

La famiglia nell'ordinamento italiano

Lezione di Paolo Cavana

Professore associato di diritto canonico ed ecclesiastico L.U.M.S.A. – Roma (Palermo)
nell'ambito del Convegno "Famiglia e bene comune"
Bassano del Grappa 9 ottobre 2009

Em.za, Ecc.ze,
Gentili Signore e Signori

1. La famiglia tra evoluzione sociale e modello costituzionale

Parlare della famiglia nell'ordinamento legislativo italiano è impresa improba nel poco tempo a disposizione. In questa sede è possibile soltanto richiamare alcune principali linee di tendenza nell'evoluzione dell'istituto, alcune promettenti altre più problematiche.

D'altra parte, se non ci si vuole limitare ad un approccio meramente descrittivo all'istituto familiare, occorre fissare un preciso punto di riferimento da cui osservarne l'evoluzione sotto il profilo giuridico e trarne elementi di valutazione. Semplificando, le possibili opzioni a tale proposito sono due: l'evoluzione sociale o il modello costituzionale.

Una parte della dottrina giuridica, soprattutto civilistica, tende ad assumere come punto di riferimento quasi esclusivo per l'analisi del regime giuridico della famiglia l'evoluzione sociale, l'emergere di quelle che appaiono le nuove istanze e i bisogni emergenti dalla società, rapportando ad esse le auspicabili riforme e modifiche da introdurre nella disciplina dell'istituto. In questa prospettiva al modello costituzionale si conferisce un valore prevalentemente storico, riflesso delle condizioni sociali e culturali dell'epoca, sostanzialmente privo di efficacia prescrittiva sulle scelte del legislatore attuale, il cui compito in materia sarebbe quello di adeguarsi al costante mutamento sociale, aprendosi anche al riconoscimento di nuove forme di convivenza.

Questa impostazione storicistica, che ha un certo peso nell'evoluzione giurisprudenziale, non corrisponde tuttavia alle caratteristiche del nostro ordinamento, fondato sul primato di una Costituzione rigida, che non rappresenta soltanto la legge fondamentale ma - come precisato più volte dalla Corte costituzionale - il patto costitutivo su cui le forze politiche e sociali prevalenti in Assemblea costituente intesero porre le basi della Repubblica. Essa pertanto non racchiude solo gli assetti fondamentali della Repubblica e le regole per il funzionamento degli organi costituzionali, ma esprime quel nucleo di *valori condivisi* attorno ai quali il nostro popolo ha ritrovato coesione e unità. In questo senso il modello costituzionale di famiglia non rappresenta certo un relitto del passato, ma l'espressione di valori sui quali tuttora si fonda la convivenza civile nel nostro paese.

Ma soprattutto una simile impostazione fa torto al modello costituzionale di famiglia, che i nostri costituenti accolsero dalla tradizione ma seppero poi conformare in modo da consentirne un adeguamento all'evoluzione sociale, rifuggendo sia dall'immobilismo sia dalla tentazione di rifondare una realtà sociale che è consustanziale alla natura umana.

Da esso si deve quindi ripartire per valutare il ruolo dell'istituto familiare nell'ordinamento legislativo italiano.

2. Il modello costituzionale di famiglia

Alla base del modello costituzionale di famiglia vi fu la scelta fondamentale di inserire il tema della

famiglia nella Costituzione, scelta che ha poi qualificato la successiva evoluzione legislativa in materia.

Non si trattava di una scelta scontata, poiché andava contro tutta la nostra tradizione costituzionale e legislativa. Lo Statuto Albertino (1848), che per oltre un secolo aveva rappresentato la costituzione del Regno d'Italia, aveva ignorato la famiglia. Lo Stato liberale, pur tutelando la famiglia l'aveva relegata nel codice civile (1865), ossia tra gli istituti e i rapporti di diritto privato, valorizzando di essa soprattutto quegli aspetti di natura patrimoniale, derivanti dal matrimonio, che segnarono il fondamento della famiglia borghese a partire dal Codice napoleonico, al quale si ispirarono le successive codificazioni europee dell'Ottocento. Il regime fascista aveva invece adottato una concezione pubblicistica e istituzionalista della famiglia ma asservendola ai fini propri dello Stato, arrivando al punto di prevedere il dovere dei genitori di educare e istruire la prole, oltre che in base ai "principi della morale", in conformità al "sentimento nazionale fascista" (art. 147 del codice civile del 1942 nel testo originario)¹.

Distaccandosi da tali precedenti, i nostri Costituenti intesero invece riconoscere la famiglia come una formazione sociale originaria e primigenia rispetto allo Stato, ma al tempo stesso, trattandone nell'ambito dei "*Rapporti etico-sociali*" (Titolo II, Prima parte) insieme alla scuola (artt. 33-34), ne riconobbero le fondamentali e peculiari funzioni per la promozione e lo sviluppo della persona umana.

2.1. *La nozione di famiglia nella Costituzione*

A differenza di altre Costituzioni contemporanee, la nostra ancora l'istituto familiare ad una sua precisa definizione ("società naturale fondata sul matrimonio"), che fu al centro di un ampio dibattito nel quale si confrontarono le principali anime o correnti culturali rappresentate in Assemblea. Esso vide, da un lato la rinuncia da parte cattolica alla costituzionalizzazione del principio dell'indissolubilità del matrimonio², dall'altro il superamento di alcune posizioni laiche, di matrice liberale e marxista, inizialmente contrarie o diffidenti rispetto all'inserimento della famiglia nel testo costituzionale e soprattutto ad una sua definizione, per la quale invece si batté la componente cattolica.

