

Parte Prima
LA FAMIGLIA

di *Liliana Rossi Carleo* ed *Elena Bellisario**

* I capitoli 1, 2, 4 e 5 sono da attribuire a Liliana Rossi Carleo; i capitoli 3, 6, 7 e 8 a Elena Bellisario.

Capitolo Primo

LA FAMIGLIA E IL DIRITTO: PROFILI INTRODUTTIVI

1. La storicità e la relatività degli istituti familiari
2. Le tappe più recenti della incessante evoluzione storica
3. La famiglia nel disegno costituzionale italiano ed europeo

1. *La storicità e la relatività degli istituti familiari*

La famiglia costituisce un esempio emblematico della **relatività** e della **storicità** quali elementi caratterizzanti della norma giuridica.

Difatti i termini famiglia, matrimonio, filiazione, insieme a molti altri, ricorrono costantemente in varie epoche storiche e in varie civiltà, tuttavia questo non significa che in tutte le esperienze sociali e giuridiche sia possibile rinvenire dati comuni sufficienti alla loro corretta identificazione.

L'analisi della *regolamentazione positiva*, che costituisce il dato dal quale occorre muovere, mette in luce differenze sostanziali che caratterizzano questi istituti nelle diverse epoche storiche e nei diversi contesti.

Tuttavia, la stessa *indagine giuridica* attorno alla famiglia risente, in premessa, delle difficoltà che si legano al tentativo di isolare il profilo giuridico rispetto all'idea che, in astratto, si ritiene debba corrispondere alla famiglia.

Un significativo riscontro in tal senso si rinviene già nelle diverse letture alle quali, anche di recente, è stato sottoposto il dettato dell'art. 29 della Costituzione in occasione delle polemiche che hanno accompagnato la legge n. 76/2016 (*“Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”*).

Difatti, **la qualificazione della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»** (art. 29, primo comma, Cost.) alla quale, secondo il testo costituzionale, *«La Repubblica riconosce i diritti»*, è stata **oggetto di interpretazioni assai diverse e variegata** e, spesso, i contrapposti orientamenti – volti da una parte a negare il riconoscimento del matrimonio alle coppie omosessuali, dall'altra ad ottenere una piena equiparazione dei diritti della coppia in ragione del principio di non discriminazione – hanno solennemente posto a sostegno della loro tesi il dettato costituzionale e, principalmente, il modo di intendere la locuzione «società naturale».

Senza neanche poter accennare, sia pure con un alto grado di generalizzazione, alle principali e contrapposte letture del testo, appare utile, tuttavia, indicare le ragioni che possono essere alla base delle **difficoltà interpretative**, le quali, seppure comuni all'intera esperienza giuridica, vengono accentuate nel campo del diritto di famiglia, che le palesa in maniera assai più evidente rispetto ad altri settori.

Invero, spesso, le divergenze che si manifestano rispetto a una risposta specifica hanno radici più lontane in quanto appaiono **legate alle diverse concezioni del diritto**.

Di certo la rilevanza assegnata al diritto naturale, inteso come complesso di regole fondate sulla ragione, sottratto alle imposizioni della legge per quanto riguarda i valori fondanti e universali, ha portato per lungo tempo ad accentuare una lettura della *famiglia come società naturale*, in una prospettiva che vede la *famiglia intesa come società di diritto naturale*, che si fonda su diritti originari, preesistenti allo Stato e di cui, circoscrivendo l'attenzione all'esempio che abbiamo assunto a riferimento, la eterosessualità costituirebbe un carattere immanente e permanente.

Secondo un orientamento che accresce la sua autorevolezza anche attraverso il ricorso a formule latine, quali *ubi familia ibi jus, familia principium urbis et quasi seminarium reipublicae*, che ne attestano l'antica tradizione di pensiero, la famiglia costituirebbe un ordinamento originario, a valenza universale, che rappresenta la cellula di base dell'intera società. Pertanto, ciò che attiene alla famiglia sarebbe regolato da *leggi naturali, non modificabili* e suscettibili di applicazione nei più diversi contesti.

All'*impotenza del diritto* nel regolare situazioni rispetto alle quali la realtà assume rilievo prioritario, si legano anche quelle concezioni che, all'opposto, insistono sulla necessità di una degiuridificazione che porti a una rinascita della *libertà*, sottraendo alla imposizione del diritto statale le *scelte individuali*.

