



FAUSTO CAGGIA

Professore associato dell'Università di Enna "Kore"

Per un uso politico del diritto di famiglia comparato

SOMMARIO: 1. Le ragioni di una prospettiva politica degli studi comparatistici nel diritto di famiglia. - 2. La marginalizzazione del diritto di famiglia alla nascita della moderna comparazione come scelta politica. - 3. I valori progressisti come fattore del rilancio dei progetti internazionali di unificazione del diritto di famiglia. - 4. L'uniformazione del diritto di famiglia in Europa come terreno di dialettica politica. - 5. La politica come fattore di trapianto nel diritto di famiglia: l'esempio della circolazione del regime della separazione dei beni tra coniugi agli inizi del Novecento. - 6. Gli interessi politici serviti dal diritto di famiglia nella prospettiva di analisi di D. Bradley. - 7. La legge italiana sull'unione civile e sulla convivenza tra uso narrativo da parte dell'esecutivo e condizionamento della cultura politica.

1. Le ragioni di una prospettiva politica degli studi comparatistici nel diritto di famiglia

Si è detto, di recente, che l'idea di famiglia e del suo regime giuridico, fatta propria da un ordinamento, è espressione dell'ideologia e della concezione politica che caratterizza quell'esperienza in un dato momento storico¹.

Oltre ad essere un suggestivo invito ad approcciare diversamente lo studio del diritto di famiglia, l'affermazione ci fornisce una prospettiva per tentare una risposta al quesito *Who needs comparative law?*, che anima questa discussione. In particolare, stringendo il campo della riflessione ai possibili usi del diritto di famiglia comparato, possiamo domandarci se la natura politica di questa partizione del diritto reagisca sulle applicazioni della comparazione giuridica e se ci fornisca anche qualche elemento di comprensione delle dinamiche sottese ai fenomeni di circolazione dei modelli e di trapianto in questo ambito.

Prima di procedere allo svolgimento di questa riflessione, conviene fare un cenno alla problematicità della relazione tra diritto di famiglia e diritto comparato. Sin dall'origine della moderna comparazione giuridica, il diritto di famiglia è stato negletto all'interno degli studi comparatistici, essendosi progressivamente affermata, nella dottrina, un'indubbia preferenza ad indagare i temi della proprietà, del contratto e della responsabilità civile. Solo negli ultimi decenni si è assistito a un graduale svilupparsi degli interessi della comparazione per questa materia, complice, da un lato, le pressioni verso l'uniformazione del diritto soprattutto in Europa, che ora investe anche questo settore, e la riscoperta, dall'altro, degli studi postcoloniali, che sul versante giuridico trovano nella famiglia uno dei terreni di espressione più fertili².

¹ È l'idea che percorre il saggio di M.R. MARELLA E G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

² Il dato è evidenziato da M.R. MARELLA E G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., pp. 9 s.; sul piano della misurazione empirica un indice può essere rappresentato dalla presenza di contributi di taglio comparatistico nella letteratura che si occupa di diritto di famiglia, tra cui, nel genere delle voci enciclopediche o dei lavori istituzionali, è sufficiente richiamare H. D. KRAUSE, *Comparative Family Law. Past Traditions Battle Future Trends*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, a cura di M. Reimann e R. Zimmermann, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 1099 ss.; D. BRADLEY, (voce) *Family law*, in *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, a cura di J.M. Smits, Elgar, Cheltenham, 2006, pp. 259



L'analisi della curva degli interessi della comparazione giuridica nel diritto di famiglia, sebbene limitata ai suoi momenti più significativi, può rilevarsi una prospettiva utile per comprendere l'incidenza delle scelte politiche o ideologiche maturate nell'ambiente dei giuristi su questa traiettoria e, forse, fornirci qualche elemento utile per leggere alcuni recenti sviluppi.

Proviamo a verificarne gli esiti.

2. La marginalizzazione del diritto di famiglia alla nascita della moderna comparazione come scelta politica

Se si assume come termine iniziale della riflessione, l'origine della moderna comparazione giuridica, che convenzionalmente fissiamo nella data di celebrazione del Congresso di Parigi del 1900, si rimane colpiti da dati empirici di apparente contraddizione rispetto alla posizione del diritto di famiglia negli studi comparatistici di quegli anni.

Il congresso parigino segna un'apertura verso i temi del diritto di famiglia, dove dedica una delle sessioni di diritto civile ai regimi patrimoniali tra coniugi adottati dai diversi sistemi³, senza riuscire a produrre un interesse, negli studiosi del diritto comparato, a coltivare la materia negli anni successivi, nonostante che la sessione congressuale si fosse conclusa con le sollecitazioni di H. Levy-Ullmann a tornare sul tema per verificare quale dei modelli avesse realizzato i migliori risultati sul terreno dell'eguaglianza tra coniugi e dell'emancipazione della donna nel mondo del lavoro⁴.