Alla fine si impose la convergenza su una formula di indubbia matrice meta-giuridica che, richiamando il concetto di natura ma evitando l'appiattimento sulla concezione canonistica, rifletteva un'idea di famiglia teorizzata ed accolta nella tradizione giusnaturalista (l'unione tra un uomo e una donna per la procreazione e l'educazione della prole) e protesa, in modo molto innovativo per l'epoca, all'affermazione di nuovi rapporti familiari informati al principio di eguaglianza tra i coniugi³.

Nel suo complesso, quindi, l'art. 29 Cost. presenta una concezione della famiglia in cui la visione giusnaturalista si coniuga con il riconoscimento del carattere storico di taluni aspetti della sua

¹ Sull'evoluzione storica del regime giuridico della famiglia nell'ordinamento italiano, cfr. G. DALLA TORRE, *Matrimonio e diritto. Saggi di storia del diritto*, Roma 2006.

² Omissione motivata peraltro non da un'esplicita contrarietà al principio dell'indissolubilità da parte di altri settori dell'Assemblea (nessun intervento vi fu a favore dell'introduzione del divorzio), quanto soprattutto dalla rilevata inopportunità di inserire questo ulteriore vincolo nei confronti del legislatore ordinario tenuto conto della già intervenuta approvazione dell'art. 7 Cost., il quale, attraverso l'esplicito richiamo dei Patti lateranensi, aveva assicurato la disciplina canonistica del matrimonio di cui all'art. 34 del Concordato.

³ La formula "società naturale" fu approvata dalla I° Sottocommissione su proposta Tupini-Corsanego, sulla quale si ebbero le seguenti dichiarazioni di voto per la maggioranza: "Dichiarando che la famiglia è una società naturale si intende stabilire che la famiglia ha una sua sfera di ordinamento autonomo nei confronti dello Stato, il quale, quando interviene, si trova di fronte a una realtà che, non può menomare né mutare" (Aldo Moro); "Con l'espressione 'società naturale' si intende un ordinamento di diritto naturale che esige una costituzione e una finalità secondo il tipo di organizzazione familiare" (Giuseppe La Pira). In argomento cfr. *La Costituzione della Repubblica italiana*, a cura di V. Falzone, F. Palermo, F. Casentino, Edizione aggiornata a cura di Sergio Bartole, Milano 1991, 107-109.

disciplina. La famiglia è individuata come una comunità “naturale”, ossia dotata di una propria peculiare fisionomia di carattere meta-giuridico, radicata in una ben determinata concezione antropologica della persona e in una secolare tradizione storico-giuridica, e come tale sottratta al potere condizionante del legislatore, tenuto a rispettarne l’intima natura⁴. Al tempo stesso però, attraverso il richiamo all’istituto matrimoniale come suo fondamento normativo e al principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, all’epoca estraneo alla disciplina civilistica, si apriva uno spazio per l’intervento del legislatore al fine di introdurre all’interno di tale struttura originaria, e nel rispetto dei suoi caratteri essenziali, quei necessari adattamenti resi necessari dalla tutela dei diritti individuali all’interno delle formazioni sociali (cfr. art. 2 Cost.) e dall’evoluzione sociale e culturale del paese.

2.2. Il tema della filiazione

Il tema della filiazione, cui è dedicato l’art. 30, è pure centrale nella ricostruzione del modello di famiglia accolto nella Costituzione. Fondamentale risulta il primo comma, secondo il quale “*è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio*”.

La disposizione, nella sua apparente semplicità, afferma una serie di principi.

Primo fra tutti essa riconosce il *diritto*, non più solo il *dovere* (come nel testo originario del codice civile del 1942), dei genitori di svolgere la loro *funzione educativa* nei confronti dei figli. Sotto questo profilo la disposizione va ad integrare e fornisce un senso allo statuto di autonomia assicurato alla famiglia rispetto allo Stato, individuando nella cura della prole una delle ragioni fondamentali, anche se non esclusiva, di quel *favor familiae* cui è ispirato il testo costituzionale. Ne è conferma anche il fatto che nel successivo art. 31 Cost. le forme di aiuto e sostegno alla famiglia sono specificamente finalizzate alla sua “*formazione*” e all’“*adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose*”, con un esplicito e prevalente riferimento ai compiti nei confronti della prole.

In secondo luogo la disposizione afferma tale diritto e dovere dei genitori anche nei confronti dei figli “*nati fuori dal matrimonio*”, prevedendo altresì che la legge assicuri ad essi “*ogni tutela giuridica e sociale, compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima*”.

Come noto questa tendenziale equiparazione, pur essendo in larga misura già attuata, incontra ancora una serie di limiti nell’ordinamento italiano vigente, primo fra tutti quello del mancato riconoscimento dei legami di parentela del *figlio naturale riconosciuto* con i parenti del padre e/o della madre. Infatti il riconoscimento del figlio naturale produce effetti solo nei confronti del singolo genitore che l’ha effettuato, con una minor tutela rispetto ai figli legittimi sia sul piano dei diritti successori, in quanto gli è precluso succedere a fratelli, zii, nonni, etc., sia per

esempio nella prospettiva di un’adozione del minore a titolo preferenziale da parte di altri parenti, per esempio i nonni, mancando un riconoscimento giuridico di tale legame⁵.

