

CAPITOLO 1 - L'EVOLUZIONE DELLA FAMIGLIA DALLA COSTITUZIONE AD OGGI

1.1 La famiglia nei Codici del 1865, 1965 e del 1942

Il Codice Civile italiano del 1865 prese come modello il Code Civil francese del 1804, introducendovi peraltro alcune innovazioni.

Il codice civile conteneva, per la prima volta, una disciplina del diritto di famiglia unitaria ed omogenea che rimase tale per molti anni, fondata su di una concezione istituzionalistica della famiglia portatrice di un superiore interesse.

Venne istituito il matrimonio civile, negando rilevanza giuridica alle nozze contratte con riti religiosi, ma non venne previsto l'istituto del divorzio, perché ritenuto contrario all'interesse della società, che poggiava sul mantenimento della coesione familiare.

Il marito era a capo della famiglia, veniva istituita l'autorizzazione maritale, si introduceva un nuovo sistema patrimoniale che prevedeva la separazione dei beni e veniva formalizzata la patria potestà in capo al padre, ma con il limite del raggiungimento della maggiore età (che al tempo era a 21 anni).

In tema di filiazione non erano riconoscibili i figli adulterini ed incestuosi, era vietata la ricerca della paternità per i riconoscibili; veniva altresì introdotto l'istituto dell'adozione, ma con il divieto di adottare minorenni.

Oltre a ciò si parlava di *patria potestas*, il cui esercizio era esclusivamente assegnato al padre e con una soggezione del figlio quasi totale. Questa ultima, peraltro, era vista in funzione maggiormente pubblicistica piuttosto che di diritto privato.

Questa impostazione rimase tale per molto tempo e si dovette attendere il 1919 per vedere la prima riforma che abrogò l'autorizzazione maritale.

Nel 1929, poi, venne approvata la legge che attribuì effetti civili al matrimonio canonico con competenza esclusiva dei Tribunali della chiesa, assoggettati al diritto canonico, circa la validità delle nozze.

Nello stesso anno vennero concessi gli effetti civili anche ai matrimoni celebrati da ministeri dei culti ammessi nello stato, ma la relativa deroga aveva valore solamente per la forma della celebrazione e non, ad esempio, per la validità degli stessi.

Queste prime due riforme fecero venir meno l'omogeneità del Codice, in quanto parte della disciplina del matrimonio si trovava ora fuori da esso, come pure l'indirizzo unitario che esisteva nello spirito del legislatore.

Vi fu poi una "riscrittura" del codice che diede luogo alla codificazione del 1939; essa rimase, nella sostanza, fedele al modello codicistico del 1865, con l'apporto di alcune innovazioni.

I figli adulterini potevano essere riconosciuti dal genitore non coniugato e, a certe condizioni, anche dal genitore coniugato.

I genitori in buona fede avrebbero, poi, potuto riconoscere i figli adulterini e per quelli riconoscibili sarebbe stata concessa la facoltà di ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità.

Venne modificata anche la normativa dell'adozione, in modo che potessero essere adottati anche i minorenni e venne ridotta l'età per poter contrarre matrimonio.

Infine fu previsto un collegamento che si creò tra il diritto familiare e la normativa assistenziale, che diede luogo - in quest'ottica - al nuovo istituto dell'affiliazione.

Il codice del 1942 presenta un'architettura familiare pressoché simile a quella del codice precedente che fonda la famiglia sul matrimonio e la definisce come un'entità distinta dai singoli componenti della stessa.

Viene ribadita ancora la supremazia del marito e padre considerato come custode e garante dell'unità familiare; viene altresì prevista una tutela giuridica piena attribuita ai figli nati nel matrimonio differente da quella debole accordata a quelli nati al di fuori di esso.

Negli anni '40-'50 vennero abrogate le disposizioni del codice contenenti riferimenti alla razza e nel 1948 entrò in vigore la Costituzione, i cui principi fondanti collidevano con molte delle previsioni codicistiche.

In particolare la posizione di supremazia del marito e padre trovò come ostacolo l'art. 3 della Costituzione che sanciva il principio di uguaglianza giuridica e morale dei coniugi, seppure con la limitazione relativa alla tutela dell'unità familiare.

L'entrata in vigore della Carta Costituzionale portò ad un cambiamento radicale circa le fonti del diritto, perché da quel momento il luogo in cui si trovavano i principi fondamentali del diritto privato non era più il Codice Civile ma la Costituzione medesima.

Quest'ultima presenta caratteristiche molto innovative in tema di diritto di famiglia soprattutto perché proclama l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, nonché per il riferimento ai diritti della famiglia intesa come società naturale, contrariamente al Codice Civile che considerava la famiglia come una comunità.

Gli interpreti della carta costituzionale, in un primo momento, visti i principi rivoluzionari dettati dalla stessa, affermarono che essa aveva una forza travolgente.

Subito dopo, però, ci si accorse che nonostante questa intrinseca "forza rivoluzionaria" della Costituzione, l'eventuale, futura inerzia del legislatore ne avrebbe -di fatto- impedito l'applicazione.

Rimane però da sottolineare come i pilastri del diritto di famiglia rimasero intatti e molti sostenitori della tradizione trovarono fondamento di questo riscontro nello stesso art.29 Cost. e nel limite posto dall'art.30, comma 1 Cost. concernente la tutela dell'unità familiare.

1.2 La stagione delle riforme

Gli anni '60 e '70 furono molto importanti per il diritto di famiglia perché ricchi di riforme legislative, di cambiamenti socio-economici, culturali e

politici che portarono ad evidenziare le contraddizioni scaturenti dal rapporto tra Codice Civile e Costituzione.

Tutto ciò diede inizio ad un percorso di rinnovamento che continua ancor oggi.

Sia i politici che la società stessa capirono che il diritto di famiglia necessitava di una radicale riforma per poter stare al passo con l'evoluzione culturale dell'epoca.

Nel 1967 venne inserita nel Codice civile l'adozione speciale e nel 1970 venne ammesso l'istituto del divorzio con una disciplina ad hoc che ha visto recentemente anche ulteriori novità, come l'introduzione del "divorzio breve". Questo portò ad un crollo della preservazione del matrimonio quale atto istitutivo della comunità familiare (dal quale discendevano le tutele concesse dalla Costituzione), ma schiuse anche le porte alla riforma del diritto di famiglia del 1975.

Quest'ultima modificò diversi articoli del Codice Civile, introducendo uguali diritti e doveri in capo ai coniugi all'art. 143, comma 1; la regola dell'accordo tra coniugi anche in riferimento all'esercizio delle prerogative verso i figli, (art. 316 comma 1 e 2) e portò con sé nuovi principi guida quali l'uguaglianza di trattamento tra figli naturali e legittimi. Questi erano principi comuni a molti paesi Europei che attuarono, nello stesso anno, importanti modifiche normative.

Questa riforma diede attuazione, seppure non in toto, ai principi costituzionali, ed ebbe così inizio il percorso che giunse, poi, a sancire la tutela delle scelte individuali anche a discapito dell'unità familiare.

