



## CRISI DELLA FAMIGLIA E PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ\*

VINCENZO CARBONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La famiglia “in crisi”: concetto metagiuridico. – 3. La globalizzazione della crisi e il vuoto legislativo. – 4. Sguardo di diritto comparato: Spagna, Germania, Francia, Italia. – 4.1. Paesi di *common law*, Stati Uniti e Brasile. – 5. Le origini della crisi: ideologie, etica e scoperte scientifiche. – 6. La precedente concezione: la famiglia legittima come istituzione fino al divorzio. – 7. Conclusioni.

1. La “crisi della famiglia”, rende evidente l’emergere di notevoli, irreversibili, mutamenti intervenuti nei valori, nelle ideologie, nell’etica, nel costume, nella concezione della famiglia e dei rapporti familiari, sottoposti ad una globalizzazione e ad un confronto senza limiti, nonché ad innovazioni scientifiche (DNA, fecondazione artificiale) e tecnologiche (*homo videns*<sup>1</sup> e non più *sapiens*) impetuose e inquietanti.

Di fronte all’inarrestabile rottura della precedente famiglia, unica, legittima, “borghese”, si invoca, a tutela soprattutto dei soggetti più deboli, non l’esistente diritto di famiglia, ma il principio di solidarietà, costituzionalmente ispirato.

La rottura, anche perché vissuta, interpretata e diversamente metabolizzata da generazioni che si susseguono, ha determinato una pluralità di società naturali dette famiglie: “famiglia di fatto”<sup>2</sup> o famiglia naturale, già convivenza *more uxorio* - termine ormai in disuso, ma ripescato nel comma 1 dell’art. 155-*quater*, introdotto dalla l. 54/2006 – “famiglia economica o societaria”<sup>3</sup>, “famiglia ricomposta”<sup>4</sup>, con figli avuti da precedenti rapporti che tuttavia avvertono l’assenza del “terzo effettivo genitore”,<sup>5</sup> “formazioni sociali”<sup>6</sup> in cui all’evoluzione del termine corrisponde anche un radicale

---

(\*) Contributo già pubblicato su “Famiglia e Diritto”, 12, 2012, p. 1 ss.

<sup>1</sup> Sartori, *Homo videns*, ed. XII, Roma-Bari 2010.

<sup>2</sup> Dogliotti, *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VIII, Torino 1992, 188 ss.

<sup>3</sup> Napoli, *Impresa familiare (diritto civile)*, in *Il diritto-Encicl. giur.*, Milano, 2007, vol. VII, 449; De Giorgi, *Fondazioni di famiglia e attività d’impresa*, in *Nuova giur. civ.*, 2005, II, 79.

<sup>4</sup> Mazzoni, *Le famiglie ricomposte: dall’arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta*, in *Dir. famiglia*, 1999, 369.

<sup>5</sup> M. G. Stanzione, *Filiazione e “genitorialità”. Il problema del terzo genitore*, Torino 2010.

<sup>6</sup> Sull’interpretazione delle formazioni sociali, Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, 1604, con nota di Romboli, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*; in *Foro it.*, 2010, I, 1361, con nota di Dal Canto, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale* ed ivi, 1701; con nota di Costantino, *Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempi)*, in questa *Rivista*, 2010, 653; con nota di Gattuso, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Iustitia*, 2010, 311; con nota di Costanza, *La Corte costituzionale e le unioni omosessuali*, in *Resp. civ.*, 2010, 1491; con nota di Morlotti, *Il no della consulta al matrimonio gay*, in *Giur. it.*, 2011, 537; con nota di Bianchi, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*.



mutamento di valori per l'estensione della formazione anche alla convivenza omosessuale sulla quale si sono pronunciate, di recente, tre Corti: Corte europea dei diritti dell'Uomo (24 giugno 2010), Corte Costituzionale (138/2010) e Corte di Cassazione (4184/2012)<sup>7</sup>.

L'irreversibile crisi della “società naturale”, rende “incerta”<sup>8</sup> la famiglia, che resta al di là delle successive denominazioni un luogo di *incontro* e di *vita comune* nel quale la personalità di ogni individuo si esprime, si sviluppa e si realizza attraverso l'instaurazione di reciproche relazioni di affetto e di solidarietà.

La crisi della famiglia produce innegabili ricadute sul piano del diritto, perché occorre opportunamente distinguere tra la “famiglia” che è in crisi e il “diritto di famiglia”<sup>9</sup> che, come si vedrà, non si modifica contestualmente, sia per i rinvii e ritardi del legislatore, sia anche per la peculiarità dei doveri derivanti dai rapporti familiari, alcuni segnati da vincoli di inderogabilità.

Ciò comporta da un lato il non utilizzo delle precedenti e obsolete norme giuridiche, dall'altro l'innegabile ricorso ai principi generali, stante la strutturale compatibilità degli istituti del diritto di famiglia con la tutela generale dei diritti costituzionalmente garantiti. Il richiamo ai principi costituzionali, più generali, e quindi più duttili e più efficienti, si realizza anche attraverso il richiamato “principio di solidarietà”, che nel settore della società familiare prende il nome di “solidarietà familiare” che ispira i componenti della famiglia a comportamenti di correttezza e di buona fede, finalizzati alla prosecuzione, e non alla rottura della famiglia, anche se la società naturale si è modificata o è stata riequilibrata. Il concetto di “solidarietà familiare” è stato metabolizzato sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza che l'utilizza ampiamente a volte esprimendo il concetto più realista di “solidarietà post-familiare”.

---

«È inammissibile, perché diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata ed implica comunque scelte rimesse alla discrezionalità del legislatore, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis* c.c., nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, in relazione agli art. 12 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e 9 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in riferimento agli artt. 2 e 117, comma 1 Cost.». Sullo stesso indirizzo, Cass. civ. sez. I, 15 marzo 2012, n. 418. Colaianni, *Matrimonio omosessuale e costituzione*, in *Corr. giur.* 2010, 845; Pinardi, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova giur. civ.*, 2010, II, 527.

<sup>7</sup> Rescigno, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corr. giur.*, 2012, 861. Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso *Schalk and Kopf v. Austria*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2011, 137; con nota di Paladini, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte cost. n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf v. Austria*. Anche la Corte Suprema Brasiliana il 4 maggio 2011 ha riconosciuto all'unanimità l'unione stabile di coppie dello stesso sesso.

<sup>8</sup> Roussel, *La famille incertaine*, Paris, 1989, 12 ss.

<sup>9</sup> Il concetto è chiaro in Barcellona, *Fam., dir. civ.*, in *Enc. dir.* vol. XVI, Milano, 1967, 780 ove sottolinea «l'esigenza di porre il problema della definizione del concetto di famiglia su un piano nettamente diverso da quello della delimitazione del cosiddetto diritto di famiglia».



Correttezza e buona fede chiamate a governare i rapporti in crisi, sono considerate un unico principio, anche se non era mancato chi sosteneva l'opportunità di una distinzione<sup>10</sup>, finché è apparsa evidente l'endiadi tra i due concetti “diversi anche se complementari in quanto discendenti dal principio generale della solidarietà sociale”<sup>11</sup>. Né va dimenticato che il concetto di buona fede è espressamente richiamato negli artt. 129 e 129 *bis* del codice civile proprio in relazione al rapporto coniugale<sup>12</sup>.

La nuova funzione del principio di solidarietà<sup>13</sup>, applicata alla famiglia in crisi, richiede, quindi, ai componenti della società familiare, comportamenti ispirati alla regola della correttezza e della buona fede, con la finalità di salvare, in un momento di crisi, la società naturale alla base della famiglia e in particolare il rapporto di coppia e quello tra genitori e figli, *senza aggettivi*, preferendo riequilibrare l'*ex* rapporto, evitando conflittualità, non gradite soprattutto ai figli che subiscono, più di tutti, le conseguenze della rottura del rapporto familiare.

Anche se il rapporto interpersonale fisico e affettivo si è frantumato, il dovere reciproco di comportamenti corretti e di buona fede, espressione del dovere di solidarietà sociale, fondato sull'art. 2 Cost.<sup>14</sup>, impone a ciascuno degli *ex* componenti la società naturale, di agire in modo da tutelare e salvaguardare la posizione dell'altro nei rapporti reciproci, evitando abusi e prese di posizioni egoistiche.

Siffatto dovere è ancor più stringente in presenza di figli, perché in tal caso, i genitori sono tenuti ad agire in piena sintonia, pur di raggiungere un risultato, da perseguire concordemente, equo e obiettivo in coerenza con la bigenitorialità e con il reciproco dovere nei confronti dei figli, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi o da espresse previsioni di norme di legge. La regola di solidarietà ha acquisito un notevole rilievo, anche in altri settori del diritto, in quanto pur partendo dall'iniziale valore di precetto morale senza sanzione, è pervenuta attraverso il diritto vivente ad una riconosciuta e condivisa funzione precettiva, riequilibrio il rapporto tra

---

<sup>10</sup> Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano 1948, 789 che ricorda come secondo una parte della dottrina la correttezza era applicabile alle obbligazioni non contrattuali, mentre la seconda alle obbligazioni derivanti dal contratto.

<sup>11</sup> *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 63.

<sup>12</sup> Carbone, *Sul diritto all'indennità da parte del coniuge in buona fede*, in questa *Rivista*, 1996, 115; Ditta, *Buona fede ex art. 129 bis c.c. e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Nuova giur. civ.*, 1991, I, 336.

<sup>13</sup> Quella precedente era ancorata al principio *sum cuique tribuere* ed ispira la disciplina della ripetizione dell'indebito: Relazione al Re n. 262, in cui si richiamano “gli scopi di giustizia e di equità che l'ordinamento giuridico deve realizzare, specie se vuole esprimere dal suo seno *uno spirito di solidarietà*”, in Pandolfelli, Scarpelli. Stella Richter, Dallari, *op. cit.* 674.

<sup>14</sup> Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1965, 162.



le parti, tutelando gli interessi di entrambe, anche se riequilibrati e modificati da quelli originariamente proposti<sup>15</sup>.

