

RESIDENZA FAMILIARE E DOVERI DI COABITAZIONE DEI CONIUGI
FAMILY RESIDENCE AND COHABITATION DUTIES OF THE SPOUSES

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 283 - 298

Fecha entrega: 23/09/2015
Fecha aceptación: 23/09/2015

Dr. MAURO GRONDONA
Professore associato di Istituzioni di diritto privato
Università degli Studi di Genova
mauro.grondona@unige.it

RESUMEN: El derecho contemporáneo conoce una variedad de tipos sociales de familia.

En este marco, los deberes conyugales que se originan en el matrimonio han soportado una reinterpretación dirigida a enfatizar el elemento del consentimiento y de la libertad individual que caracterizan, tanto el matrimonio, como a la familia en sentido amplio, en tanto que formación social, en cuyo seno sus miembros tienen derecho a realizar plenamente su propia personalidad.

La doctrina y jurisprudencia han sido permeables a dicha evolución de las costumbres y han procedido a una adaptación de la disciplina de los deberes matrimoniales, respecto a los cuales se sitúa en primer plano, no tanto la familia cual institución, cuanto el bienestar existencial y patrimonial de quien forma parte de ella.

PALABRAS CLAVE: familia; matrimonio; deberes matrimoniales.

ABSTRACT: Contemporary law knows a variety of social types of family.

In this framework, spouses duties deriving from marriage have bear a reinterpretation directed to emphasize the element of consensus and of individual freedom that characterizes both marriage and family *lato sensu* as a social group where plain personality fulfillment of its members lies within.

Doctrine and Case Law have record customs' evolutions and have provided to adequate the marriage duties: in that sense focusing not in the family as an institution but in the existential and patrimonial wellness of whom is part of it.

KEY WORDS: family; marriage; marital duties.

SUMARIO: I. FAMIGLIA E LIBERTÀ: TRA DIRITTO PRIVATO E FILOSOFIA POLITICA.- II. GLI SPAZI E I LUOGHI DELLA FAMIGLIA.- III RESIDENZA, CONVIVENZA, COABITAZIONE.-

I. FAMIGLIA E LIBERTÀ: TRA DIRITTO PRIVATO E FILOSOFIA POLITICA.

L'art. 143 del codice civile italiano, intitolato ai «diritti e doveri reciproci dei coniugi», prevede quanto segue:

«Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri.

Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione.

Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia»¹.

Il tema della residenza familiare e della coabitazione fra i coniugi (concetti intrecciati dei quali è già stata fatta la storia interna)² è certamente un buon osservatorio per fare il punto, in materia di diritto di famiglia, della costante linea di evoluzione che la materia da tempo conosce, e anche – forse – per individuare possibili linee tendenziali di sviluppo, così come per accennare – in chiusura – a qualche spunto di ripensamento di istituti già esistenti, i quali però – appunto nella prospettiva dello sviluppo storico – richiedono un adeguamento applicativo (come ad esempio la pronuncia di addebito).

Partirei dalla seguente osservazione preliminare, che come tale non riguarda né il solo diritto di famiglia né, per vero, il solo diritto civile, estendendosi alla filosofia politica intesa in senso molto ampio quale riflessione sul vivere sociale, come tale politicamente rilevante e quindi fattore di produzione del diritto (diritto, inteso come sistema di regole che soddisfino almeno un livello minimo di accettabilità sociale: è allora evidente che le due strade teoriche opposte portano, o al liberalismo giuridico, che accetta la realtà e su di essa costruisce la regola, o all'autoritarismo

¹ Per specifici riff. dottrinali e giurisprudenziali v. PARADISO, M.: *I rapporti personali tra i coniugi (artt. 143-148)*, 2ª ed., Giuffrè, Milano 2012, spec. p. 75 ss., e BELLISARIO, E., “*sub art. 143*”, in: *Cod. civ. annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. Perlingieri), ESI, Napoli 2010, p. 637.

² V. spec. la trattazione monografica di ROMA, U.: *Convivenza e coabitazione*, Cedam, Padova, 2005; nonché l'ampia analisi di FREZZA, G.: *I luoghi della famiglia*, Giappichelli, Torino 2004, in particolare il cap. 2 «Casa e residenza della famiglia», p. 65 ss.

giuridico, che rifiuta la realtà o che comunque non ne tiene conto fino in fondo pensando la regola come derivante dall'orizzonte assiologico del dover essere).

Orbene in questa prospettiva mi pare indubbio che la linea lungo la quale non solo la riflessione teorica ma l'azione pratica delle persone³ si muove con una intensità crescente è quella della libertà di autodeterminazione, in tutti i settori e in tutti gli ambiti. Una libertà che, almeno nelle società aperte, ha appunto assunto un'ovvia portata onnicomprensiva. Il che mostra ancora una volta (al di là delle sempre tenaci resistenze, e al di là del giudizio di valore contrario a un continuo e progressivo ampliamento della libertà individuale) che il terreno fecondo per la libertà è quello nel quale prospera l'ordine di mercato appunto quale spazio aperto all'agire individuale. Senza mercato non ci può essere libertà, per la evidentissima ragione (qui va richiamata la lezione di Friedrich Hayek, la cui opera è ancora troppo poco studiata da giuristi e politologi) che l'ordine del mercato è l'ordine dello scambio, cioè l'ordine della scelta.