Quali sono i motivi di questa freddezza della scienza comparatistica verso il diritto di famiglia?

È possibile provare a dare una risposta prendendo in considerazione almeno due argomenti: il primo riguarda il contesto, inteso come clima culturale e metodologico che circonda il diritto di famiglia in quegli anni; il secondo argomento insiste, anch'esso, su una questione metodologica relativa però alla funzione per cui è prevalentemente impiegato il diritto comparato agli inizi del Novecento.

Muoviamo dal contesto.

In questa fase il modello teorico e ricostruttivo elaborato da Savigny nel suo *System*, nella seconda metà dell'Ottocento⁵, esercita un condizionamento profondo sugli sviluppi del diritto di famiglia e, come vedremo, anche sull'agenda della scienza giuridica comparatistica⁶.

Due pilastri teorici di questo modello appaiono decisivi per comprendere questo condizionamento: nella sua teoria, Savigny afferma che il regime giuridico della famiglia è principalmente condizionato dalla morale e dalla tradizione di un popolo, attribuendo così al diritto positivo un ruolo limitato nel determinare il contenuto degli istituti giuridici del diritto di famiglia. Il secondo assunto formulato dal giurista tedesco consiste nel riconoscere al diritto di famiglia una funzione costitutiva: dice Savigny,

ss.; M. ANTOKOLSKAIA, *Comparative family Law: Moving with Times?*, in *Comparative Law. A Handbook*, a cura di E. Örüçü e D. Nelken, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2007, pp. 241 ss.

³ Per un riscontro v. gli atti congressuali raccolti in *Congrès internationale de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900 – Procès-verbaux des séances et documents*, voll. 1-2, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1905-1907.

⁴ La posizione di Levy-Ullmann è riportata in *Congrès internationale de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900 – Procès-verbaux des séances et documents*, vol. 1, cit., pp. 127 ss., in part. pp. 131 ss.

⁵ Il riferimento è all'opera di F. K. V. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, vol. I-VIII, Berlin, 1840-1849, di cui, com'è noto, è disponibile la traduzione italiana curata da V. Scialoja dal titolo *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I- VIII, Torino, 1886.

⁶ Sull'influenza di Savigny nella genealogia del pensiero giuridico classico e sulle sue ricadute nella costruzione del diritto di famiglia v. D. KENNEDY, *Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought*, in *The American Journal of Comparative Law*, 58 (2010), pp. 811 ss.



esso è funzionale alla costruzione di un determinato ordine sociale, con la conseguenza che su di esso insiste un interesse contingente della politica a controllarne gli sviluppi⁷.

Dall'attribuzione di questi caratteri s'intuisce l'adesione da parte di Savigny a una concezione della società e della famiglia di segno conservatore: affermare, infatti, la limitata capacità d'incidenza del diritto positivo significa riconoscere una sorta di "naturalità" della famiglia⁸. Se la famiglia preesiste al diritto, se addirittura essa n'è immune rispetto alle sue incursioni, il suo costume e la sua organizzazione risulta impermeabile alle trasformazioni sollecitate dall'esterno e, in particolare, dal diritto positivo. Nel limitare l'influenza esterna sulla famiglia, Savigny, in sostanza, poneva le premesse perché si diffondesse l'idea del diritto di famiglia come partizione strettamente legata alla tradizione e alla cultura di un popolo e si rafforzasse, allo stesso tempo, un modello di famiglia patriarcale, fondato sulla disegualianza tra i suoi membri e largamente diffuso nella società occidentale in quegli anni⁹.

Veniamo ora al profilo metodologico e funzionale che investe il diritto comparato negli anni all'inizio del Novecento.

Non è, infatti, complesso osservare una ricaduta del pensiero savigniano nelle parole pronunciate da uno dei principali promotori del congresso parigino qualche anno dopo la celebrazione dell'assise. Nel definire i confini dell'unificazione internazionale del diritto, E. Lambert afferma che il diritto di famiglia, al pari del diritto delle successioni, rappresenta un dominio del diritto all'intimità nazionale, luogo di resistenza del particolarismo giuridico, un ambito in cui l'uniformazione non appare percorribile, e forse neanche auspicabile¹⁰.

Al di là del peso specifico che quest'affermazione può avere avuto nell'incidere sulla posizione del diritto di famiglia negli studi comparatistici, la posizione manifestata da Lambert è esemplare in quanto non solo perfetta sintesi del combinato disposto tra modello savigniano e concezione strumentalista del diritto comparato ma soprattutto perché espressiva del suo valore politico.

In quegli anni il diritto comparato si lega, fino quasi a giustificare la sua esistenza sul piano epistemologico, al movimento per l'unificazione internazionale del diritto, con la conseguenza che il ricorso al metodo comparatistico è, in questo senso, da intendersi come *strumentale* all'elaborazione della norma di diritto uniforme¹¹.