2. Occorre convenire su un primo dato certo: nelle legislazioni moderne, ed anche in Italia, manca una definizione giuridica della famiglia.

L'istituzione familiare - lo ricordava Arturo Carlo Jemolo<sup>16</sup> nella relazione all'Università di Catania, nel 1949 - ha *natura metagiuridica*, è “una roccia che il mare del diritto lambisce, ma non attraversa”, tranne quando la famiglia si rompe ed allora i cocci sono circondati dalle regole giuridiche solo per evitare che i componenti dell'ex famiglia diano luogo a lotte illegali alle quali è preferibile, come ricorda Rudolf Jhering, la lotta legale, *ne cives ad arma ruant*.

La famiglia, è una “società naturale” regolata dai principi etici sociali, dal costume, più che dal diritto ed infatti – come precisava Max Kaser<sup>17</sup>, nel convegno all'Università di Trieste nel 1950 - mancano, nelle legislazioni moderne, definizioni della famiglia. Riflettendo sulla profonda trasformazione della famiglia sotto la spinta individualistica e libertaria, Jean Carbonnier, rilevava che anche in Francia “*le droit est una pathologie, le droit matrimonial plus que tout autre*”<sup>18</sup>.

Quindi senza alcuna definizione normativa della famiglia<sup>19</sup>, l'art. 29 comma 1 Cost. afferma: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come “società naturale”, fondata sul matrimonio».

Una riprova è data dalla comparazione degli artt. 3 e 29 della Cost. e dall'inserimento nel comma 2 dell'art. 29 nell'eguaglianza “morale”, prima che “giuridica” tra uomo e donna, spesso trascurata dai commentatori. Se nell'art. 3 Cost. si afferma che tutti i cittadini «hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso», l'ulteriore precisazione “anche morale” nell'art. 29 è dovuta alla scarsa fiducia dei costituenti nelle garanzie formali e quindi alla necessità di rafforzare l'eguaglianza dei coniugi, premettendo come elemento indiscutibile, e quindi come base dell'eguaglianza giuridica, “l'eguaglianza

---

<sup>15</sup> Carbone, *Comportamento secondo correttezza*, commento all'art. 1175 c.c., in *Comm. al c.c. diretto da Gabrielli, Delle obbligazioni*, vol. I, Torino, 2012, 76 ss. Id., *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corr. giur.*, 1994, 566.

<sup>16</sup> A.C. Jemolo, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, Jovene, Napoli, 1949.

<sup>17</sup> M. Kaser, *La famiglia romana arcaica*, in *Conferenze romanistiche*, Trieste, 1950, in *Annali Triestini*, 20 (1952), 43 ss..

<sup>18</sup> Carbonnier, *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, in *Études offerts à Ripert*, Paris, 1950, 525 ss. ed ora, in *Écrits, textes rassemblés par Vernier*, ed. II, Paris, 2010, 205.

<sup>19</sup> Nella seduta del 30 ottobre 1946, i due relatori della Prima Sottocommissione dell'Assemblea Costituente, Camillo Corsanego, (DC) e Leonilde Iotti (PCI), proposero rispettivamente una definizione, il primo, di questo tenore: «lo Stato riconosce la famiglia come l'unità naturale e fondamentale della società, con i suoi diritti originari inalienabili e imprescrittibili concernenti la sua costituzione, la sua finalità e la sua difesa»; la seconda: «lo Stato riconosce e tutela la famiglia, quale fondamento della prosperità materiale e morale dei cittadini e della Nazione».



morale”<sup>20</sup>. La sfiducia del Costituente rappresenta la previsione della crisi di rigetto da parte delle generazioni vissute durante il fascismo, mediante l'*escamotage* che le norme costituzionali, sono “programmatiche” e non “precettive”. Inoltre evidenza il convincimento che le garanzie giuridiche formali non esauriscono il disegno del Costituente che preferisce far leva anche su “elementi naturali” per rimuovere gli “ostacoli” che, “limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana” (art. 3) e quindi fa leva anche su dati naturali quali la “società naturale” e le “formazioni sociali” dove ciascuno realizza “la sua personalità” (art. 2). Con la precisazione, ben chiara nei lavori preparatori, che sia la società naturale fondata sul matrimonio, sia le formazioni sociali (art. 2) non hanno il vincolo dell’indissolubilità<sup>21</sup>.

3. Ogni società considera la famiglia come una sua articolazione fondamentale, ma la tendenza alla “globalizzazione” dei costumi, dei comportamenti, dei paradigmi culturali e sociali, con valori condivisi o divergenti, tende al superamento del rapporto tra giurisdizione e territorio nazionale, in una società pluralista in cui si incontrano culture, religioni, popoli. Ciò comporta che la “regola di diritto” di Hans Kelsen<sup>22</sup> prevale sulla “regola di governo” di Carl Schmitt<sup>23</sup>, in quanto si passa dalle regole della famiglia secondo il singolo Stato alle regole diffuse e condivise oltre lo Stato.

In altri termini, non si tratta della famiglia “nel nuovo diritto”, ma del diritto “della nuova famiglia”. Di fronte all’evolversi dei costumi dei valori e dei paradigmi culturali e sociali e delle nuove concezioni della famiglia e dei rapporti familiari il diritto ha due possibilità.

La prima scelta dell’ordinamento può essere interventista, vietando o sanzionando i nuovi comportamenti o i nuovi modelli familiari, cercando di imporre un’etica o meglio di promuovere alcuni comportamenti familiari ritenuti meritevoli di tutela e reprimendo quelli in contrasto con le scelte fondamentali operate dall’ordinamento. La concezione promozionale<sup>24</sup> risale a Hans Kelsen che, con la sua *Reine Rechtslehre*<sup>25</sup>, sostiene che non *rex facit legem*, ma *lex facit regem*, perché il *Sollen*

---

<sup>20</sup> Bessone, *Eguaglianza “morale” dei coniugi e condizione giuridica della donna*, in *Riv. dir. not.*, 1975, 729 ss.

<sup>21</sup> Bessone, Art. 29 Cost., in *Comm. Branca*, Bologna 1976, 28.

<sup>22</sup> Campagnolo, *Conversazioni con Hans Kelsen - Documenti dell’esilio ginevrino 1933-1940*, a cura di Losano, Milano, 2010; Kelsen, *Legge del reich e legge del land nella costituzione austriaca*, Torino, 2006; Frosini, *Kelsen nel ventesimo secolo*, in *Dir. e società*, 2001, 1; Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen - Una introduzione critica*, Bologna, 2001.

<sup>23</sup> Schmitt, *Posizioni e concetti - In lotta con Weimar-Ginevra-Versailles, 1923-1939*, a cura di Caracciolo, Milano, 2007; Foglio, *Il concetto di frontiera nel pensiero di Carl Schmitt - Grossraum, impero, egemonia*, in *Democrazia e diritto*, 2006, 1, 188; Schmitt, *Glossario*, a cura di Dal Santo, Milano, 2002; Pedaci, *Un contributo alla riflessione sui fondamenti del diritto pubblico - La distinzione dei tipi di pensiero giuridico in Carl Schmitt*, in *Nuova rass.*, 2003, 698.

<sup>24</sup> Bobbio, *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, in *Soc. e dir.*, 1974, 7 ss. Id., *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977.

<sup>25</sup> Kelsen, *La dottrina pura del diritto (e non “Dottrina del diritto puro”) del 1960*, tradotta in Italia con saggio di Losano, Torino 1966.



(dover essere) deve prevalere sul *Sein* (essere), lo Stato coincide con il diritto, inteso come insieme sistematico e ordinato di norme<sup>26</sup>, perché la regola di diritto prevale sulla regola di governo.

La seconda possibilità, ancorata al “temporeggiamento” o al “rinvio” è assai più vantaggiosa per l’ordinamento, ed utilizzata anche da quello italiano. Non si tratta di contrastare l’emergere delle trasformazioni sociali, dei nuovi costumi e dei nuovi rapporti familiari, ma solo di temporeggiare su prospettive che all’inizio non si comprendono pienamente, anche perché la generazione precedente che governa, formata su una antecedente *Weltanschauung* è ontologicamente restia a riconoscere le metamorfosi intervenute<sup>27</sup>.

4. In Italia siamo in attesa del nuovo testo su “filiazione e parentela” approvato dalla Camera e trasmesso al Senato il 4 luglio 2011: atto 2805/S<sup>28</sup> basato su due punti essenziali: a) riconoscere a tutti i figli nati al di fuori del matrimonio il diritto ad un rapporto di “parentela<sup>29</sup>” e successorio con i familiari dei genitori naturali; b) introdurre il principio che “tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico”, senza aggettivi o qualificazioni. Ma anche questa proposta si è arenata.

Tra i paesi di *civil law*, come l’Italia, le difficoltà aumentano perché coesistono, non sempre nello stesso macrosistema civilistico, un insieme asistemico di regole sulla famiglia, composto dai ruderi giuridici del codice del 1942, da disposizioni dichiarate incostituzionali dalla Corte Costituzionale con rinvio per il completamento al legislatore ordinario<sup>30</sup>, da leggi rilevanti, come quella sul divorzio, e successive

<sup>26</sup> Goethe, Faust, in *Opere*, Sansoni, 1970, 23 ove il sistema per della fabbrica dei pensieri giuridici è paragonato al lavoro di tessitura in una filanda che funziona solo se i fili sono in ordine, realizzando il tessuto con un colpo di pedale.

<sup>27</sup> Basta leggere i lavori preparatori e gli interventi sulla riforma del diritto di famiglia intervenuta solo nel 1975, dopo il divorzio (1970) e il referendum sullo stesso (1974) e dopo circa trent’anni dalla fine della seconda guerra mondiale (1945) e ventisette anni dopo l’entrata in vigore della Costituzione avvenuta il 1° gennaio 1948, riforma ormai poco in linea con gli altri ordinamenti ed obsoleta dopo 37 anni, tanto da dover ricorrere ad altre leggi tra cui quella sulla bigenitorialità.