Ne consegue che mercato e libertà possono trovare (ma io direi, con accento più risoluto: trovano) nella forma politica democratica il luogo ideale per produrre risultati sociali ottimali, sintetizzabili nell'idea che il costo dell'ampliamento della libertà individuale produce benefici sociali sempre superiori ai benefici che si potrebbero ottenere percorrendo strade alternative (quelle *grosso modo* riconducibili all'autoritarismo giuridico, connotante le società chiuse⁴). Fermo appunto restando (e si tratta ovviamente di un costo sociale) che ogni strada alternativa a quella incentrata sull'ampliamento della libertà individuale è una strada autoritaria, assegnando cioè essa *ex ante* un ordine delle azioni e quindi un confine tra lecito e illecito, tra giusto e ingiusto, tra bene e male non solo pre-determinato, ma soprattutto escluso e sottratto al conflitto etico-politico, che è la cifra di una democrazia matura; ma ciò che è più grave è il venir meno della possibilità di auto-trasformazione della società e quindi del diritto, appunto per virtù dell'agire individuale (qui il tema è quello degli effetti sociali dell'azione individuale).

Il che naturalmente non significa dire che non si debba disporre di un criterio di giudizio, se non immutabile, quantomeno non così instabile (cioè così oscillante da risultare arbitrario) quanto può esserlo una società appunto aperta⁵; significa però

³ Utilizzo questo termine in senso neutro quale soggetto di diritto, e come tale perfettamente speculare al termine individuo.

⁴ Il che beninteso non significa che le società aperte contemporanee non conoscano più o meno ampi spazi di chiusura improntati – con toni e accenti differenti – all'autoritarismo giuridico. In questa prospettiva, il diffuso confronto – che spesso è scontro – tra legislativo e giudiziario può anche essere rubricato come questione attinente agli ampliamenti e alle restrizioni della libertà individuale. Che è una costante della storia umana.

⁵ Qui va senz'altro richiamato l'insegnamento di Tullio Ascarelli, la cui posizione (che presenta aspetti non risolti e che pertanto meriterebbe soprattutto oggi – in ragione dell'accentuato pluralismo delle fonti – di essere criticamente ripercorsa) è a metà strada tra la consapevolezza

che, se alla libertà individuale di autodeterminazione sono assegnati *ab externo* (qualunque ne sia la fonte) *certi denique fines* pensati in chiave ontologica e elaborati nell'ottica del cognitivismo interpretativo, ciò contrasta *in radice* con l'idea di mobilità intrinseca alla società intesa quale luogo della prassi.

Ora, ad avviso di chi scrive, che certo non è ideologicamente neutrale, è facile l'osservazione che la concezione non solo della famiglia, ma dei rapporti tra le persone che si svolgono all'interno di quel luogo antropologico-culturale che usa chiamarsi famiglia, è profondamente mutata proprio perché anche all'interno della famiglia è penetrata quell'idea di libertà che invece un tempo era del tutto, o quasi, bandita, o comunque era guardata con sospetto e con sfavore, come se la libertà non potesse non coincidere con la licenza, donde perniciosi effetti a catena sulla stabilità della famiglia in quanto istituzione sociale, fondamento della società, e quindi, più in generale, sulla tenuta della società stessa quale luogo di un ordine⁶, o assunto come naturale o auspicato come imposto ma comunque il più possibile stabile e predicibile, cioè sottratto alla disponibilità dei consociati, i quali per vero sono i destinatari di quell'ordine.

Un termine, quello di stabilità, che da tempo (e soprattutto nelle società a più alto tasso di apertura, che come tali sono le più mobili, quelle in cui i cambiamenti avvengono e avvengono rapidamente: le società, per dir così, caratterizzate da un significativo coefficiente di accettazione del rischio individuale: un rischio non necessariamente economico, ma esistenziale. Del resto rischio e incertezza sono tra i fattori propulsivi dell'ordine di mercato, che ha una portata e una rilevanza antropologica ben al di là della specifica sfera economica), non è più associabile al termine famiglia, luogo, nel passato, di chiusura e di protezione repressiva.

Ciò mostra ancora una volta – e detto tra parentesi – sotto il profilo metodologico, quanto sia non solo benefico ma decisivo per comprendere almeno qualche spicchio della realtà di cui siamo parte (o se non altro per proporre una spiegazione di ciò che accade il meno possibile unilaterale) l'approccio interdisciplinare e comparativo, dunque una comprensione antropologicamente fondata.

Se la famiglia, per usare la fortunata locuzione costituzionale italiana⁷, è una formazione sociale nella quale la personalità di ogni suo componente ha diritto di

massima della creatività dell'interpretazione (per ragioni specificamente storiche) e l'esigenza di continuità con il passato, sì da evitare indebite fratture o, peggio, decisioni improntate a una «giustizia sostanziale»: cfr. in particolare ASCARELLI, T.: *Problemi giuridici*, 2 voll., Giuffrè, Milano, 1960, vol. 1, Nota (*), p. V ss.

⁶ In questo senso è la recente e approfondita analisi di RENDA, A.: *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013, *passim* e spec. la parte prima, pp. 3-422.

⁷ Alludo naturalmente all'art. 2 Cost. it., il quale recita: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

realizzarsi al meglio e fino in fondo (e non c'è dubbio che la via contemporanea dell'autorealizzazione individuale non può non essere quella dell'autodeterminazione individuale⁸), essa può assumere oggi (l'età del diritto come pretesa individuale)⁹ il carattere di laboratorio antropologico per una migliore cognizione della realtà.

Naturalmente questa prospettiva dà per ammessi l'idea e l'approccio metodologico per cui il rapporto tra realtà, o se si preferisce fattualità, o meglio ancora materialità dei e tra i rapporti, e diritto è paritario perché storicamente fondato: nel senso che il diritto inteso come ordinamento non può non tener conto di ciò che fattualmente accade. E non è dubbio che anche gli accadimenti psicologici interni alla persona (intesi nel senso più esteso, quali desideri, speranze, pulsioni) sono destinati a tradursi in atti materiali che trascendono la dimensione individuale all'interno della quale sono stati prodotti per spostarsi sul piano collettivo e dunque istituzionale.