Fra le due contrapposte concezioni, ormai poco seguite nelle versioni più estreme e decise, si collocano una serie di interpretazioni intermedie, che, fondandosi sul *dato positivo*, talora accentuano la rilevanza della famiglia come società istituzione che lo Stato può riconoscere ma non mutare nei tratti che vengono assunti come essenziali, talaltra sottolineano il rispetto che la legge statale deve riservare ad una "istituzione" che non può creare, potendo solo *riconoscere* la realtà presente in determinati contesti e in determinati momenti, garantendone la tutela e garantendone, nel contempo, il massimo della immunità da ingerenze autoritarie.

La difficoltà di ogni tentativo di sintesi di fronte a un panorama estremamente variegato ci induce esclusivamente a chiarire **la necessità di prestare attenzione al solo dettato legislativo**: la disciplina legale costituisce un intervento positivo che, seppure non «crea» la società natu-

rale, che, in quanto tale, è posta al riparo da un'eccessiva ingerenza statale «nei confronti di una delle formazioni sociali cui la persona dà liberamente vita» (secondo quanto chiarì l'on. Moro nel suo intervento all'Assemblea costituente), tuttavia formalizza e riconosce determinate modalità di «società naturale» attraverso principi (solitamente espressi dalla Costituzione, dai Trattati europei, dalle Convenzioni internazionali) e regole (solitamente sancite dalle leggi ordinarie).

Il *riconoscimento* non si limita a un passivo recepimento della realtà, ma è espressione della misura nella quale, in un determinato momento e in un determinato contesto, attraverso la *formalizzazione giuridica*, determinate situazioni non solo vengono ritenute meritevoli di tutela, ma, nel contempo, incidono sulla dinamica complessiva della società, orientando e, in qualche misura, determinando le scelte individuali.

Queste rapide notazioni hanno inteso richiamare subito l'attenzione su relatività e storicità al fine di chiarire già in premessa come **differenze e cambiamenti**, che da sempre caratterizzano il diritto in generale, contraddistinguono in maniera particolarmente rilevante il diritto della famiglia.

In concreto, la **relatività** può spiegare le **differenze** che tuttora sussistono – come vedremo anche in Europea – in presenza di principi costituzionali comuni (rispetto della eguaglianza, della non discriminazione, della dignità, della libertà, della solidarietà). In quest'ottica, difatti, il Trattato di Lisbona, all'art. 6 tiene conto dell'esigenza di «rispetto delle diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli europei».

Per quanto riguarda la **storicità**, essa risulta ben evidente se si guarda ai **cambiamenti** determinati dalla lunga e complessa **evoluzione** storica del diritto di famiglia (non solo) italiano, le cui “riforme” sono sempre in discussione e, talvolta, in atto.

In quest'ottica occorre anche tener conto che, pur in assenza di puntuali riforme, l'interprete sfrutta sovente non solo l'elasticità sottesa alla trama delle *regole*, ma ancor più gli spazi aperti dai *principi* che, per loro natura, non individuano fattispecie specifiche alle quali vengono connessi determinati effetti.

2. Le tappe più recenti della incessante evoluzione storica

Il dibattito sulla famiglia e, per quanto ci riguarda, sul ruolo che la

società e, quindi la politica, assegna alla **famiglia attraverso il diritto**, è sempre intenso e sempre attuale.

La famiglia, e il modo di intenderla, rappresenta, nel suo mutare, il risultato della continua evoluzione del rapporto pubblico/privato e, quindi, anche dei rapporti sociali e dei diritti individuali: la legge necessariamente interviene a governare i cambiamenti che trasformano il modo di vivere e di intendere l'esperienza familiare.

I *cambiamenti* sono *legati a molteplici fattori*. Appare sufficiente menzionare, a titolo di esempio, l'industrializzazione, l'ingresso di massa delle donne nel mondo del lavoro, la separazione tra sessualità e procreazione o, ancora, la rilevanza che assumono le nuove tecnologie (cercando di rendere il discorso aderente alla realtà, possiamo limitarci a menzionare la legge n. 40/2004, in tema di procreazione medicalmente assistita o, ancora, le sentenze n. 50/2006 e n. 266/2006 della Corte Costituzionale, che hanno dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 274 e 235, primo comma, n. 3, c.c., in considerazione della prova certa che deriva dal DNA).