<sup>28</sup> Carbone, *Le nuove proposte su filiazione e rapporti di parentela*, in *Corr. giur.*, 2011, 1314.

<sup>29</sup> Sul concetto attuale di parentela e sui problemi evidenziati dalla giurisprudenza, Di Rosa, Parentela, in Gabrielli, *Comm. del codice civile, Della Famiglia* a cura di Balestra, vol., I, Torino 2010, 3 ss. Il problema non è solo italiano, Fulchiron, *Mariage, conjugalité, parenté, parentalité: métamorphoses ou rupture?* in AA. VV. *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, Paris 2009, IX ss.

<sup>30</sup> Corte cost., 7 novembre 1994, n. 377, in Cons. Stato, 1994, II, 1617, secondo cui i diritti accordati dall’art. 30, comma 3, Cost. ai figli naturali riconosciuti sono limitati ai rapporti del figlio con il genitore, dal quale è stato riconosciuto, mentre, nei rapporti con gli altri parenti del genitore, può desumersi dal citato articolo solo una direttiva tendente al miglioramento del trattamento giuridico dei figli naturali, la cui attuazione, con opportuna gradualità, è rimessa alla discrezionalità del legislatore. Ma, rileva la Corte, «a distanza di vent’anni dalla riforma del diritto di famiglia e in presenza di un notevole incremento dei rapporti familiari di fatto, appare sempre meno plausibile che i fratelli e sorelle naturali del *de cuius* restino esclusi dalla successione *ab intestato* a vantaggio anche di lontani parenti legittimi fino al sesto grado». Tuttavia l’inserimento dei parenti naturali “non può avvenire mediante una pronuncia additiva”, richiedendosi la valutazione complessiva eccedente i poteri della Corte, con conseguente inammissibile della questione di legittimità costituzionale degli artt. 565, 572 e in linea subordinata dell’art. 468 c.c., nella parte in cui



integrazioni, rimaste al di fuori del codice civile, da norme modificate dalla riforma del 1975 e infine da legislazione settoriale, che disciplina la procreazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40) o la bi-genitorialità (l. 8 febbraio 2006, n. 54).

Siamo ancora in attesa che i coniugi possano scegliere il cognome coniugale e quello del figlio legittimo, mentre per il cognome del figlio naturale la giurisprudenza si orienta a favore del doppio cognome. Infatti la parità uomo-donna in Italia, come dimostrano questi brevi richiami, è ancora incompleta rispetto agli altri paesi europei, anche sotto il profilo della scelta del cognome coniugale. Infatti in Spagna il cognome del figlio dev'essere stabilito dai coniugi e non imposto dalla tradizione come cognome paterno. José Luis Rodríguez Zapatero, già presidente del Consiglio dei ministri spagnolo, ha due cognomi, sia paterno (Rodríguez) che materno (Zapatero), quest'ultimo molto più usato.

In Germania il § 1355 del *BGB Bürgerliches Gesetzbuch* stabilisce che sono i coniugi a determinare il cognome familiare comune (cognome coniugale): “*Die Ehegatten sollen einen gemeinsamen Familiennamen o Ebenamen bestimmen*” ossia I coniugi devono determinare un cognome familiare comune (cognome coniugale). I coniugi portano il cognome coniugale da essi determinato. Se i coniugi non scelgono un cognome coniugale usano, anche dopo il matrimonio, il cognome precedente.

Una disciplina, ispirata agli stessi principi, riguarda l'attribuzione del cognome ai figli nati fuori del matrimonio ed è contenuta nei §§ 1616-1618 del *BGB*. I coniugi possono mantenere il proprio cognome o decidere d'accordo quale cognome coniugale (*Ebename*) adottare ed assegnare alla prole. Se i genitori non portano alcun cognome coniugale e la potestà spetta ad entrambi congiuntamente, ai figli viene assegnato il cognome del padre o della madre su intesa dei genitori. Se la potestà spetta ad un solo genitore, il figlio riceve il cognome che porta il genitore al momento della nascita del figlio (§ 1617a).

L'attribuzione del cognome ai figli è stato oggetto di recenti interventi legislativi in Francia, a partire dal 2002, in base alla *loi n. 2002- 304 relative au nom de famille*. Anche in Francia dal 1° settembre 2003 il cognome non è più collegato allo stato matrimoniale dei genitori e non si trasmette più il nome del padre ai figli legittimi. Quello che conta è che la filiazione sia riconosciuta simultaneamente dai genitori sposati o non sposati, successivamente alla nascita: *Code Napoleon*, art. 311-21. La nuova disciplina si applica integralmente ai figli primogeniti e ai successivi figli cadetti nati dopo il 1° gennaio 2005. Si comprendono, pertanto, i tentativi, finora incompiuti di riforma, di cui è sentita l'esigenza<sup>31</sup> come revisione sistematica della scelta del

---

rispettivamente non prevedono la successione dei fratelli e sorelle naturali del *de cuius*, in mancanza di discendenti, ascendenti, fratelli e sorelle legittimi, con precedenza sulla vocazione dei parenti collaterali dal terzo al sesto grado, nonché nella parte in cui non ammettono i discendenti di sorelle o fratelli naturali del *de cuius* a rappresentare il genitore che non può o non vuole accettare l'eredità.

<sup>31</sup> Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, IV ed., Padova, 2011, 16 ove sottolinea che «l'evolversi del costume richiede adeguamenti continui del tessuto normativo».



cognome familiare, optando per quelle già esistenti negli altri paesi europei che si basano sull'accordo dalla coppia per tutti i figli, in qualunque contesto procreati. Il problema non è solo italiano se la Corte di Giustizia della Comunità europea<sup>32</sup> ha dichiarato che «La Germania non può rifiutarsi di riconoscere ai suoi cittadini il loro cognome così come esso è stato registrato nello stato membro di nascita e di residenza.»

Tornando in Italia, è significativa la diversa giurisprudenza tra cognome del figlio legittimo e quello del figlio naturale.

Mentre in tema di filiazione legittima la Corte costituzionale<sup>33</sup> ha affermato che è inammissibile la questione di legittimità costituzionale del cognome paterno del figlio legittimo, in quanto implicante scelte discrezionali di esclusiva competenza del legislatore, anche qualora i coniugi abbiano manifestato una diversa volontà.

In tema di cognome di figlio naturale, di fronte ad una maggiore flessibilità normativa, con decisione rimessa al giudice, la Cassazione<sup>34</sup> si ispira all'esclusivo interesse del minore senza condizionamenti o equiparazioni tra filiazione legittima e naturale<sup>35</sup>, con la conseguenza che l'assunzione del “patronimico” al posto o in “aggiunta” al “matronimico” non deve essere autorizzata, sia quando ne possa derivare un danno per il minore, sia quando il cognome materno risulti ormai radicato nel contesto sociale in cui il minore vive, atteso che precludere a quest'ultimo il diritto di mantenerlo si risolverebbe in una ingiusta privazione di un elemento della sua personalità, il c.d. diritto ad essere sé stessi<sup>36</sup>.

La dottrina più recente richiama e sottolinea le evoluzioni giurisprudenziali, pur nella difficoltà di individuare il giudice competente<sup>37</sup>, in tema di doppio cognome del

---

<sup>32</sup> Corte giustizia Comunità europee, 14 ottobre 2008, n. 353/06, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2009, 221, in *Riv. dir. internaz.*, 2009, 233, in *Corr. giur.*, 2009, 492, con nota di Stanzone, Conti, Autorino; in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, 268, con nota di Long; in *Giur. it.*, 2009, 299, con nota di Trucco, in questa *Rivista*, 2009, 193, in *Informazione prev.*, 2008, 1104, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2009, 741, con nota di Castellaneta.

<sup>33</sup> Corte cost., 16 febbraio 2006, n. 61, in *Foro it.*, 2006, I, 1673, in *Stato civile it.*, 2006, 425, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, III, 71, in *Giust. civ.*, 2006, I, 1124, in *Fam., pers. e succ.*, 2006, 898, con nota di Gavazzi; in *Giur. cost.*, 2006, 543, con nota di Palici Di Suni, Niccolai; in *Lessico dir. famiglia*, 2006, 3, 42, con nota di Dosi.

<sup>34</sup> Cass. civ., sez. I, 28 marzo 2012, n. 5884, in questa *Rivista*, 2012, 654, con nota di Carbone, *Opposizione al riconoscimento di figlio naturale: il minore infrasedicenne non solo dev'essere sentito ma è parte del processo.*

<sup>35</sup> Il richiamo è a Cass. civ., sez. I, 3 febbraio 2011, n. 2644, in *Rep. Foro it.*, 2011, *Filiazione*, 12, nonché a Cass. civ., sez. I, 29 maggio 2009, n. 12670, in *Foro it.*, 2009, I, 3009, in *Giust. civ.*, 2009, I, 1858, in questa *Rivista*, 2010, 235; con nota di Vesto, *Cognome del figlio naturale: declino del patronimico e ascesa dell'identità personale del minore*, in *Giur. it.*, 2010, 310.

<sup>36</sup> Cass. civ., sez. I, 26 maggio 2006, n. 12641, in *Foro it.*, 2006, I, 2314, in questa *Rivista*, 2006, 470, con nota di Carbone, *I conflitti sul cognome del minore in carenza di un intervento legislativo e l'emergere del diritto all'identità personale*, in *Dir. e giustizia*, 2006, 25, 12; con nota di Dosi, in *Guida al dir.*, 2006, 24, 50; con nota di Finocchiaro, in *Giust. civ.*, 2006, I, 1698, in *Lessico dir. famiglia*, 2006, 3, 50, con nota di Dosi.

<sup>37</sup> Allo stato la giurisprudenza si è espressa per la competenza del Tribunale per i minorenni sia per i figli legittimi che per quelli naturali: Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2007, n. 8362, in questa *Rivista*, 2007, 446, con



minore che condivide come un “primato in espansione”<sup>38</sup>, mettendo bene in luce che allo stato, mentre i figli legittimi continueranno ad avere il cognome del papà, i figli naturali, invece, potranno avere il cognome della mamma al primo posto, se il giudice opta, nell’interesse del minore, per il doppio cognome<sup>39</sup>.