Nell'alveo della citata evoluzione, nel 1978, fu introdotta nel panorama normativo italiano la legge sull'interruzione volontaria di gravidanza, che sanciva la piena autonomia della donna, anche se coniugata, nella facoltà di scelta sulla sorte del concepito.

Successivamente, nel 2000 entrava in vigore la nuova legge sullo Stato Civile che, all'art 30, prevedeva che dovesse essere rispettata l'eventuale volontà della madre di non essere nominata nella dichiarazione di nascita¹. Questa nuova disciplina poneva, e tutt'ora pone, delicati problemi di contemperamento con il diritto contrapposto del figlio a conoscere le proprie origini che è espressione di *“uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale”*².

In questa medesima direzione si pone, in aggiunta, la L. 164/1982 che riconosce l'interesse di ciascun individuo all'identità sessuale a discapito del consorzio matrimoniale, cui si è previsto lo scioglimento³, o a discapito della stessa unione civile.

Il riconoscimento di tale diritto permette di superare il conflitto tra il sesso attribuito alla nascita e quello risultante dal convincimento successivo.

Le riforme sopra citate portano con sé la tendenza di poter affermare una concezione individualistica del matrimonio ponendo l'attenzione sull'interesse dei singoli e sulla pubblicizzazione degli istituti volti a tutelare il minore.

Alla medesima conclusione si giunge altresì considerando la L. 40/2004 con la quale viene disciplinata la procreazione mediamente assistita. L'impostazione di questa normativa è molto più rigorosa rispetto alle normative di altri paesi europei ma ciò è dovuto al fatto che si vuole tutelare maggiormente il figlio che deve nascere rispetto al desiderio di maternità e paternità dei genitori.

Nel quadro del contesto sopra evidenziato, la tendenza ad ampliare i diritti (asseritamente) fondamentali dell'individuo ha poi portato la Corte Costituzionale a dichiarare incostituzionale il divieto di fecondazione

¹ D.P.R. 30 novembre 2000 n.396, art.30.

² Corte Cost. 20 novembre 2013 n. 278, Cit.

³ Art. 4, nonché art.1, comma 27, legge 20 maggio 2016, n. 76.

eterologa in caso di constatata patologia che causa sterilità o infertilità assolute e irreversibili⁴; la stessa Corte ha poi dichiarato illegittimo anche il divieto di ricorrere alla pratica di procreazione medicalmente assistita per coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili gravi⁵.

L'evoluzione della società e dei costumi della nostra Nazione, non disgiunta dall'opportunità di "allineamento" alle normative nel tempo intervenute in gran parte dei paesi europei ed occidentali, ha imposto al nostro legislatore la necessità di disciplinare anche altre forme di convivenza *more uxorio* (sia eterosessuali che omosessuali), al di fuori della previsione - peraltro assolutamente chiara ed inequivocabile- del modello di famiglia naturale individuata dall'art. 29 Cost.

E' stata così data una lettura estensiva alla Carta fondamentale che ha visto nell'art. 2 della stessa una norma di contenuto aperto in grado di tutelare le diverse formazioni sociali, tra le quali si sono fatte rientrare anche le convivenze etero e omosessuali⁶.

La stessa Corte, mentre in prima battuta ha tenuto un atteggiamento prudente e cauto, ha poi avvallato - con la legge 76/2016- un'ampia e incondizionata apertura verso le convivenze, qualificate come formazioni sociali⁷.

L'istituto dell'unione civile, disciplinato dalla legge ordinaria, ha sancito l'esistenza di una pluralità di modelli anche sul piano legislativo ed ha di fatto alterato ulteriormente il significato tradizionale del matrimonio, inteso come istituto destinato a soddisfare i bisogni e le prerogative di una coppia necessariamente eterosessuale.

⁴ Corte Cost. 10 giugno 2014 n. 162.

⁵ Corte Cost. 5 giugno 2015 n. 96.

⁶ L.Balestra, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto*, in *Giustizia civile*, n.1, 2018.

⁷L.Balestra, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto*, in *Giustizia civile*, n.1, 2018.

Conseguentemente, oggi, l'eterosessualità non risulta più essere elemento necessario ed indefettibile per la realizzazione delle finalità e degli interessi che sono posti a fondamento dell'unione matrimoniale.

Nel quadro evolutivo sopra delineato, un altro passaggio fondamentale è dato dalla L. 219/2012, che ha previsto il nuovo art. 315 Cod. Civ: "*Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*", sancendo così dell'unicità dello *status* di figlio, senza più distinzione tra figlio nato fuori o dentro il matrimonio, che pertanto non riveste più effettiva rilevanza per la determinazione dello stato di figlio.

Anche al riguardo, possiamo sottolineare nuovamente come il matrimonio, concepito nella Costituzione come momento formale necessario per assicurare la tutela degli interessi familiari, abbia di fatto perso il valore attribuitogli - come detto- dall'art. 29 Cost.

La parificazione è avvenuta anche a livello formale e terminologico, con l'eliminazione dei termini "legittimi e naturali" in riferimento ai figli.

Così facendo, la riforma della filiazione ha posto al centro l'interesse del minore.

A partire dal 2014 si è vista, anche, la tendenza a privatizzare le relazioni familiari, specialmente quelle tra i coniugi, e soprattutto nell'ambito della disciplina della crisi coniugale.

Infatti, la L. 162/2014 ha previsto il divorzio, sia per la separazione che per il divorzio, la facoltà per i coniugi di ricorrere all'istituto della negoziazione con l'assistenza di un avvocato per ciascuna parte e previo controllo del pubblico ministero in presenza di figli minorenni (in assenza dei quali vi è la possibilità di formalizzare l'accordo dinnanzi al sindaco avente la veste di pubblico ufficiale).

La L. 55/2015 ha introdotto poi, anche il "divorzio breve" che riduce i termini per poter introdurre la domanda di divorzio da tre anni a dodici mesi dalla separazione, se giudiziale, e a sei mesi, se consensuale.

Per concludere, ci si può porre legittimamente l'interrogativo su quali possano essere i confini del fenomeno familiare, una volta appurato che essi – nella rapida evoluzione sociale in atto - sono sicuramente mobili, in espansione ed in qualche modo fluttuanti; e si giunge alla considerazione che mentre “ab origine” la Costituzione contrastava un Codice che necessitava di un rinnovamento, ora la legislazione ordinaria ha superato l'impianto costituzionale degli artt. 29 e 30⁸.

Mentre all'inizio delle riforme del diritto di famiglia vi era la metafora dell'"arcipelago formato da un'isola grande, che rappresentava la famiglia fondata sul matrimonio, e da isole minori, quali i diversi modelli familiari apparsi nella società, ora si può arrivare a sostenere che l'arcipelago si sia ricongiunto alla terraferma con una nuova giuridicizzazione delle relazioni familiari⁹.