Ben evidente è la differenza tra la famiglia azienda (contadina, artigiana, feudale) dell'era premoderna e la **famiglia luogo dell'intimità** dell'era industriale (v., in particolare, l'art. 8 Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

Questo non significa, tuttavia, che non si leghino comunque alla famiglia aspetti economici. Al fine di dare, ancora una volta, una sia pur limitata concretezza al discorso, basti pensare agli aspetti di cura e di *welfare* dei suoi componenti e di supporto dell'attività economica dei membri che lavorano.

In una prospettiva mirata ai dati tecnici, va rilevato già in premessa che l'attenzione che riserveremo al tema del diritto di famiglia è essenzialmente rivolta ad esaminare esclusivamente parte della disciplina civilistica della famiglia, evidenziando proprio le ineludibili *interazioni fra profili esistenziali e profili economici*.

Percorrendo, attraverso una rapida carrellata, le tappe più significative della recente evoluzione storica, alla quale occorre restringere il nostro angolo visuale, il quadro di insieme ci consente di cogliere le fasi segnate dalle più **importanti modifiche legislative** introdotte al fine di rendere più coerente la disciplina al mutare dei costumi.

Conservano fondamentale rilievo le innovazioni introdotte dalla **ri-forma del 1975** (legge 19 maggio 1975, n. 151). Questa riforma ha modificato gran parte del Libro I del codice civile, introdotto nel 1942, e,

principalmente, ha determinato il **passaggio dalla autorità** (art. 143 c.c. 1942: «*il marito è il capo della famiglia*») **alla eguaglianza** (art. 143 c.c. «*con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri*): al centro della disciplina non c'è più l'istituzione "famiglia", al di sopra della persona e dei suoi diritti individuali; il ruolo centrale è attribuito alla "persona" e ai suoi "diritti individuali"; la *istituzione famiglia* diviene *funzionale alla valorizzazione della persona*.

Questa disciplina, che costituirà oggetto prevalente della disamina offerta in questo testo, è segnata dalla reciprocità dei diritti e dei doveri e dalla ricerca di soluzioni concordate, che lo stesso intervento del giudice, ove necessario, è teso a promuovere.

Una modifica radicale – che, seppure non entrata nel comune sentire, risulta, tuttavia, estesa anche alle unioni civili – ha altresì conosciuto il regime patrimoniale tra i coniugi.

Altrettanto radicali sono state le modifiche per quanto riguarda l'istituto della separazione personale dei coniugi, passata dalla separazione per colpa alla separazione per intollerabilità della prosecuzione della convivenza.

Nel segno della parità sono regolati, altresì, i doveri verso i figli e il concorso nei relativi oneri patrimoniali.

Per quanto riguarda la filiazione, la riforma del 1975, sulla quale ha di recente inciso la legge n. 219/2012, aveva già raggiunto una sostanziale parità di trattamento dei figli "legittimi" e dei figli, non più "illegittimi", ma "naturali", accrescendo, altresì, la possibilità di riconoscimento giudiziale di paternità e maternità naturale.

La riforma del 1975, pur segnando l'inizio di una fase radicalmente nuova rispetto al passato, naturalmente non nasce in maniera improvvisa e repentina, né può essere considerata un punto di arrivo.

Da una parte va osservato che essa era stata già **preceduta da** alcuni sofferti e **importanti interventi legislativi** che, seppure collocati al di fuori del codice, hanno inciso profondamente sulla disciplina della famiglia. Al riguardo, significativo è menzionare la **legge 1° dicembre 1970, n. 898**, pudicamente intitolata "*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*", con la quale il principio della indissolubilità del vincolo matrimoniale, oggetto di una intransigente difesa, viene superato già prima della riforma. Non solo, quindi, il legislatore non fa uso del termine "divorzio", ma colloca questa disciplina, che pure induce a rivedere profondamente la nozione stessa del matrimonio, al di fuori del codice.

