



PATRIMONIO, PERSONA E NUOVE TECNICHE DI "GOVERNO DEL DIRITTO": INCENTIVI, PREMI, SANZIONI ALTERNATIVE

GABRIELLA AUTORINO STANZIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Nozione di sanzione. – 3. Il non rimedio (ovvero il diritto che non interviene). – 4. Il rimedio nelle relazioni familiari: a) rimedi volontari. – 5. segue: b) rimedi coercitivi. – 6. Al di là dei rimedi tipici: regole di responsabilità e diritto di famiglia. – 7 Conclusioni.

1. Ubi jus, ibi remedium; ubi remedium, ibi jus

Il profilo rimediale è assurto da qualche tempo a osservatorio privilegiato per valutare la crisi del sistema giuridico inteso come sistema complesso di regole formali e norme sostanziali¹. Si discorre infatti, da parte di esperti di differenti settori del diritto, di “giustizia in mezzo al guado”, ovvero di “mercato delle regole”², inteso quest’ultimo come stratificazione ed accumulo di disposizioni talvolta disarmoniche talvolta addirittura contrastanti, nate per rispondere a domande di giustizia a loro volta disarmoniche o contrastanti, spesso indirizzate a soddisfare l’interlocutore più forte, in un determinato momento storico, quasi che ragionare di rimedi significasse per ciò stesso ragionare di diritti. Ci s’immagina in tal modo di sottrarsi alla rigida gabbia delle regole per affidarsi invece ad uno strumento duttile, spesso fascinati dall’esperienza d’oltre oceano, uno strumento che non appartiene interamente né al diritto né all’azione, rivolto non a sanzionare la violazione, ma ad assicurare tutela all’interesse protetto.

L’ottica rimediale si libera così sia dalle maglie della produzione del diritto, sia da quella della produzione dell’azione. Nel nostro ordinamento, la visione trae saldo conforto dall’art. 24 della Costituzione. La stessa nozione di “interesse legittimo” rinnega la tradizionale configurazione per assurgere a sinonimo, con valenza generale, di interesse tutelato dall’ordinamento, e perciò non soltanto giustiziabile, ma esso stesso fonte di ulteriori effetti nella ricostruzione del rapporto in cui si colloca.

¹ Penso, a tal riguardo, al convegno organizzato dall’Associazione Italiana di Diritto comparato nell’ormai lontano 1987, ed intitolato *Remedies. Forme e tecniche di tutela in diritto comparato*; nonché al volume di DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982; e, più recentemente, a MATTEI, *I rimedi*, in *Trattato di diritto civile* diretto da SACCO, Torino, 2001 (ma già in precedenza lo stesso MATTEI, v. *Diritto e rimedio nell’esperienza italiana ed in quella statunitense. Un primo approccio*, in *Q.*, 1987, p. 341 ss.).

² L’espressione, oramai di uso comune, la si ritrova, ad esempio, nel titolo dei recenti volumi curati da COOTER – MATTEI – MONATERI – PARDOLESI - ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2005.



Si assiste così, sempre con maggior frequenza, al ripensamento in senso rimediabile di istituti classici del diritto civile, di categorie che assumono dimensioni inusuali anche quando appartengono al diritto economico. Il civilista carico della tradizione tedesca ricorre ai concetti di “diritti cornice” o “diritti quadro”, come ad esempio il diritto generale della personalità, o in quella d’oltralpe si richiama l’art. 9 del *code civil*. Essi si mostrano diritti fonte di per se stessi di altri diritti. La prospettiva si estende ad istituti tipici del diritto patrimoniale, a quello dei contratti, alla nuova lettura delle regole in tema di buona fede, di correttezza, di contratto del consumatore, al settore delle responsabilità, e trova ulteriori argomenti, nel diritto europeo, ad esempio nell’enumerazione delle “regole condivise” scritte nei Principi di diritto contrattuale europeo. Si rimedita sulla *nullité de protection* di esperienza francese³, per avallare la prospettiva rimediabile. In ogni caso, si scorge una convinzione di fondo, nel senso che il rimedio precede il diritto ed entrambi si pongono in posizione strumentale della realizzazione dell’obiettivo di *policy* perseguito. Se ciò accade nel diritto degli interessi patrimoniali, come stupirsi che la prospettiva rimediabile eserciti tanto fascino nel settore delle persone e della famiglia, in un luogo in cui appare imperativo sottrarre a categorie dommatiche astratte, a regole predefinite gli interessi in gioco?

Ma è questione d’intendersi.

Infatti, talvolta si ha l’impressione che nel sentire comune il tema del rimedio si sovrapponga, guardato da un diverso osservatorio, alla forza promozionale del diritto. Nella dimensione dianzi descritta, il rimedio è l’altra faccia della medaglia del diritto positivo. Il rimedio, difatti, è momento di reazione dell’ordinamento, ma, al tempo stesso, è tramite della realizzazione, piena ed effettiva, del diritto affermato.

Per sottrarsi al rischio d’impantanarsi ancora una volta in classificazioni dogmatiche astratte, di costringere anche il tema delle sanzioni in rigide categorie predefinite, prezioso è il passaggio alla prospettiva assiologica. Quella che muove non dal diritto in sé considerato, bensì dall’interesse ad esso sotteso: in prima approssimazione, il rimedio si mostra per questa via come reazione dell’ordinamento non alla violazione della norma, ma al pregiudizio arrecato – o minacciato – all’interesse concretamente tutelato.

³ All’interno di un’ampia bibliografia, v. CARBONNIER, *Droit civil. t. 1, Les personnes: personnalité, incapacités, personnes morales*, 21e éd., Paris, 2000 («C’est une nullité de protection. Elle est conçue dans l’intérêt exclusif de la partie incapable ou de la victime de l’erreur, du dol, de la violence ou de la lésion, afin de lui permettre de sortir d’une opération juridique où, par hypothèse, elle subit un tort. Aussi cette partie seule a-t-elle le droit d’exercer l’action en nullité»); H. – L. – J. MAZEAUD - CHABAS - LEVENEUR, *Leçons de droit civil*, 01. 3, *La Famille: mariage, filiation, autorité parentale, divorce et séparation de corps*, 7e éd., Paris, 1995, ma sia consentito altresì rinviare ad AUTORINO STANZIONE, *La protezione civilistica del disabile per infermità mentale nell’ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 523 ss. e spec. P. 570.



Nuovi significati assume allora l'antico brocardo, e rinnova la sua attualità: certo il rimedio dipende dall'interesse leso, ma, senza il rimedio, non v'è tutela effettiva di quell'interesse.

Lo stesso concetto di rimedio assume una differente dimensione. Esso non è una mera traslazione del *remedy* di matrice anglosassone. Se così fosse, come anche di recente si è sostenuto, al più troverebbe diretta manifestazione nell'applicazione pratica, giurisprudenziale della regola enunciata⁴. Ma se è elemento che precede anche la fase della giustiziabilità del diritto, esso si preoccupa, in prima istanza, della realizzazione dell'interesse affermato.

