



FAMIGLIA, AUTONOMIA E CONTROLLI*

PASQUALE STANZIONE

1. Il libro affronta un problema complicato e al tempo stesso molto avvertito. Quello dell'autonomia della famiglia. Ma di autonomia possiamo discutere in molteplici accezioni e direzioni.

Autonomia della famiglia rispetto ai terzi e in primo luogo nei confronti dello Stato.

Autonomia nella famiglia, che concerne i rapporti tra coniugi e tra genitori e figli.

V'è un'accezione rilevante di autonomia, quando si discorre autonomia privata all'interno della famiglia.

Distinguere tali profili ai fini di approfondimento non significa ignorare che essi s'intrecciano, interferiscono molto spesso l'uno con l'altro dando luogo ad inestricabili nodi, concettuali e di pratico rilievo.

In realtà, dice bene Francesco Ruscello, quando, interrogandosi sulle motivazioni di un intervento del giudice nell'ambito della famiglia, discorre di "terreno minato".

Allorché nel sistema ordinamentale fa irruzione la costituzione e quindi l'attuazione dei principi fondamentali, cade la cittadella privatistica, chiusa precedentemente nelle mura di un passato non decifrabile e molto spesso ingiustificabile: riguardi esso la famiglia, l'autonomia privata, le successioni, la proprietà o il sistema della responsabilità civile.

E' un capovolgimento che sconvolge i tradizionali istituti, le tralatticie categorie, la stessa funzione delle figure giuridiche consolidate.

E' inevitabile che ne venga travolta anche la famiglia.

Intere biblioteche testimoniano il passaggio epocale costituito dalla riforma del 1975: ma quasi a confermare che la famiglia è un laboratorio in costante evoluzione ad essa si aggiungono altri tasselli; si pensi, per citarne soltanto alcune, alle riforme del 1978, del 1983, del 2012, del 2016.

Il libro che presentiamo vuole rispondere alla risalente dicotomia, rappresentata per un verso dall'autonomia e per l'altro dai controlli, che, proprio nel mutato assetto ordinamentale, intensificano la loro presenza.

* Lo scritto riproduce la presentazione del volume *Autonomia della famiglia e controlli*, a cura di G. Castellani, A. Cordiano, G.A. Parini, M. Vivirito Pellegrino, Napoli, 2017, svoltasi il 30 novembre 2017 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Verona.



E' un percorso accidentato che gli avvertiti autori dei diversi contributi tentano di esplorare, approfondendone i risvolti più significativi.

E' evidente, peraltro, che io non posso render conto di ciascuno di tali contributi, ma mi devo limitare, per ovvie ragioni di tempo, ad estrapolare almeno due filoni che a me sembrano particolarmente degni di attenzione.

E quindi: Francesco Ruscello, su di un tema a lui caro e varie volte tracciato, s'incarica di precisare l'itinerario dell'autonomia educativa in collegamento con l'intervento del giudice.

Egli ha ragione quando sottolinea che il modello educativo proposto presenta una sorta di natura "oggettivata". Nel senso che e prima e dopo la riforma del 1975 si è in presenza di una educazione rapportata a profili oggettivi sia che fossero, prima, individuati nei principi della morale sia che, poi, si facesse riferimento al primato dei valori costituzionali.

Efficacemente egli sostiene che il giudice passerebbe da "esecutore di uno Stato-educatore" ad "organo di uno Stato-garante". La metamorfosi si consumerebbe non già con riferimento al metodo, ma soltanto relativamente al merito.

Al paternalismo del marito si sostituirebbe il paternalismo giudiziario: sono le note affermazioni di Stefano Rodotà.

E' innegabile allora che l'autonomia della famiglia non può rimanere avulsa da ogni controllo; non può essere ritenuta - come ho scritto più di quaranta anni fa - una zona franca per la vigenza dei diritti fondamentali.

E quindi essa va sottoposta al duplice, consueto controllo: in negativo, di liceità - non può essere contraria a norme imperative, ordine pubblico e buon costume - e in positivo, di meritevolezza: deve perseguire la promozione della piena e armoniosa personalità dei suoi componenti e specialmente dei minori, persone in formazione.

In armonia con le linee tracciate dai novellati articoli 315 bis e 316 c.c., l'intervento del giudice avviene, in genere, su richiesta di chi vi abbia interesse (art. 336 c.c.) e con provvedimenti di volontaria giurisdizione: potremmo dire di *soft* processo.

E' dunque un intervento integrativo o sussidiario, mentre quello c.d. coatto è riservato alle ipotesi patologiche, costituite dagli articoli 333 e 330 c.c.