La famiglia è quindi uno dei luoghi ove l'agire individuale trasforma la forma sociale o per meglio dire la percezione sociale della famiglia medesima.

II. GLI SPAZI E I LUOGHI DELLA FAMIGLIA.

Accostare alla famiglia termini quali residenza, convivenza, coabitazione non è neutro dal punto di vista linguistico e dunque ideologico.

Del resto la dottrina che si è occupata del tema¹⁰ ha ormai messo bene in evidenza come il luogo della famiglia, luogo anche fisico¹¹, inteso proprio quale spazio della e nella famiglia, possa divenire l'oggetto di attenzioni performative da parte del legislatore, nel momento in cui (e si tratta di un accadimento storico) la famiglia venga fatta oggetto di un uso politico quale tassello fondamentale dell'ordine sociale¹² (in una prospettiva, va da sé, autoritaria, come ogni prospettiva che metta

⁸ In ambito familiare, basti qui ad esempio segnalare il tema dell'autodeterminazione dei soggetti minorenni: cfr. il quadro che emerge in SILEONI, S.: "L'autodeterminazione del minore tra tutela della famiglia e tutela dalla famiglia", *Quad. Cost.*, 2014, p. 605 ss.

⁹ Sto ovviamente pensando ai lavori di Bruno Leoni, il quale non ebbe tempo e modo di dar vita a una compiuta teoria generale del diritto; ci ha lasciato una serie di indicazioni più o meno frammentarie che meritano oggi di essere ulteriormente sviluppate: cfr. LEONI, B.: *Il diritto come pretesa*, Liberilibri, Macerata, 2004. La cattiva fama di studioso anarco-libertario che lo accompagna in questo senso evidentemente non aiuta.

¹⁰ V. in particolare la sintesi di ZATTI, P.: "I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi", in: *Tratt. dir. priv.* (diretto da P. Rescigno), 3, t. 2, 2ª ed., Utet, Torino, 1996, p. 66 ss.

¹¹ Cfr. allora DE GIORGI, M.V., "La casa nella geografia familiare", *Europa dir. priv.*, 2013, p. 761 ss.; nonché BUFFONE, G., "La casa familiare", in: *Il libro dell'anno del diritto 2014*, Ist. Enc. It. Treccani, Roma, 2014, p. 13 ss.

¹² Basti il richiamo a CICU, A.: *Il diritto di famiglia*, Athenaeum, Roma, 1915.

l'individuo al servizio del gruppo)¹³.

Se ci limitiamo a osservare quanto è accaduto, all'interno della famiglia, dal 1942 (anno in cui è entrato in vigore il codice civile italiano ancora vigente) a oggi (passando per vero per la tappa fondamentale della riforma del diritto di famiglia del 1975, che però, a questo riguardo, non ha stravolto le cose), emerge chiaramente (come del resto spesso capita) che il testo dell'art. 143 sopra richiamato, rimasto sostanzialmente identico nella sua dizione letterale, è letto con altri occhiali. E il giurista (per usare una famosa espressione di Arturo Carlo Jemolo) frequentemente deve cambiare gli occhiali, ovvero, altrimenti detto – e questa volta richiamando il magistero di Carlo Sini –, la pratica del diritto è un contenitore così variegato e spesso così poco conosciuto da chi lo usa (appunto lo mette in pratica), che è indispensabile lavorare sulla ricerca delle origini, dei contesti e delle conseguenze, e dunque del senso, tenuto conto che anche la teoria è una pratica, della quale tutti noi siamo storicamente prigionieri.

La pratica del diritto di famiglia¹⁴ mostra pertanto volti ed espressioni temporalmente molto diversi, che vanno, se non di pari passo, certamente non troppo discostati dal moto perpetuo della società, e di fronte a ciò il giurista, a mio avviso, è chiamato a esprimersi e a impegnarsi, mai troppo legato a quella lettera della legge che può anche tradursi in una barriera ideologicamente insuperabile (per una, a mio avviso, malintesa idea di fedeltà dell'interprete all'ordinamento, o, se si preferisce, alla «Legge»¹⁵).

In poche parole, si potrebbe allora forse dire questo: che la famiglia cambia perché non può non cambiare, e lo fa appunto seguendo un moto costante che alcuni saranno indotti a guardare con diffidenza, tenendo appunto in conto gli effetti di tale movimento, destinato a alterare quella che si usa denominare l'originaria ovvero

¹³ Il che naturalmente non vuol significare che tra individuo e gruppo, tra individuo e società, tra individuo e collettività vi sia o vi debba essere cesura o scissione; anzi credo, all'opposto, che la dimensione individuale possa essere separata da quella sociale solo compiendo una forzatura dannosa tanto per l'individuo quanto per la società. Significa, però, che la costruzione della sfera sociale parte dell'agire individuale e dunque la mobilità individuale è il miglior correttivo o comunque è il miglior fattore di trasformazione che gli assetti sociali storicamente hanno conosciuto e ancora conoscono.

¹⁴ È stato osservato che il diritto di famiglia può essere compreso «as an institution, a set of practices but also as an academic and theoretical endeavour»: CHOUDHRY, S., HERRING, J., WALLBANK, J.: "Welfare, rights, care and gender in family law", in: WALLBANK, J., CHOUDHRY S., HERRING J. (ed. by): *Rights, Gender and Family Law*, Routledge, Milton Park (Abingdon, UK)-New York, 2010, p. 1.

¹⁵ In tema va vista ora l'analisi critica di MONATERI, P.G.: *Legge, linguaggio e costume*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

la naturale fisionomia della famiglia quale gruppo sociale ristretto¹⁶.

La famiglia, intesa quale evento e quale segno a partire dai quali ricostruire la genealogia della pratica dello stesso diritto di famiglia (ricostruzione che è esercizio etico), è fenomeno in costante transito, che non può essere sottratto al mutamento. Ogni volontà di fissazione di caratteri qualificati come essenziali o naturali è arbitraria e dunque culturalmente violenta.