⁴ Espressione di questa peculiare attenzione dell’ordinamento alle esigenze di autonomia della famiglia sono quegli articoli del codice civile, introdotti con la legge di riforma del 1975, che limitano fortemente l’intervento del giudice all’interno della famiglia sia in caso di disaccordo tra i coniugi sulla fissazione della residenza o su “altri affari essenziali”, condizionandolo sempre alla richiesta di almeno uno dei coniugi e senza poter mai assumere carattere autoritativo se non in presenza di una espressa e congiunta richiesta in tal senso da parte di entrambi i coniugi (art. 145), sia in caso di contrasto tra i genitori su “questioni di particolare importanza” concernenti l’esercizio della potestà genitoriale, potendo solo il giudice, sempre su ricorso di uno dei genitori, dopo aver suggerito “le determinazioni che ritiene più utili nell’interesse del figlio e dell’unità familiare” e qualora il contrasto permanga, attribuire il potere di decisione a quello dei genitori che ritiene il più idoneo a curare l’interesse del figlio (art. 316).

⁵ La proposta di unificare lo stato giuridico di figlio, mediante l’abolizione della distinzione tra figli legittimi e figli naturali, già sancita in Germania nel 1997 e in Francia nel 2005, è da tempo auspicata da una parte della dottrina anche in Italia e forma oggetto di proposte di legge già presentate nelle ultime legislature. Secondo alcune di tali proposte essa risulterebbe inoltre conforme all’art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’U.E. proclamata a

2.3. Le politiche di sostegno alla famiglia

Il ruolo che la Costituzione riserva alla famiglia si esprime infine nell'art. 31, in cui si prevede che *“la Repubblica agevola con misure economiche ed altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo”*.

E' noto come tale disposizione, relativa alle *politiche familiari*, sia rimasta largamente inattuata da parte del legislatore nazionale. Le ragioni sono forse in parte dovute al ricordo della legislazione fascista di sostegno alla famiglia e alla natalità, che hanno rafforzato in passato in una parte della cultura e della classe politica italiana un'opposizione preconcepita nei confronti di tale istituto, ispirata ad una sua fuorviante concezione come gabbia degli affetti e freno al progresso civile e sociale del paese. Gli effetti di tale mentalità sono tuttora evidenti nell'ordinamento italiano.

Basti pensare alla nostra legislazione fiscale e alle normative tariffarie di molti enti locali in Italia, che a tutt'oggi tendono a disincentivare la formazione e lo sviluppo della famiglia per i maggiori costi non deducibili derivanti dall'eventuale presenza di figli o di altri familiari, posti integralmente a carico dei soli suoi componenti percettori di reddito.

In tempi più recenti, tuttavia, prospettive nuove, almeno sul piano normativo, sembrano si stiano aprendo in questo settore attraverso alcune *legislazioni regionali*.

Alle Regioni è preclusa ogni potestà normativa in materia matrimoniale e in ordine al riconoscimento di nuove forme di convivenza, stante il vincolo costituzionale di cui all'art. 29 Cost. e la potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di *«cittadinanza, stato civile e anagrafi»* e *«ordinamento civile»* (art. 117, co. 2, lett. i, 1, Cost.)⁶. Nel quadro del più ampio impegno della *Repubblica* a sostegno della famiglia (art. 31, comma 1, Cost.) esse sono invece tenute a concorrere alle politiche familiari nell'ambito delle loro competenze in materia di assistenza e servizi sociali, che incontrano oggi il solo limite del rispetto dei *“livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”*, la cui determinazione è riservata al legislatore statale (art. 117, co. 2, Cost.). In questo ambito si devono già registrare alcuni significativi interventi, come per esempio la legge n. 23/1999 della Regione Lombardia sulle *“politiche regionali per la famiglia”*.

Le legislazioni regionali appaiono però profondamente diversificate tra loro, sia per orientamento ideologico sia per il grande divario di risorse tra le varie aree del paese, e comunque ancora fortemente condizionate dalle ristrettezze della finanza pubblica di trasferimento, in quanto le Regioni, nonostante la nuova formulazione dell'art. 119 Cost., sono tuttora prive in concreto di una reale autonomia finanziaria.

Nella prospettiva di un'effettiva attuazione di tale disposizione costituzionale (art. 31), va peraltro sottolineato come essa non legittima qualsiasi forma di intervento pubblico, ma solo quelli che risultino rispettosi di quello statuto di autonomia assicurato alla famiglia dalla Costituzione. In sostanza il legislatore nazionale o regionale, nell'attuazione del disegno

costituzionale sulla famiglia, non dovrebbe limitarsi a reperire fondi per destinarli genericamente ai servizi sociali, che per lo più erogano mediante apparati pubblici prestazioni individuali, ma individuare specifiche modalità di intervento rispettose di tale autonomia e dei *“diritti della famiglia”*, che la Repubblica si limita a riconoscere in quanto ad essa preesistenti.

Programmi di intervento o forme di sostegno che mirassero, attraverso la predisposizione di appositi servizi pubblici, a *sostituirsi* alla famiglia nell'esercizio di sue fondamentali funzioni invece che a sostenerne le autonome scelte, o che mirassero anche solo indirettamente a

Nizza nel 2000, che vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata sulla *nascita* della persona. Resterebbero però da valutare i possibili effetti sui diritti dei membri della famiglia legittima, espressamente tutelati dalla Costituzione, e sulla stessa tutela dei nascituri fuori del matrimonio, al fine di evitare tentazioni abortive da parte dei genitori o di altri parenti per effetto dell'automatico acquisto dello stato di figlio legittimo.