2. Doverosa è a tal punto una precisazione terminologica (ma, al contempo, metodologica). Ho scelto di parlare di rimedi, anziché di sanzioni, non già perché le sanzioni siano estranee all'ambito del diritto di famiglia, ma perché, dal mio punto di vista, il rimedio ingloba la sanzione.

È preliminare, ancora una volta, intendersi sul concetto di sanzione cui si fa riferimento.

Soprattutto nel settore familiare, troppo limitante sarebbe racchiudere la nozione di sanzione entro gli angusti confini della punizione⁵. Da tempo, è a tutti noto, l'ordinamento ha operato un deciso ripensamento di tale visione: non vi è né coincidenza, né necessaria convivenza tra violazione della norma, sanzione e punizione, specialmente se di quest'ultima si accentua soltanto il movente repressivo.

Diversamente, e ciò vale *a fortiori* nell'ambito che qui interessa, occorre volgere l'attenzione al profilo "positivo" della sanzione, al suo momento promozionale.

Da un lato, nel terreno del diritto delle persone e della famiglia i margini di applicazione della sanzione negativa sono, all'apparenza, assai limitati. La *faute* in senso classico, talvolta di là dai confini del diritto civile, sembra assumere la natura di eccezione, piuttosto che di regola.

Penso, ad esempio, alle "incursioni" del diritto penale nell'area della disciplina della famiglia, laddove la norma deve, necessariamente, rivestire una funzione principalmente sanzionatoria, senza che possa essere lasciato alcuno spazio né all'autonomia privata dei partecipanti alla famiglia né, tanto meno, ad un'area di non intervento.

I modelli, in questo caso, potrebbero essere svariati: basti pensare alle disposizioni in materia di maltrattamenti in famiglia⁶, alla recente normativa sulle

⁴ Sul punto *amplius* MATTEI, *I rimedi*, cit.

⁵ Cfr. GAVAZZI, *Sanzione. I) Teoria generale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1992, vol. XXVIII, p. 4, il quale, in merito al contenuto, discorre di sanzioni afflittive o allettative, a seconda che vi sia disapprovazione o approvazione da parte dell'ordinamento di determinati comportamenti.

⁶ FIGONE, *Commento alla legge sulla violenza in famiglia*, in *Famiglia e dir.*, 2001, p. 353 ss.; AULETTA, *Misure (civili) contro la violenza nelle relazioni familiari: ipotesi ricostruttive della l. n. 154 del 2001*, in *Famiglia e dir.*, 2003, p. 294 ss.; DE MARZO, *La legge sulla violenza familiare: uno studio interdisciplinare*, in *Famiglia e dir.*,



mutilazioni genitali (legge n. 7 del 2006)⁷, ovvero, volgendo lo sguardo a quanto avviene nell'area di *common law*, allo *stalking* (consistente nelle molestie assillanti perpetrate, generalmente, da un partner verso il proprio ex; si tratta di una *doctrine* che recentemente è stata accolta anche da alcuni giudici di merito italiani)⁸.

Da altro punto di vista, altrettanto errato sarebbe accogliere acriticamente l'affermazione che il diritto di famiglia – ma lo stesso vale per ogni altro settore del diritto – non ha altro scopo che di ratificare e dotare di qualificazione giuridica quanto è già avvenuto nella realtà sociale. La realtà sociale è sostanza magmatica, in perenne trasformazione, secondo tempi mutevoli, che talvolta accelera il cammino, talaltra lo rallenta, per ragioni spesso difficilmente comprensibili immediatamente e per intero. E proprio la scienza che noi comparatisti orgogliosamente coltiviamo, ha il merito non soltanto di essersi assunta il compito d'indagare sulla molteplicità, attuale, diacronica, della realtà nel suo aspetto giuridico, ma anche di aver mostrato la falsità – talvolta l'ipocrisia – di ogni differente prospettiva. L'ordinamento talvolta subisce, molto più spesso elegge, consapevolmente oppure no, il modello da perseguire quando conforma la realtà al diritto – o meglio questo alla realtà. E talvolta incide pesantemente su di essa, quando sceglie d'imporre un modello che ancora non si è manifestato nei comportamenti – quantomeno in maniera prevalente –, o addirittura è invisibile a buona parte della collettività, nella molteplicità dei credi e delle ideologie che questa stessa rispecchia. E, in questo momento storico, l'Italia è emblema di tali affermazioni.

Ben lungi dal mostrarsi quale mera traduzione sul piano giuridico della realtà sociale, la regola giuridica, nel nostro campo di indagine, assume il duplice scopo di garantire gli interessi della persona e di offrire un modello, spesso cogente, di comportamento⁹.

In questa visione, il rimedio si allontana ancor più dalla sanzione (ossia dal rimedio inteso quale semplice repressione) per far posto alla sanzione intesa quale

2002, p. 537 ss.; MORANI, *La nuova normativa di protezione a favore del familiare più debole contro gli abusi nelle relazioni domestiche*, in *Giur. merito*, 2003, p. 834 ss. In prospettiva comparatistica v. RESEAR, *Domestic Violence, New Laws and a New Kind of Tort*, in *Familia*, 2005, p. 861 ss.

⁷ All'interno di una bibliografia ancora scarna v. PESENTI, *Mutilazioni genitali femminili*, in *Agg. soc.*, 2006, p. 690 ss.; ma sul tema delle mutilazioni genitali v. il volume di FAVALI, *Fra legge e modelli ancestrali: prime osservazioni sulle mutilazioni genitali in Eritrea*, Torino, 2002.

⁸ La tematica è molto attuale negli Stati Uniti, dove la giurisprudenza ha già affrontato il problema in numerose occasioni [v. a livello federale *U.S. v. Ruggles*, 2000 U.S. App. Lexis 5847 (2000) e *U.S. v. Young*, 1999 U.S. App. Lexis 32721 (1999)]. Per un quadro riassuntivo dell'area di *common law* (escluso il Regno Unito), v. C. Forrel, *Meaning of Equality: Sexual Harassment, Stalking, and Provocation in Canada, Australia, and the United States*, in 151 *T. Jefferson L.R.* 151 (2005). Anche la dottrina italiana inizia ad interessarsi al fenomeno: cfr. BONA, *Stalking: una nuova cornice giuridica per i molestatori insistenti*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 1049 ss.

⁹ La questione è complessa e meriterebbe un approfondimento che, in questa sede, non è possibile dedicarle; in via riassuntiva al nostro *Diritto di famiglia*, 2° ed., Torino, 2003, *passim*.



sanzione positiva. Viene da chiedersi, ma è approfondimento da svolgere altrove, se sia opportuno valutare quanto possa essere utile, *mutatis mutandis* e nello specifico ambito delle relazioni familiari, il concetto durkheimiano di sanzione restitutiva (contrapposta alla funzione repressiva)¹⁰, il cui perno affonda proprio nella solidarietà intercorrente tra i soggetti che compongono il nucleo sociale¹¹.