In linea con gli artt. 147 e 315 bis c.c. si supera e il modello dello Stato-educatore e quello dello Stato-garante, giacché l'educazione deve conformarsi alle capacità, alle inclinazioni naturali e alle aspirazioni della prole; dunque, nessun modello predefinito, ma rispetto dell'essere e della personalità del figlio.

Sostanzialmente in questa direzione si muove il contributo di Martina Vivirito Pellegrino che affronta il tema dell'angolo visuale dell'adozione, così come Araceli Donado per l'ordinamento spagnolo. Ben a ragione lei sottolinea che il massimo grado d'intervento all'interno della famiglia è la dichiarazione di adottabilità. Con l'avvertenza peraltro che allorché sia accertata la presenza di un legame familiare, l'azione positiva imposta allo Stato è quella di consentire a tale rapporto di svilupparsi.



E' questa la tendenza seguita dalla Corte EDU in varie sentenze, sì che si può discorrere di un'estensione dei controlli sulla famiglia anche da parte di questa Corte.

2. I temi trattati aprono a considerazioni di più ampio respiro, investendo il complesso capitolo dell'educazione. Il processo educativo, avverte Jacques Maritain, segna il passaggio dalla natura alla cultura.

Il ruolo di educatore compete innanzitutto ai genitori che, sul piano giuridico, assume le fattezze del dovere, prima ancora che del diritto dei figli.

L'art. 147 c.c. impone la regola di condotta ai genitori ma, contestualmente, ne lega con fermezza i contenuti alla necessità che sia rispettata, nello svolgimento della funzione, l'autenticità del minore, accettando la sua persona per com'è nella sua irripetibilità.

E allora, tramontata la visione che indicava nel lasciarsi educare uno dei principali doveri di obbedienza gravanti sulla prole, l'evoluzione del rapporto educativo riflette la storia del minore e il suo tentativo di affrancarsi dalla soggezione ad un'altra persona (genitore, tutore e così via) per acquistare, in primo luogo, dignità di persona autonoma e per giungere, poi, almeno tendenzialmente all'autodeterminazione.

In questa ottica, l'educazione da dovere di obbedienza diviene diritto di essere educato: dal *de patria potestate* si passa al *de liberis liberandis*, chiosa icasticamente Jean Carbonnier.

Ma a me piace introdurre, in simile scenario - per di più in continua evoluzione -, la tematica del rapporto. Il riferimento, peraltro, non è soltanto al rapporto educativo, ma al complesso rapporto genitori-figli che comprende una serie estesa di poteri, di diritti, di obblighi, di doveri.

E' evidente che discorriamo di una nozione di rapporto che io intendo definire, nel suo profilo strutturale, come relazione tra situazioni giuridiche soggettive e in quello funzionale come regolamento di interessi.

Di qui, alcune precisazioni. In primo luogo, il rapporto rappresenta la dinamica ordinaria delle relazioni all'interno della famiglia o, più latamente, di tutti quei legami, biologici o legali, nei quali s'invera la filiazione. Il collegamento di situazioni giuridiche che si realizza attraverso il rapporto definisce i contenuti della responsabilità genitoriale, consentendo alle prescrizioni astratte e generali degli artt. 315 bis, 316, 316 bis, 317 bis e 320 c.c. di modellarsi sulla peculiarità della singola realtà e del singolo minore.

E' innegabile che un simile procedimento coinvolge, almeno in linea fisiologica, l'agire di tre distinti soggetti: il padre, la madre, la prole.

In questa temperie, il contenuto dell'educazione si conforma ai criteri desunti dai principi costituzionali, primo fra tutti il rispetto della dignità della persona umana e l'integrale sviluppo della persona del minore.



Se, come predicava Immanuel Kant nella Critica della ragion pratica, l'uomo è ciò che diviene attraverso l'educazione, è la famiglia il luogo di elezione in cui ciascun componente può sviluppare nel migliore dei modi la sua personalità.

Le scelte e i comportamenti maturati dal minore autonomamente grazie alla capacità di discernimento, allorché non siano frutto di arbitrio o di capriccio, fanno agio rispetto ai diversi convincimenti dei genitori.

La considerazione della maturità del minore, il suo accertato discernimento restringe le aree di eterodeterminazione e restituisce al suo titolare il diritto di partecipare alle scelte esistenziali che lo riguardano ovvero di assumerle da solo.

Del resto, una volta riconosciuto che il minore è soggetto di diritto al pari dell'adulto, deve poi conseguentemente ammettersi che egli possa compiere, quante volte dotato di sufficiente maturità, in piena autonomia le decisioni che concernono la propria sfera giuridica.

Quali i riflessi sul contenuto del rapporto educativo?

In primo luogo, si rivela erronea ogni prospettiva che miri a scindere la condizione del minore adulto dal minore adolescente o infante: per intenderci, è la prospettiva francese dei *grands enfants* e dei *petits enfants*, che pur ha suggestionato autorevole dottrina italiana.