Non si tratta di superficialmente accettare la realtà come tale, assumendola a feticcio naturalistico (come se del resto fosse possibile concepire una realtà distinta da chi la concepisce rappresentandola, cioè fornendo una proposta di attribuzione di senso), ma si tratta piuttosto di riconoscere che è proprio l'esistere e l'agire in un dato tempo e in un dato luogo che fonda la realtà quale prodotto di autocoscienza: la realtà, e cioè gli accadimenti; i quali, grazie a quello sforzo interpretativo che è indispensabile a ogni tentativo di descrizione che voglia comprendere il proprio oggetto, appartengono intimamente all'umanità come dato storico e antropologico, anche quando ci si voglia sottrarre ad essi. Non c'è dunque la famiglia; ci sono le pratiche e le antropologie della famiglia.

Se allora ripercorriamo mentalmente e quasi parlando con noi stessi il cammino della famiglia dal secondo dopoguerra a oggi vediamo un progressivo ampliamento degli spazi di libertà individuale all'interno della famiglia intesa quale luogo affettivo e economico (dimenticare, o peggio, confinare in una dimensione meno nobile il piano del calcolo economico connesso non soltanto alla decisione sul se dar vita a una famiglia, ma sul come strutturarla è, a mio avviso, un errore frutto di un pregiudizio anti-economico che come tutti i pregiudizi ostacola la miglior comprensione dei fenomeni)¹⁷.

In altre parole, vediamo che la progressiva estensione della libertà endo-familiare non ha significato affatto snaturamento di quei confini che delimitavano in origine (ma quando, poi? In realtà ogni professione di originalismo, anche quando onesta, è molto debole; e ancora una volta perché il passato e quindi le origini, sono costruite nel presente, e forse, per dir meglio ancora, il passato più autentico è sempre da costruire) i comportamenti dei membri della famiglia; cioè non ha attentato in alcun modo all'esistenza della famiglia come tale e alla sua *ratio* antropologica quale luogo di sviluppo della personalità degli individui che ne fanno parte. E del resto questo ripensamento e questa ri-delimitazione degli spazi endo-familiari non hanno

¹⁶ Ma è bene avvertire che l'umanità non ha nulla di naturale, per la ragione (che, a mio avviso, meglio di altri ancora Carlo Sini ha sottolineato) che ogni atto umano è necessariamente filtrato dalle pratiche culturali storicamente e geograficamente sempre e costantemente operanti.

¹⁷ D'altronde non mancano gli studi di «Economics of family law»: v. per tutti COHEN L.R., WRIGHT J.D. (ed. by): *Research Handbook on the Economics of Family Law*, Edward Elgar, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma, USA), 2011.

riguardato la ricerca del confine tra ciò che è e ciò che non è famiglia, ma si sono tradotti in una trasformazione della famiglia quale luogo sociale: la risposta ha avuto e ha carattere pluralistico, donde oggi la, direi tendenzialmente, pacifica accettazione del fatto che anche un soggetto *single* costituisce una famiglia (la famiglia monopersonale); ed ecco il fiorire di variegata tipologie sociali¹⁸: assistiamo così al moltiplicarsi delle famiglie pluripersonali, e tra queste abbiamo infatti famiglie omosessuali, transgender, transessuali, eterosessuali¹⁹. Tutte famiglie, cioè formazioni sociali a base individuale (dove la famiglia monopersonale è l'unità più piccola)²⁰. È oggi perciò chiaro che l'atto giuridico matrimoniale non è affatto l'elemento decisivo e connotante l'esistenza di una famiglia, ma semplicemente denotante la struttura di una certa unità familiare.

Dicevamo dello spazio, all'interno dei tipi sociali di famiglia: uno spazio che si muove in una duplice direzione espansiva. C'è lo spazio dei soggetti che compongono la famiglia nella loro reciproca interrelazione (il che comporta la precisazione che quando la famiglia è formata da un solo soggetto esso è l'unico centro di interessi giuridicamente rilevante) e c'è lo spazio eso-familiare. Uno spazio all'esterno della famiglia ma rispetto al quale la dimensione familiare assume piena rilevanza, pervenendosi così a rafforzare la tutela della famiglia come tale e cioè come realtà sociale in divenire che chiede e ottiene riconoscimento *ab externo* per forza propria, cioè in quanto esistente nella realtà delle cose. Il che non ha nulla di paradossale e al limite è un classico effetto se non contro le intenzioni quantomeno contro le aspettative della corrente tradizionalista. La quale, se è ben disposta, a proteggere (passando dalle politiche sulla natalità al tasso di 'pubblicizzazione' del diritto contrattuale – che del resto, ad onta di ciò che troppo spesso si racconta, cioè si favoleggia, sul pernicioso neoliberalismo economico – ha un peso assai significativo, e basti pensare al diritto dell'impresa) un certo modello di famiglia, soprattutto perché si tratta di una famiglia la cui antropologia è permeata dal fattore religioso, è poi restia a favorire la medesima protezione ordinamentale quando l'oggetto sia un forma rappresentativa familiare alternativa. La ragione è evidente: se

¹⁸ La lezione di Tullio Ascarelli risulta ancora insuperata: alludo ancora in particolare a ID., "Nota (*)", cit.

¹⁹ Come sempre l'esperienza e la riflessione teorica nordamericana rappresentano una sicura guida. Il tipico dinamismo che felicemente connota in tutti i suoi ambiti quel contesto sociale è tale che rientra oggi nella *common knowledge* l'idea che il ventaglio delle possibilità rispetto al modo in cui una persona percepisce la propria sessualità va dall'asessualità al non avere ancora ben chiare le idee in proposito (sufficiente consultare uno qualunque dei classici questionari universitari: io ho ad esempio sott'occhio quello predisposto dalla «Food Pantry UC Berkeley»).