Se quindi il diritto di famiglia non è uniformabile, perché prodotto esclusivo del diritto nazionale, diviene di conseguenza poco utile ricorrere alla comparazione dei sistemi di diritto di famiglia. Il risultato politico di questa costruzione appare evidente: sono in questo modo preservate le prerogative dei legislatori nazionali nell'utilizzare il diritto di famiglia per definire l'ordine sociale, così come è scongiurato il rischio di condizionamenti provenienti dai processi d'internazionalizzazione del diritto.

⁷ La classificazione degli istituti di diritto di famiglia è collocata nella traduzione italiana dell'opera di F. K. V. SAVIGNY, nel vol. I, pp. 334 ss. e pp. 345 ss.

⁸ Una concezione che, secondo M.R. MARELLA e G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 19, lascia traccia in alcune delle Costituzioni del primo e del secondo costituzionalismo.

⁹ Sulla natura ideologica di questa costruzione M.R. MARELLA e G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., pp. 5 ss.

¹⁰ Una posizione espressa in E. LAMBERT, *Le droit commun de la S.d.N – Ses organes actuels – Ses organes à venir*, in *Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, I (1928), p. 126 ss.

¹¹ Per comprendere l'intersezione profonda che si produce, in quegli anni, tra comparazione e uniformazione del diritto sul piano metodologico è sufficiente richiamare H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Cambridge, Cambridge University Press, rist. 1971, (ma 1949), p. 173 s., il quale distingue tre fasi nell'elaborazione di un testo di diritto uniforme (*preliminary or exploratory stage, formulatory stage e operative stage*), affidando alla comparazione il compito preliminare di confrontare le regole dei diversi ordinamenti.



3. I valori progressisti come fattore del rilancio dei progetti internazionali di unificazione del diritto di famiglia

Nella dottrina di diritto comparato il clima di freddezza verso gli studi di diritto di famiglia intorno alla materia inizia gradualmente a sciogliersi intorno alla metà del Novecento. Sul mutato atteggiamento incidono di sicuro gli eventi dei conflitti mondiali e il rilancio di uno spirito di cooperazione che investe anche i giuristi. Accanto a questi dati, un ruolo importante dev'essere attribuito ad alcune novità sul piano dei metodi scientifici e in particolare al diffondersi del funzionalismo negli studi di diritto comparato¹².

Il passaggio dall'osservazione del dato formale delle regole alle soluzioni cui esse sono destinate si rivela, per la comparazione, lo strumento tecnico utile per superare il particolarismo giuridico dei modelli di diritto di famiglia e misurarne in concreto la distanza, e quindi rilevarne la convergenza sul piano operativo. Al diffondersi del metodo funzionalista si devono affiancare, per comprendere le ragioni del rinnovato interesse della comparazione per il diritto di famiglia, i processi di diritto positivo e, in particolare, le stagioni di riforma che si aprono nei diversi ordinamenti occidentali dagli anni sessanta in poi. In questa fase il ricorso alla comparazione giuridica è stimolato dall'agenda delle riforme in quanto si prende coscienza che l'osservazione dell'esperienze straniere diviene un utile strumento per i legislatori che decidono di modernizzare il diritto di famiglia nazionale¹³.

Ma è ancora sul terreno dei processi di uniformazione internazionale del diritto che occorre verificare questo rilancio degli studi di diritto di famiglia comparato.

In questo senso appare esemplare la riflessione sviluppata nel saggio di W. Müller-Freienfels dal titolo *The Unification of Family Law* che compare nell'*American Journal of Comparative Law* alla fine degli anni sessanta¹⁴. In questo lavoro l'autore rappresenta un quadro molto diverso dal panorama che le parole di Lambert sembravano preconizzare alcuni decenni prima. I dati che Müller-Freienfels mette in ordine ci restituiscono l'idea che, nonostante il carattere introverso tradizionalmente attribuito al diritto di famiglia, numerosi progetti di unificazione internazionale del diritto di famiglia, soprattutto in ambito regionale, sono realizzati o semplicemente tentati. Nello spiegare l'esistenza di questi fenomeni il giurista tedesco sottolinea l'esistenza di alcuni processi di fondo che hanno rappresentato il terreno fertile perché essi potessero attecchire: dalla seconda metà del secolo scorso gli ordinamenti occidentali conoscono un processo di trasformazione sociale caratterizzato dall'avanzata dell'industrializzazione e dall'emancipazione della donna nel mondo del lavoro, che inevitabilmente incide nell'organizzazione della famiglia e nella sue strutture giuridiche; da qui, sotto il profilo degli elementi istituzionali dei sistemi, i modelli occidentali di diritto di famiglia conoscono un processo di sottrazione all'influenza dei diritti religiosi e una modernizzazione della disciplina ispirata ai valori di libertà, eguaglianza e solidarietà tra i membri del gruppo anche per effetto del costituzionalismo di seconda generazione. Accanto a questi fattori il saggio di Müller-Freienfels registra anche il mutato clima nella scienza giuridica, dove si diffonde, dopo la chiusura dei codici, una considerazione dei principi sovranazionali e

¹² Sull'origine e sui caratteri del metodo funzionalista non è eludibile il rinvio a E. RABEL, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, pubblicato in *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, 13 (1924), pp. 24 ss., e poi raccolto nei *Gesammelte Aufsätze*, vol. III, Mohr, Tübingen, 1967, pp. 1 ss., e la sistemazione operata da K. ZWIGERT e H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, Milano, 1998, pp. 34 ss.