1.3 L'art.29 della Costituzione e le molteplici interpretazioni.

Con l'avvento della Costituzione Italiana il Parlamento si trovò a svolgere un compito importante: “costruire” una definizione di famiglia, assente nello Statuto Albertino, cercando un compromesso tra l'individualismo da un lato e l'idea pubblicistica della famiglia dall'altro, considerando sia i nuovi valori democratici, sia le norme del Codice Civile presenti.

Giorgio La Pira, nel discorso che tenne all'Assemblea costituente l'11 marzo 1947, disse che questa Costituzione “*guardava ai diritti delle persone e delle formazioni sociali*”, mentre Palmiro Togliatti sottolineò che essa era in grado di unire le correnti socialiste, comuniste e cristiane con “*la nuova concezione, non individualistica né atomistica della famiglia, ma fondata sul*

⁸ L.Balestra, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto*, in *Giustizia civile*, n.1, 2018, pp. 245 ss.

⁹ L.Balestra, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto*, in *Giustizia civile*, n.1, 2018, pp. 256 ss.

principio della solidarietà"; aggiunse *"noi vogliamo una Costituzione la quale guardi verso l'avvenire"*¹⁰.

Con la Costituzione venne superata la concezione patriarcale e istituzionale della famiglia, per lasciare lo spazio alla nuova famiglia nucleare e comunitaria, funzionale e solidaristica. Il primato della persona diventò quindi uno dei valori cardini dell'ordinamento e per questo la famiglia si connotava come formazione sociale in funzione della persona singola.

Tutto ciò portò ad un disegno normativo di famiglia delineato dagli articoli 29-31 della Costituzione e dai principi fondamentali degli articoli 2 e 3 Cost..

Innovativo è l'art. 29 Cost., perché si riferisce esclusivamente alla famiglia intesa come fenomeno unitario, prescindendo dai rapporti che intercorrono tra i membri. Questa nuova concezione di famiglia non era mai stata presente nei codici del 1865 e del 1942 che avevano semplicemente regolato i singoli istituti familiari e i singoli rapporti che vi nascevano.

L'art. 29, comma 1. Cost. definisce la famiglia come una "società naturale" e diverse sono state le interpretazioni attribuite a tale articolo.

Alcuni ritengono che con il termine "società naturale" si volesse far riferimento ad una società di diritto naturale, originaria e per questo preesistente allo stato¹¹.

Questa concezione porta a sostenere sia l'esistenza di diritti primordiali e quindi preesistenti rispetto al diritto positivo, sia l'idea che la famiglia costituisca un ordinamento giuridico autonomo, con proprie leggi e diritti che non sono oggetto di intervento dello stato.

Un'altra interpretazione attribuisce al legislatore, quando riconosce la famiglia come "società naturale", l'intento di porre una norma in bianco,

¹⁰ F. Caggia-A. Zoppini, Commentario alla Costituzione-art.29.

¹¹ G. Bonilini, *Trattato di diritto di famiglia*, volume 1, 2015, p. 22.

così da poterla riempire con un significato differente in base al momento storico e sociale in cui ci si trova ¹².

Questa tesi vede anche un'assimilazione dell'art. 29, comma 1, con l'art. 2 Cost., intendendo il termine naturale come sinonimo di sociale; la società naturale altro non sarebbe, dunque, che una formazione sociale tutelata dall'art. 2 Cost. e per questo l'art. 29 Cost. risulterebbe, nei contenuti sostanziali, una mera ripetizione del primo.

Altra opinione, ancora, ritiene che non possa essere ammissibile l'assimilazione dell'art. 29 Cost. con l'art. 2 Cost. e che la famiglia non sia un soggetto giuridico, ma un gruppo sociale spontaneo, non creato dallo stato¹³; essa avrebbe una sfera di autonomia che lo stato stesso deve rispettare, ma che nello stesso tempo dovrebbe soggiacere ai limiti imposti dalla Costituzione.

Una quarta corrente di pensiero ritiene che serva una sistematica interpretazione del primo comma dell'art. 29 Cost. con altri articoli della stessa (per fare degli esempi si citano l'art. 29 secondo comma, l'art. 30 e 31, l'art. 36 e 37 primo comma). Così facendo si ha una molteplicità di garanzie in riferimento ai diritti patrimoniali (e non) dei membri della famiglia e viene garantita l'unità e la certezza delle relazioni.

La famiglia, inoltre, non può essere parificata alle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost, ma deve assumere una posizione particolare e questo viene confermato dal fatto che le si vedono attribuiti i "diritti della famiglia" dallo stesso art. 29 comma 1 Cost.

Quest'ultimo garantisce l'autonomia della famiglia e il suo diritto all'autogoverno.

¹² T. Mancini, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della costituzione*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1963, 1, p.228.

¹³ V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2013, p. 1049.

Cosa si intende per “diritti della famiglia”? Questa espressione viene letta come una sintesi dei diritti dei singoli in quanto partecipi di una relazione familiare¹⁴ e si potrebbe considerare come “diritti degli individui nella famiglia”¹⁵. Tali diritti, quali il contrarre il matrimonio in libertà, educare i figli, essere assistiti dai genitori, sono considerati come insopprimibili esigenze di vita dell’individuo in quanto tale¹⁶.

Si legge, in questo modo, l’articolo 29 in coordinamento con l’articolo 2 della Costituzione e si ottiene un allargamento dell’ambito applicativo della garanzia costituzionale ivi accordata; basti pensare ai molteplici interessi che sono riconducibili all’interno dell’espressione “i diritti della famiglia”, se considerati nella prospettiva dello svolgimento della personalità del singolo nella formazione sociale.

Considerata questa modalità di ragionamento, e facendo un salto in avanti con gli anni, alcuni ritengono che si potrebbe sollevare un dubbio di costituzionalità circa la l. 40/2004, che regola la materia della procreazione assistita, in quanto la negazione al ricorso ad alcune tecniche e l’accesso condizionato ad altre, solleva dubbi di contrasto costituzionale circa il riconoscimento dei “diritti della famiglia” operato dall’art. 29 Cost., se interpretati nella prospettiva dello svolgimento della personalità dei singoli membri e quindi comprensivo, ad esempio, del diritto a procreare in via assistita ricompreso nel diritto ad essere madre.

Si è data così una interpretazione dell’art. 29 Cost. in senso individualistico grazie al collegamento col principio fondamentale dell’art. 2 Cost; interpretazione questa che non era neppure immaginabile dai padri costituenti.

¹⁴ F. Caggia- A. Zoppini, *Commentario alla costituzione-art.29*.

¹⁵ V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall’unità d’Italia a oggi*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2013, p. 1059.

¹⁶ Una ricostruzione differente, invece, vede riproporsi il problema del riconoscimento di una soggettività giuridica in favore della famiglia con la conseguente attribuzione al gruppo di tali diritti.

Di superiore importanza rimane sempre, però, la posizione riservata all'interesse del minore con lo scopo sia di promuovere il diritto al libero sviluppo della personalità, sia soprattutto di rendere il minore medesimo titolare dell'interesse ai processi decisionali che lo riguardano, se dotato di sufficiente capacità di discernimento.

Tornando all'analisi dell'art. 29, comma 1, Cost., deve essere analizzato il significato del riferimento esclusivo alla famiglia "fondata sul matrimonio" con carattere di indissolubilità.

