

Cendon / Book

DIRITTO CIVILE

Professional

L'ADULTERIO E I SUOI FRATELLI

PROFILI GIURISPRUDENZIALI

Lina Bregante



L'autore

Lina Bregante è autrice di numerosi testi destinati ai pratici del diritto e consulente in materia di proprietà e possesso. Ha collaborato per 15 anni come cultore della materia presso le cattedre di Diritto Privato Comparato e Sistemi Giuridici Comparati dell'Università di Genova. Tiene laboratori scolastici presso le classi quinte elementari sui temi fondamentali della Costituzione, affrontati con termini semplici e con richiami alla realtà di tutti i giorni, con comparazione verticale e orizzontale. Ha un diploma in sfragistica, diplomatica latina e archivistica.

Esordisce nell'attività dottrinarie con "Danno biologico da morte iure hereditario" (Nota a sentenza - Corte Cost. 27.10.1993, n. 372), in *Vita Notarile*, 1995, p. 613-632.

Ha pubblicato poi "Le azioni a tutela della proprietà e degli altri diritti reali" (Giappichelli, 2012); "Le azioni a tutela del possesso" (Giappichelli, 2012); "Le denunce di nuova opera e di danno temuto" (Giappichelli, 2008); "Le azioni a tutela del possesso" (Giappichelli, 2007); "Le azioni a tutela della proprietà e degli altri diritti reali" (Giappichelli, 2006); "Doveri e diritti dei genitori", (Cedam, 2005); "Diritti e doveri del genitore separato non-affidatario nei confronti dei figli" (Giappichelli, 2004); "La tutela del software" (Giappichelli, 2003), con parte comparata su www.giappichelli.it/download.asp; "Il regolamento di condominio" (Giuffrè, 2000).

Inoltre, è autrice di: "La clausola di riserva della proprietà", Vol. XXVI, pp. 277-297, in 'I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale', nella collana 'Il diritto privato nella giurisprudenza' (Utet, 2005); "La clausola risolutiva espressa", Vol. XXV, pp. 81-97, in 'I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale', nella collana 'Il diritto privato nella giurisprudenza' (Utet, 2004); "Il contratto di guardianaggio", Vol. IV, pp. 487-504, in 'I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale', nella collana 'Il diritto privato nella giurisprudenza' (Utet, 2004).

In qualità di relatrice al Convegno di Genova nel 1999, ha presentato e pubblicato "Dignità del bambino e diritto alla pianificazione familiare dei genitori negli USA" in "Un bambino non voluto è un danno risarcibile?" (Giuffrè, 1999).

In qualità di relatrice per l'Università di Genova, nel 1997 ha presentato al Convegno sui diritti dell'Uomo in Lussemburgo uno "Studio comparato sui diritti dell'uomo-lavoratore: l'immigrato" (Ricerca sulle politiche immigratorie dei principali paesi e sulla tutela della persona).

L'Opera

Il testo si propone di affrontare alcuni aspetti dell'adulterio come causa di addebito nella separazione, alla luce dei più recenti interventi giurisprudenziali, e di porre in risalto i cambiamenti giuridici di un concetto che è mutato prima di tutto a livello sociale. Gli argomenti sono presentati in maniera scorrevole ma con puntuali riferimenti alle sentenze principali che indicano come i giudici influenzano e sono influenzati dai comportamenti umani, dagli sviluppi tecnologici e dalla nuova morale che permea la società di oggi.

INDICE

Capitolo Primo **AMARSI UN PO'**

1. Premessa - 1.1. Anatomia di un adulterio

Capitolo Secondo **UN DOLORE COSÌ GRANDE**

2. Le metamorfosi di fedeltà e tradimento - 2.1. La fedeltà e gli interessi costituzionalmente protetti - 2.1.1. Addebito da infedeltà e risarcimento del danno - 2.1.2. Il tradimento è fonte di risarcimento solo se procura scandalo - 2.1.3. L'*iter* interpretativo

Capitolo Terzo **CHIEDIMI SCUSA**

3. Il tradimento come causa di rottura della tollerabile convivenza – 3.1. Effetto dirompente dell'adulterio - 3.2. La prova - 3.3. L'importanza del fattore temporale - 3.3.1. Come identificare il fattore temporale - 3.4. Alcuni esempi - 3.5. Se l'*affectio coniugalis* non è mai esistita - 3.6. Quando l'attore è il traditore

Capitolo Quarto **I CONFINI DELL'ADULTERIO**

4. "L'adulterio è organizzazione" - 4.4.1. "Mi pensi? Ma quanto mi pensi?" L'adulterio sentimentale - 4.1.1. "C'è posta per te". L'adulterio tecnologico - 4.1.2. Casistica - 4.2. "Il triangolo no, non l'avevo considerato". L'adulterio tollerato - 4.3. "Gli uomini preferiscono le bionde"; o i biondi? L'adulterio omosessuale - 4.3.1. - 4.4. Fare piedino è adulterio?