D'altra parte va considerato che, in particolare a partire dagli anni '70 dello scorso secolo, molti **interventi della Corte costituzionale** (con particolare riferimento al principio di uguaglianza nei rapporti fra coniugi: così la storica sentenza n. 176/1968, che ha dichiarato l'incostituzionalità del previgente art. 151 c.c. in materia di adulterio, alla quale sono seguite, fra le altre, le sentenze nn. 46/1966, 133/1970, ecc.) avevano gradualmente iniziato il lento adeguamento della disciplina (del 1942) al dettato costituzionale (del 1948).

L'impostazione introdotta dalla riforma del 1975 – che, come è ovvio, segna nel contempo *un punto di arrivo e un punto di partenza* – ha essa stessa determinato ulteriori importanti cambiamenti, che si sono successivamente formalizzati.

I mutamenti si devono, di certo e in primo luogo, all'attività legislativa: si sono aggiunte **ulteriori leggi** – ancora una volta, alcune collocate al di fuori del codice (come, ad esempio la legge n. 40/2004 sulla procreazione assistita), altre che hanno ulteriormente modificato la struttura del codice stesso (come, ad esempio la legge n. 54/2006 sull'affidamento condiviso) le quali, insieme ad altre leggi che incontreremo nello studio di aspetti specifici, hanno recepito istanze di cambiamento ormai mature.

E, una volta ancora, occorre richiamare il fondamentale apporto della **Corte costituzionale**. Come avremo modo di constatare, suoi ripetuti interventi hanno inciso su molti aspetti riscrivendo alcune parti della disciplina, quindi mai statica. La Corte, però, non sempre è riuscita ad individuare sufficienti margini di elasticità al fine di incidere in maniera determinante su alcuni profili della disciplina esistente. Essa, infatti, ha sovente indicato la necessità di ricorrere alla via maestra, individuata nell'intervento del legislatore, per introdurre importanti cambiamenti.

Un esempio illuminante di modifiche che solo la legge ha apportato si rinviene nell'*allargamento della famiglia non fondata sul matrimonio*, che vede ormai riconosciuta legalmente la parentela naturale, cui la Corte aveva negato valore giuridico (Corte cost. 23 novembre 2000, n. 532). In questo contesto va inserita la citata **legge 10 dicembre 2012, n. 219**, entrata in vigore il 1° gennaio 2013, che ha sancito il principio della **unicità dello status di figlio**, delegando a uno o più successivi decreti legislativi la redazione delle regole attuative del principio di una pari dignità familiare di tutti i figli che, come prima conseguenza, hanno uguali rapporti di parentela e uguali diritti patrimoniali e successori. In tal

modo si è venuta a determinare una riscrittura non certo limitata ad una parte del Libro I del codice civile, il che appare evidente se solo si considera l'incidenza del principio anche in materia successoria.

L'uguaglianza si persegue, in primo luogo, attraverso una rivoluzione lessicale: il superamento della diversità si realizza (anche) eliminando le diverse aggettivazioni, in particolare si elimina la dicotomia figlio legittimo-figlio naturale; sembra al legislatore che queste specificazioni, seppure avevano già sostituito le aggettivazioni presenti prima del 1975 e ben più discriminanti (legittimo/illegittimo), palesino, di per sé, una discriminazione. Richiamando ancora l'attenzione sul rilievo assegnato al profilo lessicale, va preso atto che la potestà dei genitori diviene "responsabilità genitoriale".

La unicità dello *status* di figlio – come avremo modo di vedere successivamente guardando ad alcune delle regole tecniche che lo hanno realizzato – assicura il medesimo trattamento a tutti i figli, siano essi nati nel matrimonio o fuori del matrimonio. Il principio, pertanto, viene a declinarsi attraverso una serie di regole che vengono a modificare la disciplina preesistente, il che consente di prendere atto che, a distanza di 37 anni dalla precedente riforma, il legislatore ha dato attuazione a un nuovo intervento di carattere sistematico, non limitato a singoli, seppure rilevanti, aspetti.

La parificazione supera le discriminazioni che ancora sussistevano con riferimento alla **filiazione biologica**.

Occorre, tuttavia, tener presente che la **unicità dello stato di figlio** riguarda anche la **filiazione sociale**, il che ci consente di cogliere subito che, se unico è lo *status*, molteplici sono i modi attraverso i quali questo *status* viene conseguito (v. *infra*, cap. terzo, par. 6).