¹³ Il processo è messo in evidenza da M. A. GLENDON, *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the United States and West-Europe*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1989.

¹⁴ Nel vol. 16 (1968), pp. 175 ss.



un senso di appartenenza a una comunità cosmopolita, non chiusa nei confini nazionali, da cui una conseguente ripresa del dialogo comparatistico.

4. L'uniformazione del diritto di famiglia in Europa come terreno di dialettica politica

All'interno dei fenomeni di unificazione regionale una collocazione significativa viene occupata dai progetti che s'inseriscono nel più ampio processo di costruzione di un diritto privato europeo. Nonostante la scelta compiuta dall'Unione Europea di percorrere una uniformazione limitata alla disciplina delle relazioni familiari transfrontaliere, e quindi limitandosi a regolamentare i profili internazional-privatistici del diritto di famiglia, dal 2001, nell'ambito della comunità dei giuristi europei, alcuni tra i principali studiosi della materia si riuniscono nella *Commission on European Family Law*, che lavora sulla redazione di principi di un diritto di famiglia europeo nella prospettiva di fornire modelli di legge a disposizione degli intenti riformatori dei legislatori nazionali o delle istituzioni europee per essere d'ausilio nella redazione dei regolamenti in materia¹⁵.

Per comprendere in che senso anche questo esempio di uniformazione europea riveli sul terreno della dimensione politica del diritto di famiglia, conviene porre l'attenzione sulle premesse teoriche, su cui il dibattito sulla formazione di un diritto di famiglia europeo prende piede e sulle tecniche adoperate per realizzarlo.

I sostenitori della percorribilità di un diritto di famiglia europeo sono persuasi dall'idea che gli ordinamenti nazionali conoscono un processo di spontanea convergenza nel senso dell'adozione di modelli di disciplina informati ai principi di laicità, libertà, autonomia ed eguaglianza dei membri del gruppo familiare. Questo processo sarebbe favorito anche dall'adesione dei singoli ordinamenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che rappresenta un testo condiviso di garanzie fondamentali anche in materia familiare, attecchendosi, attraverso la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, come un fattore di pressione per lo sviluppo dei sistemi di diritto di famiglia¹⁶.

Alla luce di questi dati "la dottrina della convergenza" afferma una visione positivista del diritto di famiglia, affermando che l'evoluzione nel senso dell'adozione di modelli progressisti di disciplina delle relazioni familiari è un processo ineludibile, laddove la sola differenza riguarda i tempi di realizzazione da parte dei singoli ordinamenti. All'interno di questo processo la redazione di progetti di diritto uniforme serve ad anticipare un esito, una volta adottati, che i tempi di trasformazione dei sistemi prima o poi realizzano.

Per quanto riguarda la scelta delle tecniche di redazione dei progetti di diritto uniforme gli obiettivi di promozione di valori progressisti, fatti propri dalla *Commission on European Family Law*, cedono il passo di fronte alle esigenze di raccogliere il consenso di giuristi provenienti da esperienze diverse. Il metodo del *better law*, finalizzato alla selezione della regola che meglio può servire obiettivi di tutela o particolari interessi di natura familiare, si alterna con la tecnica del *common core*, che al contrario individua la linea del compromesso a un livello inferiore di avanzamento della disciplina del rapporto familiare.

I termini della disputa politica si chiariscono se si prendono in considerazione le critiche formulate ai progetti di unificazione del diritto di famiglia in Europa.

¹⁵ Sugli obiettivi e sui metodi di lavoro di questa commissione v. K. BOELE-WOELKI, *The principles of european family law: its aims and prospects*, in *Utrecht Law Review*, 1 (2002), pp. 160 ss. e i contributi raccolti nel volume *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, a cura di Ead., Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2003.

¹⁶ Sul ruolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'inaugurare l'età dei diritti per i sistemi europei di diritto di famiglia e favorirne il processo di laicizzazione D. BRADLEY, (voce) *Family law*, cit., pp. 261 s.