Il problema concerne anche l’ambito della potestà genitoriale e il dissenso manifestato dal genitore naturale non convivente, dovendo egli ritenersi comunque “esercitante la potestà”, anche se non sia mai stato convivente con il minore. E la giurisprudenza<sup>40</sup> ha rilevato che la l. 8 febbraio 2006, n. 54 “Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli” (G.U. n. 50 del 1° marzo 2006), all’art. 4. *Disposizioni finali* comma 2 stabilisce che «Le disposizioni della presente legge si applicano anche “ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati”». Da questa premessa ha ritenuto che la nuova regolamentazione sull’esercizio della potestà in caso di crisi della coppia genitoriale e sull’affidamento condiviso, è applicabile anche ai figli di genitori non coniugati, ed ha corrispondentemente ripulmato l’art. 317 *bis* c.c., ritenendo che il principio della bigenitorialità abbia, infatti, informato di per sé il contenuto precettivo della norma citata, eliminando ogni difformità di disciplina tra figli legittimi e naturali, cosicché la cessazione della convivenza tra genitori naturali non conduce più alla cessazione dell’esercizio della potestà.

In conclusione, sulla base dell’evoluzione del costume e dei rapporti familiari tra genitori e figlio, si può affermare che il sentire comune di dover portare il cognome paterno per regolarizzare i natali - come si evinceva dal libro di Collodi su Pinocchio, burattino di legno che manifesta le difficoltà di chi sarebbe voluto nascere figlio legittimo o dal dramma di De Filippo, in cui Filumena Marturano, non essendo stato ancora scoperto il DNA, non dice al coniuge qual è il figlio procreato con lui, in quanto, per lei, tutti i figli sono figli senza differenze – è ormai superato dal nuovo contesto in cui viviamo. Si pensi ancora a Topolino senza figli per i problemi di Walt Disney che, ritenendosi figlio illegittimo perché il certificato di nascita non fu mai

---

nota di Tommaseo e 2007, 889, con nota di Marino; in *Foro it.*, 2007, I, 2049, con nota di Casaburi, Civinini, De Marzo; in *Fam., pers. e succ.*, 2007, 509, con nota di Danovi; in *Corr. giur.*, 2007, 945, con nota di Salvaneschi, Balestra; in *Fam. e min.*, 2007, 5, 15, con nota di Spina, Padalino; in *Giur. it.*, 2007, 2800, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 529, con nota di Merlin; in *Dir. famiglia*, 2007, 1168 e 1627, con nota di Graziosi, Lombardo. La competenza per materia a statuire sia sull’affidamento dei figli naturali riconosciuti, sia in ordine a tutte le misure economiche inerenti al loro mantenimento spetta al tribunale per i minorenni.

<sup>38</sup> Conti, *Il diritto comunitario ed il doppio cognome: un primato in espansione?*, in *Corr. giur.*, 2009, 508; Ciervo, *Dal cognome patriarcale al cognome “patriarcale”? Evoluzioni giurisprudenziali in tema di doppio cognome del minore*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, 153.

<sup>39</sup> Berloco, *I figli legittimi continueranno ad avere il cognome del papà; i figli naturali, invece, potranno avere il cognome della mamma se il padre tarda al riconoscimento*, in *Stato civile it.*, 2006, 660.

<sup>40</sup> Cass. civ., sez. I, 10 maggio 2011, n. 10265, in questa *Rivista*, 2011, 1095 con nota critica di Mansi, *Figli naturali e potestà genitoriale tra l’art. 317 bis c.c. e la l. 54/2006*, il quale oltre a rilevare la totale assenza di norme di raccordo, indica le ragioni a sostegno della sopravvivenza dell’art. 317 *bis* comma 2 c.c..



trovato, decise che Topolino e la consorte non avessero figli, optando per la soluzione surrogatoria dei nipoti.

Il futuro del diritto di famiglia non dev'essere un'inutile dannosa guerra continua tra cognomi che non migliorano i rapporti familiari e soprattutto non danno al figlio, specie se minore, quella serenità e affidabilità nei genitori, elemento fondamentale per la ricerca della propria identità che emerge dal rapporto di filiazione sia legittimo che naturale. Il figlio *senza aggettivi* è un bene della vita che richiede relazioni responsabili con entrambi i genitori che si devono prendere cura, sostenerlo, educarlo, accompagnarlo, accudirlo, con concordia di intenti e soprattutto non deve trasformarsi in un oggetto di conflitto o di contesa tra il padre e la madre, per dimostrare la vittoria dell'uno sull'altro in una lotta in cui l'unica scopo che conta non è la cura, la crescita e l'educazione del figlio, ma raggiungere una vetta al solo scopo di porvi la bandiera del proprio cognome.

Occorre riflettere che, in tema di famiglia, la generazione successiva è consapevole che i diversi paradigmi sociali avranno, sia pur con ritardo, uno sbocco giuridico. In realtà i ritardi sono dovuti alla difficoltà per il diritto che si muove come una tartaruga<sup>41</sup> rispetto ai mutamenti di costume, preferendo non esasperare i conflitti esistenti, attendendo che emergano le scelte prevalenti, senza interventi dirimenti esterni, finché le questioni non siano state chiaramente metabolizzate.

Si può quindi affermare che, durante la crisi della famiglia, il diritto non interviene subito, ma si lascia uno spazio di riflessione, uno spazio libero dal diritto in cd. *rechtsfreier Raum*, evitando atteggiamenti invasivi primo dell'intervento ben regolato e meditato<sup>42</sup>.

E quindi, interpreti e giudici sono costretti, per risolvere le controversie, a norma dell'ultima parte del comma 2 dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, a ricorrere ed applicare i principi generali dell'ordinamento tra cui quelli costituzionali come il principio di solidarietà familiare.

4.1. I paesi di *common-law* sono caratterizzati da una disciplina meno rigida e più aperta, ispirati alle scelte dell'individuo e al valore che vuole attribuire al suo corpo<sup>43</sup>, con piena autonomia per l'opzione contrattuale del rapporto familiare e procreativo voluto, scelta peraltro ampiamente tutelata dalla *privacy*, anche se non mancano affermazioni inequivocche come *the death of Family*<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Rossi, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, 29 afferma in tema di rapporti tra mercato e diritto, fra il giuoco e le sue regole che va riproposto il paradosso di Achille e della tartaruga, “con il diritto rassegnato a inseguire il mercato, sapendo che non lo raggiungerà mai”.

<sup>42</sup> Rodotà, *Sul buon uso del diritto e sui dilemmi della clonazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 561.

<sup>43</sup> Helga Kuhse, *Il corpo come proprietà. Ragioni di scambio e valori etici*; Tristram Engelhardt, *Il corpo in vendita: dilemmi morali della secolarizzazione*, in *Questioni di bioetica*, a cura di Rodotà, Roma-Bari, 1997, 65 ss. e 123 ss.

<sup>44</sup> È il titolo di un celebre libro di David Cooper, *The death of Family*, London, 1971, trad. it. di Maggioni, *La morte della famiglia*, Torino, Einaudi, 1972.



Significative alcune decisioni delle Corti americane che in caso di inseminazione artificiale eterologa, per un prezzo *standard* negli anni '90 di 10.000dollari, danno rilievo non al *favor veritatis* e cioè alla paternità biologica del donatore del seme, ma alla paternità sociale di chi ha contrattualmente dato il proprio consenso all'inseminazione artificiale.

Com'è stato sottolineato la mentalità americana preferisce il rapporto contrattuale oneroso, rispetto a quello biologico. Si pensi al caso di “Baby M.” deciso dalla Corte superiore del New Jersey il 31 marzo 1987 che ha disposto l'esecuzione in forma specifica del contratto con cui una donna consente dietro compenso di ricevere il seme di un uomo e di portare a termine la gravidanza, rinunciando ai suoi diritti di madre in favore della di lui moglie.<sup>45</sup> Non sono mancate le critiche di chi ritiene inapplicabile in tema di inseminazione eterologa il richiamato principio “*pacta sunt servanda*”, invocando i contrari brocardi “*pacta quae causam turpem habent non sunt servanda*” o “*in pari causa turpitudinis, melior est condicio possidentis*”<sup>46</sup>. Le critiche sono andate nel segno, perché lo stesso caso Baby M. giunto alla Corte Suprema del New Jersey il 3 febbraio 1988, è stato risolto in senso difforme dichiarando la nullità del contratto di sostituzione di maternità<sup>47</sup>.

La giurisprudenza è oscillante. La Corte Suprema di California 20 maggio 1993 ritiene che nel diritto della California il contratto di maternità surrogata non è contrario all'ordine pubblico, né comporta una preventiva ed illecita rinuncia della madre ai propri diritti parentali, con la conseguente esclusione di ogni diritto di visita da parte della madre surrogata<sup>48</sup>. Ma la stessa Corte Suprema di California successivamente, il 27 agosto 1997, nel diverso caso Baby J. rifiuta sia la paternità biologica, che quella basata sul consenso e, alla fine della contesa, la piccola Baby J. non è figlia di nessuno dei cinque genitori, 2 padri (uno consenziente e l'altro donatore dello sperma) e di 3 madri (consenziente, donatrice dell'ovulo e *surrogate mother*, o locatrice dell'utero)<sup>49</sup>.

Una particolare attenzione merita l'evoluzione della società naturale nel Brasile ove è assai diffusa l'unione stabile, *União Estável*,<sup>50</sup> forma di organizzazione familiare

---

<sup>45</sup> Corte del New Jersey, 31 marzo 1987, in *Foro it.*, 1988, IV, 97, con nota di Ponzanelli, *Il caso Baby M., la “surrogate mother” e il diritto italiano*.

<sup>46</sup> La Farina, *Il caso “Baby M.” alla luce dell'ordinamento italiano*, in *Giust. civ.*, 1987, II, 475, ss.