L'**adozione**, a seguito di un lungo *iter* procedurale, assicura al minore, «in stato di *abbandono morale e materiale*», il diritto a conseguire lo *status* di figlio in quella che viene definita la *famiglia degli affetti*.

Invero, anche il cammino di tale istituto è stato lungo e travagliato. In via di rapida sintesi possiamo ricordare la legge n. 341/1967, che ha introdotto nel sistema, a seguito di un lungo dibattito, l'*adozione speciale*. Questa, spostando l'attenzione dall'interesse dell'adottante ad avere una discendenza (così l'*adozione ordinaria* di cui al Capo III del Titolo VIII del codice civile del 1942) all'interesse del bambino ad essere non oggetto, ma soggetto di diritti, ha operato quella che è stata definita una rivoluzione copernicana. All'*adozione dei minori* (anche qui l'aggettivo

speciale è stato eliminato dalle successive riforme) è dedicata un'ampia disciplina extracodicistica, che si rinviene nella legge n. 184/1983, successivamente modificata dalla legge n. 149/2001. Questa disciplina, seppure sempre informata al «*prevalente interesse del minore*», cerca di offrire risposte articolate in caso di incapacità dei genitori, volte a garantire al bambino il diritto a una crescita equilibrata che impone, secondo l'attuale disciplina, la presenza di un contesto familiare affettivamente valido e significativo.

Al fine di realizzare «*il diritto del minore alla famiglia*» si prospettano, infatti, misure di sostegno, di supplenza e, in ultima analisi, di sostituzione. L'adozione *legittimante* (o *piena*) – alla quale si affianca l'adozione *in casi particolari* – si presenta, dunque, come *rimedio estremo, di carattere residuale*. In quest'ottica la legge n. 219/2012 (art. 2, lett. *n*) puntualizza che, al fine di verificare la sussistenza dell'«abbandono» (presupposto ineludibile per giungere all'adozione legittimante), occorre che sussista la «*provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali in tempi ragionevoli*», ponendo particolare attenzione alla circostanza che «*le condizioni di indigenza dei genitori*» devono essere monitorate in ragione del fatto che esse «*non possono essere d'ostacolo all'esercizio del minore alla propria famiglia*», intesa come famiglia di sangue.

Una menzione specifica merita l'adozione *in casi particolari*, finalizzata a valorizzare la funzione familiare e solidaristica anche in ipotesi “particolari” elencate nell'art. 44, lett. *a*), *b*), *c*), e *d*), collocate a chiusura del microsistema che contiene la disciplina del *diritto del minore ad una famiglia* (legge n. 184/1983). Essa consente, in una serie di casi, fra loro sostanzialmente differenti, di avere un'adozione, priva di effetti legittimanti, anche in presenza di *requisiti assai meno rigidi rispetto a quelli richiesti per l'adozione piena*. Ad essa è ricorsa la giurisprudenza al fine di consentire, constatata la impossibilità di affidamento preadottivo (art. 44, lett. *d*), legge adoz.), una pronuncia che fa luogo all'adozione del figlio del partner nelle unioni civili (ovvero omosex). Invero la *questione*, al centro di un acceso dibattito, *resta aperta* in particolare per quanto riguarda la possibilità di ricorrere ad una tale forma di adozione qualora i partner di una coppia omosessuale maschile abbiano fatto ricorso ad un *contratto di maternità surrogata*, cioè in ragione della contrarietà all'ordine pubblico di un tale contratto nel nostro sistema.

Di certo non agevola la soluzione del problema la recente disciplina introdotta dalla **legge 20 maggio 2016, n. 76**, che ha inteso stralciare il

rapporto di filiazione da una disciplina che **riguarda esclusivamente il rapporto di coppia**. Difatti – tenuto conto che, come abbiamo già avuto modo di notare, lo stato di figlio prescinde dal rapporto di coppia che le parti intendono svolgere e, principalmente, dal modo in cui tale rapporto si formalizza – appare evidente che con questa legge il legislatore ha inteso apprestare le strutture necessarie al fine di assegnare una rilevanza giuridica e sociale ai vari modi di costruire una famiglia, quale formazione sociale incentrata sul rapporto di coppia, intesa come unione tendenzialmente stabile che la Costituzione legittima anche in forme diverse da quella matrimoniale (art. 2 Cost.), stralciando il **profilo della filiazione**, che resta, tuttavia, affidato agli *interventi (evolutivi) della giurisprudenza*.

