000
- BIANCA, C.M.: *Diritto civile 2.1.*, 5° ed., Milano, 2014
- BIANCA, C.M. (dir.): *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 572017; d.lgs. n. 672017; d. lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017
- BIANCA, M.: "Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine decisione del tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni", nota a Trib. Roma, 20 Agosto 2014, *Dir. fam.*, 2015, p. 184 ss.
- GIACOBBE, E.: "A. Trabucchi: un 'profeta' inascoltato", *Dir. fam.* 2012, p. 169 ss.
- MENGONI, L.: "La famiglia in una società complessa", *Iustitia*, 1990, p. 11 ss.
- NAPOLI, E.V.: "Comunità familiare e diritto di comunicazione", *Dir. fam.* 1983, p. 1159
- NICOLUSSI, A.: "La famiglia: una concezione neo-istituzionale?", *Europa e dir priv.*, 2012, p. 171 ss.
- OLIVERO, L.: "Unioni civili e presunta licenza d'infedeltà", *Riv. trim.*, 2017, p. 213 ss.
- PARADISO, M.: *La comunità familiare*, Milano, 1984
- PARADISO, M.: *Sub art. 143 cc.*, in *Comm. Schlesinger*, 2° ed., Milano, 2012
- PATTI, S.: "Le convivenze di 'fatto' tra normativa di tutela e regime opzionale", *Foro it.*, 2017, I, c. 301 ss.
- RUSCELLO, F.: *Appartenenza e amore. La fedeltà coniugale tra sacre scritture e codice civile*", *Dir. fam.* 2011, p. 286 ss.

SESTA, M.: "La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali", *Riv. trim.*, 2017, p. 567 ss.

SESTA, M. (a cura di): *Codice delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2017.