<sup>47</sup> Corte Suprema del New Jersey, 3 febbraio 1988, in *Foro it.*, 1989, IV, 97, con nota di Ponzanelli, *Ancora sul caso di Baby M.: l'illegittimità dei contratti di sostituzione di maternità*.

<sup>48</sup> Corte suprema della California, 30 maggio 1993, in *Foro it.*, 1993, IV, 337 ss. con nota di Ponzanelli, *California e “vecchia” Europa: il caso del contratto di maternità surrogata*.

<sup>49</sup> Corte suprema della California, Contea di Orange, sez. famiglia, 27 agosto 1997, in questa *Rivista*, 1997, 405 con nota di Carbone, *Giudici USA: nata in provetta, figlia di nessuno*.

<sup>50</sup> Sul punto di recente P.L. Carbone, *New Trends in Comparing, Latin American Systems*; Relazione presentata alla sessione parallela dal titolo *Critical Comparative Law* al XXI colloquio biennale dell'Associazione italiana di diritto comparato tenutosi a Venezia nei giorni 9-11 giugno 2011, ma già P.L. Carbone e Vicenzi, *La disciplina dell'união estável nel diritto brasiliano*, in *I contratti di convivenza*, a cura di Moscati-Zoppini, Torino, 2002, 223 ss.



diversa dal matrimonio e dal concubinato, non prevista nel codice civile del 1916. Una famiglia di fatto che si realizza mediante la convivenza pubblica tra uomo e donna, con doveri di lealtà, di rispetto e di mutua assistenza, ed inoltre di custodia, di mantenimento e di educazione dei figli.

Anche se l'*Ordenações Filipinas* già prevedevano un'unione stabile come una forma di costituzione della famiglia, senza un requisito temporale minimo, il successivo avvento del *codigo Beviláqua* secolarizza il matrimonio riconoscendo solo gli effetti civili, lasciando al di fuori da questi effetti tanto il rapporto di fatto quanto il matrimonio religioso.

Il riconoscimento definitivo dell'*união estável* si deve al lavoro giurisprudenziale (espresso in principi di diritto dei più importanti organi di giudiziari federali, riportati anche nelle edizioni dei codici, le cd. *Sumule*) ed al suo recepimento formale nella Costituzione Federale del 1988.

Questa, infatti, dopo aver riconosciuto all'art. 226 che «la famiglia, base della società, gode della speciale protezione dello Stato», al § 3, riconosce «l'unione stabile tra l'uomo e la donna come un'entità familiare», precisando che la legge deve agevolare la sua conversione in matrimonio».

Con la riforma promossa dalla *Constituição* il legislatore costituzionale intende instaurare una fase di disponibilità verso i conviventi, proponendo un nuovo concetto di famiglia, prima identificata con il matrimonio, ora, invece, flessibile e strumentale, avente ad oggetto i rapporti sostanziali che favoriscono la promozione della personalità e della dignità dei membri della “famiglia”, indipendentemente da pregiudizi e discriminazioni sia nei rapporti uomo-donna sia nei confronti dei figli. Sotto il primo profilo l'art. 226 al § 5 stabilisce: «i diritti e i doveri connessi alla società coniugale sono esercitati in ugual misura dall'uomo e dalla donna»; sotto il secondo l'art. 227 al § 6 prevede che: «i figli, derivanti o meno da una relazione matrimoniale, o da adozione, hanno gli stessi diritti e qualificazioni, è proibita qualsiasi aggettivazione discriminatoria riguardante la filiazione».

L'avvento della Costituzione generò un dibattito giurisprudenziale di cui va registrata la *Súmula* 380 che ha equiparato il patrimonio della unione stabile a quello della società di fatto, precisando in tal modo che il semplice concubinato non genera diritti patrimoniali a differenza dell'*união estável*.

Pongono fine a questo dibattito giurisprudenziale due interventi legislativi, il primo nel 1994 ed il secondo nel 1996. La *Lei* n. 8.971 del 29 dicembre 1994, che «regula o direito dos companheiros a alimentos e à successão» (i diritti agli alimenti e alla successione del compagno) ha una portata limitata rispetto alla *Lei* n. 9.278/96 che attua in particolare il § 3 dell'art. 226 della *Constituição Federal* del 1988 riconoscendo l'entità familiare e regolando i diritti e i doveri dei compagni.

Tale sistema, normativo, viene, infine, fatto proprio anche nel *novo código civil* del 2002 che, nel Titolo III, disciplina l'unione stabile in applicazione della Costituzione brasiliana, riconoscendo agli artt. 1.723 e ss. l'unione stabile tra un uomo e una donna



come entità familiare, realizzata mediante convivenza pubblica, continua e duratura, avente come obbiettivo la costituzione di una famiglia<sup>51</sup>.

L'unione stabile, che è disciplinata dall'art. 1.724, comporta che le relazioni personali tra i conviventi siano improntate ai doveri di lealtà, rispetto, mutua assistenza, nonché di mantenimento ed educazione dei figli; è considerata ancora un primo passo verso il matrimonio, vista la previsione dell'art. 1.726 del codice civile, che però a differenza del passato si limita ad usare l'espressione “potrà essere convertita in matrimonio”.<sup>52</sup>

Si tratta di una funzione della società naturale su cui si basa la famiglia nella società moderna, estesa anche alle unioni omosessuali: il 4 maggio 2011, la Corte Suprema brasiliana ha riconosciuto all'unanimità l'unione stabile di coppie dello stesso sesso.

Benché l'unione stabile sia soggetta agli stessi impedimenti imposti al matrimonio (artt. 1.521 e 1.523 c.c.), la non osservanza degli stessi comporta la considerazione dell'unione di fatto come un concubinato, in conformità al disposto dell'art. 1.727 del codice civile.

Riguardo le relazioni patrimoniali dei conviventi, salvo contratto scritto in contrario, si applica il regime di comunione parziale dei beni (art. 1.725 c.c.).

5. Il concetto di “famiglia in crisi” non si basa solo sull'evoluzione della famiglia, ma è una metamorfosi profonda dovuta alla frattura della precedente concezione “tolemaica” della famiglia, al centro dell'universo per pervenire ad una nuova concezione “copernicana” della micro famiglia o famiglia nucleare che ruota più intorno ai singoli che alla coppia<sup>53</sup>.

L'incertezza del rapporto di paternità, rispetto a quello indiscutibile della maternità - ovviamente prima dell'affitto dell'utero<sup>54</sup> - aveva dato luogo ad una lotta tra due brocardi: uno latino ed ateo e l'altro religioso e cattolico.

Il primo affermava la certezza della madre e la necessità del riconoscimento del figlio naturale da parte del padre (*mater semper certa est, pater numquam*). Secondo il diritto romano occorreva, il riconoscimento della paternità del figlio, depositato per terra nella cerimonia del *tollere liberos*, nella quale il padre riconosceva la *patria potestas* sul neonato, sollevandolo da terra, abbracciandolo e inserendolo nella famiglia romana.

L'altro fondato sulla fede cristiana, basata sulla procreazione dei figli nel matrimonio, privilegiando quindi una paternità connessa ad esso (*pater ist quem iustae*

---

<sup>51</sup> *Il nuovo codice civile brasiliano, l. n. 10.406 del 10 gennaio 2002*, tr. italiana e introduzione a cura di P.L. Carbone, Milano, 2002, 190.

<sup>52</sup> Hironaka, *Distinção jurídica entre união estável e concubinato* in Delgado - Alves, *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*, São Paulo, 2005, v. 3, 245.; Oliveira, *União estável – Do concubinato ao casamento*, ed. VI, São Paulo, 2003.

<sup>53</sup> Significative le espressioni di Carbonnier, *op. loc. cit.*

<sup>54</sup> Giorio, *Utero in affitto. Quali conseguenze sulla status di figlio?* in *Stato civile it.*, 2009, 902.



*nuptiam demonstrant*: can. 1115 *codex iuris canonici* del 1917). Secondo l'etica cristiana, la procreazione dei figli nel matrimonio religioso, aveva una duplice funzione: la *procreatio atque educatio prolis*, oltre che il *remedium concupiscentiae* (can. 1013 *codex iuris canonici* del 1917).

Ebbene i due brocardi, dopo secoli di vita si frantumano di fronte ad una nuova scoperta scientifica, quella dell'acido desossiribonucleico e della struttura della molecola del DNA ad opera di James Dewey Watson<sup>55</sup>.

Dopo la scoperta del DNA che dà certezza alla paternità biologica, mentre il codice civile non si aggiorna fino agli interventi della Corte costituzionale nel 2006, il *codex iuris canonici* si modifica in concomitanza con la revisione dei Patti lateranensi e l'Accordo di villa Madama del 18 febbraio 1984, affermando al § 2 del can. 1061 che «*celebrato matrimonio si coniuges cohabitaverint, praesumitur consummatio, donec contrarium probetur*».

Sotto il profilo del “diritto della famiglia”, la scoperta del DNA avrebbe dovuto dar rilievo alla paternità biologica con la conseguente inutilità della prova dell'adulterio della moglie e della credibilità dell'azione promossa per la dichiarazione giudiziale della paternità biologica. Solo dopo mezzo secolo dalla scoperta del DNA, la Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50<sup>56</sup> dichiara l'incostituzionalità dell'art. 274 c.c., nella parte in cui richiedeva una preliminare delibazione di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità, in quanto oggi il figlio naturale rivendica la paternità con la prova scientifica del DNA, senza bisogno di filtri preliminari a tutela dell'onorabilità del presunto genitore. Nello stesso anno la Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266<sup>57</sup> riconosce che basta la prova del DNA e non più anche dell'adulterio della moglie per disconoscere la paternità. Il mutamento è intervenuto anche nella giurisprudenza della Cassazione, dopo non pochi contrasti<sup>58</sup>, con l'affermazione, ai

<sup>55</sup> Nato a Chicago nel 1928 e Premio Nobel per la medicina nel 1962.