²⁰ Il che rende tutt'altro che scontata l'affermazione per cui le politiche fiscali dovrebbero essere indirizzate a predisporre un trattamento favorevole al gruppo familiare piuttosto che ai membri della famiglia, assumendo la famiglia come gruppo *naturaliter* pluripersonale (questa visione dà per scontato il fatto che dove c'è una famiglia ci siano figli e inoltre, così facendo, quando i figli effettivamente ci sono, disincentiva i genitori alla ricerca di strade alternative ai benefici fiscali, sotto forma di assegni familiari o altri contributi, come ad esempio l'organizzazione di asili privati di quartiere o di zona).

il rimedio che è stato pensato e anche costruito per una sola forma rappresentativa di famiglia viene poi esteso a qualunque altra forma rappresentativa, verrà indebolito il modello presuntivamente archetipico.

Ma se, come del resto la filologia classica insegna, l'archetipo è proprio l'esemplare perduto, la ricerca delle origini intese come purezza originaria ha un connotato intrinsecamente inaccettabile, dovendosi presupporre un arresto nello svolgimento storico e soprattutto pensare l'oggettività come separabile dalla dimensione soggettiva. Il che è un'illusione che induce a frequenti errori prospettici destinati a tradursi in errori cognitivi.

E però basta richiamare il diritto della responsabilità civile per aver chiaro come anche nell'ambito delle nuove famiglie esso abbia conosciuto una notevole espansione proprio rispetto alla funzione di salvaguardia della sfera familiare del singolo; una salvaguardia che potrà dirigersi all'esterno o all'interno di essa, a seconda che il pregiudizio origini sul terreno endo- o eso-familiare.

Ecco che allora, ancora una volta contro le intenzioni, una certa enfasi ideologizzata su una certa idea di famiglia ha portato a una più ampia e più estesa protezione familiare a largo raggio.

III. RESIDENZA, CONVIVENZA, COABITAZIONE.

Quell'ampliamento di libertà individuale cui più volte abbiamo fatto riferimento e che, sul versante interno alla famiglia, ha condotto a una maggiore autonomia nei rapporti inter-familiari e a una crescente esigenza di tutela rispetto a possibili condotte lesive, appunto, della libertà e della dignità individuale, che proprio nella famiglia non possono avere un luogo di depotenziamento e di mortificazione, appunto in ragione di una oggi recessiva protezione della famiglia come istituzione sovraordinata alle persone che la compongono, sul fronte interrelazione ha portato non già a un annacquamento (termine di per sé negativo) ma a un ripensamento anche inconscio tradottosi in pratiche e in condotte sfocianti in una significativa modificazione del modo di intendere la vita coniugale (riferendoci qui, in linea con la previsione dell'art. 143, ai doveri sorgenti dal matrimonio).

Orbene si è trattato di questo: termini quali residenza, convivenza, coabitazione²¹, sorti come in sé caratterizzati da un non lieve sapore burocratico e statalistico, sapore traducibile in sostanza con l'idea che la famiglia è quel luogo in cui la libertà, in primo luogo dei coniugi, è legislativamente ridotta o comunque circoscritta assegnando alla famiglia una funzione sociale che trascende le esistenze di chi la

²¹ Per approfondimenti v. GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, t. 1, *L'atto e il rapporto*, in: *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), Utet, Torino 2011, p. 709 ss.

famiglia si trova per scelta a comporre, hanno poi assistito a un proprio svolgimento, diciamo così, liberatorio che ne ha ristretto quando non del tutto azzerato il carattere burocratico²² riconsiderandone anche il tratto pubblicistico.

In breve: da una famiglia sbilanciata sull'asse maritale, quale centro di essa (soprattutto per ragioni economiche), da cui la storicamente comprensibile necessità che le esigenze del capo famiglia trovassero consacrazione prima di tutto nella forza della legge, a una famiglia nella quale non soltanto il principio di uguaglianza in senso sostanziale ha prodotto l'effetto di azzeramento delle asimmetrie di un tempo, ma soprattutto ha reso i coniugi liberi di negoziare e rinegoziare anche l'aspetto affettivo del loro rapporto, e dunque il modo di affrontare e condurre la vita matrimoniale. Qui davvero si può oggi dire: *solus consensus obligat*²³; e se il consenso viene meno, la famiglia (pluripersonale) viene meno; dovendosi allora naturalmente provvedere alla disciplina dei rapporti che dalla famiglia sono originati; rapporti, però, rispetto ai quali l'elemento intrinsecamente familiare è la semplice occasione originaria di una vicenda personale ancora in essere.

E anche sotto questo aspetto non è dubbio che la pluralità dei modelli ha definitivamente soppiantato quell'equivalenza identitaria che oggi non è più tale e che associa lo *status* di coniuge al vivere insieme. Un vivere che poi assume appunto i burocratici tratti della residenza comune e della coabitazione. Coabitazione, e non convivenza, leggiamo nell'art. 143 c.c., ed è stato notato che se in effetti la legge può prescrivere l'obbligo di abitare insieme, certo non potrà obbligare i coniugi a essere insieme (un essere insieme che attiene al momento esistenziale della coppia). Dunque coabitazione da intendersi come il fatto del vivere sotto lo stesso tetto, nella stessa abitazione; appunto in quella abitazione che rappresenta la dimora abituale dei coniugi, la residenza comune a entrambe²⁴.