Oggetto di revisione critica sono, in primo luogo, le premesse su cui si fonda “la dottrina della convergenza” e, in particolare, l’idea che i sistemi europei conoscono un processo di evoluzione che si muove lungo una linea ideale tracciata dai valori di progresso e modernizzazione. Quest’assunto, che rivela quasi una concezione savignana del diritto di famiglia, che spontaneamente si manifesta nella storia, viene contestato dall’analisi critica del diritto. Essa argomenta che sul terreno degli sviluppi del diritto di famiglia gli ordinamenti conoscono, al contrario, linee di frattura, laddove i sistemi giuridici ritenuti tradizionalmente progressisti segnalano sorprendenti arresti rispetto all’affermazione di quei valori mentre esperienze caratterizzate da una disciplina delle persone e della famiglia dai tratti conservatori, e quindi da ritardi nel senso della modernizzazione, non si sottraggono, in alcuni momenti del loro sviluppo, all’adozione di riforme di taglio progressista¹⁷.

Anche le critiche alle tecniche di redazione dei modelli europei di diritto uniforme rivestono, in parte, un significato politico. Una visione formalista del diritto sembra condizionare il metodo del *common core*, dal momento che la selezione della regola comune a più ordinamenti tradisce una superficiale considerazione della dinamica interna dei formanti rispetto alla sua elaborazione ed elude la questione della non facile identificazione del rapporto tra regola ed eccezione nei singoli sistemi¹⁸. Su un terreno più strettamente economico e sociale si muovono le critiche alla tecnica del *better law*, tacciata di scarsa considerazione degli effetti redistributivi delle norme di diritto di famiglia in un ordinamento: può condurre a delle sviste, si afferma, giudicare in astratto quale sia la regola migliore, se non si hanno presenti quali sono le sue ricadute redistributive e le interazioni che il diritto di famiglia presenta con altre branche del diritto e con le politiche pubbliche¹⁹.

5. La politica come fattore di trapianto nel diritto di famiglia: l’esempio della circolazione del regime della separazione dei beni tra coniugi agli inizi del Novecento

Pur investiti da contestazioni e critiche che ne mettono in discussione la legittimità e la reale ampiezza, i fenomeni di convergenza e di unificazione dei sistemi europei di diritto di famiglia concorrono a far emergere un carattere di questo settore, che era stato sostanzialmente negato dalla prima comparazione giuridica: anche il diritto di famiglia, al pari del diritto dei contratti, della proprietà e della responsabilità civile, può essere oggetto di fenomeni di circolazione dei modelli giuridici.

La trapiantabilità del diritto di famiglia viene problematicamente sostenuta in un noto saggio²⁰, in cui si sottolinea che la presenza di caratteristiche sociali omogenee tra gli ordinamenti è un elemento decisivo perché uno stesso modello di diritto di famiglia possa servire gli interessi di paesi diversi, laddove invece la distanza geografica e culturale esistente tra i sistemi si frappone alla circolazione dei modelli giuridici, con la conseguenza che il particolarismo giuridico, inteso come dato emergente dal

¹⁷ Una discontinuità evidenziata da M.R. MARELLA, *L’armonizzazione del diritto di famiglia in Europa. Metodi e obiettivi*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. Panunzio, Napoli 2005, pp. 511 ss., in part. pp. 534 ss., dove alcuni esempi.

¹⁸ Il rilievo in M.R. MARELLA e G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., pp. 127 ss.

¹⁹ Una critica formulata in occasione del progetto di disciplina comune del divorzio e del mantenimento *post-divorzile* elaborato dalla *Commission on European Family Law*, che secondo D. BRADLEY, (voce) *Family law*, cit., pp. 262 s., non considera adeguatamente il fatto che le legislazioni nazionali in materia spesso s’inseriscono in più ampi programmi politici e sono accompagnate da interventi economici a sostegno alle famiglie economicamente più deboli; in questo senso anche M. R. MARELLA e G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., pp. 127 ss.

²⁰ Il riferimento è a O. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *The Modern Law Review*, 37 (1974), pp. 1 ss.



confronto comparatistico tra sistemi, non può essere indicato come un carattere superato del diritto di famiglia²¹.

Vi è quindi, tutt'ora, un grado d'impermeabilità significativo da parte dei sistemi giuridici rispetto alla recezione di modelli stranieri di diritto di famiglia, che si attenua a fronte della presenza di alcune condizioni che ne limitano o favoriscono l'apertura di un ordinamento. Per comprendere le variabili di questa predisposizione occorre interrogarsi intorno ad un quesito, provando a fornire una risposta che ci permetta di analizzare i processi di convergenza per effetto della circolazione dei modelli così come il persistere delle differenze all'interno di un'ipotesi teorica meno generica delle argomentazioni tradizionalmente utilizzate dalla dottrina per spiegare questi fenomeni. Si tratta in sostanza di chiarire se esista un'intima associazione tra il diritto di famiglia e un determinato ordinamento giuridico e, se sì, di comprendere quale sia la natura di questa relazione e cosa questa comporta per l'evoluzione dei sistemi²².