Gli esempi, in questo senso, sono molteplici: basti riflettere sull'evoluzione che hanno vissuto gli istituti della separazione e del divorzio, con l'abbandono del concetto di colpa ed il progressivo trasferirsi dell'intera disciplina, delle cause e degli effetti, su di un piano che trascende dalla mera imputabilità, all'uno o all'altro coniuge, del fallimento del matrimonio¹².

Nel nostro ordinamento, sin dalla riforma del 1975, l'eccezionale gravità dei comportamenti che originano l'addebitabilità della separazione è tale, quindi, da ripercuotersi sull'esistenza di una sia pur residua solidarietà familiare, giustificando – in chiave non sanzionatoria – rimedi come l'esclusione del coniuge dalla successione dell'altro che, in apparenza, parrebbero avere contenuto esclusivamente punitivo. Eppure, al momento della sua emanazione, appare chiaro quanta fatica occorra per adeguarsi nella pratica alla nuova disciplina che in larga misura si mostra quale modello imposto. In questa stessa ottica, a mio avviso, devono essere letti anche i provvedimenti che, nell'ordinamento francese, in applicazione degli artt. 265 ss. del *code civil*, conducono alla perdita delle donazioni e di altre prestazioni e benefici, nei casi di separazione *aux torts exclusifs* e di separazione pronunciata *en raison de la rupture de la vie commune*.

A ben vedere, poi, anche negli altri ordinamenti continentali è ormai diffuso il trend che considera la logica del riequilibrio delle posizioni dei coniugi prevalente rispetto a quella sanzionatoria, anche nei casi residui dove ancora vi è un esplicito richiamo all'elemento colposo.

Un caso emblematico è costituito dall'ordinamento tedesco, dove, nell'attuale dimensione, è pressoché irrilevante il principio della colpa, sostituito quasi per intero dal principio di autoregolamentazione della crisi matrimoniale. Anche quando si consente di sciogliere il matrimonio per l'esistenza di cause che risiedono nella persona dell'altro coniuge, non è il concetto di imputabilità che viene in conto bensì

¹⁰ Il rinvio è all'opera di DURKHEIM ed, in particolare, al saggio *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 1971, *passim*.

¹¹ Ma sul punto imprescindibile appare il rinvio ai lavori di NORBERTO BOBBIO; tra le varie opere, v. *Sulla funzione promozionale del diritto*, ora in *Dalla Struttura alla funzione*, Milano, 1977, e *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, in *Soc. dir.*, 1984, p. 7 ss.

¹² Sul punto sia consentito rinviare ad alcuni miei precedenti lavori, ed in particolare a *Separazione in diritto comparato* (con ZAMBRANO), in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVIII, Torino, 1998, spec. p. 431; ma simili osservazioni le avevo già espresse in *Divorzio e tutela della persona. L'esperienza italiana, francese e tedesca*, Napoli, 1981 ed in *Tutela della separazione e divorzio*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 4 ss.



quello d'inesigibilità della prosecuzione della convivenza. Il che traspare dalla influenza sulla disciplina degli effetti.

Indicativa, in questo senso, è la posizione della giurisprudenza in tema di adulterio. Le corti tedesche, infatti, evitano il sillogismo adulterio/impossibilità di proseguire la vita coniugale e limitano la rottura del vincolo matrimoniale ad alcuni casi particolarmente gravi quali, cito tra la giurisprudenza più recente, quello della moglie che intraprende il mestiere di prostituta ovvero quello del marito che decide di convivere con la nuova compagna nella residenza familiare.

Lo stesso percorso lo si rinviene anche nell'area di *common law* inglese, dove già il *Matrimonial Causes Act* del 1937 ammetteva una causa di divorzio che prescindesse dalla colpa¹³.

3. Poste tali premesse, è importante precisare che l'abbandono della prospettiva sanzionatoria – intesa come mera punizione – non può e non deve comportare l'abdicazione da parte dell'ordinamento al potere di intervento.

Non ritengo possa trovare accoglimento la tesi del non intervento (e, quindi, del non rimedio) nell'ambito del diritto di famiglia. Credo siano ormai tramontate quelle correnti di pensiero che, all'indomani dell'avvento dei primi fenomeni di multiculturalismo e delle prime esperienze di convivenza tra tradizioni sociali e giuridiche distanti, propugnavano un intervento mite dell'ordinamento (o addirittura un non intervento), che sarebbe dettato dalla necessità di rispettare la compresenza delle diversità nell'unità di luogo e di tempo.

Del resto, già nel primissimo periodo, le voci più attente, nel compilare un illuminante *repertorio di fine secolo*, avevano avvertito che la società multiculturale, anche sul piano giuridico, non poteva significare acritica accettazione dell'altro, ma che, al contrario, doveva tradursi nella ricerca di posizioni condivise che si muovessero, comunque, all'interno di una gamma di valori e di tutele di rango costituzionale¹⁴.

Il che beninteso non si traduce nell'opposta affermazione della necessità di una pan-regolamentazione, di un intervento incisivo ed invadente del diritto nella sfera delle persone. Né sembra possibile mettere seriamente in discussione l'accresciuto spazio assegnato, anche nelle vicende familiari, all'autonomia privata.

Piuttosto, occorre ribadire l'esigenza che l'autonomia privata conviva con un potere di ingerenza di un'autorità sovraordinata¹⁵. La medesima conformità, sotto

¹³ Cfr. per tutti CRETNEY, *Family Law in the Twentieth Century: A History*, Oxford, Oxford University Press, 2005, spec. capitoli 5 e 6.

¹⁴ Il richiamo, fin troppo evidente, è a RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari-Roma, 1992, *passim*.

¹⁵ Sul punto v. AUTORINO STANZIONE, "Autonomia privata" e *Family Relationships Between Legal and De Facto Situations*, in *Rapports Nationaux Italiens au XVI^e Congrès International de Droit Comparé - Italian National Reports to the XVIth International Congress of Comparative Law* (Brisbane, 2002), Milano, 2002, e *ivi* ulteriori richiami bibliografici. La relazione è pubblicata anche nei *Quaderni del Dipartimento di*



altro profilo, deve essere assodata nei rapporti tra i valori costituzionali ed il riconoscimento di una meritevolezza di tutela delle istanze, che provengano da minoranze (penso, ad esempio, alle unioni omosessuali)¹⁶ o da esperienze giuridiche divergenti (penso alla poligamia e al ripudio)¹⁷.

Vanno in tal senso le posizioni più recenti della Cassazione francese, quando negano applicazione nel territorio francese ad alcune decisioni dei tribunali algerini sull'ammissibilità del ripudio e ciò sia in nome del principio di eguaglianza e di parità dei coniugi, sia riconoscendo all'ordinamento nazionale il potere di porre vincoli – scaturenti nella fattispecie, dal principio generale di ordine pubblico internazionale – all'introduzione di disposizioni in grado di sovvertire il complesso valoriale garantito a livello costituzionale¹⁸. Nello stesso senso, inoltre, ritengo che possano essere interpretate le recenti chiusure manifestate – soprattutto a livello dottrinale – che, in Inghilterra, hanno ribadito il principio della monogamia, riconosciuto fin dal caso

Diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei, diretti da STANZIONE, n. 27, Salerno, 2002.