⁶ Cfr. Corte cost., sentenza n 29 novembre 2004, n. 372.

disincentivarne la “formazione” e l’“adempimento dei relativi compiti”, risulterebbero in contrasto con il disegno costituzionale e con il *favor familiae* da essa previsto, arrivando a prefigurare forme di ingerenza indebita del legislatore sull’organizzazione familiare e sulla stessa dinamica sociale.

3. Alcuni segnali di recupero del modello familiare nel diritto pubblico

Pur tra le mille difficoltà che vivono le famiglie, oggi l’istituto familiare sembra essere oggetto almeno in apparenza, di una rinnovata attenzione da parte del legislatore. Non mancano certo le ambiguità, anche gravi, e su queste richiama l’attenzione il magistero della Chiesa e si concentra il dibattito politico e i mass-media. Ma sembra ormai alle spalle la stagione in cui la famiglia veniva contestata dalla cultura dominante come gabbia degli affetti, e si operava apertamente per la sua disgregazione, in nome di ideologie collettiviste che reclamavano allo Stato o al partito le funzioni tradizionalmente proprie della famiglia. Oggi, forse anche alla luce dei guasti prodotti da tali ideologie e dai crescenti costi sociali riconducibili alla crisi delle relazioni interpersonali, la famiglia sta ridiventando soggetto riconosciuto delle politiche sociali.

Il graduale riconoscimento del Terzo settore (riforme inizi anni ’90: associazioni di volontariato, l. n. 266/1991; cooperative sociali, l. n. 381/1991; ONLUS, d.lgs. n. 460/1997), l’affermazione del principio di sussidiarietà in senso orizzontale nel quadro del potenziamento delle attribuzioni delle Regioni e degli enti locali (l. cost. n. 3/2001) e, sul piano della finanza pubblica, i maggiori vincoli derivanti dalla partecipazione dell’Italia all’unione monetaria europea, hanno posto le premesse per nuove prospettive di sviluppo delle politiche familiari⁷.

Nelle funzioni tradizionalmente proprie (educazione, assistenza e cura, dialogo intergenerazionale) la famiglia, a differenza del passato, appare sempre più come una risorsa e un bene da tutelare, e sempre più lo sarà in futuro, in un mercato globale nel quale la competizione tra sistemi economici nazionali imporrà un progressivo contenimento della spesa sociale. Altro discorso è quello delle risorse economiche messe concretamente a disposizione per un alleggerimento degli oneri familiari, innanzitutto sotto il profilo fiscale, su cui incidono i numerosi vincoli della finanza pubblica e la progressiva espansione della spesa pensionistica.

Si tratta di un’evoluzione del ruolo della famiglia nel diritto pubblico che emerge gradualmente in importanti leggi nazionali di sistema (riforma dei servizi sociali, l. n. 328/2000; legge sulla parità scolastica, l. n. 62/2000; ricongiungimenti familiari, d.lgs. n. 286/1998; riforma dell’adozione, l. n. 149/2001; riconoscimento degli oratori, l. n. 206/2003), ma che tende poi a svilupparsi soprattutto nelle legislazioni regionali, ove la famiglia, fatta oggetto di esplicita promozione e sostegno in alcuni statuti regionali, sembra recuperare un ruolo crescente all’interno delle politiche sociali anche se in un’accezione che mira talora a ricomprendere in essa anche altre realtà di convivenza, poste sullo stesso piano della medesima, privilegiando di essa la funzione di stabilizzazione sociale piuttosto che quella,

prefigurata dalla Costituzione, di crescita della persona in un contesto stabile di complementarietà affettiva e di solidarietà intergenerazionale.

Anche le tematiche bioetiche e gli interventi legislativi in materia di immigrazione, pur al centro di animati dibattiti, concorrono a sottolineare il ruolo privilegiato della famiglia nel creare le migliori condizioni per affrontare le delicate problematiche di inizio e fine vita e il suo ruolo insostituibile nei processi di integrazione delle popolazioni immigrate.

Siamo arrivati al paradosso che quegli stessi che trent’anni fa pronosticavano a breve la scomparsa dell’istituto familiare, oggi reclamano addirittura l’estensione del suo regime giuridico, in realtà dei suoi soli benefici, a nuove forme di convivenza che nulla hanno a che fare con essa. Tutto ciò è contraddittorio e rischia di generare confusione, ma in qualche modo è anche la migliore conferma

⁷ In argomento cfr. G. DALLA TORRE, *Famiglia e diritto*, in *La famiglia soggetto sociale. Radici, sfide, progetti*, a cura di L. Santolini - V. Sozzi, Roma 2002, 157 ss.

della tenuta di un modello sociale che, nonostante l'immobilismo e anzi i colpi inferti nel passato dal legislatore (divorzio, aborto), mostra una capacità di resistenza che non è più possibile non attribuire alla sua effettiva rispondenza ai bisogni dell'uomo e della società.

4. Profili nuovi e aspetti problematici

Sono tuttavia ben noti anche gli aspetti problematici dell'attuale regime giuridico della famiglia e i profili nuovi che emergono dall'evoluzione sociale, e che richiedono particolare attenzione. Ne segnalo cinque.

4.1. *Il fenomeno delle c.d. famiglie allargate o ricomposte*

Il primo è dato dal fenomeno delle c.d. *famiglie allargate o ricomposte*.

La nostra realtà sociale è sempre più segnata dalla presenza di nuclei familiari composti da persone, uno o entrambi i coniugi, con precedenti esperienze matrimoniali alle spalle. A prescindere dalle scelte dei singoli, si tratta di situazioni reali che suscitano problemi non solo nella Chiesa, per quanto attiene alla loro piena partecipazione alla comunione ecclesiale, ma anche nell'ordinamento civile, per quanto attiene soprattutto alla tutela dei diritti dei figli minori e all'esercizio delle funzioni genitoriali all'interno di esse. Ma si pensi anche al problema, su cui tuttora il legislatore è rimasto latitante, della sostanziale assenza di una protezione economica della parte debole in caso di delibazione di sentenza canonica di nullità del precedente matrimonio religioso.