<sup>56</sup> La sentenza è pubblicata in *Corr. giur.*, 2006, 497, con nota di Carbone, *Paternità naturale: incostituzionale la fase preliminare del giudizio*; in *Fam., pers. e succ.*, 2006, 403 con nota di Basini; in questa *Rivista*, 2006, 237, con nota di Sesta; in *Giust. civ.*, 2006, I, 763, in *Lessico dir. famiglia*, 2006, I, 132, in *Giur. cost.*, 2006, 446 con nota di Gambini; in *Nuove leggi civ.*, 2006, 1378 con nota di Gentili; in *Giur. it.*, 2006, 2242; in *Dir. e giustizia*, 2006, 9, 14 con nota di Dosi; in *Rass. dir. civ.*, 2008, 204 con nota di Presta; in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1093 con nota di Damiani. In senso contrario Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 621, in *Giur. cost.*, 1987, I, 3728, in *Giust. civ.*, 1988, I, 311, *Stato civile it.*, 1988, 602, in *Dir. famiglia*, 1988, 655: è inammissibile, in quanto implica scelte discrezionali riservate al legislatore, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 274 c.c., nella parte in cui prevede la necessità di un giudizio preliminare di ammissibilità per l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale.

<sup>57</sup> Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Corr. giur.*, 2006, 1367, con nota di Carbone, *Basta la prova del Dna e non più dell'adulterio per disconoscere la paternità*, afferma: «È incostituzionale l'art. 235, comma 1, n. 3, c.c., nella parte in cui, ai fini dell'azione di disconoscimento della paternità, subordina l'esame delle prove tecniche, da cui risulta che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie».

<sup>58</sup> Ancora: «il test del DNA non vale come “implicita prova dell'adulterio”»: Cass. civ., sez. I, 22 ottobre 2002, n. 14887, *Dir. e giustizia*, 2002, 41, 39, con nota di Grassi, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2739; in questa *Rivista*, 2003, 5 con nota critica di Carbone, *Il DNA che esclude la paternità biologica è anche “prova” dell'adulterio della moglie*.



fini dell'azione di disconoscimento di paternità, che non interessano tanto le modalità dell'adulterio, ma che il figlio non abbia lo stesso DNA del padre. Persistono incertezze suolo sul *dies a quo* del termine di decadenza<sup>59</sup>. Continuano a sussistere disparità di trattamento tra figlio legittimato e figlio legittimo: per il primo l'art. 263, comma 2 c.c., prevede che possa essere proposta da chiunque vi abbia interesse, mentre non è consentito al padre naturale il disconoscimento della paternità del figlio legittimo (art. 244 c.c.)<sup>60</sup>.

Altra scoperta medico-scientifica o sul “cammino della scienza”<sup>61</sup> che ha contribuito alla crisi della famiglia è stata la possibilità della procreazione artificiale, fecondazione che non avviene più in natura, ma artificialmente o “fecondazione in vitro”<sup>62</sup>, oggi regolata con l. 19 febbraio 2004, n. 40 sulla procreazione medicalmente assistita, e riscritta per gli interventi della Corte Costituzionale e della giurisprudenza<sup>63</sup>.

Anche gli interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>64</sup>, che pur rimettendosi in linea di principio agli stati contraenti, prende atto che se lo Stato (nella specie l'Austria) autorizza la fecondazione eterologa non può dar luogo a discriminazioni. Precisa che «da norma austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita (*Fortpflanzungsmedizinengesetz* del 1992, § 3.2), nella parte in cui vieta l'utilizzo di gameti maschili esterni alla coppia per l'espletamento di il caso di

---

Era stata rimessa alle Sezioni Unite, cui è seguita la rinuncia dei ricorrenti, la questione se possa disporsi la rettificazione dell'atto di nascita nella parte in cui abbia attribuito al figlio minore il cognome del padre, invece che quello materno, come invece congiuntamente richiesto dai coniugi, adottandosi al riguardo una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme internazionali di riferimento ovvero rimettendo la questione medesima alla corte costituzionale: Cass. civ., sez. I, 22 settembre 2008, n. 23934, in *Corr. giur.*, 2009, 489, con nota di Autorino Stanzone, *Autonomia familiare e attribuzione del cognome: i dubbi in Italia e le certezze in Europa*, e con nota di Conti, *Il diritto comunitario ed il doppio cognome: un primato in espansione?*; in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, 153, con nota di Ciervo, *Dal cognome patriarcale al cognome “patriarcale”? Evoluzioni giurisprudenziali in tema di doppio cognome del minore*.

<sup>59</sup> Cass. civ., sez. I, 2 luglio 2010, n. 15777, secondo cui «in tema di azione di disconoscimento di paternità esercitata dal figlio, ai sensi dell'art. 235, comma 1, n. 3, c.c., in caso di adulterio della madre, il termine annuale previsto dall'art. 244, comma 3, c.c., a pena di decadenza rilevabile d'ufficio, decorre dalla data della scoperta dell'adulterio, da intendersi come acquisizione certa della conoscenza del fatto, il cui apprezzamento è rimesso al giudice del merito e non già come raggiungimento della certezza negativa circa la compatibilità genetica col genitore legittimo (in applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ricollegato la decorrenza del termine alla pubblicazione di un testamento nel quale il *de cuius* aveva riconosciuto l'attore quale suo figlio naturale, ravvisandovi un evento sufficiente a rendere noto l'adulterio della madre). La sentenza è pubblicata in questa *Rivista*, 2011, 329 con nota di Ricci, *Disconoscimento della paternità e scoperta dell'adulterio*.

<sup>60</sup> Cass. civ., sez. I, 15 aprile 2005, n. 7924, *Rep. Foro it.*, 2005, *Filiazione*, n. 36.

<sup>61</sup> Veronesi, *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano 2005, 15.

<sup>62</sup> Gorassini, *Procreazione, dir. civ.*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, 957.

<sup>63</sup> Ferrando, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in questa *Rivista*, 2011, 517.

<sup>64</sup> Corte europea diritti dell'uomo, *Grande Chambre*, 3 novembre 2011, n. 57813, in *Nuova Giur. Civ.*, 2012, 3, 1, 224 con nota di Murgio, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli stati contraenti*.



fecondazione eterologa in vivo, contrasta con la una procedura di fecondazione eterologa in vitro, mentre lo consente per Convenzione per la Protezione dei Diritti umani e delle Libertà fondamentali del 1950, ed in particolare con i principi della tutela della vita privata da interferenze della pubblica autorità (art. 8) e con il divieto di discriminazioni irragionevoli (art. 14)». Pertanto, tale norma è illegittima e lo Stato austriaco va condannato a risarcire il danno non patrimoniale cagionato ai ricorrenti<sup>65</sup>.

La crisi della famiglia è aggravata dalla scoperta scientifica che consente di separare la procreazione<sup>66</sup> dalla sessualità, legittimando casi particolari di inseminazione eterologa<sup>67</sup>, rompendo il legame naturale tra sessualità<sup>68</sup> e riproduzione.

Come nella famiglia legittima accanto al padre legittimo e putativo come marito della madre vi può essere il padre biologico, identificabile con il DNA, così nell'inseminazione artificiale eterologa accanto al padre biologico che è il donatore del seme, v'è il padre sociale, cioè il soggetto che ha dato il consenso esplicito all'inseminazione. Il principio della verità biologica dovuto alle scoperte scientifiche e il diritto a conoscere i propri genitori biologici si diffonde sempre più nella recente giurisprudenza italiana<sup>69</sup> ed europea che l'applica anche all'adozione<sup>70</sup>.

6. Nelle discussioni degli anni sessanta sulla riforma del codice civile, il conflitto tra il riconoscimento dei valori costituzionali e del loro ruolo, nell'ambito dei “principi generali del diritto vigente” e il codice civile scritto in un contesto storico economico e sociale diverso, ingenerò il dubbio se il codice civile fosse divenuto un “fossile legislativo” e se occorresse di fronte al ruolo dei nuovi valori, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la riforma dell'intero codice civile<sup>71</sup>. Prevalse la tesi di un intervento indifferibile e urgente nel settore relativo al solo diritto di famiglia<sup>72</sup>, realizzato con l. 19 maggio 1975, n. 151<sup>73</sup>, in modo da modernizzare<sup>74</sup> il macrosistema

---

<sup>65</sup> Cfr. anche la decisione impugnata, Corte europea diritti dell'uomo, sez. I, 1 aprile 2010, n. 57813, in *Giur. It.*, 2011, 4, 776 nota di Rizzuti, *Fecondazione eterologa e diritti umani*, in *Ragiusan*, 2011, 329-330, 178.

<sup>66</sup> Vercellone, *Procreazione artificiale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XV, Torino, 1997, 309 ss..

<sup>67</sup> Borrello, *Alcune riflessioni sulla disciplina della procreazione eterologa*, in questa *Rivista*, 2010, 947.

<sup>68</sup> Frajese e Mirabelli, *Persona, sessualità, procreazione*, Siena 2011, 33 ss.

<sup>69</sup> Cass. sez. I, 11 luglio 2012, n. 11644 ritiene ammissibile il disconoscimento di paternità in caso di inseminazione eterologa, anche se lo esclude nel caso concreto per tardività dell'azione.

<sup>70</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, *Affaire Godelli c. Italia* (33783/09) del 25 settembre 2012.

<sup>71</sup> Si svolsero a Roma 12 riunioni dal 14 gennaio 1965 al 14 ottobre 1965 per stabilire se la riforma del codice civile dovesse essere totale, esaminando tutti i sei libri o bastasse una revisione, un aggiornamento con la riforma parziale del libro I della famiglia. Gli atti sono pubblicati a cura di De Cupis, Giorgianni, Torrente, *La riforma del codice civile*, Roma 1966.

<sup>72</sup> È la tesi di Nicolò, in *La riforma del codice civile*, cit., 69, condivisa anche da Giorgianni, *op. cit.*, 20.