¹⁶ Per un primo commento alla discussa (e per molti aspetti, discutibile) proposta di legge sui cc.dd. Dico v. DE MARZO, *Brevi considerazioni sul disegno di legge in tema di Dico*, in *Foro it.*, 2007, IV, p. 61 ss.; ma v. anche ZAMBRANO, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, vol. I, a cura di AUTORINO STANZIONE, Torino, 2006, p. 217 ss. (e *ivi* ulteriori richiami bibliografici); AUTORINO STANZIONE – STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, vol. V, a cura di AUTORINO STANZIONE, Torino, 2007, p. 1 ss. (e *ivi* ampi richiami anche alle principali esperienze straniere). Sulla tematica delle unioni tra persone dello stesso sesso v., all'interno di ampia bibliografia, v. BORRILLO, *Homosexualités et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, Paris, 1999, *passim*; SUMMER, *Going Dutch? A Comparative Analysis and Assessment of the Gradual Recognition of Homosexuality with Respect to the Netherlands and England*, in *9 Maast. J. of Europ. and Comp. L.*, 2002, p. 31; D'ANGELI, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, Padova, 2003; AA.VV., *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, a cura di GRILLINI - MARELLA, Napoli, 2001; AA.VV., *Matrimonio, matrimoni*, a cura di BRUNETTA – D'ANGELO, Milano, 2000; CORDIANO, *Tutela delle coppie omosessuali ed esigenze di regolamentazione*, in *Famiglia*, 2004, p. 107 ss.; MAZZOTTA, *Le relazioni omosessuali in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 163 ss.; RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 516 ss.

¹⁷ AN-NAIM (ed.), *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book*, London, 2002; ALAMI - HINCHCLIFFE, *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World*, London, 1996; HINCHCLIFFE, *Polygamy in Traditional and Contemporary Islamic Law, Islam and the Modern Age*, Vol.1/8 1970, 13 ss.; nonché, all'interno della letteratura giuridica in lingua italiana, v. CASSONI, *Considerazioni sugli istituti della poligamia e del ripudio nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Not.*, 1987, 233, oltre al volume di ALUFFI BECK – PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, Milano, 1990, dove si analizzano in dettaglio le riforme vissute dal diritto di famiglia nel mondo arabo (in particolare in quello nordafricano, cui *adde* la recente riforma marocchina del *Moudawana* del febbraio 2004, su cui v. CILARDO, *La riforma del diritto di famiglia in Marocco*, in *Studi in onore di R. Tamburello*, Napoli, 2004).

¹⁸ Cass., 1re civ., 20 sept. 2006, n° 1334, in *Bull.* 2006, I, n/ 406, 351; Cass., 1re civ., 20 sept. 2006, n° 1334, n° 1352, in *Bull.* 2006, I, n/ 407, 351; ma v. già le decisioni di Cass., 1re civ., 17 févr. 2004, in *AJ fam.*, 2004, 140, obs. David; Cass., 1re civ., 10 mai 2006, in *AJ fam.*, 2006, 374, obs. Boiché.



*Hyde v. Hyde*¹⁹ della metà dell'ottocento e, seppur in parte, messo in discussione in alcuni *obiter dicta* nella decisione *Hussain v. Hussain* (del 1982)²⁰ ed in alcuni tentativi di ridiscutere il *Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act* del 1972²¹.

In definitiva, volendo ragionare per trend, mi sembra che, sotto questo profilo, vi sia una certa armonia, seppur per grandi linee, a livello europeo, tenuto conto delle posizioni giurisprudenziali che muovono verso obiettivi e finalità analoghi.

4. Una volta chiarito che la nozione di rimedio è tutt'altro che estranea al diritto di famiglia, occorre operare una bipartizione tra i rimedi tipici offerti dall'ordinamento, distinguendo tra volontari e coercitivi.

La classificazione ha funzione meramente esplicativa e non vuole porsi, in alcun modo, né come espressione tassonomica né, tanto meno, quale ripartizione rigidamente dogmatica.

Nel primo caso, ad ogni modo, il rimedio è determinato dalle parti e, quindi, rimesso alla loro autonomia. Sia ben chiaro, però: il diritto non abdica, né rimette acriticamente la selezione degli interessi ai privati. Piuttosto, per la natura degli interessi in gioco, il diritto fa un passo indietro, si tiene alle spalle dei titolari dei suddetti interessi²².

Un esempio paradigmatico è rappresentato, nel nostro ordinamento, dall'art. 145 c.c., comma 2, che ammette la possibilità che i coniugi, in caso di disaccordo tra di loro, si rivolgano al giudice per rimettergli la decisione in ordine alla «fissazione della residenza o ad altri affari essenziali».

È noto che la natura di tale accordo è piuttosto discussa in dottrina e che, al riguardo, si rinvengono differenti posizioni.

Secondo un primo indirizzo, infatti, il provvedimento del giudice avrebbe natura giurisdizionale e, sempre secondo tale orientamento dottrinale, dovrebbe attuarsi un parallelismo con l'art. 316 c.c., in materia di richiesta di intervento del giudice sulle questioni concernenti la potestà dei genitori²³.

¹⁹ (1866) L.R. 1 P & D 130. Un caso interessante, e più recente, è anche *Imam Din v National Assistance Board* [1967] 2 QB 213. Parimenti, la giurisprudenza inglese si è occupata in alcuni casi dei divorzi *talaq* pronunciati in Pakistan: cfr. Quazi v. Quazi, (1980) AC 744; *ex parte* Fatima, (1984) 2 All ER 458; Chaudhary v. Chaudhary, (1984)

²⁰ Del caso si occupa ampiamente, tra gli altri, CARROLL, *Recognition of Polygamous Marriages in English Matrimonial Law: The Statutory Reversal of Hyde v. Hyde in 1972*, in 5 *J. Inst. of Muslim Minority Affairs*, 81 (1984).

²¹ In merito a tale situazione, con ampia trattazione dei casi citati, v. SAUNDERS – WALTER, *The Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972*, in 21 *Intern. & Comp. L.Q.* 781 (1972).

²² In questo senso credo che vi sia una sostanziale differenza tra la posizione qui espressa e quella di MATTEI, *I rimedi*, cit., spec. p. 130 ss.

²³ SBISÀ, *Intervento*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia*, in *Atti del Convegno di Venezia*, Padova, 1967, p. 344; A. FINOCCHIARO – M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1984, p. 291 ss.



A mio avviso, invece, non dovremmo essere al cospetto di un'attività giurisdizionale, ma di un atto avente valenza negoziale. Ricorrendo ad altro parallelismo, menzionato anche in una recente pronuncia della giurisprudenza di legittimità, potremmo allora accostare la funzione del giudice a quella dell'arbitratore, con la conseguenza che la decisione del giudice dovrebbe essere comunque insuscettibile di un'esecuzione forzata²⁴.