3. La famiglia nel disegno costituzionale italiano ed europeo

Una rapida rassegna delle principali fonti normative e dei principi rilevanti in materia di famiglia – presenti in primo luogo nella nostra Carta costituzionale, ma anche nei Trattati europei e nelle Convenzioni internazionali alle quali il nostro Paese ha aderito – risponde a una esigenza che non è determinata solo dalla necessità di guardare al dettato che nella gerarchia delle fonti assume rango prioritario (v. in questa *Collana*, M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche*, vol. 1, cap. I), ma appare indispensabile essenzialmente al fine di individuare i contorni entro i quali si compone il disegno che la lettura dei principi prescrive nelle sue linee fondanti e che il dettato delle norme ordinarie è destinato a specificare nel suo effettivo modo di operare.

È importante registrare, nell'ambito delle fonti, la presenza di **principi generali** cui l'interprete può ricorrere dovendo dare riposte a istanze plurime che, a loro volta, impongono il riconoscimento di modelli diversificati entro i quali i rapporti familiari si svolgono (non solo per quanto riguarda i rapporti di coppia, sia essa etero che omosessuale, ma anche per quanto riguarda la solidarietà familiare e i diritti del bambino nella famiglia e rispetto alla famiglia).

Va tenuto in conto che i **principi** sono funzionali al sistema in quanto prescrivono i **valori di riferimento**. Essi, come avremo più volte modo di verificare in seguito, sono improntati a valori plurimi i quali, per loro natura, sono aperti alla possibilità di essere *concretamente realizzati at-*

traverso modalità diverse. Ne consegue l'attribuzione di un ruolo significativo all'attività interpretativa, il che determina, fra l'altro, un adeguamento più rapido a nuove istanze, senza che sia necessario un intervento espresso del legislatore.

I principi trovano sede, per loro essenza, nel dettato costituzionale. Va tuttavia considerato che il radicarsi di principi comuni si deve anche all'adesione alle **convenzioni internazionali**: a differenza delle Costituzioni, le convenzioni internazionali non sono rivolte a tessere un preciso disegno di contorno, ma *illuminano determinati aspetti della realtà* che si segnalano per la necessità di ricevere un'attenta valutazione.

Seppure non ci soffermeremo analiticamente sulle Convenzioni internazionali cui l'Italia ha aderito, appare utile segnalare che esse hanno svolto e svolgono un ruolo molto importante poiché, radicando principi comuni, contribuiscono anche alla circolazione di modelli giuridici, sia pur parzialmente, comuni.

Fra queste Convenzioni, senza pretesa di completezza, possiamo limitarci ad osservare che alcune hanno una valenza generale (così la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, promossa dalle Nazioni Unite e ratificata dall'Italia con la legge 27 maggio 1981, n. 176), altre hanno ad oggetto problemi specifici che guardano, comunque, talora settori di incidenza assai ampia, come l'adozione (Convenzione di Strasburgo 24 aprile 1967, ratificata con la legge 22 maggio 1974, n. 367; Convenzione dell'Aja 29 maggio 1993, ratificata con la legge 31 dicembre 1998, n. 476), talaltra si soffermano su aspetti più particolari, come il diritto agli alimenti (Convenzione dell'Aja 2 ottobre 1973, eseguita con legge 24 ottobre 1980, n. 745), altre volte ancora, tengono in conto la rilevanza degli aspetti di carattere procedurale, quali ad esempio quelli che considerano i diritti dei minori nei procedimenti che li riguardano (Convenzione di Strasburgo 25 gennaio 1996, ratificata con la legge 20 marzo 2003, n. 77).

Sovente i nostri giudici fanno richiamo ai principi sanciti dalle Convenzioni e ne fanno applicazione concreta nelle decisioni, anche se la *elasticità dei principi* lascia agli interpreti ampi spazi di adattamento idonei a ricreare continuamente il sistema. Un esempio concreto può rinvenirsi nelle diverse applicazioni del principio che fa riferimento al prevalente "interesse" del minore e che ha mostrato il suo carattere relativo con riferimento alla diversità dei casi concreti o, ancora, all'"ascolto" del minore che ha faticato a trovare una sua effettività per quanto riguarda le possibili modalità di esperimento.