L'opinione comune al tempo in cui venne scritta la Costituzione vedeva il matrimonio come fondamento del diritto di famiglia e ciò comportava l'esclusione della rilevanza giuridica di ogni altra organizzazione familiare, considerata addirittura un illecito, come per l'adulterio.

Questo era il principio cardine che permetteva la tutela della famiglia legittima e che considerava il matrimonio come unico atto produttivo di effetti giuridici; oltre a ciò, va detto che lo stesso Codice Civile riprendeva in toto questa linea interpretativa e che il limite posto dall'art. 30 Cost. aveva come obiettivo quello di marcare la differenza di trattamento tra figli legittimi e naturali, proprio allo scopo unitario di tutelare la famiglia legittima.

Con l'avvento della Costituzione, il matrimonio veniva considerato il fondamento della famiglia legittima, per il significato oggettivo ed intrinseco che tale istituto rappresenta per la società naturale (all'interno della quale esplica i propri effetti).

Il matrimonio viene visto come un'entità storico-reale che esprime una particolare esperienza di vita, avente il proprio fondamento nel rapporto, che viene a crearsi con il matrimonio, e che consiste nella solidale e partecipativa comunione di vita.

Il “rapporto” era sicuramente concepito come relazione un uomo e una donna ma, secondo alcuni,¹⁷ non era legato alla diversità di genere e per questo motivo la stessa Costituzione ,trasportata ai giorni nostri, “potrebbe aprire” il matrimonio anche all’evoluzione dei costumi, dell’ordine sociale, facendo di questo un istituto dinamico e aperto ai cambiamenti.

Solo in epoca recente, a seguito della promulgazione della legge sulle cosiddette unioni civili, la famiglia di fatto è stata fatta rientrare tra le formazioni sociali dove si estrinseca la personalità umana, secondo la previsione dell’art. 2 Cost., ma in molti sostengono che la famiglia di fatto non possa ritenersi equivalente alla famiglia legittima; per converso, parte della dottrina ritiene che un'interpretazione per così dire “estensiva” delle norme costituzionali non escluderebbe ad altre forme di tutela a favore di coppie non coniugate e gli stessi artt. 2 e 3 Cost. renderebbero doverosa questa equiparazione¹⁸.

La difesa della famiglia legittima non può ignorare il pluralismo dei modelli familiari che si è sviluppato attraverso il ricorso al concetto di “*formazione sociale*” nel cui ambito si svolge la personalità umana. Considerando gli artt. 29 e 2 Cost., si potrebbe giungere a riconoscere e tutelare costituzionalmente, anche se indirettamente, alcune forme di convivenza non matrimoniale.

Per questo, pur in assenza dell’atto del matrimonio, non si può escludere che due soggetti possano dare origine ad una comunione di vita materiale e spirituale idonea a realizzare un “aggregato di tipo familiare”, meritevole di assumere rilevanza per l’ordinamento giuridico, in quanto formazione sociale tutelata dall’art.2 Cost.

Nel dibattito attuale per alcuni questo articolo privilegierebbe comunque la famiglia fondata sul matrimonio che crea un rapporto di coppia esclusivo,

¹⁷ V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall’unità d’Italia a oggi*, in Rivista di diritto civile, 5, 2013.

¹⁸ G. Bonilini, *Trattato di diritto di famiglia*, volume 1, 2015, p. 30.

inteso come comunione di vita all'interno della quale si sviluppano i valori etici utili per formare la personalità dell'individuo; per altri¹⁹ il matrimonio avrebbe le stesse caratteristiche della "società naturale", quali esemplificativamente relatività e storicità.

Secondo quest'ultima citata tesi, si potrebbe ricavare una concezione del matrimonio aperta ai processi di revisione sia delle forme sia del regime che di volta in volta si renderebbero necessari.

Il problema che si pone oggi è quello di comprendere come possano essere tutelate quelle relazioni familiari o parafamiliari che si costituiscono al di fuori del matrimonio. Per dare una risposta a questo problema, alcuni studiosi pongono l'attenzione sull'evoluzione della norma costituzionale parallelamente a quella della realtà sociologica; in passato, peraltro, questo tema occupava uno spazio marginale, in quanto l'unica relazione familiare non fondata sul matrimonio era la convivenza *more uxorio* e non era neppure così diffusa.

(vi è da precisare al riguardo che la giurisprudenza ha svolto nel tempo un notevole sforzo interpretativo in tema di convivenza *more uxorio*)²⁰.

La riforma del 1975 del diritto di famiglia, poi, anche se non conteneva alcun riferimento esplicito alla famiglia di fatto, faceva comunque emergere l'esistenza di un diverso modello di famiglia, seppure ancora separata e distinta da quella fondata sul matrimonio. Questo perché la disciplina giuridica della famiglia doveva essere il più coerente possibile con il mutato quadro delle relazioni umane e sociali del momento; all'epoca si era infatti in presenza dell'avvento della società industriale di massa, con un nuovo sistema produttivo che dalla famiglia esigeva una organizzazione dei rapporti personali e patrimoniali funzionali ed omogenei.

¹⁹ F. Caggia- A. Zoppini, *Commentario alla costituzione-art.29*.

²⁰ F.D.Busnelli-M. Santilli, *La famiglia di fatto*, in *Commentario al dir. it. della famiglia*, tomo sesto, 1, p. 755 ss.

Per raggiungere tale obiettivo, la famiglia doveva essere aperta, libera e paritaria, senza ripartizione di ruoli predeterminati e rigidi ma con ruoli interscambiabili e fungibili tra coniugi.

Con tale riforma, infatti, si vide, tra le numerose novità, l'ingresso nell'alveo del diritto di famiglia, della comunione legale, del miglioramento della posizione successoria del coniuge, del principio dell'accordo coniugale per gestire la vita familiare, del passaggio dalla *patria* alla *genitoria*.

Arrivando al giorno d'oggi, nel panorama sociale sono presenti accanto alla famiglia naturale fondata sul matrimonio, così come prevista dall'art. 29 Cost., anche differenti esperienze che vanno dalle convivenze eterosessuali e omosessuali, alle famiglie ricomposte, a quelle poligamiche, alle famiglie monoparentali e etc.

Di fronte a questa nuova realtà, non si può che comprendere come l'art. 29 Cost., sia argomento centrale circa l'interpretazione delle garanzie costituzionali in favore della sola famiglia legittima.

Il disegno costituzionale dettato dall'art. 29 Cost. che in origine prevedeva il formale riconoscimento della superiorità del matrimonio e del ruolo istituzionale della famiglia, deve ora confrontarsi con il progetto di costruire un diritto laico in grado di garantire i diritti di tutti, nel rispetto delle diverse concezioni che accompagnano la vita, la sessualità e la procreazione.

Per alcuni, si dovrebbe giungere alla conclusione che l'idea del matrimonio quale atto costitutivo della famiglia "legittima", risulta oggi superata dal fenomeno delle unioni oramai radicate nella realtà e accettate dalla società stessa ²¹.