²² Questa tensione emerge ad esempio nelle parole di PARADISO, M.: *I rapporti personali tra coniugi*, cit., p. 78: «Non sembra consentita, allora, in mancanza di obiettive esigenze (di lavoro, di cura, di studio, di assistenza a terze persone), la possibilità di un accordo inteso a escludere se non per limitati periodi la coabitazione, trattandosi di situazione cui non potrà che conseguire la crisi familiare e alla quale l'ordinamento non può prestare il suo avallo. Solo assimilando l'unità familiare tutelata dalla legge all'effettiva comunione dei coniugi può ritenersi inessenziale la coabitazione: se è vero che tale comunione non si può creare per legge né imporre dall'esterno, la convivenza richiesta dalla legge ha ambizioni più modeste, essendo volta a creare quel minimo di condizioni necessarie perché il bisogno di piena unione possa appagarsi e mantenersi».

²³ Con riguardo specifico alla coabitazione v. infatti TOMMASINI, R.: «I rapporti personali tra coniugi», in: AULETTA, T. (a cura di): *Famiglia e matrimonio*, I, in: *Tratt. dir. priv.* (diretto da M. Bessone), Utet, Torino 2010, p. 441 s.: «L'obbligo di coabitare – pure inderogabilmente previsto dal legislatore – nella attuazione concreta della individuazione delle modalità di coabitazione è rimesso all'accordo raggiunto dai coniugi».

²⁴ In senso tradizionale v. ad esempio FINOCCHIARO, F.: *Del matrimonio*, t. II (art. 84-158), in: *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Soc. Ed. Il Foro it., Bologna-Roma, 1993, p. 269 s.: «La coabitazione [...] sembra essere la condizione minima necessaria per conseguire e mantenere la

Mi pare innegabile che questa terminologia – che oggi andrebbe superata con una riforma organica del diritto di famiglia – ci sia un eccesso burocratico che ormai spiace e infastidisce.

Ma naturalmente il *proprium* del diritto sta nel passaggio dalla disposizione alla norma, e cioè alla regola applicata; e fortunatamente le norme non possono non essere in linea con i fatti sociali.

È così accaduto che la famiglia, considerata dal punto di vista del luogo nel quale essa vive, ha visto una crescente dematerializzazione dei luoghi, nel senso che il dove la famiglia viva, cioè il luogo dove vivono i suoi componenti, è stato soppiantato dalle ragioni che stanno alla base di quell'idea da cui origina la famiglia pluripersonale²⁵.

Dalla materialità dei luoghi all'affettività dei luoghi, si potrebbe dire²⁶. Dalla

comunione spirituale e materiale fra i coniugi, nonché per adempiere compiutamente i doveri verso i figli minori».

²⁵ Cfr. RIVA, I.: *Domicilio e residenza* (artt. 43-47), in: *Comm. Cod. civ. Schlesinger-Busnelli*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 178: la residenza della famiglia «assume un significato per lo più metaforico, giacché il concetto di dimorare inevitabilmente si sposa a singoli individui. Sbaglierebbe chi volesse leggere nel concetto di residenza della famiglia l'aspirazione del legislatore a un'unità, a un'organizzazione che trascende le singole personalità dei componenti richiamante dunque, inevitabilmente, antiche concezioni gerarchiche incentrate sulla figura preminente del capo-famiglia; tutt'al contrario, va ribadita la correlazione tra la residenza familiare e l'acquisita autonomia del domicilio della moglie da quello del marito. E giungere così alla conclusione che la residenza della famiglia è una circostanza da ricercarsi nella realtà dei fatti, che inevitabilmente non contraddistingue ogni nucleo familiare». La quale così prosegue, parrebbe almeno in parte adesivamente alla tesi richiamata (p. 179): «In questa linea di pensiero a prevalere sembra non tanto l'elemento materiale della dimora abituale dei componenti della famiglia, quanto l'elemento intenzionale di eleggere un'abitazione a luogo degli affetti e della vita in comune». Ivi, pp. 178-79, si dà conto della tesi favorevole e di quella contraria sul «se la residenza della famiglia sia o meno un concetto separato e autonomo rispetto alla residenza dei singoli componenti, sì che potrebbe collocarsi in un luogo diverso da quello dove è la residenza dei singoli coniugi o quella comune di entrambi». Questione che sembrerebbe potersi oggi agevolmente superare rilevando appunto che la famiglia è proiezione ed estensione del rapporto tra coniugi/conviventi, e dunque tutti i luoghi fisici in cui si svolge, insieme o separatamente, la vita dei membri della famiglia sono essi stessi rilevanti quali luoghi esistenziali della famiglia, indipendentemente dall'esistenza di un luogo deputato a specifica residenza della famiglia, concetto oggi prevalentemente burocratico. Cfr. in questo senso ZATTI, P.: «I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio», cit., p. 69: «Dal punto di vista della sola coppia, questa prospettiva [cioè che la residenza della famiglia possa identificare un luogo d'abitazione dove si svolge la vita comune, senza che ciò vincoli la dimora abituale d'entrambi i coniugi, ivi] può realizzarsi sia quando la sede della vita comune si identifichi con la dimora di *uno* dei coniugi, sia quando i coniugi abbiano una “casa” nella quale si ritrovano senza abitarvi continuamente, sia quando due dimore abituali separate siano considerate entrambe come “casa coniugale”» (corsivo dell'a.)

²⁶ Cfr. BELVEDERE, A., “Residenza e casa familiare: riflessioni critiche”, *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 243 ss., a p. 245: «Sulla base dell'accordo dei coniugi, si potranno avere modi assai diversi di

burocratizzazione alla esistenza della famiglia²⁷. Famiglia è ciò ed è dove i suoi membri vogliono che sia.

Tant'è che la linea lungo la quale da tempo si muovono dottrina e giurisprudenza (e a volta la dottrina, più che la giurisprudenza, sembra incorrere in qualche imbarazzo, come se la vita della famiglia, dei componenti la famiglia, fosse assoggetta alla stabilità, alla stanzialità, dunque al controllo di un'autorità superiore).