<sup>73</sup> A. Finocchiaro, M. Finocchiaro, *La riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1975; Cian, Oppo, Trabucchi, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, (sette volumi più il profilo penale), Padova, 1995.



civilistico, tenendo conto delle nuove esigenze sociali di valori e di costumi, lasciando il codice civile “nel complesso vivo”<sup>75</sup> e coerente con la Costituzione.

Per meglio comprendere l'evoluzione occorre prendere le mosse dalla codificazione napoleonica e dal ruolo riservato alla sola famiglia legittima, che corrisponde ad una valutazione attribuita a Napoleone nell'ambito di una nuova concezione della Stato. La concezione della famiglia legittima, come famiglia-forte, nello stato-forte, governato da Napoleone, presuppone la concezione di una struttura piramidale della famiglia gestita da un unico soggetto, perché gerarchicamente ordinata per custodire sia il valore dell'autorità diretta all'interesse familiare, sia a gestire e governare il patrimonio familiare, con rilevanza pubblica come punto di riferimento dell'amministrazione statale.

La tutela della sola famiglia legittima “ampia”, con rapporti di parentela rilevanti anche ai fini successori, comportava la subordinazione della donna e l'irrilevanza dei figli nati fuori della famiglia: *l'Etat n'a aucun intérêt à que la filiation dell'enfant naturel soit établie*.

Occorre prendere atto del superamento di questa concezione della famiglia legittima ampia allargata alla parentela, ormai obsoleta e dell'emergere di una micro-famiglia o famiglia ristretta con diritti successori anche per i figli nati fuori del matrimonio<sup>76</sup>.

Metamorfosi della *società naturale*, anche dopo la l. 19 maggio 1975, n. 151, che ha ammesso il riconoscimento dei figli adulterini e incestuosi qualora nati da genitori in buona fede al tempo del concepimento (artt. 251 e 252 c.c.), negando, ai sensi dell'art. 580 c.c., il diritto alla successione ai figli naturali non riconoscibili perché nati da genitori incestuosi in mala fede<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Non diversamente da come più di recente è avvenuto in Germania: *Modernisierung des B.G.B.*, Diurni – Kindler, *Il codice civile tedesco “modernizzato”*, Torino, 2004, 11 ss.

<sup>75</sup> «I codici civili sono stati molte volte e gravemente feriti, ma nel complesso sono vivi», così Sacco, *Il codice civile: un fossile legislativo?*, in Pizzorusso e Ferreri, *Le fonti scritte*, in *Trattato Sacco*, Torino, 1998, 441, 470.

<sup>76</sup> Significativi alcuni richiami: la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 593 c.c. che limitava la quota di successione testamentaria per i figli naturali non riconoscibili (Corte cost., 28 dicembre 1970, n. 205), norma poi abrogata dall'art. 194, l. 19 maggio 1975, n. 151; la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 539 c.c. che limitava la quota di riserva ai figli naturali riconosciuti (Corte cost., 16 aprile 1973, n. 50), norma poi abrogata dall'art. 175, l. 19 maggio 1975, n. 151; la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 575 c.c. che ammetteva al concorso i figli naturali e gli ascendenti legittimi (Corte cost., 27 marzo 1974, n. 82), norma poi abrogata dall'art. 187, l. 19 maggio 1975, n. 151; la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 284 c.c. che escludeva la legittimazione dei figli naturali, quando il genitore aveva già figli legittimi o legittimati o loro discendenti (Corte cost., 17 luglio 1974, n. 237), norma poi abrogata dall'art. 125, l. 19 maggio 1975, n. 151.

<sup>77</sup> Cass., sez. un., 16 luglio 1985, n. 4373, in *Foro it.* 1985, I, 2578. La Cassazione, dopo aver negato l'ammissione alla successione del figlio adulterino per la successione aperta prima del 1975, l'ammette per la buona fede.



Il problema della *rottura* della precedente concezione va vista non solo sotto il profilo del diritto civile, ma anche sotto quello del codice penale che meglio descrive i mutamenti del costume, e del discredito.

Il richiamo è agli artt. 559 e 560 del vigente codice penale, introdotto nel 1930, dedicato all'adulterio della sola donna, ma non anche all'adulterio lecito dell'uomo che veniva punito solo in caso di concubinato (per tenere una concubina nella casa coniugale o notoriamente altrove). Nel 1968, con sentenza n. 126 del 19 dicembre 1968 furono dichiarati incostituzionali i primi due commi dell'art. 559 c.p. sull'adulterio della sola donna, mentre con successiva sentenza n. 147 del 3 dicembre 1969 fu cancellato il rilievo penale sia dell'adulterio che del concubinato. Al di fuori dei rapporti coniugali in quegli anni fu per la prima volta rifiutato in Sicilia<sup>78</sup> il matrimonio d'onore o riparatore che comportava l'estinzione del reato ai sensi dell'art. 544 c.p., poi abrogato dall'art. 1, l. 5 agosto 1981, n. 443 da una donna divenuta un simbolo della crescita civile dell'Italia e dell'emancipazione delle donne italiane (Franca Viola, Alcamo, 9 gennaio 1947).

Sotto il profilo civilistico, va rilevata: *a)* la fine dell'indissolubilità del matrimonio con l'introduzione del divorzio nel 1970; *b)* l'autonomia della giurisdizione italiana da quella ecclesiastica con il secondo concordato del 1985<sup>79</sup>; *c)* il diffondersi della famiglia di fatto con riflessi sulla prosecuzione del convivente *more uxorio* del conduttore<sup>80</sup> e sul diritto al risarcimento nel caso di morte dell'unico padre, legittimo per alcuni figli, naturale per altri, in base ad una recente soluzione dei giudici di legittimità che, nel 2011, hanno equiparato la famiglia di fatto a quella legittima, riconoscendo lo stesso risarcimento alla moglie e alla compagna, ai figli legittimi e all'unica figlia naturale<sup>81</sup>.

Il divorzio fu riconosciuto dal codice napoleonico del 1804, all'art. 227 n. 2, che considerò come causa *de la dissolution du mariage, le divorce légalement prononcé*, intitolando al divorzio l'intero titolo sesto (artt. 229-305). Vi sono stati numerosi successivi interventi fino all'ultima l. 26 maggio 2004, n. 439 (2004-439) che riconosce un vero e

---

<sup>78</sup> È il caso di ricordare che avendo il codice penale Zanardelli del 1889 espunto la seduzione con promessa di matrimonio come reato, prima dell'unificazione delle Cassazioni civili avvenuta nel 1923 sussisteva un contrasto giurisprudenziale tra le Cassazioni civili di Torino, Firenze e Napoli che concedevano alla donna il risarcimento in caso di seduzione con promessa di matrimonio non mantenuta mentre la Cassazione di Palermo (Cass. Palermo 27 luglio 1889, in Cesareo-Consolo, *Trattato sul risarcimento del danno*, Torino, 1914, 260, che si dichiara “stupefatto per la maniera come un supremo collegio tratti una questione tanto delicata”) negava il risarcimento in funzione del rapporto uomo donna e soprattutto della qualifica attribuita alla donna.

<sup>79</sup> Carbone, *Ombre e luci della giurisprudenza sui rapporti tra giurisdizione ecclesiastica e quella italiana in ordine alla rilevanza del matrimonio-rapporto*, in *Corr. giur.*, 2012, 1043.

<sup>80</sup> Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1627, n. Trabucchi, *Il diritto ad abitare la casa d'altri riconosciuto a chi non ha diritti!*.

«È illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 2 Cost., l'art. 6, comma 1, l. 27 luglio 1978, n. 392, nella parte in cui non prevede tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente *more uxorio*».

<sup>81</sup> Cass., sez. III, 7 giugno 2011, n. 12278, segnalata in Osservatorio, *Corr. giur.*, 2011, 906.



proprio *droit au divorce* dopo solo un anno di separazione. Va precisata, come ulteriore testimonianza del geo-diritto dell'epoca, che nell'edizione italiana “del codice di Napoleone il Grande per il Regno d'Italia”<sup>82</sup> non v'era più traccia del divorzio.

Anche il codice civile tedesco, *Bürgerliches Gesetzbuch*, al § 1564 prevede il divorzio, pronunciato con sentenza, come causa di scioglimento del matrimonio nelle ipotesi espressamente previste nei §§ 1565-1568, ma modificate rispetto a quelle del 1900.

All'epoca del *referendum* del 1974 sul divorzio si affermava: «Annibale e gli elefanti varcarono le Alpi, così come Napoleone con le sue truppe, ma il divorzio non riuscì a passare il confine». Fu introdotto in Italia solo nel 1970, con l. 1° dicembre 1970, n. 898. L'istituto, superato il *referendum* del 1974, fu successivamente modificato (l. 1° agosto 1978, n. 436 e l. 6 marzo 1987, n. 74), ma – con evidente *vulnus* al principio di sistematica delle norme giuridiche – è rimasto sempre al di fuori del diritto di famiglia, regolato dal codice civile, anche in occasione di successive riforme, come quella che ha segnato il passaggio dalla *patria potestas* (art. 143 c.c. prima della riforma del 1975) alla “bigenitorialità” e all'affidamento condiviso (l. n. 54/2006)<sup>83</sup>.

Il divorzio è stato introdotto in Spagna nel 1981 dopo il *cambio social* successivo a Francisco Franco e dal 2011 l'istituto del divorzio è entrato a far parte dell'ordinamento giuridico di Malta. Sono rimasti solo due stati nel mondo in cui non vige il divorzio: le Filippine e la città del Vaticano.

In Italia, il libro I dell'attuale codice civile, pubblicato nel 1938, all'art. 142 divenuto art. 144 del codice stabiliva: «Il marito è il capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno di fissare la sua residenza». E l'art. 143, divenuto art. 145, precisava a sua volta: «Il marito ha il dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di sé di somministrare tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze»<sup>84</sup>.