Ad ogni modo, a prescindere dall'indirizzo al quale si vuole aderire, mi sembra sia innegabile che, nella fattispecie in questione, l'intervento del giudice sia solo eventuale (e non è un caso che la Suprema Corte parli, a tal riguardo, di "un criterio integrativo legale") e, comunque, dipenda dall'accordo tra i coniugi. In altri termini, sarà il giudice a prendere la scelta che reputerà opportuna, tenendo conto degli interessi prevalenti della famiglia, ma di tale potere è investito comunque dai coniugi²⁵.

Si comprende, allora, come il rimedio in esame abbia natura, per dir così mista, dal momento che attua una felice commistione tra l'autonomia dei coniugi e l'intervento del giudice.

Una scelta che pare essere imitata anche dal codice civile svizzero che, all'art. 171, che consente ai coniugi di rivolgersi alla mediazione del giudice in caso di disaccordo su "affari importanti" per il governo della famiglia.

Va detto, peraltro, che la soluzione italiana, che lascia ampia spazio all'autonomia privata, si contrappone alle scelte operate da altri ordinamenti.

Ad esempio, l'art. 70 del codice civile spagnolo²⁶ – così come riformato nel 1981 – consente un intervento autoritativo del giudice in caso di disaccordo dei coniugi in ordine alla scelta della residenza familiare. L'esempio citato, però, sembra rappresentare un caso sporadico, se non isolato, e non è un caso che abbia ricevuto non poche critiche sia in dottrina, sia in giurisprudenza²⁷.

Sembra che gli indirizzi dominanti, provenienti sia dall'area continentale sia da quella di *common law*, vadano in direzione opposta e tendano a segnare la rinuncia dell'ordinamento ad intervenire – per via giudiziale, anche nei casi in cui non vi sia forma contenziosa – nell'indirizzo della vita familiare ed, in generale, nelle scelte non patrimoniali ed esistenziali dei componenti del nucleo familiare.

²⁴ AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., 164; ma v. anche NADDEO, *Il governo della famiglia*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, vol. I, a cura di AUTORINO STANZIONE, Torino, 2006, p. 522 ss.

²⁵ Cass., 7 maggio 1992, n. 5415, in *Vita not.*, 1992, p. 1159.

²⁶ L'articolo recita come segue: «*Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia.*».

²⁷ AUTORINO STANZIONE, *Sui rapporti familiari nel vigente ordinamento spagnolo in comparazione col diritto italiano*, Napoli, 1984; nonché, all'interno della letteratura giuridica spagnola, v. AA. VV., *El nuevo Régimen de la familia*, I. *Matrimonio y divorcio*, Cuadernos Cívitas. Primera reimpresión, Madrid, 1982; ROCA TRIAS, *Derecho de familia*, Valencia, 1997; SERRANO, *Manual de derecho de familia*, Madrid, 2000.



5. Apparentemente sulla sponda opposta rispetto ai rimedi volontari, si collocano i rimedi che prescindono dalla volontà dei coniugi e degli altri componenti il nucleo familiare.

Tali rimedi, appunto coercitivi, sono, in realtà, di assai varia natura e rispondono ad interessi a loro volta assai diversificati²⁸.

Due osservazioni preliminari sono necessarie.

In primo luogo, sebbene più numerosi dei rimedi volontari, quelli coercitivi hanno, per lo più, natura sussidiaria, nel senso che trovano spazio laddove l'autonomia privata non consente di risolvere eventuali posizioni configgenti tra i componenti della famiglia. Pertanto, non si prescinde *stricto sensu* dall'autonomia privata, ma si circoscrive l'intervento esterno, rispetto alla famiglia, alle ipotesi in cui non vi sia concordia in ordine alle scelte da assumere (conflitto tra i genitori) ovvero quando tali scelte siano in contrapposizione rispetto agli interessi prevalenti di altri membri della famiglia (e qui il discorso ruota, in primo luogo, attorno all'interesse del minore, cardine accolto unanimemente, seppur con differenti declinazioni, in tutti i principali ordinamenti)²⁹.

In secondo luogo, per questa tipologia di rimedi non si può discorrere, in senso stretto, di rimedi tipici. Basti pensare all'art. 333 c.c., che autorizza il giudice a prendere, secondo le circostanze, "i provvedimenti convenienti".

L'inciso in questione evidenzia due aspetti, tra loro collegati. Da un lato, i rimedi, nell'ambito del diritto di famiglia, hanno un alto grado di elasticità. Ciò significa che, sovente, il legislatore preferisce, anziché dettare un rimedio tipico, rimettersi alla sensibilità del giudice ed a quelle che sono nella fattispecie le problematiche da risolvere.

In secondo luogo, e conseguentemente, è proprio sul terreno del diritto di famiglia che si evidenzia l'esattezza di quanto si diceva dianzi, e cioè che la scelta del rimedio applicabile non è predeterminata, figlia di una opzione aprioristicamente effettuata dal legislatore; si preferisce, invece, una soluzione "aperta".

Allo stesso tempo, la coercizione, associata al rimedio, sta a significare l'esigenza di sottrarre all'autonomia privata determinate scelte. Ma non per capriccio del legislatore: la possibilità d'inadere il *menage* familiare, imponendosi rispetto alla volontà dei singoli, può seguire itinerari del tutto differenti.

Indifferente è ancora una volta, in generale, il profilo sanzionatorio.

Un caso paradigmatico in questo senso è costituito dalla decadenza dalla potestà sui figli, ai sensi dell'art. 330 c.c. È risaputo che la dottrina tradizionale è dell'avviso che il provvedimento in questione richiederebbe, quale presupposto

²⁸ Sul punto v. ancora MATTEI, *I rimedi*, cit., p. 157 ss.

²⁹ Sul tema si rinvia, per tutti, a STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, *passim*.



indispensabile, un comportamento colpevole – o addirittura doloso – da parte del genitore³⁰.

A mio avviso, e la mia opinione pare essere confermata anche dalla giurisprudenza più recente³¹, deve essere negata la necessità di un comportamento colpevole, essendo sufficiente, ai fini dell'assegnazione del rimedio, l'esistenza di situazioni obiettivamente suscettibili di provocare pregiudizio al minore³².

Una soluzione in linea, peraltro, con l'art. 371-4 del *code civil* – così come riformato dalla legge del 4 marzo 2002 – che, nel sancire il diritto del minore ad intrattenere relazioni personali con i suoi ascendenti, stabilisce che l'unico ostacolo all'esercizio di tale facoltà è rappresentato da eventuali «*motifs graves*», senza preoccuparsi di individuare il soggetto che ha determinato tali motivi. Parimenti, la seconda *alinéa* del medesimo articolo fa espresso riferimento *all'intérêt de l'enfant*, senza coinvolgere direttamente la posizione giuridica di altri soggetti.