In quanto fondati sul matrimonio (civile, o anche canonico, in quanto preceduto da altro vincolo civile o canonico annullato), questi nuclei familiari e i relativi componenti sono soggetti ai corrispondenti diritti e doveri, ma al loro interno deve farsi spazio anche alla tutela delle relazioni genitoriali, sia sul piano personale che patrimoniale, sorte da una precedente relazione matrimoniale o da un legame di filiazione preesistente. L'urgenza di riservare crescente attenzione a queste situazioni, in costante aumento, è posta anche dalla riforma recente sull'affidamento condiviso dei figli minori (legge n. 54/2006), che porta inevitabilmente quest'ultimi - nel caso che uno o entrambi i genitori si risposino o trovino un altro partner, magari dello stesso sesso - a sentirsi parte di più nuclei familiari, laddove in passato un nuovo matrimonio o convivenza di uno dei genitori poteva essere motivo di affidamento esclusivo all'altro.

4.2. *Le coppie di fatto o mere convivenze*

Problema giuridicamente distinto è quello delle *coppie di fatto* o mere *convivenze*.

L'ipotesi, in un ordinamento come quello italiano, di estendere il modello costituzionale della famiglia ad altre forme di convivenza non costituisce una proposta giuridicamente

praticabile⁸. Non solo per l'esplicito fondamento di tale modello sul matrimonio, che le coppie di

⁸ La giurisprudenza della Corte costituzionale ha sempre negato come regola generale un'equiparazione di trattamento normativo tra famiglia legittima e convivenza *more uxorio*, ribadendo costantemente le ragioni di tale distinzione desumibili dal testo costituzionale. Pur riconoscendo alle convivenze di fatto la natura di formazione sociale ex art. 2 della Costituzione, sul presupposto che "un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche... tanto più in presenza di prole" (Corte cost., sent. n. 237/1986 e 404/1988), già con la sent. n. 310 del 1989 la Corte ha riconosciuto alla famiglia legittima "una dignità superiore, in ragione dei caratteri di stabilità e di certezza e della corrispettività dei diritti e dei doveri che nascono soltanto dal matrimonio", esplicitando un chiaro *favor matrimonii*. Questa posizione è stata costantemente riaffermata dalla Corte in successive decisioni nelle quali ha respinto una serie di ricorsi con i quali, su varie fattispecie, si chiedeva l'estensione di taluni benefici previsti per il coniuge al convivente sottolineando la diversità tra rapporto di coniugio e quello di mera convivenza "fondato sull'*affectio* quotidiana liberamente e in ogni istante revocabile", e precisando che il ricorso all'analogia presuppone "la similarità delle situazioni, la quale, oltre a non

fatto eterosessuali intenzionalmente respingono, ma ancor più per la qualifica della famiglia come “società naturale”, che la rende obiettivamente incomparabile con forme di convivenza tra persone dello stesso sesso⁹.

D'altra parte il fenomeno delle convivenze esiste e l'ordinamento non può del tutto ignorare alcune *specifiche situazioni* che sorgono al loro interno. Non solo per l'eventuale presenza di una prole, da cui derivano precisi obblighi di prestazione a carico dei genitori (art. 30 Cost.), ma anche in ragione di alcune fondamentali istanze di tutela e delle aspettative che possono nascere nel tempo da un reciproco affidamento dei *partners*, che dovrebbero però trovare un fondamento condiviso almeno in un atto di natura negoziale (c.d. contratti di convivenza) al fine di salvaguardare la libertà e l'autonomia decisionale di ciascuno di essi.

Il discorso vale in particolare per le coppie eterosessuali, che attuano propriamente una forma di convivenza *more uxorio* per la quale potrebbero ricorrere *specifiche* istanze di tutela giuridicamente significative¹⁰. Su questa linea la giurisprudenza è giunta di recente ad affermare l'esistenza di obblighi di protezione reciproca derivanti da un rapporto di convivenza stabile prolungata nel tempo anche in assenza di qualsiasi impegno di natura formale¹¹.

Sul punto occorre però essere chiari.

Alla luce dei principi costituzionali sopra richiamati (artt. 29-31 Cost.), la proposta di conferire riconoscimento giuridico a *forme di convivenza* diverse dalla famiglia appare segnata da insuperabili elementi di contraddittorietà, poiché si fonda da un lato sul rifiuto del matrimonio, con i correlativi impegni di natura personale e patrimoniale, dall'altro sulla rivendicazione dei soli diritti derivanti dallo stesso, senza volerne i correlativi obblighi. Né varrebbe a giustificare questa soluzione l'argomento secondo cui essa si limiterebbe ad

ampliare le possibili opzioni offerte alla libera scelta delle persone, nell'implicito presupposto che esse siano equivalenti per l'ordinamento. Ma ciò risulta contraddetto dal fatto che il matrimonio assume nel nostro ordinamento una specifica funzione, costituzionalmente riconosciuta, in ordine sia alla tendenziale stabilità della relazione che ne consegue, sia all'affermazione del principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29, co. 2, Cost.)¹², che assume pertanto carattere imperativo e non si presta ad essere derogato o diminuito mediante il riconoscimento di altre forme di convivenza, più precarie e meno tutelate.