Ma non è più così, e a ben vedere ciò che è accaduto può essere descritto ricorrendo alla teoria generale dell'evoluzione. Mi riferisco cioè al fatto che il fondamento della famiglia (tenendo sempre presente quella fondata sul matrimonio in ragione del fatto che l'obbligo di convivenza è una conseguenza diretta del vincolo matrimoniale: ma certo non sarebbe corretto affermare che, *a contrario*, la famiglia non fondata sul matrimonio sia sprovvista di tutela nel momento in cui venga meno il fondamento, che è comune e che è il reciproco consenso a esistere come famiglia) è la concorde volontà costantemente rinnovantesi di condurre non già la vita familiare come se di essa esistesse una fenomenologia legislativizzata, ma quella vita familiare che incontra il consenso dei coniugi rispetto ad essi e rispetto ai figli quando vi siano.

Di talché è evidente che i doveri matrimoniali hanno natura intrinsecamente derogabile, perché l'accettare di assoggettarsi a un certo regime giuridico e dunque a un certo trattamento giuridico discendente da una fattispecie quale quella del matrimonio civile significa soltanto andare incontro alle conseguenze giuridiche riconducibili alla fattispecie e al rapporto che da essa sorge, ma è dubbio che il matrimonio in quanto vincolo possa imporre un trattamento coercitivo quando manchi quell'impulso spontaneo alla condivisione, prima di tutto, di uno stile di vita.

Certo, l'aver associato il matrimonio ai doveri matrimoniali posti come inderogabili esprime un'idea oggi se non del tutto superata certo in parte invecchiata: l'idea che il matrimonio sia una struttura che reprime la libertà individuale in funzione del bene comune familiare; e da questo punto di vista, infatti, i doveri matrimoniali (pensando soprattutto alla fedeltà e alla coabitazione) sono sorti per porre un limite giuridico alla libertà di agire dei soggetti che si uniscono in matrimonio funzionalizzato alla realizzazione di una certa idea di famiglia apprezzata in chiave

regolare la convivenza, non potendosi neanche escludere che la diversità delle dimore abituali, la mobilità dei coniugi, e la saltuarietà dei loro incontri, dimostrino che i coniugi si sono accordati sulla non-fissazione della residenza familiare, che quindi non è individuabile in alcun luogo».

²⁷ Cfr. ancora RIVA, I.: *Domicilio e residenza*, cit., p. 179, a proposito «dell'acquisita consapevolezza del significato più profondo del concetto di unità familiare, che non è sinonimo di autorità e di chiusura attorno ad un capo, bensì di coesione, condivisione, solidarietà, sì che solo una scelta condivisa e benvola potrà realizzare un'unità reale, e dunque venire incontro alle esigenze della famiglia. Una scelta fondata sull'imposizione e sul profondo dissenso solo apparentemente risponderà all'esigenza risponderà all'interesse della famiglia, con gli occhi miopi di chi non vede nella famiglia, essenzialmente, una comunità solidale di vita e di affetti».

sociale²⁸ (una chiave sociale, però, dominata da un ordine giuridico prescrittivo che assegna alla famiglia un compito socialmente e come tale giuridicamente rilevante).

Ma questa prospettiva oggi non è soddisfacente, anzi arriverei a dire che il persistente senso del matrimonio sta nell'essere fuoriuscito da una dimensione strettamente legislativa ed essere entrato in una dimensione interamente esistenziale (il che, come vedremo tra breve, non significa affatto che la tutela giuridica sia stata depotenziata, anzi probabilmente è vero il contrario: è semplicemente mutata la prospettiva rimediale).

Chi si sposa lo fa – non considerando qui la dimensione economica, pur sempre rilevante – perché si trova d'accordo nell'impostare in un certo modo la propria vita con un'altra persona: una prospettiva non di brevissimo periodo.

Se è così, ne segue che tutto ciò che direttamente o indirettamente attiene alla sostanza della vita matrimoniale dovrebbe essere rimesso alla disponibilità delle parti, le quali qui (al contrario di quanto accade nel contratto) sono del tutto sovrane nel concordare come essere reciprocamente coniugi.

In quest'ottica la disposizione di cui all'art. 160 c.c., che afferma l'inderogabilità dei diritti e dei doveri nascenti del matrimonio va necessariamente ripensata rispetto a un contesto che mette al centro non la famiglia come tale, come valore in sé, ma la condizione esistenziale e patrimoniale dei coniugi (e dei figli). Perché il passaggio dalla inderogabilità alla derogabilità non va inteso come un *minus* di protezione delle posizioni soggettive (grazie alla costante forza espansiva del diritto della responsabilità civile), ma come un *plus* di protezione del consenso dei coniugi all'autodeterminazione della/nella famiglia e della/nella vita familiare. Del resto la giurisprudenza più recente ammette senza infingimenti la derogabilità, se non altro, del «dovere» di coabitazione²⁹.

Senza voler essere provocatori, la materia matrimoniale dovrebbe essere l'esempio della disponibilità, perché l'intervento giuridico può solo offrire una via d'uscita (il più possibile rapida) a quel mutamento non tanto di sentimento ma di accettazione esistenziale dell'altra/o. Qui il passaggio è dalla prospettiva tradizionale, almeno in parte «di ordine pubblico» alla prospettiva attuale «di ordine privato»³⁰. Ciò appunto

²⁸ Cfr. in questo senso Corte Cass., 13 maggio 1986, n. 3168, *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 716 ss., con nota critica di ZATTI, P. La sentenza si muove in un'ottica pubblicistica che porta a scarsamente considerare la volontà delle parti e, peggio, ritiene che ogni deviazione da un supposto modello ordinamentale di famiglia non possa che essere letto come lesione dei doveri matrimoniali, perpetrata dall'uno a danno dell'altro coniuge.