La capacità di discernimento non tollera partizioni di sorta, basate sull'età; di guisa che escluderne il ricorso in presenza di adolescenti risponde unicamente ad una valutazione presuntiva suscettibile di dimostrazione contraria sulla base delle circostanze concrete (v., anche art. 12 Conv. ONU sui diritti del fanciullo del 1989).

In secondo luogo, l'accertata maturità di giudizio condiziona i contenuti e le modalità dell'educazione. Il minore diventa co-decisore di diritto nelle scelte che attengono alla sua sfera esistenziale e, sia pure in misura più gradata, a quella patrimoniale. In tal modo si sottrae il minore al rischio, descritto da Jean-Jacques Rousseau, di essere vittima "della stravagante saggezza di un padre o di un maestro".

Nelle scelte degli studi, delle amicizie, nell'adesione ad un determinato credo religioso, ad un partito politico ed altre ancora, nel crescendo del rapporto educativo in cui la co-partecipazione cede non di rado il passo all'iniziativa del minore, si compie la mirabile maturazione della persona che Kant riassume nella descrizione della conoscenza umana quale momento della crescita: questa "comincia con intuizioni, passa a concetti e si conclude con idee".

3. Il secondo filone del volume presentato si addentra nello spinoso problema dell'autonomia privata nella famiglia. E a questa dedicano la loro attenzione, tra gli altri, Ignacio Gallego, Alessandra Cordiano, Gaspare Lisella, Virginia Zambrano e, in un sistematico affresco dell'ordinamento spagnolo, Carlos Lasarte. Ne sono coinvolti, in particolare, i patti prematrimoniali, la promessa di matrimonio, gli accordi sulla crisi coniugale.



Mi pare evidente che non posso affrontare analiticamente tali temi, rendendo conto delle specifiche argomentazioni che ne sorreggono l'ammissibilità: ciascuno di essi richiederebbe una trattazione a parte.

Opportuno si appalesa, pertanto, ripercorrere brevemente un itinerario ben noto che, partendo da un atteggiamento di chiusura, ha man mano consentito di ammettere, nella dottrina e nella giurisprudenza, l'operatività dell'autonomia privata nel contesto familiare.

In principio fu la negazione: la volontà delle parti non trovava cittadinanza, spazio in una concezione della famiglia ispirata alla visione di essa come *seminarium reipublicae* (Antonio Cicu).

E tuttavia, pur in questa temperie, si ammette la configurabilità di negozi giuridici familiari che, sebbene caratterizzati dalla finalità di soddisfare un interesse superindividuale, sono considerati comunque espressione di autonomia, giacché qui si lega la produzione degli effetti al conforme intento dell'autore dell'atto: è la nota posizione di Francesco Santoro Passarelli.

Ma il vero capovolgimento è segnato dal passaggio da una concezione istituzionale ad una concezione costituzionale della famiglia, favorito man mano dalla consapevole applicazione dei principi costituzionali.

L'interesse dei singoli emerge e prende il sopravvento rispetto all'interesse del gruppo, in una prospettiva solidaristica che se, da un lato, impone la ricerca di un contemperamento nell'esercizio dei diritti fondamentali o meglio, con bella espressione, di un equilibrio delle libertà (Gabriella Autorino); dall'altro, orienta tale solidarietà verso la considerazione delle esigenze dei membri più deboli della famiglia stessa.

La famiglia si colloca quindi in una dimensione associativa, in cui diventa necessario operare una sintesi tra interessi individuali e interessi comuni, ma salvaguardare altresì l'unità familiare: strumento a sua volta della realizzazione piena ed armoniosa di tutti i componenti.

Ne consegue che, primo fra tutti gli istituti familiari, è il matrimonio ad assumere la natura negoziale. Ma è da sottolineare una vicenda, per dir così, di trasformazione interna. La collocazione della famiglia nell'assetto costituzionale riduce l'importanza della formazione del vincolo, della fonte costitutiva a tutto vantaggio del rapporto.

Il matrimonio è negozio costitutivo di un rapporto familiare, quello di coniugio, ed è funzionalizzato non all'individuo, ma alla persona, giacché il primo tale qualifica ottiene nella relazionalità e nella pregnanza dei doveri di solidarietà enunciati nell'art. 2 cost.

“L'aforisma *consensus facit nuptias*...nell'attuale regolamentazione rompe l'intimo collegamento con l'istante dello scambio delle dichiarazioni per proiettarsi sul rapporto. Il *consensus* dunque si trasforma in persistenza della comunione di vita soprattutto intesa in senso spirituale” (sono parole di Gabriella Autorino).