All'incidenza che assumono le fonti di diritto internazionale va aggiunta quella che da tempo ha assunto nel **nuovo assetto delle fonti** del diritto di famiglia la **CEDU** (Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Roma 1950) la quale, secondo quanto ha riconosciuto la Corte costituzionale (sentenze 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349; 11 marzo 2011, n. 80), comporta anche obblighi positivi di intervento, quali quello di adeguare la legislazione interna alle norme della Convenzione, nel significato loro attribuito dalla Corte di Strasburgo, per dare ad esse interpretazione e applicazione.

In questo quadro va, ancora, segnalato che l'**Unione europea** tende a contribuire in maniera gradualmente crescente al radicarsi di principi comuni in materia familiare. Va difatti osservato che nei Trattati, da Lisbona in poi, l'Unione tende ad accreditarsi sempre di più non solo come una «zona di libero scambio», ma come luogo che intende porre la persona al centro della sua azione. Pertanto, il processo di integrazione europea non può prescindere dal diritto delle persone e, quindi, dal diritto della famiglia.

I Trattati incentivano l'Europa ad adottare *politiche e azioni che*, partendo dalla tutela di posizioni soggettive – quali quelle mirate a combattere le discriminazioni (art. 18 TFUE) o a garantire la tutela dei diritti fondamentali (art. 6, par. 1 e 3, TUE) consacrati, oltre che nella CEDU, nella Carta di Nizza o, ancora, ad assicurare la libertà di circolazione e di soggiorno delle persone all'interno dell'Unione (art. 3, par. 2, TUE; art. 20, par. 2, lett. a, e art. 45 TFUE) – *coinvolgono in misura rilevante le forme organizzative della struttura familiare*.

Tuttavia, assai sfumato si presenta il disegno volto a delineare un modello di famiglia se guardiamo, in particolare, al dettato delle diverse disposizioni che fanno riferimento alla **famiglia** nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (**Carta di Nizza** del 7 dicembre 2000). Il Capo II, dedicato alle libertà, dopo aver previsto all'art. 7 il *rispetto della vita privata e della vita familiare*, sancisce all'art. 9 il *diritto di sposarsi e di costituire una famiglia* secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio; nel Capo III: Uguaglianza, l'art. 24 è rubricato: «*Diritti del bambino*» e, nel terzo comma, sancisce il diritto del minore «*di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse*»; ancora, nel Capo IV: Solidarietà, l'art. 33, rubricato «*Vita familiare e vita professionale*», sancisce al primo comma «*È garantita la protezione della famiglia*

sul piano giuridico, economico e sociale». Netta risulta la scissione tra famiglia e matrimonio, matrimonio che, peraltro, non prevede il requisito della diversità di sesso (l'art 9 della Carta di Nizza supera la disposizione dell'art. 12 CEDU ed omette ogni riferimento a «uomini e donne»); determinante appare, invece, la centralità della persona a tutela della quale, in via indiretta e mediata, viene anche garantita una protezione della famiglia come luogo funzionale allo sviluppo della personalità individuale.

Occorre, tuttavia, tener conto che l'ordinamento positivo nazionale trova comunque nella **Costituzione** un elenco di norme dalle quali, come avremo più volte modo di rilevare, l'**assetto del quadro sistematico** che governa la famiglia non può prescindere.

Alle norme costituzionali non solo è tenuto ad adeguarsi il legislatore nel dettare le leggi che specificano e realizzano i principi, ma esse producono effetti anche con riferimento a una rilettura della disciplina vigente o, ove necessario, a una sua eventuale abrogazione.

La Costituzione dedica alla famiglia una serie di norme specifiche, sebbene a delineare il **quadro d'insieme** concorrano anche altre norme di carattere generale, quali gli **artt. 2 e 3**, che incidono anche sui rapporti di natura familiare.

Appare, quindi, determinante procedere a una rapida ricognizione dei diversi articoli che fanno riferimento alla famiglia richiamandone sinteticamente il contenuto.