Ad una conclusione parzialmente diversa giunge chi ritiene che la nuova interpretazione dell'art. 29 Cost. intenda riconoscere il matrimonio come atto costitutivo del modello familiare fondamentale del nostro sistema

²¹ F.D.Busnelli, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2016, p. 1453.

giuridico, ma che all'interno di quest'ultimo esistano, però, altri tipi di famiglia che non possono non trovare tutela²².

Quanto fin d'ora esaminato, porta alla conclusione, condivisa da parte della dottrina, ma anche da parte della società stessa, di non comprendere la ragione per la quale si debba sminuire l'atto matrimoniale o estendere la stessa disciplina a quei modelli familiari che non si sono istituiti con il matrimonio, essendovi altre alternative percorribili²³.

1.4 Il lavoro interpretativo della Corte Costituzionale

Nella materia che ci occupa, la giurisprudenza costituzionale manifestava, tra gli anni '60 e '70, l'esigenza di una riforma, a livello legislativo, che fosse organica e uniforme, in quanto – come sopra accennato – emergeva palese discrasia tra il sistema familiare delineato dal Codice Civile e quello tutelato dalla Costituzione.

Nel corso dei due decenni citati, si può rilevare come la Corte Costituzionale abbia mutato indirizzi nell'applicare le norme costituzionali. In una prima fase, essa ha cercato di conservare la norma e dare un'interpretazione estensiva e maggiormente vicina sia alla diversa funzione che la famiglia stava assumendo, sia ai diversi rapporti tra familiari che si stavano venendo a formare; in un secondo momento, invece, la Corte ha "cancellato" le norme lesive dei diritti dei membri della famiglia riconosciuti dalla Costituzione.

È rimasto però un "concetto guida" che la Corte non ha mai voluto modificare: la nozione di famiglia intesa come quella fondata sul

²² M. Segni, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 12/2015, pag. 707.

²³ La medesima legge che ha previsto l'istituto delle unioni civili, ha confermato questa linea di pensiero. Alle unioni civili non è stato, per l'appunto, riconosciuta la facoltà di accedere al matrimonio.

matrimonio e costituita da membri legati tra loro da legami di sangue; in altre parole, la famiglia anche detta nucleare.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale ha focalizzato la sua opera principalmente su due linee evolutive, costituite dall'eguaglianza giuridica e morale dei coniugi da un lato, e dalla posizione giuridica dei figli dall'altro.

Quello che a noi interessa analizzare in questa sede è la seconda tematica che vede la Corte dividersi in due momenti interpretativi.

Nel primo si ammette l'esistenza del *favor* per i figli legittimi e si richiama l'attenzione del legislatore per superare tale "problema", in quanto l'art. 30 Cost. non consente - in sé - di procedere in autonomia alla modifica di questa situazione.

Nella seconda fase, invece, che coincide con la fine degli anni '60, dalle pronunce della Corte emerge una nuova concezione di famiglia oltre al riconoscimento al figlio naturale di ogni tutela giuridica e sociale; non si fa più riferimento alla semplice e generica difesa che era concessa, in precedenza, ai tali figli.

Si asserisce che i figli naturali fanno parte della famiglia, anche se non di quella legittima delineata e tutelata dagli artt. 29-30 Cost.

Si può notare un cambiamento radicale, al tempo, che pone le basi per quella che sarà la riforma del diritto di famiglia.

La Corte opera un cambiamento radicale che si concretizza non solo in una interpretazione delle norme del Codice Civile in modo coerente con il cambiamento a livello sociale e culturale e aderente alla Costituzione, ma anche in provvedimenti che dichiarano la declaratoria di incostituzionalità di alcune norme.

Una riforma importante è la l. 4 maggio 1983 che, grazie all'istituto dell'adozione, garantisce il diritto del minore ad una famiglia in grado di prendersi cura di lui, amarlo e crescerlo.

Con tale nuova normativa, si introduce un nuovo modello familiare, basato non più su vincoli di sangue, ma sull'accoglienza di chi si trova in difficoltà.

Se la famiglia legittima, dunque, rimane sempre il modello costante di riferimento anche per la Corte Costituzionale, nella società si evolvono e si creano con rapidità numerosi tipi di "famiglie".

Questi nuovi modelli familiari trovano il loro fondamento in vincoli giuridici diversi dal coniugio, come nel caso delle famiglie "ricombinate", in rapporti di convivenza, rapporti di procreazione moderni, come la fecondazione assistita e la gestazione per altri, in rapporti omosessuali e in rapporti di sopravvivenza, come la convivenza tra anziani.

La Corte si è assunta quindi il compito di tutelare queste situazioni di fatto, nei limiti consentiti dal diritto comune (si pensi, esemplificativamente, al diritto di succedere nel contratto di locazione che venne riconosciuto in favore del convivente del conduttore deceduto²⁴).

1.5 Il dialogo tra Unione Europea e Diritto interno

Inizialmente in ambito Europeo mancava un unitario ed omogeneo sistema di regole e principi uniformi, nella materia che ci occupa, che potessero essere condivisi con gli Stati membri.

Per quanto il modello maggiormente "praticato" in Europa fosse quello della famiglia fondata sul matrimonio e costituita da una coppia eterosessuale, non erano pochi gli Stati membri che ammettevano anche le convivenze non matrimoniali, sia eterosessuali che omosessuali, sia registrate che non, il matrimonio omosessuale con discipline variamente diversificate²⁵.

²⁴ Corte cost. 7 aprile 1988, n. 404.

²⁵ V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unitati d'Italia ad oggi*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2013.

Per questo, le Istituzioni europee, anche se sprovviste di una diretta competenza normativa nell'ambito familiare, hanno comunque posto in essere interventi normativi volti ad adottare misure per armonizzare e rendere maggiormente compatibili le normative degli Stati membri utilizzando, inizialmente, strumenti del diritto internazionale privato.

Si vedano, quale esempio, il Regolamento n. 2201/2003 in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, il Regolamento n. 4/2009 in tema di obbligazioni alimentari e il Regolamento n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

Quello che però si rendeva auspicabile ed opportuna era una regolamentazione uniforme della famiglia non tanto sul piano internazional-privatistico, quanto su quello del diritto sostanziale, mediante l'adozione di una apposita disciplina materiale di diritto sostanziale in grado di fissare principi direttivi che realizzassero un punto di equilibrio iniziale e "ragionevole" tra le diverse realtà familiari nazionali, per poi creare un modello europeo che fungesse da minimo comune denominatore per tutti gli Stati²⁶.

Il Parlamento europeo infatti, ha provveduto a sollecitare l'Unione circa gli interventi normativi diretti anche nell'area del diritto di famiglia, in ordine a questioni di particolare sensibilità, quali il riconoscimento alle coppie omosessuali della facoltà di contrarre matrimonio o altro istituto giuridico equivalente, come pure il diritto alla genitorialità anche mediante adozione da parte di single.