Nella stessa linea di tendenza merita di essere collocata anche la legge n. 154 del 2001, che ha introdotto nel nostro ordinamento gli ordini di protezione, affiancando ad una tutela prettamente penalistica, un ulteriore rimedio, di natura civilistica.

Com'è noto, l'art. 342-*bis* consente al giudice di adottare una serie di provvedimenti nel caso in cui la condotta del coniuge o di altro convivente sia fonte di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente. Si tratta di provvedimenti espressamente disciplinati dall'art. 342-*ter* (tra cui spicca l'allontanamento dalla casa familiare), alcuni dei quali potrebbero coincidere coi rimedi di cui agli artt. 330 e 333 c.c., così come novellati dalla legge n. 149 del 2001.

³⁰ Tra i fautori della tesi della natura sanzionatoria v. PELOSI, *La patria potestà*, Milano, 1965, 49 ss.; ma v. anche ID., *Commentario al diritto di famiglia*, Padova, 1992, p. 400 ss. il quale sostiene l'imprescindibilità della condotta dolosa o colposa per l'applicabilità degli artt. 330 e 333 c.c.; inoltre, esplicitamente sulla natura sanzionatoria delle norme in questione, v. BONA, *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?*, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 185 ss. Contra D'ANTONIO, *La potestà dei genitori*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, vol. IV, a cura di AUTORINO STANZIONE, Torino, 2006, p. 564 ss. e spec. p. 566 ss. Secondo l'A., infatti, «non si pone alcun dubbio circa il fatto che la fattispecie di cui all'art. 330 c.c., come quelle delle disposizioni successive, trovino applicazione nelle ipotesi di condotta colposa o addirittura dolosa dei genitori esercenti la potestà, eppure ciò non giustifica il successivo passaggio logico ed ermeneutico della qualificazione di tali stati soggettivi quali presupposti indefettibili, *conditiones sine quibus non* dei provvedimenti in esame».

³¹ Cass., 8 ottobre 2002, n. 14380, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 244; Cass., 4 febbraio 2000, n. 1213, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 227.

³² Dovendosi ricorrere, quindi, ad una valutazione casistica: cfr. STANZIONE, *Capacità e minore età*, cit., p. 300 ss. (ma v. anche p. 354 ss., ove l'A. si oppone alla presunta natura sanzionatoria della norma), ma v. anche POGGI, *Patria potestà e autonomia del minore*, in *Giur. it.*, 1974, I, 2, p. 340 ss.; BESSONE, *Crisi del principio di autorità: diritti della persona e tutela costituzionale del minore*, in *Giur. merito*, 1975, I, p. 350; GIARDINA, *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, p. 1362 ss.



È altresì noto che il modello italiano ha subito la forte influenza soprattutto dell'ordinamento statunitense, nel quale la legislazione statale conosce, fin dai primi anni settanta, i *protection orders*.

È da evidenziare che tali ordini conducono ad un rimedio che si spinge ben al di là della pronuncia di divorzio. In tale processo non può essere dimenticato il ruolo giocato dall'abbandono del modello colposo e la necessità di prevedere soluzioni nuove, che, come spesso avviene, consentano al giudice una ampia discrezionalità.

In questo modo, si spiega anche la scelta di qualificare in maniera molto generica il concetto di *family offense* o di abuso familiare – come nella legislazione degli Stati di New York e della California –, in modo da abbracciare ogni forma di illecito commesso a scapito del coniuge o di altro componente il nucleo familiare.

Peraltro, il diritto americano (ed, in particolare, la legge californiana) conferma l'elasticità dei rimedi del diritto di famiglia, di cui si ragionava in precedenza. Difatti, sebbene la gamma degli ordini di protezione sia legislativamente predeterminata, i confini degli stessi presentano un'apprezzabile duttilità, che consente al giudice di adottare il miglior rimedio, tenendo conto delle specificità del caso di specie.

Accanto ai rimedi contro specifici atti di abuso (*Enjoining specific acts of abuse*) ed agli ordini relativi all'allontanamento dalla residenza (*Excluding a person from a dwelling*) ritroviamo, infatti, la possibilità del giudice di pronunciare provvedimenti nei confronti di "altri determinati comportamenti" (*Enjoining other specified behavior*)³³.

Analoghe misure, fin dal 1986, sono presenti anche nel diritto tedesco, dove il § 1361b BGB disciplina il rimedio dell'allontanamento dall'abitazione, il c.d. *Wohnungsüberlassung*, oggi ampliato dal § 14 LPartG anche ai conviventi separati. Peraltro, tali misure sono state estese, con il *Gewaltschutzgesetz* (*GewSchG*) del 2001, a tutti i membri della famiglia.

Anche in questo caso, come già visto nel diritto statunitense, ritroviamo dei presupposti "mobili" per l'applicazione della disciplina, che troverà spazio non solo nei casi di azioni violente o di minaccia delle stesse (*eine widerrechtliche*), ma altresì in presenza di una limitazione delle funzioni essenziali (*Körpervletzung*), ossia di ogni disturbo alle funzioni fisiche, spirituali e psicologiche.

La disciplina sugli ordini di protezione è, quindi, espressione chiara della necessità che il diritto entri, in taluni casi, tra le mura domestiche, riaffermando la tutela del singolo all'interno del proprio nucleo familiare.

Né sembra privo di interesse il fatto che il legislatore italiano, consapevole del complicato bilanciamento degli interessi in gioco, abbia voluto lasciare la legittimazione attiva ai soli membri della cerchia familiare – senza differenze, ovviamente, tra famiglie fondate sul matrimonio e famiglie di fatto –, assicurando, in questo modo, un giusto temperamento tra tutela del singolo e libertà dello stesso.

³³ Sul punto, v. il recente libro di CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, 2° ed., Milano, 2007.



Se letta in questa prospettiva, allora, la legge sugli obblighi di protezione non è espressione di un nuovo interventismo o “laicismo autoritario” dello Stato nelle vicende familiari.

A mio avviso, anzi, la legge, nella contrapposizione tra diritti fondamentali, non teme di sacrificare né il diritto alla libertà personale, né quello alla proprietà privata in nome di un interesse assai più meritevole costituito dall'integrità fisica e psichica della vittima, riaffermando, quindi, il valore della persona.

A questo riguardo, non sembra possa trovare accoglimento quella posizione dottrinale che, relativamente alla legge italiana, discorre di una funzione esclusivamente sanzionatoria, poiché la situazione sarebbe stata originata da una condotta pregiudizievole di un soggetto. Penso, invece, che la prospettiva sia differente e che lo scopo del legislatore sia quello di proteggere le vittime, e non di punire i colpevoli. A conferma di questo assunto, mi sembra militi anche la possibilità che siano previste delle sanzioni penali, cui dovrebbe essere riconosciuta la funzione più specificatamente sanzionatoria.