L'art. 29 della Costituzione, al quale abbiamo già fatto cenno, riconosce e offre, quindi, una tutela privilegiata, ai «*diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*». Alla norma costituzionale fa seguito un'analitica disciplina ordinaria che regola l'atto matrimoniale, il rapporto che trova la sua fonte nell'atto, le cause che determinano l'allentamento, lo scioglimento o l'annullamento del vincolo e le conseguenze che dalla crisi discendono. La disciplina vigente, nel rispetto del dettato costituzionale, ha ridefinito la nozione stessa di matrimonio poiché fonda la famiglia definita «legittima» sulla parità dei coniugi, dal che discende che l'organizzazione della vita familiare deve essere ordinata sulla «*uguaglianza morale e giuridica*».

Dalla stessa Costituzione emerge, tuttavia, una **nozione di famiglia più ampia rispetto a quella fondata sul matrimonio**, in quanto la famiglia è riconducibile al **genus delle formazioni sociali**, intese, secondo quanto ha affermato la Corte Costituzionale (sent. n. 138/2010) come

«ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico». Ne derivano, sul piano della tutela dei diritti individuali, le medesime conseguenze in ragione del legame tra gli artt. 2 e 29 Cost.

Pertanto, al già richiamato art. 2 Cost., va attribuita una *rilevanza specifica anche in tema di famiglia*, con particolare riferimento alla coppia, quale nucleo costitutivo di un modello di organizzazione familiare che assume valore sociale e, quindi, giuridico. Difatti, posto che la famiglia appartiene, senza dubbio, al *genus* formazioni sociali, il legislatore ha ritenuto, con la legge n. 76/2016, di distinguere il modello della “unione civile”, riservato alle coppie omosessuali, rispetto al “matrimonio”, riservato alle coppie eterosessuali, disponendo, tuttavia, una tutela sostanzialmente analoga, nel rispetto dell’art. 3 Cost.

Va sottolineata la collocazione autonoma dell’art. 30 Cost., che svincola il rapporto tra genitori e figli dalla menzione del vincolo matrimoniale. Difatti, ancor prima della riforma del 2012, l’art. 30, in presenza di figli, era stato letto come norma volta a porre solo in termini di “compatibilità” gli spazi di una tutela privilegiata dei membri della famiglia legittima, attribuendo importanza preminente alla relazione “genitori-figli”, rispetto alla quale il matrimonio come atto non assume uno specifico rilievo.

A seguito della riforma del 2012, il dovere-diritto dei genitori di mantenere, istruire e educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio, viene ormai affermato incondizionatamente. Non residuano più margini di tutela privilegiata per la famiglia legittima, neanche in termini di “compatibilità”. La compatibilità si ha nel senso di una completa assimilazione fra tutti i figli, il che denota il tramonto di una famiglia tutelata come valore in sé e rispetto alla quale la filiazione fuori del matrimonio sembrava rappresentare una minaccia.

Pertanto, il legislatore lascia all’autonomia la scelta del modello familiare per quanto riguarda il *rapporto in senso orizzontale*, ovvero il rapporto di coppia, che non deve essere necessariamente formalizzato, mentre *sottopone a una disciplina identica il rapporto in senso verticale*, ovvero il rapporto genitori-figli. **La presenza di figli proietta quindi il rapporto oltre il matrimonio** e determina l’esistenza di una **famiglia** le cui relazioni sono sempre “**di diritto**”, residuando solo per la coppia la sussistenza di una relazione c.d. “di fatto”.

Il quadro si completa con il dettato dell'**art. 31**, il quale dispone che la Repubblica agevola con misure economiche ed altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riferimento alle famiglie numerose; a questo riguardo, il disegno costituzionale è integrato dall'*art. 34* (diritto allo studio), dall'*art. 36* (retribuzione sufficiente ad assicurare al lavoratore e alla famiglia una esistenza libera e dignitosa) e dall'*art. 37* (tutela della lavoratrice).

Capitolo Secondo

NOZIONE DI FAMIGLIA

1. Pluralità dei modelli di famiglia. I modelli tipizzati e disciplinati
2. La famiglia fondata sul matrimonio e sulla unione civile
3. Dalla famiglia di fatto alle convivenze di fatto
4. La famiglia dei figli
5. Il sistema del diritto di famiglia e la circolazione della ricchezza
6. Circolazione della ricchezza e solidarietà familiare