Analizzando le fonti legislative del diritto di famiglia, non si può non notare la palese antinomia che emerge tra i principi della Costituzione Italiana da un lato, e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, anche denominata Carta di Nizza, dall'altro.

Occorre precisare che la Carta di Nizza è stata approvata dal Parlamento europeo il 14 novembre 2000 e pubblicata formalmente circa un mese

²⁶ V. Scalisi, *"Famiglia e famiglie in Europa"*, in Rivista di diritto civile, 1, 2013.

dopo, ma ha acquistato il medesimo valore giuridico dei trattati, e quindi è pienamente vincolante per gli Stati membri, con il Trattato di Lisbona entrato ufficialmente in vigore l'1 dicembre 2009.

La Carta di Nizza è nata con lo scopo di *“rafforzare e rendere più visibili i diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale, degli sviluppi scientifici e tecnologici”*, come si nota in modo inequivocabile dal Preambolo.

Al suo interno sono molte le disposizioni relative alla famiglia e tra le libertà fondamentali tutelate dal capo secondo, vengono - a titolo esemplificativo - riconosciuti *“il diritto al rispetto della vita privata e familiare”* all'art 7, e *“ il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia... secondo le leggi nazionali che ne garantiscono l'esercizio”*, all'art. 9.

Si può notare come il diritto di sposarsi viene riconosciuto in modo autonomo e distinto rispetto al diritto di fondare una famiglia e questo sta a significare che vi è un'apertura nei confronti delle famiglie di fatto, visto che il diritto di fondare una famiglia trova tutela anche al di fuori dei vincoli formali del matrimonio.

In relazione a ciò, la Carta di Nizza rappresenta l'evoluzione del corrispondente principio contenuto nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali.

Questa Convenzione ,che è stata firmata a Roma nel 1950 ed è stata ratificata dall'Italia con L. 4 agosto 1955 n. 848, sancisce all'art. 21 il divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e riconosce, all'art.12, a *“uomini e donne in età adatta, il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto”*. Questo sembra indicare che il primo diritto sopra citato (ovvero il diritto di sposarsi) sia in funzione del secondo (vale a dire il diritto di fondare una famiglia).

La Carta di Nizza è stata in grado di superare questa impostazione e instaurare conseguentemente l'autonomia dei due diritti, facendo venire meno il riferimento alla diversità di sesso degli sposi, così da poter aprire la strada al riconoscimento delle coppie e del matrimonio tra omosessuali.

Con questa Carta, la famiglia che chiunque e comunque ha diritto di fondare (con chi vuole), prende le sembianze di un modo di essere della vita privata che deve a sua volta essere rispettata in quanto espressione della privacy²⁷.

Oltre a ciò l'orientamento europeo ha provveduto a disarticolare la disciplina della famiglia in una pluralità di diritti individuali, in alternativa in base al rapporto tra i singoli soggetti, e di vedere la protezione della famiglia come un concetto generico, avente l'obiettivo di conciliare la "vita familiare" e la "vita professionale" di ogni individuo²⁸.

La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha, poi, ricondotto all'interno della nozione di vita familiare, tutelata ai sensi dell'art. 8 CEDU, le convivenze, anche tra persone dello stesso sesso, cosicché può ritenersi oggi che l'ordinamento consideri familiari anche relazioni che prescindono dal matrimonio.

I diritti sanciti dalla Carta di Nizza, dalla CEDU (nonchè delle successive interpretazioni delle Corti europee) sono stati ritenuti, dalle nostre Corti, come maggiormente idonei a stare al passo con l'evoluzione della realtà sociale rispetto ai principi interni italiani seppure di rango costituzionale, come lo stesso art. 29 Cost.

Un esempio è dato dalla sentenza della Corte di Cassazione²⁹ che, dopo aver comunque confermato la non trascrivibilità nell'ordinamento italiano di un matrimonio omosessuale, validamente contratto all'estero da cittadini

²⁷ Carta dei diritti fondamentali dell'UE, arte. 7 e 9.

²⁸ Per un maggiore approfondimento si rimanda alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, arte. 7, 9, 24, 33.

²⁹ Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2016, p.1455.

italiani, sulla base della normativa vigente in quel paese, ha voluto precisare che tale matrimonio non può considerarsi “inesistente” ma dovrebbe essere qualificato come improduttivo di effetti nel nostro ordinamento, tale argomentazione appare in contrasto con quanto asserito dall’art. 9 della Carta di Nizza che ha sancito la dignità europea del matrimonio omosessuale³⁰.

Il Consiglio di stato ³¹ ha però subito controbattuto alla Corte di Cassazione affermando che si tratta di un atto nullo per il nostro ordinamento e che il diritto al matrimonio omosessuale non sia un diritto fondamentale alla luce dell’interpretazione data dalle Corti competenti, europee e internazionali. Per questo motivo, il divieto del nostro ordinamento di equiparazione del matrimonio omosessuale a quello eterosessuale non appariva configgente con i vincoli europei e internazionali in capo all’Italia.

Da questi due esempi è possibile vedere come gli orientamenti giurisprudenziali non siano sempre stati lineari, ma ciò non impedisce di riconoscere alla nostra giurisprudenza un ruolo importante nella risoluzione dei cosiddetti “casi clinici” che si trovava a risolvere; molto spesso dalla loro risoluzione si creavano delle linee guida fondamentali per i casi successivi.

Doveroso è ricordare anche, che i rapporti omoaffettivi sono sempre stati oggetto di silenzio nella cultura giuridica italiana e che solo all’inizio di questo secolo la dottrina ha iniziato a trattare; ma si è dovuto attendere il 2016 per un intervento legislativo volto a colmare il vuoto normativo.

Si può sostenere, dunque, che il problema giuridico si è spostato, negli anni, dalla famiglia fondata o meno sul matrimonio alla coppia; si evidenziano così i tratti discriminatori tra le persone che formano le coppie eterosessuali, a cui si è arrivati a dire che si riferisce il matrimonio previsto

³⁰ Corte EDU 24 giugno 2010, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2016, nota 36.

³¹ Cons. ST. 26 ottobre 2015, n. 4897, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2016, nota 40.

dalla Costituzione, e le persone che formano le coppie omosessuali ritenute irrilevanti dal punto di vista giuridico.

Il 16 marzo 2000 il Parlamento europeo ha chiesto agli stati di *“garantire alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate ed alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie ed alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali”*³².

Solo all’inizio del 2010 la Corte Costituzionale ha riconosciuto ai rapporti omoaffettivi rilevanza giuridica e dignità di formazioni sociali ai sensi e per effetto dell’art.2 Cost³³

La Corte Costituzionale era stata in particolare investita della questione di legittimità costituzionale delle norme codicistiche che non consentono il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

La Consulta, pur riconoscendo che l’unione tra persone dello stesso sesso può assumere rilevanza giuridica, ha ritenuto che la questione fosse inammissibile, perché riservata alle scelte discrezionali del legislatore.

Quest’ultimo è intervenuto nel 2016 istituendo l’unione civile tra persone dello stesso sesso che, seppur differenziandosi dal matrimonio, introduce una completa regolamentazione giuridica della relazione tra queste persone che è solo in parte sovrapponibile alla relazione tra conviventi di fatto di diverso o dello stesso sesso.