Peraltro, l'interpretazione che merita accoglimento si muove nella stessa linea di tendenza segnata dai provvedimenti di cui già si è discusso, in materia di addebito della separazione e di decadenza dalla potestà genitoriale.

6. Sarebbe, tuttavia, limitante circoscrivere l'attenzione ai soli rimedi tipici, dimenticando altre forme di intervento che, seppur con fatica, via via pervadono l'area del diritto di famiglia.

Colpisce, ad esempio, l'“esplosione” della commistione delle regole di responsabilità civile con quelle del diritto di famiglia³⁴. Una commistione forse obbligata, se si riflette sul fatto che tali due ambiti, più di ogni altro nel diritto privato, hanno vissuto, nel corso degli ultimi tre decenni le maggiori innovazioni, maturate ora principalmente sul piano legislativo – come per il diritto di famiglia –, ora principalmente ad opera del formante giurisprudenziale – come per la responsabilità aquiliana³⁵.

È noto che siffatta evoluzione ha investito tutti i principali sistemi appartenenti alla *western legal tradition*, consentendo, quindi, di evidenziare una sorta di immaginario filo rosso tra le soluzioni adottate a livello nazionale dai singoli formanti dell'ordinamento³⁶.

³⁴ La dottrina italiana si è occupata in maniera organica del tema in esame in seguito alla pubblicazione della monografia di PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, *passim*.

³⁵ Così anche RICCIO, *Famiglia e responsabilità civile*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, vol. I, a cura di AUTORINO STANZIONE, Torino, 2006, p. 385 ss.

³⁶ Cfr. in particolare i recenti scritti *La responsabilità endo-familiare in Francia* di TORINO, *Gli illeciti tra familiari nel diritto tedesco* di DIURNI, *Responsabilità per illeciti familiari e rimedi contro la violenza domestica in Inghilterra* ancora di TORINO, tutti pubblicati nel volume *Illeciti tra familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, a cura di TORINO, Milano, 2006.



Naturalmente non è questa la sede più opportuna per dar conto di una tematica che da sola, meriterebbe (ed infatti ha meritato) intere giornate di studio e di approfondimento. Tuttavia, nell'affrontare i rimedi conseguenti alle violazioni maturate nell'ambito familiare, sembra opportuno dedicare qualche cenno all'argomento.

Di là dalle distinzioni, molto utilizzate dalla nostra dottrina, tra illeciti endo- ed eso-familiari³⁷ – distinzione che può avere validità classificatoria, ma non mi sembra presenti particolari pregi applicativi –, è evidente che, in tutti i principali sistemi europei, si assiste da tempo ad una progressiva accettazione, da parte delle corti, sulla spinta di illuminati interventi dottrinali, della possibilità di risarcire un membro della famiglia a causa della violazione commessa, nei suoi confronti, da un altro membro.

Si tratta, però, di un cammino ancora *in action*, atteso che tanto nei sistemi di *civil law*, dove si confinavano le violazioni tra gli sposi ai soli rimedi della separazione, tanto nei sistemi di *common law*, dove si opponeva la dottrina della *unity of spouses*³⁸, gli ostacoli ed i preconcetti da abbattere sono stati (ed in parte sono ancora) numerosi e radicati.

Gli itinerari percorsi dalla giurisprudenza sono stati molteplici. Tanto nell'ordinamento francese, quanto in quello italiano, si è passati in primo luogo per la crisi del matrimonio, cumulando ai rimedi tipici previsti dalla legge, quelli extrafamiliari contenuti nelle clausole generali di cui agli artt. 1382 *code civil* e 2043 c.c.

Si è quindi ammessa la cumulabilità dei rimedi prospettati per il *divorce aux torts exclusifs* ex art. 266 *code civil*, con il risarcimento dei danni, per tutte le violazioni non connaturate al momento del divorzio, ma conseguenti da esso³⁹.

Questo particolare aspetto, tuttavia sovente è fonte di confusione.

L'ordinamento non può riconoscere una sorta di "immunità" ai componenti della famiglia, per gli illeciti da loro commessi⁴⁰: non si vede la ragione, infatti, che dovrebbe portare a non risarcire un determinato illecito soltanto perché commesso da un familiare, laddove lo stesso illecito sarebbe fonte di risarcimento del danno se commesso da un terzo. In questo caso, non si deve confondere il principio di solidarietà con l'inammissibile avallo di una "zona franca" nella quale il diritto non potrebbe entrare.

³⁷ Cfr. CENDON – SEBASTIO, *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra i coniugi*, in *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, a cura di TORINO, Torino, 2004, p. 114 ss. e p. 123 ss.; SEBASTIO, *La responsabilità civile endo-familiare*, *ivi*, p. 175 ss.

³⁸ Cfr. TORINO, *Responsabilità per illeciti familiari e rimedi contro la violenza domestica in Inghilterra*, *cit.*, p. 152 ss.

³⁹ MALAURIE, *Droit civil*, tome 3: Famille, 6^{ème} éd., Paris, 1998, p. 229.

⁴⁰ Cfr. già PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, *cit.*, p. 77, il quale ritiene l'inapplicabilità dell'art. 2043 c.c. si tradurrebbe in «un'immunità per l'illecito eventualmente commesso che non trova alcun fondamento nel sistema né alcuna giustificazione razionale». In termini simili anche CENDON – SEBASTIO, *Lui, lei e il danno*, *cit.*, p. 151.



Sotto altro profilo, però, occorre guardarsi dall'entusiastica accettazione delle regole di responsabilità.

Difatti, non sembra che la mera violazione di un dovere familiare possa dar luogo a risarcimento del danno⁴¹. Sia la dottrina italiana, sia quella francese discorrono, ad esempio, della possibilità di un risarcimento del danno in caso di adulterio.

A mio avviso, però, i termini della questione vanno posti diversamente: se c'è adulterio⁴², l'ordinamento prevede un rimedio tipico, consistente nella separazione – se c'è intollerabilità della convivenza, ovviamente – con eventuale pronuncia dell'addebito; il risarcimento del danno, invece, è rimedio ulteriore, che dovrebbe essere pronunciato nel solo caso in cui vi sia violazione di un altro interesse meritevole di tutela (penso, ad esempio, alle violazioni relative all'onore ed alla reputazione; ovvero al caso in cui il tradimento ingeneri un danno ulteriore, di natura biologica o esistenziale). Non mi sembra corretto, in verità, adottare un automatismo in virtù del quale v'è risarcimento del danno in presenza della mera violazione di un dovere coniugale⁴³.

Una scelta del genere non soltanto sarebbe contraria al principio di solidarietà familiare – finendo per divenire una misura punitiva nei confronti del coniuge che viola i doveri in questione –, ma si porrebbe in contrasto anche con lo spazio di libertà che, in ogni caso, deve essere riconosciuta ai coniugi. Altrimenti, in nome della tutela di un soggetto, si finirebbe per ledere la sfera esistenziale di un altro⁴⁴.