Capitolo Primo AMARSI UN PO'

SOMMARIO 1. Premessa – 1.1. Anatomia di un adulterio.

1. Premessa

Come diceva Immanuel Kant, "il matrimonio è un contratto nel quale due persone si cedono in perpetuo il mutuo usufrutto delle proprie capacità sessuali". Siccome l'umanità è sempre stata attirata e, al tempo stesso, spaventata da tutto ciò che è senza fine, capita più spesso del dovuto che le capacità sessuali vengano messe a disposizione di soggetti estranei al contratto. Infatti, ironicamente Voltaire sosteneva che "il divorzio risale probabilmente alla stessa epoca del matrimonio. Ritengo, comunque, che il matrimonio sia più antico di qualche settimana". Qualche settimana: poco tempo, dunque, per consumare quell'amore che si diceva eterno. Da questo punto di vista, sembra azzeccatissimo il termine coniato dalla lingua tedesca per indicare la propria compagna: *Lebensabschnittsgefährtin*, cioè "compagna di un pezzo di vita"; il resto della vita è un mistero legato al futuro.

Tenuto presente che "lo sguardo alle volte può farsi carne, unire due persone più di un abbraccio", si può immaginare come a volte non sia necessario un contatto fisico per trasmettere e ricevere da un altro sensazioni che si dovrebbero ricevere solo dal coniuge. ciò può capitare nel segreto della propria immaginazione oppure con manifestazioni che altri sono in grado di riconoscere, magari legate a condotte o parole o silenzi in presenza dell'interessato: in questo consiste lo "scandalo", fattore che permette di addebitare la separazione all'adulterio sentimentale.

Comunque sia, resta che la fedeltà dovrebbe essere un bene da perseguire per la realizzazione e il consolidamento della comunione morale e materiale dei coniugi, non una serie di comportamenti da cui astenersi o da assumere. L'individuazione del suo contenuto è in gran parte rimessa alle intese di coppia.

1.1. Anatomia di un adulterio

Quando pensiamo alla crisi della coppia, pensiamo ad un momento in cui uno o entrambi i suoi componenti si rendono conto che l'amore è finito. Non è affatto vero che "l'amore è una cosa semplice" e che tutti "vissero per sempre felici e contenti". In questo testo affronteremo la causa principale a cui

inevitabilmente ognuno pensa quando si dice che una relazione è finita; lui/lei ha trovato un'altra/o. La *Zweisamkeit*, la "solitudine a due", è naufragata.

Abbiamo scelto di trattare il tema con particolare riferimento alle coppie sposate, non perché le coppie conviventi non affrontino simili situazioni, ma perché la giurisprudenza riguarda i matrimoni che sfociano in separazioni e il tradimento che rileva come addebito.

Innanzitutto, c'è da chiedersi cosa spinga a tradire un partner che abbiamo scelto liberamente e che ci siamo impegnati a rispettare. Per i "traditori seriali", l'infedeltà rappresenta una costante di tutte le loro relazioni: essi scindono sessualità e affettività, che diventano inconciliabili nello stesso rapporto. Per altri, il tradimento è un tentativo di colmare dei vuoti causati dalla solitudine o da una persistente scontentezza inconscia. Per altri ancora, l'infedeltà rappresenta un tentativo istintivo di allontanarsi dall'unione di coppia, oppure il rifiuto della sensazione di essere dipendenti dal partner. Infine, c'è anche il tradimento per vendetta, attuato volontariamente per punire l'altro delle sue disattenzioni o per una sottostante insoddisfazione sessuale.

Quale che ne sia la motivazione, il tradimento suscita una reazione non solo a livello personale, da parte del coniuge tradito, ma anche a livello sociale: questa condotta è considerata come un campanello d'allarme che indica una crepa nella *fides* posta a fondamento di una struttura basilare del consesso sociale. Quante volte l'adulterio è stato usato come arma politica, specie nelle democrazie più evolute, laddove si dice che "chi tradisce la propria moglie, può tradire i suoi elettori, i suoi cittadini, il suo Paese"?