Per continuare con la sentenza della Corte Costituzionale sopra citata vi è da aggiungere che essa ha ritenuto di osservare che sebbene nella nozione di formazione sociale possa rientrare anche l’unione omosessuale, *“intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone, nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il*

³² Art. 56 della Risoluzione del Parlamento europeo 16 marzo 2000 sul rispetto dei diritti umani nell’Unione Europea.

³³ C. cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2016, p. 1460.

riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”, si deve tuttavia escludere che “ l’aspirazione a tale riconoscimento possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio”. A questo si aggiunge che secondo tale Corte “l’art 2 Cost. non impone di estendere alle unioni omosessuali la disciplina del matrimonio civile”.

1.6 Per concludere: le tre fasi del diritto di famiglia

Se si volesse suddividere in fasi l’evoluzione del diritto di famiglia, evidenziandone le caratteristiche e le peculiarità in base al momento storico in cui si trova, si potrebbe giungere ad individuarne tre³⁴.

La prima fase trova il suo fondamento nel pensiero giuridico classico della seconda metà del Diciannovesimo secolo, vede come principale esponente F. K. v. Savigny e dura fino alla prima metà del Ventesimo secolo. Questa prende il nome di fase classica del diritto di famiglia e riprende l’idea savignana circa il rapporto tra diritto positivo, diritto naturale e morale nella disciplina delle relazioni familiari.

Il ruolo del diritto positivo, inteso come diritto prodotto dalla volontà dell’uomo, è marginale mentre è preponderante quello rivestito dal diritto naturale in termini di disciplina e dalla morale con funzione di orientamento dei primi due, e di evitare le deviazioni che sono insite nella natura e nell’istinto dell’uomo.

La seconda fase, invece, è definita sociale e inizia verso i primi decenni del Ventesimo secolo. Essa vede valorizzata la funzione della famiglia all’interno della società al solo scopo di giustificare un allargamento dei poteri di intervento dello stato nel diritto di famiglia per tutelare o promuovere particolari finalità definite in base alle ideologie e culture politiche prevalenti in un certo momento in un dato ordinamento giuridico.

³⁴ F. Caggia, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2017, p. 1572 ss.

La terza fase, infine, è quella attuale del diritto di famiglia che vede una mescolanza di alcune caratteristiche di ambedue le precedenti fasi e la presenza di due "guide" che rispettivamente sono i diritti umani di fonte sovranazionale e il pluralismo dei modelli familiari.

Il riconoscimento delle nuove forme di famiglia si realizza anche attraverso il ricorso alle clausole generali e in particolare al miglior interesse del minore; ma c'è da aggiungere che l'articolazione di questi nuovi e molteplici modelli familiari è possibile anche grazie all'innovazione biotecnologica, come l'uso delle tecniche di procreazione assistita, che permettono alle coppie omosessuali di realizzare il loro progetto genitoriale.

Entrambi questi elementi concorrono a creare nuove e diverse forme di organizzazione familiare che mettono in discussione alcuni dei canoni che caratterizzano la famiglia tradizionale; si pensi ad esempio alla bigenitorialità e all'eterosessualità.

Per quanto concerne la centralità dei diritti umani, invece, si può affermare che lo stato ha attualmente un approccio di mera regolamentazione limitata all'ascrizione dei diritti ai componenti del nucleo familiare.

Questi diritti umani sono delle vere e proprie garanzie che trovano sede nelle carte internazionali e sovranazionali e che vengono applicati dalle corti utilizzando tecniche interpretative in grado di garantire la maggiore tutela di tali diritti effettuando, però, un bilanciamento tra interessi che spesso si trovano in conflitto tra di loro.

Questo conflitto deriva dal fatto che molto spesso le fonti di questi diritti fondamentali, oltre che a riconoscerli e prescriverne il rispetto, prevedono delle limitazioni e eccezioni lasciate alla gestione concreta del singolo Stato.

Un caso esemplare sono gli artt. 8 e 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'art. 8 sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare al fine di tutelare il soggetto dalle ingerenze dello stato, ma al

contempo riconosce al potere di quest'ultimo la legittimità di intervento in presenza di motivi tipizzati.

L'art. 12 prevede invece il diritto di sposarsi e di costruire una famiglia ad ogni uomo e donna in età ma rinvia la concreta declinazione di questa garanzia al potere normativo del singolo stato.

Da questi due esempi si nota come vengono senza dubbio riconosciuti i diritti fondamentali delle relazioni umane ma con eccezioni e limitazioni che possono essere nella concretezza molto pesanti e si può arrivare a dubitare circa l'effettività della stessa garanzia.

Ecco che qui si riesce a comprendere come sia centrale il ruolo delle corti che applicano la logica del bilanciamento, della proporzionalità e della ragionevolezza nella risoluzione delle controversie che vedono interessi configgenti; ed ecco che l'interprete dovrà percorrere la stessa logica sia in orizzontale, laddove rilevano più diritti, sia in verticale nel caso di garanzie concesse allo stato ma anche ai soggetti.

1.7 Che tutela viene data al minore a fronte di questi cambiamenti?

Si è visto fin qui come l'ampliamento dell'autonomia dei partner nel disporre del loro rapporto, matrimoniale o di convivenza, ha portato alla privatizzazione delle relazioni familiari e ha dato la possibilità ad ogni individuo della coppia di porre fine al consorzio anche contro la volontà dell'altro; se si aggiunge a questo anche la moltitudine di modelli familiari che si sono venuti ad affermare in questi anni e le diverse tecniche procreativi utilizzabili nel nostro stato o in altri da cittadini italiani, non ci resta che chiederci quali strumenti di tutela debba avere il minore.

Il diritto dei genitori di decidere circa la stabilità familiare e il loro diritto ad essere genitori non può compromettere i diritti dei figli alla cura, all'educazione, alla conoscenza della propria identità genetica, tanto per esemplificare.

Nella prospettiva di direzionare il diritto verso il minore e i suoi bisogni, si è giunti a realizzare una nuova condizione giuridica del minore, non più inteso come soggetto incapace e mero destinatario di protezione, ma come individuo titolare di diritti soggettivi che l'ordinamento deve riconoscere, garantire e promuovere.

Questa attenzione si è vista anche in ambito internazionale e basti ricordare la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, approvata a New York il 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con L. 27 maggio 1991 n. 176.

Questa convenzione predispone un organico e completo statuto dei diritti del fanciullo che impegna gli stati che l'hanno ratificata ad adottare delle misure per realizzarlo.

Uno degli obiettivi nazionali e internazionali è quello di valorizzare la personalità del bambino e per questo si è affermato il diritto di quest'ultimo a partecipare in prima persona alla propria formazione ed alle scelte che lo riguardano.

La stessa Convenzione di New York all'art.9 comma 2, riconosce il diritto di partecipare, a tutte le parti interessate, e far conoscere le proprie opinioni nelle procedure di separazione del figlio dai genitori; mentre l'art. 12 sancisce il diritto del bambino di esprimere la propria opinione su ogni questione che lo interessa, in considerazione della sua età e del suo grado di maturità, direttamente o a mezzo di rappresentante.