Un tentativo recente di fornire una risposta a questi interrogativi muove dalla considerazione di alcuni esempi formulati da Alan Watson nel suo studio sui trapianti giuridici. A sostegno della sua teoria sull'autonomia dei fenomeni di mutazione giuridica dai fattori sociali e istituzionali di un sistema, egli sottolinea che anche il diritto di famiglia, e in particolare con riferimento ai regimi patrimoniali tra coniugi, non sia estraneo ai fenomeni di recezione, dove è possibile osservare, nella prima metà del secolo scorso, l'adozione di modelli di disciplina di contenuto molto simile in società distanti geograficamente e diverse sotto il profilo dell'organizzazione sociale, così come modelli di regolamentazione dei rapporti patrimoniali di contenuto diverso risultano essere applicati in comunità confinanti e molto simili nel costume²³.

Se al giurista scozzese l'esempio della recezione dei regimi patrimoniali tra coniugi appare come una conferma che le trasformazioni del diritto determinate dai trapianti seguissero una dinamica autonoma rispetto ai fattori sociali e istituzionali di un sistema giuridico, diversa appare la spiegazione a questo fenomeno, di recente, fornita dal comparatista inglese David Bradley. Questi ritiene che la diffusione del regime della separazione dei beni tra coniugi nel diritto inglese e nel diritto russo nel periodo imperiale e in quello appena successivo alla rivoluzione bolscevica, con l'adozione del codice della famiglia del 1918, si può spiegare con la circostanza che questo modello si rivela funzionale agli interessi dei ceti alti borghesi dell'Inghilterra vittoriana e dell'aristocrazia zarista e all'affermazione dell'idea di eguaglianza e del valore dell'autodeterminazione della società che pervade il primo socialismo russo.

Si rovescia in questo modo la tesi watsoniana con riferimento al diritto di famiglia, nel senso che la scelta del regime patrimoniale nella disciplina del matrimonio appartiene alle decisioni politiche che classi sociali o *élites* al potere possono compiere in un sistema in un dato momento storico. Una conferma di questa tesi viene proprio dall'osservazione degli sviluppi del diritto di famiglia nelle fasi successive del socialismo russo: non è, infatti, casuale che questo modello di disciplina sia stato sostituito dal regime della comunione dei beni, quando l'idealismo socialista della fase originaria viene soppiantato dal pragmatismo dell'Unione Sovietica e dalle politiche di limitazione della libertà contrattuale e di protezione della donna²⁴.

²¹ In particolare cfr. gli esempi fatti da O. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, cit., pp. 13 ss.

²² I due interrogativi sono formulati da D. BRADLEY, *Family law*, cit., p. 263.

²³ Gli esempi sono riportati in A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, The University of Georgia Press, Athens, 1993 (ma 1974), pp. 107 ss.

²⁴ In questo senso D. BRADLEY, (voce) *Family law*, cit., p. 267.



6. *Gli interessi politici serviti dal diritto di famiglia nella prospettiva di analisi di D. Bradley*

La spiegazione fornita in merito alle ragioni della circolazione del regime di separazione dei beni tra coniugi è il dato di partenza da cui D. Bradley ulteriormente approfondisce la natura della relazione che il diritto di famiglia istituisce con un ordinamento. La natura di questa relazione è strettamente politica in quanto il diritto di famiglia, sottolinea il giurista inglese, è uno degli strumenti principali in possesso dei legislatori per realizzare obiettivi politici e di politica del diritto, con la conseguenza che in questa dimensione devono essere collocate le ragioni sottese ai trapianti giuridici in questo settore, così come spiegare i peculiari adattamenti che la recezione di un modello straniero può subire.

La natura politica della relazione tra diritto di famiglia e sistema giuridico è non solo confermata dall'osservazione dell'evoluzione e delle riforme adottate da alcuni ordinamenti giuridici europei negli ultimi trent'anni ma l'elencazione dei diversi interventi e la loro considerazione nel contesto politico e istituzionale permettono di sottolineare i molteplici interessi di natura politica serviti dal diritto di famiglia.

Si prenda l'esempio delle riforme della disciplina del mantenimento *post*-divorzile realizzate nel diritto svedese alla fine degli anni settanta, che hanno comportato una riduzione della prestazione economica somministrata alla donna. Esse manifestano un'importanza che non si esaurisce nella regolamentazione dei rapporti di diritto privato ma sono esemplari per comprendere l'utilità del diritto di famiglia a perseguire scelte di politica economica.

La riduzione del mantenimento economico in Svezia aveva, infatti, la finalità di favorire l'indipendenza dalla donna e la sua emancipazione dalla dipendenza economica dall'*ex* marito ed era contestualmente accompagnato da interventi di riforma nel mercato del lavoro per rendere le sue strutture e la sua organizzazione più disponibili all'inserimento del soggetto femminile, secondo programmi di politica del diritto che hanno caratterizzato la fase della così detta "offensiva socialista" vissuta da questo paese agli inizi degli anni settanta²⁵.