Anche la nostra giurisprudenza ha applicato, talvolta, questo criterio per condannare il tradimento; ad esempio, un militare che allaccia una relazione extraconiugale può vedersi addebitare la separazione anche perché pregiudica "il prestigio delle Forze Armate" (Cass. 16.6.2008, n. 24414).

Benché il termine "adulterio" non sia esplicitato nella normativa di riferimento, il combinato disposto degli artt. 143 e 151 c.c. permette di identificarlo come una delle cause di rottura del rapporto matrimoniale nel nostro ordinamento: infatti, se con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri, compreso l'obbligo reciproco alla fedeltà, la conseguenza è che si può chiedere la separazione quando si verificano fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole.

Sembra opportuno ricordare che sulla fine di un amore, prima che sulla fine di un rapporto, non si può prescindere dal fatto che per ogni coppia non c'è un solo matrimonio, ma due: quello visto e vissuto da lui e quello visto e vissuto da lei. Questa osservazione si traduce nel dovere del giudice di valutare l'apporto di ciascuno alla crisi della coppia, al fine di identificare quale incidenza abbia avuto il tradimento di uno dei coniugi sulla saldezza del matrimonio. Ciò che per uno può apparire un sassolino, per l'altro può essere una montagna; se nessuno rispetta i suoi doveri, nessuno potrà far valere i suoi diritti.

Caso limite è quello in cui entrambi i coniugi non abbiano rispettato i loro doveri e, pertanto, si vedano attribuire entrambi le conseguenze delle loro responsabilità: ad esempio, nel caso in cui la moglie abbia intrapreso una relazione extraconiugale, per cui era solita uscire il sabato o la domenica e la sera senza lasciare alcun recapito neppure telefonico, si è accertato che, ancora durante la convivenza matrimoniale, anche il marito aveva allacciato una relazione sentimentale extraconiugale con la sua segretaria, con la quale si recava in montagna alcuni fine settimana, andava a fare la spesa nei supermercati, acquistava capi di vestiario e prenotava visite mediche (Trib. Milano 2.3.2009, n. 2781).

Da ultimo, abbiamo pronunce che interpretano l'adulterio come un semplice effetto, cioè come un segno che la relazione tra marito e moglie fosse già in crisi (Trib. Foggia 8.2.2012). Un tale ragionamento capovolge la tesi predominante secondo la quale la relazione extraconiugale si presume causa di una situazione di intollerabilità della convivenza.

Capitolo Secondo UN DOLORE COSÌ GRANDE

SOMMARIO 2. Le metamorfosi di fedeltà e tradimento – 2.1. La fedeltà e gli interessi costituzionalmente protetti – 2.1.1. Addebito da infedeltà e risarcimento del danno – 2.1.2. Il tradimento è fonte di risarcimento solo se procura scandalo - 2.1.3. L'*iter* interpretativo.

2. Le metamorfosi di fedeltà e tradimento

Per entrare direttamente nel merito, la fedeltà va intesa come reciproca dedizione fisica e spirituale di un coniuge all'altro, e ha valenza di regola di condotta e parametro per la valutazione del suo comportamento. Essa è, dunque, la pietra di paragone della condotta del coniuge: si può soppesare negli atti concreti (o nella loro assenza) che rientrano nel dovere di assistenza morale e materiale ed è abitualmente ricondotta all'esclusività del legame sentimentale e fisico che lega gli sposi. Come non ricordare la dolente affermazione di Lady Diana, secondo la quale "in questo matrimonio siamo sempre stati in tre"?

L'inosservanza del dovere di fedeltà può, quindi, pregiudicare definitivamente la comunione interconiugale a motivo della mancanza di correttezza verso il vincolo e del rispetto della dignità dell'altro; in presenza di figli, può recare loro pregiudizio.

A seguito della riforma del diritto di famiglia del 1975, la sfera dei comportamenti "infedeli" si è ampliata molto poiché la fedeltà viene considerata un impegno ed un dovere che presuppone la comunione materiale e spirituale dei coniugi. Per questo motivo, si potrà avere violazione del suddetto dovere e addebito della separazione anche in assenza di relazioni sessuali extraconiugali, essendo sufficiente l'esternazione di comportamenti tali da ledere la sensibilità e la dignità del coniuge. Ad esempio, se il marito ha un atteggiamento arrogante nei confronti della moglie, gli può essere addebitata la separazione, soprattutto se la donna era malata e il marito si era anche concesso una relazione extraconiugale con la domestica (Cass. 21.1.2013, n. 1239).