Ciò che si deve perseguire è piuttosto la tutela dei *diritti inviolabili* dell'uomo anche all'interno delle formazioni sociali, quindi anche dei singoli componenti di una convivenza *more uxorio*, non il

essere presente... non è voluta dalle stesse parti”, che nel preferire un rapporto di fatto hanno inteso sottrarsi al complesso di diritti e di doveri derivanti dal matrimonio (Corte cost., sent. n. 166/1998. Sulla stessa linea cfr. sent. n. 8/1996, 127/1997, 352/2000, 461/2000, 491/2000).

⁹ Per Angelo Falzea, uno dei più autorevoli civilisti italiani, la formula dell'art. 29 Cost. implica che “la coppia costituente la base della società naturale della famiglia debba essere una coppia eterosessuale. Che una coppia di omosessuali possa essere configurata nella sua essenza come società naturale è ben difficile ammettere; che possa definirsi società naturale è impossibile affermare senza il rischio di cadere nel paradosso; che possa integrare quella forma di società naturale che l'art. 29 configura come fondamento della famiglia, non può che essere frutto di fantasia giuridica” (A. FALZEA, *Introduzione*, in *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, a cura di G. Frezza, Giuffrè, Milano 2005, 3).

¹⁰ Corte cost., sent. n. 404/1988, che estese al convivente *more uxorio* il diritto del coniuge superstite a succedere nel contratto di locazione.

¹¹ Corte d'appello di Milano, 9 settembre 2009, la quale ritiene che “un rapporto di convivenza prolungato nel tempo, dia luogo a vincoli di dipendenza reciproca, che comportano necessariamente il riconoscimento giuridico dei doveri di carattere sociale sanciti dalla Costituzione, inerenti alla natura del rapporto, che assumono quale contenuto quantomeno il soddisfacimento dei bisogni primari”.

¹² In argomento, cfr. G. GIACOBBE, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca*, Torino 2006, 40 ss.

riconoscimento giuridico di quest'ultima, che si porrebbe in contraddizione con l'art. 29 Cost. Da una mera situazione di convivenza, prolungata nel tempo e adeguatamente comprovata, potrebbero tutt'al più nascere obblighi individuali di assistenza alimentare, delimitati nel tempo (cfr. artt. 129, 129 bis, cod. civ.) e ispirati ai doveri inderogabili di solidarietà (art. 2 Cost.), riconducibili alla sfera dell'autonomia privata dei singoli, non certo equiparabili alla più ampia tutela prevista nel caso di scioglimento del matrimonio, fondata su specifiche norme costituzionali (art. 29) e sul principio della tutela dell'affidamento negoziale. Inoltre si dovrà tenere conto che eventuali interventi normativi *ex ante*, e non come quelli di tipo giurisprudenziale *ex post*, volti a riconoscere alcune specifiche istanze di tutela all'interno della coppia, potrebbero concretamente disincentivare l'approdo al matrimonio, abbassando in questo modo il livello o *standard* di tutela dei rapporti personali e patrimoniali all'interno della coppia come definiti a livello costituzionale.

In ogni caso simili considerazioni risultano poi difficilmente applicabili a convivenze formate da persone dello stesso sesso, che presentano - sotto il profilo giuridico-costituzionale - caratteri sostanzialmente diversi da quelli delle convivenze *more uxorio*.

Basti pensare che solo quest'ultime presentano alcune significative analogie con la famiglia, società naturale; sono potenzialmente sede di esercizio di funzioni - quelle genitoriali - costituzionalmente rilevanti e tutelate (art. 30 Cost.), anche se mancano dell'impegno negoziale tra le parti, con la reciprocità di diritti e doveri e la tendenziale stabilità che ne consegue. Inoltre la convivenza *more uxorio*, soprattutto in presenza di una prole, rappresenta oggi di frequente la premessa di un successivo matrimonio, in particolare quando la coppia consegue condizioni (disponibilità di una casa, lavoro, etc.) ritenute favorevoli, ciò che potrebbe giustificare anche qualche anticipato intervento di sostegno nella prospettiva di promuovere la stessa "formazione" della famiglia (cfr. art. 31 Cost.), che dovrà però essere attento a non disincentivare l'approdo al matrimonio e a salvaguardare il primato della famiglia nelle politiche sociali.

Per le convivenze omosessuali manca invece ogni analogia con il modello costituzionale di famiglia, ed anche l'eventuale riferimento all'art. 2 Cost.¹³ potrebbe risultare problematico o quanto meno fortemente depotenziato rispetto alle convivenze eterosessuali o *more uxorio*, alle quali sono riconosciute funzioni sociali essenziali (art. 30 Cost.) che restano necessariamente estranee ad una coppia tra persone dello stesso sesso. Infatti anche l'eventuale presenza, frutto di un precedente matrimonio o relazione affettiva, di una prole convivente con il genitore che abbia poi avviato una relazione con altro *partner* dello stesso sesso non consente di equiparare quest'ultima ad una convivenza *more uxorio*, né tanto meno ad una famiglia, in quanto la funzione genitoriale spetta alle due figure naturali del padre e

della madre, non certo al nuovo convivente, che in ogni caso non potrebbe mai conseguire l'adozione, riservata dalla nostra legge a coppie coniugate (art. 6, l. n. 184/1983, come modificato dalla l. n. 149/2001).

4.3. La circolazione dei modelli familiari

Il terzo profilo, cui si ricollega anche il tema della rilevanza giuridica delle coppie di fatto, è quello della *circolazione di modelli familiari* estranei alla nostra tradizione, che segnala il declino del principio di territorialità del diritto in ambito familiare.