²⁹ Cfr. infatti Corte Cass., 11 aprile 2000, n. 4558, *Giur. it.*, 2000, p. 2235 ss., con nota di Massafra, A.

³⁰ Molti spunti in questo senso si leggono in ZATTI, P., nel commento alla sentenza cit. *supra*, in nota 28, spec. p. 724 s.: «Ciascuno dei coniugi, che abbia prestato consenso a un indirizzo della vita

perché non c'è una famiglia ordinamentale, rispetto alla quale l'ordinamento possa prescrivere una disciplina a protezione strutturale e funzionale di una certa idea familiare³¹. C'è, al contrario, quell'idea di famiglia che è realizzata attraverso le molteplici forme di convivenza della modernità, rispetto ai quali i rimedi ordinamentali possono e debbono servire alla protezione dei soggetti della famiglia *uti singuli*, perché non si dà un concetto ontologico di famiglia al di là dei membri che la famiglia compongono.

Del resto alcuni casi di cui la giurisprudenza si è occupata³² sono significativi appunto nel mostrare che il riferimento all'obbligo di coabitazione (e alla sua violazione quale presupposto dell'addebito) può essere usato in funzione abusivamente sanzionatoria quando ormai il matrimonio è esistenzialmente disciolto, volendosi così unicamente colpire l'altro coniuge per comportamenti un tempo condivisi.

Il che porta l'attenzione, ancora una volta, sul rimedio volto a colpire non il venimento del «consenso matrimoniale», perché si ricadrebbe nell'ottica sanzionatoria ormai alle nostre spalle e non destinata a ritornare, ma le condotte che in costanza di consenso matrimoniale vanno qualificate come fonti di pregiudizi per la persona dell'altro coniuge³³.

In questo senso il passaggio dalla prospettiva sanzionatoria *ante* 1975 a quella rimediabile *post* 1975 ha anche il significato di avere sottratto il matrimonio dalle strettoie di una giuridicità intesa come vincolo, come limite, come confine, aprendo

familiare che esclude la disponibilità di una casa coniugale, può quindi “denunciare” l'accordo quando avverta che quel tipo di vita contrasta con le sue esigenze personali. Il sopravvenuto disaccordo determina la necessità di riformare l'intesa su basi nuove, ma non produce una retroattiva efficacia dell'accordo fino ad allora vigente, e non tinge certo d'illiceità la condotta dell'altro coniuge che abbia attuato il primitivo indirizzo della vita familiare. Un'ultima osservazione riguarda il peso da riconoscere alle consuetudini di vita preconiugali. Poiché l'accordo sull'indirizzo della vita familiare non si forma solo per esplicite negoziazioni, ma riflette anche l'intesa che tacitamente si forma tra i coniugi circa i modi della loro convivenza, è evidente che, se non si ritiene la fissazione di una residenza dovere di ordine pubblico e perciò inderogabile, un notevole peso dev'essere riconosciuto alle consuetudini di vita maturate in una convivenza preconiugale, soprattutto quando il matrimonio non faccia altro che “regolarizzare”, come si usa dire, una convivenza *more uxorio*: i due conviventi si sposano, appunto perché la loro intesa pare “collaudata”, e tale è nei modi in cui si è realizzata. Un mutamento *ratione matrimonii* è ben possibile, potrà anche essere auspicabile, ma è materia di accordo, ed è il coniuge che vuole nuovi modi di vita che ha l'onere di far avvertito l'altro delle sue nuove “esigenze”».

³¹ In questo senso è invece orientato Bianca, C.M.: *Diritto civile*, II-1. *La famiglia*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 2014, p. 60: «La *coabitazione* consiste nella normale convivenza di marito e moglie, e cioè nella comunione di casa e di vita sessuale, che rappresenta precisamente il modello sociale di convivenza coniugale (*more uxorio*)» (corsivo dell'a.).

³² Mi riferisco in particolare a Corte Cass., 11 aprile 2000, n. 4558, cit.

³³ Cfr. ad esempio Trib. Prato, 10 novembre 2009, *Fam. dir. pers.*, 2011, p. 196 ss., con nota di Lunghi, L.

invece gli spazi della giuridicità del rimedio che si invoca nel momento in cui sono venute meno quelle circostanze che hanno condotto ad abbracciare la fattispecie matrimoniale.

Da questo punto di vista, anzi, il rimedio ha proprio lo scopo di operare la più forte demoralisticizzazione del matrimonio, nel senso che, nel momento della crisi (che è già segno della disciolta comunanza esistenziale, che bensì potrà essere successivamente ricostituita), ciò che andrebbe il più possibile evitato è che i coniugi possano mettere a frutto strumenti giuridici per innescare una guerra di recriminazioni reciproche, infondate perché coperte dal consenso originario.

E allora, a mio avviso, la sottrazione del matrimonio all'ambito di una sempre ambigua «moralità» porta la questione su due aspetti, rispetto ai quali il rimedio può fino in fondo svolgere la propria funzione: quello economico e quello risarcitorio, quando qualche comportamento tenuto durante il matrimonio costituisca un illecito *ex* artt. 2043 e 2059.

In questa prospettiva il terreno rimediabile trova la possibilità di espansione appunto in quanto strumento che va a colpire quelle condotte che, se tenute, provano il venir meno, o l'inesistenza fin dall'origine, della classica *affectio coniugalis* che connota esistenzialisticamente il vivere matrimoniale.

Da questo punto di vista, allora, un istituto quale l'addebito dovrebbe forse essere ripensato in un'ottica che metta al centro la libertà condivisa dei coniugi, al di là della sanzione rivolta contro i comportamenti contrari ai doveri che derivano dal matrimonio (per richiamare le parole dell'art. 151, c. 2).

ÍNDICE