L'esempio apportato alla discussione non è solo utile a comprendere questa prima applicazione del diritto di famiglia nel disciplinare gli interessi di natura politica, che emergono in un ordinamento, ma è altresì significativo per comprendere come la funzione degli interventi in questa materia e la loro operatività in un dato sistema non possono essere valutate esclusivamente a fronte di un'analisi astratta dei modelli, ma devono essere necessariamente considerate alla luce delle connessioni che tali interventi presentano con altri settori o branche del diritto, come, nell'esempio formulato poc'anzi formulato, la disciplina del mercato del lavoro nell'ordinamento svedese.

Il significato politico del diritto di famiglia non si limita semplicemente alla realizzazione di obiettivi di politica economica, un dato peraltro noto al giurista, o come espressione di una particolare cultura politica. Interventi in questo ambito possono servire anche a rinforzare o a giustificare una determinata narrazione o un determinato discorso politico.

A tale proposito si prenda l'esempio della legislazione a sostegno della condizione dei minori introdotta nel diritto inglese agli inizi degli anni novanta. Questi interventi si collocano all'interno di una stagione di riforme portate avanti da governi di segno neoconservatore, durante la quale sono adottati interventi di privatizzazione di ampi settori dell'economia e di politiche di riduzione della spesa

²⁵ L'esempio è riportato in D. BRADLEY, *A Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation*, in *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, cit., pp. 65 ss., in part. p. 73; un riferimento anche in D. BRADLEY, (voce) *Family Law*, cit., p. 265.



pubblica, mentre il nuovo diritto dei minori serviva, sul piano narrativo, a fornire un'idea civilizzata del "mercato" e a riequilibrare un'immagine pubblica di un governo insensibile alla condizione dei soggetti più deboli²⁶.

7. *La legge italiana sull'unione civile e sulla convivenza tra uso narrativo da parte dell'esecutivo e condizionamento della cultura politica.*

La funzione del diritto di famiglia nel concorrere alla formazione di un discorso politico e i condizionamenti che esso può ricevere da una cultura politica, operante all'interno di un sistema, sono due elementi della nostra riflessione che ora possiamo osservare, nella loro operatività, analizzando una novità che ha interessato il diritto di famiglia italiano.

In particolare s'intende prendere in considerazione la legge 20 maggio 2016, n. 76, che, introducendo l'unione civile destinata ai soggetti omosessuali che vogliono formalizzare la loro relazione e la disciplina delle convivenze fuori del matrimonio tra soggetti eterosessuali e tra omosessuali, ha senza dubbio ulteriormente marcato l'apertura del sistema italiano di diritto di famiglia al riconoscimento del pluralismo dei modelli familiari²⁷.

L'introduzione di una pluralità di modelli familiari disciplinati dal diritto e la conseguente estensione dei diritti di natura privatistica e sociale alle nuove famiglie non merita solo una menzione per l'importanza sul terreno dei processi normativi del diritto di famiglia italiano ma, anzi, richiede un'analisi allargata a considerare il contesto politico per comprendere le ragioni per cui tale processo si afferma in una determinata fase del sistema italiano e qual è il significato politico di questo intervento.

Dietro l'obiettivo dell'allargamento dei diritti alle coppie omosessuali e delle convivenze fuori dal matrimonio è possibile svelare un significato più profondamente connesso ai processi politici degli ultimi anni, se si tengono presente alcuni provvedimenti normativi adottati qualche mese prima dal governo di coalizione in carica in quel momento, composto da forze politiche progressiste e altre di tradizione conservatrice, che si fa promotore dell'iniziativa di legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Similmente a quanto accaduto durante la stagione delle riforme della legislazione inglese sui minori che abbiamo citato, questa legge è introdotta successivamente all'adozione della nuova disciplina del mercato del lavoro con l'emanazione della legge 10 dicembre 2016, n. 183 (c.d. *Jobs Act*), che modifica, tra gli altri effetti, il regime dei rimedi per il licenziamento ingiustificato, spostando il sistema di diritto del lavoro da una tutela reale a una tutela per equivalente del posto di lavoro.

Come osservato nell'esperienza inglese²⁸, anche in questo caso è possibile scorgere nel processo indicato e nella sua tempistica il tentativo di modificare la narrazione politica delle azioni intraprese da un esecutivo e di spostare l'attenzione dall'attacco alle tutele e ai diritti sociali dei lavoratori, introducendo l'elemento retorico e comunicativo dell'attenzione per i diritti civili. Si tratta, in sintesi, del consueto scambio realizzato dalle politiche neo-liberali, che a fronte della riduzione delle tutele sociali e dell'introduzione di criteri di efficienza nella disciplina del mercato offrono la controprestazione di un allargamento dei diritti per minoranze fino a quel momento discriminate.

²⁶ Su questa funzione del diritto di famiglia v. in part. D. BRADLEY, (voce) *Family Law*, cit., p. 265.