Il fenomeno riguarda in primo luogo quelle forme di convivenze riconosciute giuridicamente in altri paesi dell'U.E. e i cui *partners* decidano di risiedere in Italia. La giurisprudenza italiana ha fino ad oggi respinto domande di trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di matrimonio contratto all'estero tra omosessuali, laddove previsto (Olanda, Spagna), come pure il riconoscimento di *pacs* o altre forme di convivenza tra cittadini stranieri riconosciute nel loro paese. La giurisprudenza europea (Corte europea dei diritti dell'uomo, Strasburgo; Corte di giustizia della Comunità europea, Lussemburgo) fino ad oggi ha stabilito che il principio di non discriminazione e la tutela della sfera

¹³ Per alcuni (A. Falzea, *op. cit.*, 3-4) potrebbe valere per le convivenze anche il riferimento all'art. 18 Cost. (libertà di associazione), ma quest'ultimo riferimento può sembrare un po' forzato.

di vita personale (diritto alla *privacy*) impone ai singoli Stati di trattare allo stesso modo i *partners* di una convivenza riconosciuta a prescindere dal sesso (anche nel caso di adozione di un minore da parte del partner omosessuale), ma ciò a condizione che il singolo ordinamento nazionale riconosca giuridicamente al proprio interno simili convivenze, pertanto l'Italia non è al momento coinvolta. Ma se il legislatore dovesse riconoscere legalmente talune forme di convivenze, a prescindere dalla loro disciplina aprirebbe un varco alla graduale applicazione della giurisprudenza europea e ad una potenziale espansione dei loro diritti, anche in materia di adozione. Il nostro ordinamento si esporrebbe cioè ad una graduale erosione della sua sfera di sovranità in una materia - quella familiare - fortemente presidiata a livello costituzionale, ponendo le premesse per una grave conflittualità tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo su cui ha di recente richiamata l'attenzione anche il Tribunale costituzionale tedesco, evidenziando nell'attuale *deficit* democratico delle istituzioni europee un limite invalicabile per un'ulteriore espansione dell'ordinamento comunitario che vada a scapito dei principi fondamentali dei singoli ordinamenti degli Stati membri.

L'altro aspetto è costituito dalla diffusione in Italia, per effetto dei costanti flussi migratori, del modello matrimoniale islamico, che pone evidenti problemi di compatibilità sotto il profilo del principio di eguaglianza tra uomo e donna e per quanto concerne l'esercizio della potestà maritale e sui figli. Anche in questo caso la giurisprudenza italiana ha posto fino ad oggi paletti precisi, escludendo in termini generali ogni rilevanza all'istituto poligamico e al ripudio e negando riconoscimento civile mediante trascrizione o iscrizione nei registri dello stato civile a provvedimenti stranieri attuativi di tali principi, ritenuti contrari all'ordine pubblico matrimoniale italiano. Ma la dottrina del multiculturalismo, come già avviene nel Regno Unito, spinge per una parziale deroga ai principi fondamentali al fine di riconoscere crescente spazio all'interno dei singoli ordinamenti nazionali al diritto di famiglia islamico e, attraverso l'istituto dell'arbitrato, alla giurisdizione dei tribunali coranici in materia.

In questo contesto la rivendicazione del riconoscimento giuridico delle coppie di fatto, anche dello stesso sesso, e la pressione di modelli matrimoniali - come quello islamico - molto distanti dalla nostra cultura, concorrono congiuntamente ad insidiare sul piano culturale il primato del matrimonio monogamico ed eterosessuale proprio della nostra tradizione, non solo cristiana ma classica, risalente alle origini della cultura occidentale.

4.4. *La disciplina della procreazione*

Un quarto punto che merita attenzione concerne la disciplina della *procreazione*. In proposito l'ordinamento italiano presenta numerose e crescenti contraddizioni.

Basti pensare da un lato all'ampio riconoscimento dell'aborto, il cui accesso risulterà agevolato con la commercializzazione della pillola Ru 486, e, dall'altro, alla tendenza - che

potrà risultare accentuata per effetto di una recente pronuncia della Corte costituzionale (sent. n. 151/2009) - verso un'interpretazione e applicazione di tipo selettivo e sostanzialmente eugenetico della legge sulla PMA (l. n. 40/2004).

Quest'ultima legge ha riconosciuto anche alle coppie di sesso diverso "conviventi" la possibilità di accedere alla PMA (art. 5, l. cit.; l'adozione resta invece riservata a coppie coniugate, che per la legge presentano quindi maggiore affidabilità, art. 6, l. n. 184/1983, come modificato dalla l. n. 149/2001).

Tale apertura pone da un lato ulteriori esigenze di regolamentazione, che la legge n. 40 limita ai soli profili della filiazione (la procreazione assistita determina il riconoscimento *ex lege* del nato da parte di entrambi i genitori, art. 8, l. n. 40/2004, creando peraltro evidenti disparità di trattamento giuridico tra la procreazione naturale e quella assistita, e quindi a carico del figlio, che paradossalmente risulterà maggiormente tutelato se nato da procreazione assistita) ma che in realtà interessano anche la coppia e i suoi componenti. Infatti il requisito della convivenza, che la stessa legge enuncia senza peraltro definirla, sembrerebbe implicare un reciproco affidamento - quanto meno per il bene della prole - destinato a trovare forme di tutela, magari non necessariamente legali

ma negoziali o giurisprudenziali, all'interno della stessa coppia¹⁴.