Pur partendo dalla più antica e tradizionale concezione secondo la quale il dovere di fedeltà doveva intendersi come l'obbligo reciproco dei coniugi di astenersi dall'intrattenere relazioni e/o rapporti sessuali con terzi (C. Cost. 18.4.1974, n. 99), si è assistito ad un progressivo modificarsi dell'interpretazione del contenuto di tale obbligo, modificarsi probabilmente indotto dal cambiamento dei costumi: da un lato, infatti, la società incita i suoi membri alla libertà – anche sentimentale - e offre nuovi mezzi di contatto e conoscenza originariamente solo "astratta"; dall'altro,

produce a catena nuovi diritti che entrambi i partner aspirano contemporaneamente ad esercitare e a tutelare.

Ecco allora che si legge una puntualizzazione più al passo con i tempi, secondo cui il dovere di fedeltà consiste nell'impegno di non tradire la fiducia reciproca ovvero il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi, che non deve essere intesa soltanto come astensione da relazioni sessuali extraconiugali (Cass. 18.9.1997, n. 9287). Subito intuita una possibile crepa nel monolite della fedeltà, la Corte si vede costretta a chiarire come la nozione di fedeltà vada avvicinata a quella di lealtà, la quale impone di sacrificare gli interessi e le scelte individuali di ciascun coniuge che si rivelino in conflitto con gli impegni e le prospettive della vita comune. Solo così la fedeltà affettiva diventa componente di una fedeltà più ampia che si traduce nella capacità di saper sacrificare le proprie scelte personali a quelle imposte dal legame di coppia e dal sodalizio che su di esso si fonda (Cass. 18.9.1997, n. 9287).

In tal modo, la fedeltà reciproca non si riduce più all'esclusiva dedizione di carattere sessuale, ma si estende fino a ricomprendere la tutela e il rispetto della sensibilità e della dignità della persona dell'altro coniuge. In quest'ottica, tale dovere risulta incompatibile anche con quei comportamenti che ingenerano o possono ingenerare la convinzione - sia nel partner che nell'ambiente sociale in cui si vive - dell'avvenuta violazione della fedeltà. In giurisprudenza, si vedano, ad esempio, Cass. pen. 2.2.1972; Cass. 14.4.1994, n. 3511; App. Perugia 28.9.1994; Trib. S. Maria Capua Vetere 9.12.1997.

La fedeltà è, allora, divenuta l'impegno di ciascun coniuge a non tradire la fiducia reciproca, ovvero a non tradire il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi, che dura quanto dura il matrimonio (Cass. 11.6.2008, n. 15557). Insomma, questo principio può essere tradotto così: fedeltà è "voglio che tu voglia solo me"

Già alcuna dottrina di parecchi anni prima sosteneva che tale obbligo andasse collegato alla mera volontà di piena unione dei coniugi, volontà che poteva sussistere malgrado palesi inosservanze della esclusiva sessuale. Da ciò possiamo desumere che possono coesistere adulterio e volontà di piena unione tra i coniugi. Si esprime in questa direzione anche la Suprema Corte, laddove afferma che non sussiste l'addebito per il coniuge che, a seguito di riconciliazione, non ha rispettato l'obbligo di fedeltà sul presupposto che la stessa fosse stata soltanto formale (Cass. 19.7.2010, n. 16873).

L'ultimo passo, infine, allarga ancora di più il concetto: anche senza alcun riferimento alla sfera sessuale, per esempio, un coniuge può infrangere in vari modi la promessa di fedeltà se

essa viene intesa come il rispetto delle regole (implicite ed esplicite, morali ed etiche, sociali e culturali) che definiscono il modo, scelto e condiviso, di "essere coppia", ne consentono e garantiscono l'esistenza, regolano l'interazione tra i partner. in quest'ottica, la fedeltà alle regole generali ed il patto dell'esclusività sessuale si pongono in rapporto di *genus ad speciem* (Trib. Milano 2.12.2013, n.15400).

Se, però, ci troviamo già in un contesto dove la piena unione tra i coniugi è naufragata, l'adulterio non potrà e non dovrà assumere rilevanza fondamentale nell'identificazione della tipologia di separazione che la coppia intende ottenere. Infatti, si deve indagare se la relazione di un coniuge si sia inserita in un contesto di crisi, come quello in cui l'altro coniuge sia stato indotto dal suo stato psicologico a porre in essere in seno alla famiglia comportamenti contro ogni morale (Cass. 18.9.1997, n. 9287), oppure no.