⁴¹ AUTORINO – PIGNATARO, *Separazione personale dei coniugi. Aspetti problematici e nuove prospettive*, Milano, 2005; nonché RICCIO, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 400 ss.

⁴² In entrambe le esperienze giuridiche, il dovere di fedeltà non si esaurisce nella mera sottrazione a rapporti sessuali con altre persone, diverse dal coniuge: cfr. BUSNELLI, *Significato attuale del dovere di fedeltà coniugale*, in *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, a cura di BUSNELLI - BRECCIA, Milano, 1978, p. 129; BIANCA, *op. cit.*, p. 50; FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 163; ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra i coniugi nel nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, p. 92; FINOCCHIARO, *Matrimonio*, II, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1993, p. 271; SANTORO-PASSARELLI, *Artt. 143-148*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di CARRARO – OPPO - TRABUCCHI, I, Padova, 1977, p. 228; PARISI, *I singoli doveri coniugali*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, vol. I, a cura di AUTORINO STANZIONE, Torino, 2006, p. 425 ss.

⁴³ In termini simili anche FERRANDO, *Rapporti familiari e responsabilità civile*, in CENDON (a cura di), *Persona e danno*, III, Milano, 2003, p. 2779.

⁴⁴ Cfr. Cass. 6 aprile 1993, n. 4108, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 624, nella cui motivazione si afferma: «Dalla separazione personale dei coniugi può nascere, sul piano economico (a prescindere dai provvedimenti sull'affido dei figli e della casa coniugale), solo il diritto ad un assegno di mantenimento dell'uno nei confronti dell'altro, quando ne ricorrano le circostanze specificamente previste dalla legge. Tale diritto esclude la possibilità di chiedere, ancorché la separazione sia addebitabile all'altro, anche il risarcimento dei danni, a qualsiasi titolo risentiti a causa della separazione stessa: e ciò non tanto perché l'addebito del fallimento del matrimonio soltanto ad uno dei coniugi non possa mai acquistare – neppure in teoria – i caratteri della colpa, quanto perché, costituendo la separazione personale un diritto inquadabile tra quelli che garantiscono la libertà della persona (cioè un bene di altissima rilevanza costituzionale) ed avendone il legislatore specificato analiticamente le conseguenze nella



In altri termini, perché sia accolta la richiesta di risarcimento dei danni commessi da un coniuge in pregiudizio dell'altro è, in ogni caso, necessario che chi agisce in giudizio fornisca la dimostrazione del danno subito e la sua riconducibilità, sotto il profilo eziologico, alla condotta del coniuge. In altre parole, dovrà essere provato in concreto il danno, che non è *in re ipsa* e non discende automaticamente dalla violazione dei doveri coniugali.

Le regole di responsabilità non sono penetrate nell'ambito del diritto di famiglia esclusivamente sul piano operativo (nonché grazie alla spinta, naturalmente, della dottrina): deve infatti essere ricordato il caso della recente legge sull'affido condiviso che, all'art. 2 ha previsto l'introduzione dell'art. 709-ter c.p.c.⁴⁵.

La norma prescrive che il giudice, in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, non soltanto può modificare i provvedimenti, ma può altresì prevedere una serie di misure ulteriori. Nello specifico, l'art. 709-ter consente al giudice di ammonire il genitore inadempiente; di disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; di disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro; condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende.

La disposizione in questione suscita più di una perplessità, sia per le sue modalità operative, sia per la sua *ratio*.

Innanzitutto, si è sostenuto che i provvedimenti in questione potrebbero rappresentare una graduazione della colpa del genitore inadempiente. Una soluzione, però, che non sembra possa trovare accoglimento, atteso che è lo stesso legislatore a prevedere che i rimedi in questione possano essere presi, se del caso, «congiuntamente».

Pare allora preferibile ritenere che la scelta del giudice debba tener conto del soggetto che ha subito, concretamente, un danno dalle inadempienze del familiare. Tuttavia, dalla formulazione della norma, si avverte l'impressione che il risarcimento possa essere sganciato dalla dimostrazione dell'effettivo danno subito. Pertanto, il rimedio in questione sarebbe al di là delle funzioni classiche della responsabilità civile, venendo ad assumere le vesti di una pena privata (altri hanno paragonato il rimedio in esame alle *astreintes* del diritto francese).

disciplina del diritto di famiglia (cioè nella sede sua propria), deve escludersi, - proprio in omaggio al principio secondo cui *inclusio unius, exclusio alterius*, - che a tali conseguenze si possano aggiungere anche quelle proprie della responsabilità aquilana *ex art. 2043 c.c.* che pur senza citare espressamente, la ricorrente sembra chiaramente voler porre a fondamento della sua pretesa risarcitoria per la perdita dei vantaggi insiti in qualsiasi convivenza coniugale».

⁴⁵ Sul punto v. *amplius* SALITO, *L'affidamento condiviso dei figli nella crisi della famiglia*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, vol. V, a cura di AUTORINO STANZIONE, Torino, 2007, p. 118 ss.



Mi sembra che tale lettura non sia del tutto convincente. Difatti, il legislatore discorre di risarcimento nelle prime due ipotesi e di condanna nell'ultima (quella a favore della Cassa delle ammende). In altri termini, deve ritenersi che il risarcimento non possa essere comunque sganciato dalla dimostrazione dell'effettivo danno subito – sulla falsariga dei *punitive damages* dell'esperienza americana –, ma debba, in ogni caso, rispondere, da un lato, alla mera esigenza di riparare la lesione concretamente subita dai familiari e, dall'altro, alla necessità di svolgere un ruolo deterrente, inducendo il danneggiante ad un comportamento conforme ai provvedimenti ordinati dal giudice.

7. Se è possibile trarre delle conclusioni alla fine di un percorso incerto e infido, poiché si muove su un terreno a sua volta mutevole e accidentato, quasi vulcanico, direi, in alcune manifestazioni, un aspetto emerge prepotente: nel settore del diritto di famiglia, per tutto ciò che non si traduce in reato, ma anche qui il discorso non è monolitico, la sanzione repressiva del comportamento, pur non perdendo tutte le sue funzioni, ad esempio nel settore del diritto minorile, si accompagna sempre ad un aspetto positivo, restituivo, di conservazione e di recupero del rapporto in crisi. E ciò vale anche se si guarda all'aspetto a prevalenza patrimoniale, dato il nesso di strumentalità alla realizzazione e alla garanzia delle situazioni esistenziali.

E tuttavia, il profilo sanzionatorio mai come in questo settore si colora di mortificazione, di rinuncia dell'ordinamento al perseguimento delle sue funzioni fondamentali. Il discorso in questo campo si lega tutto alla prevenzione e alla promozione, obbiettivi irraggiungibili nell'ottica della sanzione. Il rimedio, invece, si prospetta come strumento principe per precedere la violazione e dunque appare come strumentale alla promozione del diritto, o meglio della situazione soggettiva che l'ordinamento fa assurgere a interesse – o valore – tutelato, che preesiste e giustifica tanto il rimedio che la sanzione.