Dall'altro problematizza ulteriormente il tema della filiazione, rendendolo sempre più autonomo rispetto alla famiglia e al matrimonio.

4.5. Famiglie e funzione educativa

Infine, uno degli aspetti più preoccupanti dell'attuale situazione della famiglia, in parte riconducibile anche alla frammentarietà del quadro normativo appena evidenziato, riguarda la sua crescente difficoltà ad assolvere alla sua tradizionale e primaria *funzione educativa*, cioè di trasmissione alle nuove generazioni di un patrimonio di valori e di modelli comportamentali su cui costruire il futuro, proprio e dell'intero paese.

Per la verità il testo costituzionale affida il compito educativo ai genitori anche fuori del matrimonio e, in caso di loro incapacità, la legge prevede appositi istituti perché i loro compiti siano comunque assolti (art. 30 Cost.). D'altra parte la c.d emergenza educativa riguarda ormai tutte le agenzie deputate nella società alla formazione dei bambini e dei giovani, tra cui la scuola, le parrocchie, i centri giovanili e le associazioni. Sotto accusa è soprattutto il sistema dei media, che diffonde su larga scala modelli comportamentali superficiali e inadeguati. Ma certamente per la famiglia – oggi spesso latitante nella vita quotidiana dei minori – il problema assume un'importanza centrale, poiché ne mette in discussione quella che storicamente è sempre stata la sua principale funzione sociale e la sua stessa *ratio*. Alcuni arrivano a sostenere che oggi non vi sarebbero più nemmeno le condizioni minime culturali per assolvere a tale funzione, educare sarebbe divenuto impossibile in una società che ripudia ogni sistema di valori proclamandosi relativista.

Il problema non riguarda soltanto la sociologia, la pedagogia o la pastorale, ma anche l'esperienza del diritto, e viene il forte dubbio che, nonostante i principi costituzionali affermati in materia – che insistono sulla centralità della funzione educativa dei genitori (art. 30 Cost.) e sul dovere della Repubblica di sostenere la famiglia nell'adempimento dei suoi compiti (art. 31 Cost.) – anche il legislatore abbia concorso a tale esito.

Basti pensare a quella disposizione del codice civile, frutto della riforma del diritto di famiglia del 1975, che impone ai genitori di educare i figli “tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli” (art. 147, cod. civ.), senza fare alcun riferimento ad un patrimonio di valori e conoscenze da trasmettere loro, quasi che l'esperienza acquisita dai genitori e la rete di affetti sviluppati in famiglia nel dialogo intergenerazionale non abbia nulla da dire nell'azione educativa dei minori. Se intesa in modo isolato, essa rischia di tradurre un modello educativo astratto di tipo autoreferenziale, fondato sulla pretesa

emancipazione dell'individuo dai “vincoli” culturali ereditati dalla tradizione e trasmessi all'interno della famiglia, ma che in realtà svuota la funzione educativa del suo ruolo essenziale di trasmissione di valori, deresponsabilizza i genitori e lascia il bambino e l'adolescente in balia delle sue fragilità e insicurezze, privandolo di punti di riferimento essenziali per la sua maturazione sotto il profilo umano e affettivo.

Ma si pensi ancora ai forti ostacoli frapposti dal sistema normativo alla *continuità educativa* tra famiglia e scuola, resa assai problematica dagli alti oneri aggiuntivi per la frequenza dei figli alle scuole paritarie da parte di famiglie interessate alla trasmissione di determinati valori religiosi e umani.

O alle evidenti contraddizioni tra l'affermata funzione educativa dei genitori e il principio di *autodeterminazione* del minore applicato dal legislatore anche in materie estremamente delicate, arrivando al punto da escludere la previa consultazione dei genitori in ordine a decisioni, come l'aborto della minorenni (art. 12, co. 2-4, l. n. 194/1978), destinate a segnare profondamente lo sviluppo umano e affettivo, quasi che il dialogo con essi potesse compromettere il suo bene personale: residuo di una concezione ideologica fortemente ostile alla famiglia e alla sua funzione

¹⁴ Sul complesso argomento cfr. G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita, in Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, cit., 7 ss.

di sostegno alla maturazione dei figli, in un contesto di affetti e di solidarietà intergenerazionale. Solo di recente sembrano emergere alcuni segnali di ravvedimento da parte del legislatore, per esempio con la legge n. 206/2003 sul riconoscimento della funzione sociale svolta dagli oratori, ove si evidenzia un recupero della dimensione comunitaria dell'azione educativa nei confronti dei minori (la "funzione educativa e sociale" degli oratori viene individuata, tra l'altro, nelle attività finalizzate a favorire la "socializzazione" dei minori, art. 1, co. 2, l. n. 206/2003) e ricompare, sia pure implicitamente, l'idea di una necessaria trasmissione di valori e di regole comportamentali come fondamento dell'azione educativa al fine di contrastare l'influenza di disvalori diffusi nella società (le attività di oratorio sono riconosciute dal legislatore in quanto finalizzate in particolare alla "diffusione dello sport e della solidarietà, alla promozione sociale e di iniziative culturali nel tempo libero e al contrasto dell'emarginazione sociale e della discriminazione razziale, del disagio e della devianza in ambito minorile", art. 1, l. cit.).

Anche alcune recenti riforme scolastiche sembrano muoversi in questa direzione (la reintroduzione del voto di condotta e dell'educazione civica tra le materie ordinarie della scuola pubblica).

Ma su questa strada c'è ancora molta strada da fare.

Paolo CAVANA

Professore associato di diritto canonico ed ecclesiastico

L.U.M.S.A. – Roma (Palermo)