Il vigilante controllo da esercitare è che il negozio-matrimonio non si mercantilizzi, che non diventi mai contratto. E qui sorge una delicata questione: le norme dettate in sede generale del contratto non sono mai utilizzabili? e l'art. 1324 c.c.?

In realtà, non si può escludere che in determinate ipotesi non trovi attuazione, in via diretta o analogica, la disciplina generale del contratto. Del resto, lo stesso legislatore ne ha fatto applicazione nella regolamentazione dei vizi del volere e della simulazione nel matrimonio (artt. 122 e 123 c.c.). Piuttosto, vorrei ricordare un criterio che vale qui come per altri campi (penso alla tematica della capacità): non si possono acriticamente trasporre nozioni e categorie elaborate con riferimento esclusivo ai rapporti patrimoniali, in settori che invece presentano un contenuto totalmente o prevalentemente personale. Quanto meno è opportuno procedere con un ponderato criterio di compatibilità.

D'altronde, nel momento in cui la normativa familiare, ispirandosi ai noti principi costituzionali (artt. 29-31 cost.), ha introdotto la regola del governo diarchico della famiglia (art. 144 c.c.), si è compiuto un passo notevole verso un esercizio più accentuato dell'autonomia privata. Ne deriva che l'utilizzazione delle categorie negoziali può essere indirizzata anche con riferimento agli assetti di interessi concernenti i rapporti personali.

In questa prospettiva, l'effetto scaturente dall'accordo è di natura negoziale, costitutivo di potere, con funzione di regolamentazione della vita familiare (taluno lo chiama effetto determinativo). Lo svolgimento del rapporto è definito dal concorso tra etero-regolamentazione e autonomia e il negozio giuridico si configura, pertanto, come principale modo di esplicazione del potere di autoregolamentazione.

Questa, peraltro, non si può spingere fino a limitare o addirittura annullare il contenuto dei doveri familiari o violare la parità coniugale all'interno della famiglia, così come sarebbero escluse dall'accordo le modalità di svolgimento dei diritti personalissimi di ciascun coniuge. A meno che l'esercizio di taluni di essi non vada ad interferire con le posizioni giuridicamente tutelate e nascenti dal vincolo coniugale.

Anche qui funziona il controllo rappresentato dall'intervento del giudice, soprattutto allorché si tratti di affari essenziali (art. 145 c.c.): controllo espletato nella consueta forma che esige la richiesta concorde delle parti.

Non sembra possa dar luogo a dubbi la qualificazione dei negozi familiari espressamente previsti dal legislatore: penso al riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio, alla separazione consensuale, all'adozione di maggiorenni e così via. In essi, il rapporto è completamente eteroregolamentato (si tratta dell'indisponibilità delle situazioni di riferimento). E tuttavia per la costituzione del rapporto tali atti sono connotati dalla piena libertà d'iniziativa: il che li qualifica immediatamente come esercizio di attività negoziale, in cui la mera volontà dell'atto si sposa con la volontà dell'effetto.

Mentre difficoltà insorgono circa la configurabilità e la vincolatività in ambito familiare di manifestazioni di volontà negoziale a contenuto diverso da quello



tipicamente stabilito dalla legge. Ora, senza addentrarmi nelle analisi svolte dagli studiosi nel presente libro, vorrei in termini generali esprimere il mio pensiero in proposito.

Condivido l'indirizzo di chi sostiene che tra i diritti e i doveri di cui all'art. 160 c.c. sancisce l'inderogabilità sono da ricomprendere tutti quelli che - a norma dell'art. 143 c.c.- caratterizzano il vincolo coniugale.

Ma l'indisponibilità è assoluta? Oppure è possibile individuare qualche modalità operativa che non provochi un mutamento nei rapporti giuridici preesistenti?

E' fuori di ogni discussione che la nascita e l'estinzione dei diritti e doveri coniugali, essendo disposta dalla legge, è sottratta all'autonomia delle parti. Ma alle parti può essere riconosciuto un potere dispositivo che si traduca nella modificazione del rapporto?

Nella risposta positiva al quesito sta l'ammissibilità dei patti oggetto della nostra disanima.

Soccorre la concezione che ho altrove e anche in precedenza espresso sul rapporto giuridico. Questo, dal punto di vista funzionale, si traduce in un regolamento di interessi: la modificazione della disciplina, anche se attenga a modalità accessorie, va ricondotta alle vicende modificative del rapporto stesso.

Il che, trasportato nella nostra materia, significa che i coniugi, nell'esecuzione della propria autonomia negoziale, possono compiere atti aventi la funzione di regolamentare lo svolgimento del rapporto di coniugio, senza derogare ai diritti e doveri previsti dall'art. 143 c.c. e anche in presenza o in previsione di una crisi coniugale.