2.1. La fedeltà e gli interessi costituzionalmente protetti

Introduciamo adesso l'ultimo passaggio delle metamorfosi del concetto di fedeltà e tradimento: l'idea che la fedeltà matrimoniale costituisca un bene costituzionalmente protetto, in quanto derivato in varie forme dal dettato costituzionale, ha goduto di alterne fortune nella giurisprudenza degli ultimi quarant'anni. Sarebbe proprio questa natura del dovere coniugale a portare con sé l'applicazione di norme generali dell'ordinamento riguardanti il risarcimento del danno e a farci uscire, dunque, dall'*hortus conclusus* del diritto di famiglia.

Un primo passo in tale direzione è costituito da Cass. 19.6.1975, n. 2468 (*Mass. Foro it.*, 1975, 591), che non escludeva che la violazione dell'obbligo di fedeltà, in concorso con particolari circostanze, potesse essere fonte di responsabilità extracontrattuale; in seguito, però, si è affermato che non fosse possibile invocare la tutela *ex art.* 2043 c.c. per mancanza di danno ingiusto (Cass. 22.3.1993, n. 3367, *Giust. civ. Mass.*, 1993, 535; Cass. 6.4.1993, n. 4108, *Giust. civ. Mass.*, 1993, 624). Come naturale, anche la dottrina si spaccò.

La svolta arriva con Cass. 10.5.2005, n. 9801: gli illeciti civilistici realizzati dai coniugi all'interno della famiglia sono suscettibili di considerazione nella più generale ottica dei principi generali dell'ordinamento giuridico, tra i quali proprio il principio del *neminem laedere*.

Infine, si arriva a ribadire che, dal momento che i doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio hanno natura giuridica, la loro violazione non trova necessariamente sanzione esclusivamente

nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, quale l'addebito della separazione. Anzi, dalla natura giuridica di tali obblighi deriva che la loro violazione, ove causi la lesione di diritti costituzionalmente protetti, possa integrare gli estremi dell'illecito civile e dare luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 c.c. (Cass. 15.9.2011, n. 18853).

Ciò che comporterebbe l'applicazione dell'art. 2043 c.c. sarebbe, quindi, la natura costituzionalmente protetta dei beni lesi dal tradimento coniugale, beni che le norme identificano nel riconoscimento dei diritti dell'uomo (art. 2 Cost.), dell'uguaglianza dei cittadini (art. 3 Cost.) e della famiglia come società naturale formata da coniugi posti su un piano di parità (art. 29 Cost.): tali norme producono a catena la quantità di diritti, doveri e obblighi previsti negli artt. 143 e 160 c.c. E' dato, inoltre, implicito rilievo anche al matrimonio-rapporto, che nell'ordine pubblico italiano ha una incidenza rilevante, per i principi emergenti dalla Costituzione e dalla riforma del diritto di famiglia (Cass. 6.3.2003, n. 3339). A seguito di queste osservazioni, non manca neppure chi considera l'obbligo di fedeltà coniugale una regola di condotta imperativa (Cass. 9.6.2000, n. 7859, *Giur. it.*, 2001, 239; Trib. Milano 2.3.2009, n. 2781).

Con esplicito riferimento a Cass. 17.12.2007, n. 26571 e a Cass. 5.8.2004, n. 15101, taluna giurisprudenza di merito afferma categoricamente che la lesione di diritti fondamentali della persona, quali l'incolumità fisica e la dignità dell'altro coniuge, oltrepassano quella soglia minima di solidarietà e rispetto comunque necessaria e doverosa per la persona del partner; per questo, tale condotta costituirebbe un comportamento insuscettibile di essere giustificato, neanche se esso costituisse ritorsione o reazione all'altrui comportamento, tanto che anche la comparazione con tale comportamento non potrebbe costituire un mezzo per escludere l'addebitabilità nei confronti del coniuge che quei fatti ha posto in essere (Trib. Salerno 21.4.2012).

Rifacendosi ai beni costituzionalmente protetti e alle conseguenze di un adulterio, si è deciso che il coniuge tradito per un decennio, fin dal fidanzamento, e ingannato sulla paternità del figlio, avesse diritto al risarcimento del danno biologico e morale (Trib. Bologna 17.12.2012, n. 3207). Siccome il presupposto giuridico del risarcimento del danno sta nella violazione dei doveri coniugali, violazione che comporta lesione di un diritto inviolabile garantito dalla Costituzione, nel caso in esame la lesione identificata riguardava il rapporto coniugale e la fiducia riposta dal coniuge nell'importanza dell'atto matrimoniale..