All'interno del nostro ordinamento possiamo notare come l'art. 315 bis Cod.Civ, stabilisce che il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore se capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano.

In definitiva, sarebbero gli stessi minori, in base al grado di maturità raggiunta, a definire autonomamente quale sia il loro migliore interesse.

Da questo si può notare come sia cambiata completamente la relazione genitori-figli rispetto a come era disciplinata inizialmente nei Codici.

Altra importante fonte internazionale che tutela l'interesse del minore è la Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale, ratificata dall'Italia con L. 31 dicembre 1998 n. 476 , la quale rappresenta un altro passo verso il riconoscimento dell'identità e dignità di ogni bambino, richiedendo che vengano considerate le sue opinioni, i suoi desideri e di informarlo sulle conseguenze derivanti dalla sua adozione.

Con l'inizio del nuovo secolo ci si è resi conto che non si può parlare solamente di libertà individuali degli adulti come modo di vivere i rapporti familiari, ma è necessario che tali libertà si coordinino con il diritto dei minori a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambe le figure genitoriali, indipendentemente dalla cessazione del rapporto tra i genitori, di ricevere cura, istruzione ed educazione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Entra in gioco quindi quello che la cultura anglo-americana chiama *best interest of the child* e che è stato fin da subito utilizzato dalle nostre corti per risolvere il problema che derivava dalla presenza di molteplici diritti fondamentali appartenenti a diversi soggetti della stessa comunità familiare. Si afferma che nel bilanciare tali diritti, quello che appartiene al minore debba sempre prevalere.

Ma che legame c'è tra questo principio e il concetto di famiglia?

La risposta a questa domanda è molto attuale e non è ancora definita in quanto il panorama giuridico e legislativo non è completo.

Come si è spiegato sopra, stiamo assistendo ad un nuovo assetto di interessi individuali ,che sta in aggiunta spostando l'attenzione dai diritti individuali dei genitori a quelli dei figli e ad una attribuzione individualistica dei diritti della famiglia.

L'interesse alla genitorialità e l'interesse alla procreazione, ad esempio, sono antitetici rispetto alla concezione costituzionale che vede al centro la famiglia come "società naturale".

Si può affermare ³⁵ che è scomparsa la famiglia della tradizione generando una nuova concezione di famiglia e sono entrati in questo scenario il pilastro del contratto e della proprietà.

Per meglio spiegare questi concetti basti pensare alla genitorialità conseguita attraverso l'utilizzo della gestazione per altri che si manifesta attraverso la stipula di un contratto e vede tra gli oggetti dello stesso la proprietà del nascituro.

Questo attuale "strumento" procreativo apre a nuovi modelli di costituzione dei rapporti familiari e crea dei problemi giuridici notevoli per il nostro ordinamento giuridico dal momento che il legislatore non ha ancora colmato quello che può definirsi vuoto normativo in questa materia.

Proprio da questo fenomeno possiamo comprendere al meglio quella che prima avevamo definito come terza e attuale fase del diritto di famiglia. Da notare come prevalgono i diritti umani fondamentali di ogni individuo, come il diritto alla genitorialità, a discapito della tradizionale concezione di famiglia.

Nel nostro ordinamento la pratica della gestazione per altri è vietata e tale divieto trova la sua spiegazione proprio nell'art. 29 della Costituzione.

Come potrebbe conciliarsi la famiglia creata attraverso il ricorso alla gestazione per altri e quella fondata sul matrimonio e caratterizzata dall'atto del concepimento?

Il nostro ordinamento sarebbe pronto a vedere così radicalmente mutata la concezione costituzionale di famiglia? E in cosa consiste concretamente il Best interest of the child? In alcune sentenze il principio del supremo interesse del minore è stato utilizzato per negare la trascrivibilità dello status di figlio e procedere dunque con l'adozione dello stesso, mentre in

³⁵ F.D.Busnelli, *Il diritto della famiglia.*, Cit. p. 1468

altre viene considerato come unica *ratio* per la quale si accetta l'attribuzione di tale status in casi di maternità per altri.

Ci si è chiesti allora cosa sia veramente questo principio, fino a dove esso possa arrivare e a cosa possa portare.

1.8 Considerazioni conclusive

Dall'unità d'Italia ad oggi la famiglia ha attraversato un periodo di radicali mutamenti passando da un unico modello di famiglia fondata sull'autorità e sull'importanza della potestà e dei doveri ad una pluralità di modelli familiari con la privatizzazione del rapporto di coppia e la primazia dell'interesse dei figli.

Nel corso del Novecento sono intervenuti significativi cambiamenti nel contesto sociale ed economico, nei valori, nelle ideologie, nell'etica, nel costume, nella concezione della famiglia e dei rapporti familiari. Questi valori non possono non essere tenuti in considerazione dato che il diritto di famiglia è un insieme di regole che incidono su elementi strutturali profondi di una società in un certo momento storico.

In particolare modo dopo l'attuazione della riforma del 2012, concernente lo stato di figlio, risulta radicalmente modificata la nozione di famiglia legale che ora non appare più necessariamente fondata sul matrimonio, considerato che i vincoli giuridici tra i suoi membri prescindono da esso.

Sembra quindi evidente la tendenza di superare la concezione del matrimonio come luogo costitutivo degli *status*, cioè quale elemento fondato della famiglia intesa come struttura giuridica.

Non è più considerata valida, dunque, l'affermazione che la procreazione sia presupposto esclusivo e sufficiente per la costituzione del rapporto giuridico di parentela.

Oggi esiste una entità familiare, fondata su uno *status filiationis* unitario e su relazioni di parentela tra il figlio e i gruppi parentali di ogni genitore, anche

in mancanza di un rapporto giuridicamente regolato tra i genitori e, sicuramente, anche in assenza del matrimonio.

Tutto questo ha portato al passaggio da un rapporto coniugale di tipo autoritario ad uno fondato sull'eguaglianza e sull'accordo; dall'indissolubilità alla dissolubilità del matrimonio come un semplice atto amministrativo; dalla discriminazione dei figli alla loro parificazione; dal disfavore verso le convivenze *more uxorio* alla regolamentazione tutela delle convivenze tra persone di sesso diverso o anche dello stesso sesso.

Inevitabile, quindi, dire che la famiglia ha assunto una formulazione completamente diversa rispetto a quella tradizionale non solo a livello sociale e culturale ma anche giuridico.

Si parla, infatti, di famiglie al plurale per indicare le molteplici espressioni nelle quali la comunità familiare può presentarsi.

A tutto questo però è necessario aggiungere che molto spesso le famiglie si possono trovare in una situazione di crisi familiare che può portare ad una separazione, ad un divorzio o ad uno scioglimento della convivenza.

Allora non ci può esimere dal porre l'attenzione sul minore che si trovi al centro di questa situazione e ricordare come il suo interesse sia quello preminente.