²⁷ Sulla presenza di questo carattere, già prima dell'ingresso della legge nel sistema, v. P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, pp. 109 ss. e ripubblicato in *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto di famiglia italiano*, Torino, 2000, pp. 1 ss.; per una diversa lettura del fenomeno del pluralismo F. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 509 ss.

²⁸ Si v. quanto sostenuto nel par. 6 e nella citazione alla nota 26 in questo lavoro.



Al fianco di questo profilo appare interessante sottolineare, ai fini del ragionamento che ci sta impegnando, sottolineare una soluzione di disciplina presente nella legge, che ci sembra un tipico prodotto del condizionamento che una cultura politica può esercitare sulla formazione di una legge di diritto di famiglia.

Dopo una prima fase caratterizzata dall'introduzione di una forma di riconoscimento delle coppie omosessuali alternativa al matrimonio e dall'adozione di regolamentazioni minimaliste sotto il profilo dell'attribuzione dei diritti e orientate a favorire l'esercizio dell'autonomia dei membri per definire il contenuto del rapporto, gli ordinamenti giuridici hanno avviato un percorso di graduale equiparazione della condizione giuridica delle coppie omosessuali allo *status* matrimoniale, approdando, in larga parte dei sistemi, all'introduzione del matrimonio *same-sex*²⁹. Muovendosi in modo coerente rispetto a questa prospettiva anche il legislatore italiano si è ispirato ai modelli di equiparazione tra coppie eterosessuali e omosessuali, dal momento che la legge n. 76 del 2016 richiama l'applicazione della disciplina del matrimonio del codice civile per regolamentare le relazioni tra omosessuali formalizzate con la celebrazione dell'unione civile.

Tuttavia, nel disciplinare gli effetti personali della costituzione dell'unione civile, al comma 11 dell'art. 1, il legislatore riproduce, da un lato, il contenuto dell'art. 143 c.c. sui doveri coniugali ma esclude, dalla formulazione della norma, il riferimento all'obbligo di fedeltà³⁰. Il comma 11 dell'art. 1, così formulato, non produce solo un effetto di disciplina nel rapporto dell'unione civile ma riverbera le sue conseguenze anche nella disciplina del matrimonio eterosessuale e nel sistema di diritto di famiglia: l'esclusione del dovere dalla disciplina dei rapporti personali tra soggetti omosessuali uniti civilmente rimarca implicitamente l'importanza della fedeltà nel matrimonio tra soggetti eterosessuali, quasi ribadendone una inderogabilità che appariva superata.

Allo stesso tempo questa scelta di regolamentazione sembra riaffermare la posizione di privilegio del matrimonio, nell'intenzione anche di segnalare, e quindi svolgendo la funzione comunicativa propria della norma di diritto di famiglia, la maggiore serietà dell'istituzione matrimoniale rispetto al vincolo contratto, confinando così, nella labilità degli affetti e dei sentimenti, gli altri modelli di relazione.

Vi sono delle ragioni di natura politica che possano giustificare questa scelta?

La risposta a questa domanda va cercata al livello dell'eterogenea composizione politica del governo, che si fa promotore dell'iniziativa di legge, e in particolare nell'esigenza della componente conservatrice della maggioranza parlamentare di segnalare ai ceti sociali e alle *élites* religiose di riferimento di essere riuscita a tenere una linea di resistenza a tutela della istituzione matrimoniale e nel senso di rimarcarne una differenziazione rispetto agli modelli di relazione.

L'esclusione del dovere di fedeltà dalla disciplina dell'unione civile tra soggetti omosessuali sembra confermarci un dato già emerso. L'analisi causale dei trapianti nel diritto di famiglia dev'essere condotta sul terreno politico e istituzionale in quanto si ha recezione del modello straniero, se esso è funzionale

²⁹ Sull'ambivalente funzione dei modelli di regolamentazione delle coppie omosessuali fondati sul paradigma dello *status* del matrimonio v. le riflessioni di M.R. MARELLA e G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., pp. 94 ss., secondo i quali l'introduzione del matrimonio omosessuale negli ordinamenti segna il declino delle ambizioni di costruire un modello egualitario delle relazioni di coppia e, tuttavia, allo stesso tempo questa scelta opera una funzione redistributiva in quanto l'apertura dell'istituzione matrimoniale agli omosessuali permette un accesso ai benefici sociali tradizionalmente riconosciuti in favore dei coniugi eterosessuali.

³⁰ È, in vero, opportuno precisare che il legislatore dell'unione civile, al pari del dovere di fedeltà, non riproduce l'obbligo alla collaborazione nell'interesse della famiglia, contenuto anch'esso nell'art. 143 c.c., nel presumibile tentativo di non approdare, almeno sul terreno dei testi positivi, a una qualificazione dell'unione come famiglia.



alla realizzazione d'interessi politici, così come, sempre su questo terreno, può essere spiegato il suo adattamento in sede di recezione, e quindi il persistere di differenze tra i sistemi di diritto di famiglia.