A seguito della richiamata riforma del diritto di famiglia l. 19 maggio 1975, n. 151 sono stati abrogati i vecchi artt. 144 e 145, dando vita alle attuali disposizioni: l'art. 144 stabilisce che «I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia» e l'art. 145 prevede l'intervento del giudice, richiesto senza formalità, in caso di disaccordo delle parti, per raggiungere una

---

<sup>82</sup> Sul punto Falzea, in *Comm. al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo, Trabucchi, cit., vol. VI, 1, Padova, 1, 993, 59 che si riferisce all'edizione per l'Italia datata a Milano il 16 gennaio 1806.

<sup>83</sup> Sulla l. 8 febbraio 2006, n. 54, Pascucci, *Conflittualità coniugale, affidamento e potestà: come garantire il principio di bigenitorialità?*, in questa *Rivista*, 2009, 169; Scalisi, *Il diritto del minore alla “bigenitorialità” dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare*, ivi, 2007, 520; Astiggiano, *Libertà di trasferimento della residenza del genitore e diritto del minore alla bigenitorialità: due diritti costituzionalmente tutelati a confronto*, ivi, 2007, 1072. È appena il caso di precisare come il legislatore della bigenitorialità, rispolverò nell'art. 155 *quater* il brocardo della convivenza *more uxorio*, da tempo sostituito con “unione civile” o “famiglia di fatto”.

<sup>84</sup> Pandolfelli, Scarpello, Stella Richter, Dallari, *Codice civile*, lib. I, Milano, 1939, 187, s.



soluzione concordata; se continua il contrasto nel caso di espressa e congiunta richiesta, il giudice adotta un lodo arbitrale non impugnabile<sup>85</sup>.

7. Bisogna prendere atto che la crisi della famiglia è una crisi effettiva e globale, effetto anche di scoperte scientifiche e tecnologiche, che si caratterizza nei vari paesi a seconda delle caratteristiche e dei costumi locali, ma che al di là delle differenziazioni contingenti è una crisi collegata al ricambio generazionale e ai nuovi valori propugnati e perseguiti.

Al di là della diffusione del divorzio o della stessa separazione, quello che conta è la *ratio* alla base dell'istituto: non la colpa o la sanzione come l'addebito, ma la fine del rapporto coniugale per il venir meno della comunione di vita affettiva e quindi materiale e spirituale della coppia rispetto alle esigenze del singolo. La crisi della famiglia legittima o “borghese” per l'evoluzione dei costumi, dei rapporti sociali tra uomo e donna, e in particolare della rilevanza attribuita alla persona singola, all'estrinsecarsi del suo individualismo, spesso esasperato, contraddistinto dall'ampliamento dei diritti e dei poteri, con la sconfitta dei doveri, basato solo sul *sein* (essere) e non più sul *sollen* (dove essere), tanto da rottamare anche il principio che “due *single* non fanno una coppia.”

I legislatori, specie quello italiano, temporeggiano aspettando interventi europei - come il nuovo certificato di successione europeo (regolamento UE n. 650 del 4 luglio 2012 in G.U.C.E. del 27 luglio 2012) o l'agognato codice europeo dei contratti<sup>86</sup> - ma una riflessione occorre fare anche sui rapporti tra Corte Costituzionale e legislatore ordinario, dopo i rinvii della Corte alla discrezionalità del legislatore, che interpreta la discrezionalità non in senso oggettivo come un *modus operandi* nell'interesse pubblico, ma come una discrezionalità soggettiva che legittima anche il non fare.

Che il problema esista lo si può dimostrare con due sentenze della Corte Costituzionale, una prima che rinvia al legislatore, affermando di non poter intervenire di fronte alla discrezionalità del legislatore, una seconda sullo stesso problema in cui la stessa Corte ci ripensa e provvede direttamente anche perché l'attesa è durata circa vent'anni. La prima decisione è la citata Corte cost. 30 dicembre 1987, n. 621 che dichiara inammissibile, in quanto implica scelte discrezionali riservate al legislatore, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 274 c.c., nella parte in cui prevede la necessità di un giudizio preliminare di ammissibilità per l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale. Dopo una lunga attesa di

---

<sup>85</sup> Paradiso, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, in Comm. Schlesinger, Milano, 1990, 135, ss. e 199 ss.; Roppo, *Il giudice nel conflitto coniugale*, Bologna, 1981.

<sup>86</sup> Trenta giuristi europei su un codice europeo dei contratti, in *Contratto e impresa/Europa*, 2012, 1, ss.; Mengoni, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 515, ss.; Rodotà, *Aspettando un codice*, ivi 1998, 3 ss.; Alpa, *Il codice civile europeo e pluribus unum*, in *Contratto impresa/Europa*, 1999, 695 ss.; Vettori, *Contratto e rimedi*, Padova, 2008, 18. ss.



circa 4 lustri, nonostante il succedersi delle legislature, di fronte al prolungato silenzio, Corte cost. 10 febbraio 2006, n. 50 ritorna sul problema e dichiara l'incostituzionalità dell'art. 274 c.c., nella parte in cui, nonostante la scoperta del DNA, richiede una preliminare deliberazione di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale. È evidente il palese ripensamento sul problema con l'attesa affermazione di incostituzionalità della norma.

Tra gli altri rinvii alla discrezionalità del legislatore ricordiamo alcune decisioni, particolarmente significative in tema di “famiglia”, in quanto avvertono il problema, ma ritengono di non poter intervenire, perché la soluzione spetta alla discrezionalità del legislatore che preferisce non provvedere.

a) Corte cost. 7 novembre 1994, n. 377<sup>87</sup> secondo cui i diritti accordati dall'art. 30, comma 3, Cost. ai figli naturali riconosciuti sono limitati ai rapporti del figlio con il genitore, dal quale è stato riconosciuto, mentre, nei rapporti con gli altri parenti del genitore, può desumersi dal citato articolo solo una direttiva tendente al miglioramento del trattamento giuridico dei figli naturali, la cui attuazione, con opportuna gradualità, è rimessa alla discrezionalità del legislatore. Ma, rileva la Corte, «a distanza di vent'anni dalla riforma del diritto di famiglia e in presenza di un notevole incremento dei rapporti familiari di fatto, appare sempre meno plausibile che i fratelli e sorelle naturali del *de cuius* restino esclusi dalla successione *ab intestato* a vantaggio anche di lontani parenti legittimi fino al sesto grado».

b) Corte cost., 27 novembre 1991, n. 429<sup>88</sup> che dichiara inammissibile, in quanto implicante scelte discrezionali proprie del legislatore, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 244, comma 4, c.c., nella parte in cui esclude il preteso padre naturale del novero dei soggetti legittimati a proporre l'azione di disconoscimento di paternità, in riferimento all'art. 3 Cost.. Ancora una volta si ribadisce che non vi sono possibilità di interventi sostitutivi o additivi, perché l'art. 30, comma 3 Cost. nello stabilire che la legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, “compatibile” con i diritti dei membri della famiglia legittima, detta una direttiva per un intervento esclusivo e discrezionale del legislatore ordinario.

c) Corte cost., 19 gennaio 1987, n. 8<sup>89</sup>, che afferma l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 250, commi 3 e 4 c.c., nella parte in cui stabilisce che, «qualora un figlio infrasedicenne sia stato riconosciuto da uno dei genitori, l'altro non può riconoscerlo senza il consenso di questi o senza ottenere una sentenza sostitutiva di tale consenso, perché la soluzione della questione è riservata alla discrezionalità del legislatore».

---

<sup>87</sup> La sentenza è pubblicata in *Cons. Stato*, 1994, II, 1617.

<sup>88</sup> Corte cost., 27 novembre 1991, n. 429, in *Foro it.*, 1992, I, 2908, in *Cons. Stato*, 1991, II, 1836, in *Arch. civ.*, 1992, 142, in *Giust. civ.*, 1992, I, 303, in *Ammin. it.*, 1992, 503, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 385, con nota di D'Amico, in *Giur. costit.*, 1991, 3620.

<sup>89</sup> La sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 1989, I, 591.



d) Corte cost. 20 novembre 2008, n. 379<sup>90</sup> con riferimento all'art. 276, comma 1, c.c., nella parte in cui non prevede la possibilità di nominare un curatore speciale nei cui confronti promuovere l'azione di riconoscimento di paternità o maternità naturale, in caso di premorienza sia del presunto padre o madre che degli eredi.

In tal modo il concetto della discrezionalità del legislatore diventa il *leit-motiv* o motivo conduttore dell'indirizzo della giurisprudenza costituzionale di impossibilità di intervenire con rinvio al legislatore che dovrebbe provvedere, ma spesso non provvede, o lo fa con grande ritardo, o solo per alcuni aspetti che più hanno interessato l'opinione pubblica.

Ne discende che è il legislatore ordinario che dovrebbe provvedere, ma non lo fa nonostante il richiamo da parte della Corte costituzionale, dimostrando un'inerzia e un concetto non corretto di discrezionalità che acuisce la crisi della famiglia e dei rapporti familiari.

Dovendo risolvere casi concreti, dottrina<sup>91</sup> e giurisprudenza<sup>92</sup>, in attuazione dell'art. 12 comma 2 ultima parte delle preleggi – in conformità all'art. 4 *des lois en général* del *Code Napoleon* del 21 marzo 1804 - sono state pertanto costrette a far ricorso ai principi generali dell'ordinamento e, in particolare alla “solidarietà familiare”, o anche post-familiare come si legge in alcune decisioni<sup>93</sup>, dando luogo ad un “diritto vivente<sup>94</sup>” che in Germania si chiama *das lebende Recht* o *lebendes Recht* e in Francia *flexible droit*.

Si può pertanto affermare che la “solidarietà familiare” rappresenta il diritto vivente, costituzionalmente orientato della famiglia in crisi, ispirata a comportamenti di correttezza e buona fede e non ad egoismi e reazioni individualistiche, solidarietà sempre più propugnata, onde evitare lotte illegali tra i componenti o gli *ex*

---

<sup>90</sup> La sentenza è pubblicata in *Giur. costit.*, 2008, 4498.

<sup>91</sup> D'angelo, *L'art. 709 ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un “surrogato” giudiziale della solidarietà familiare?*; Al Mureden, *Il limite al diritto alla restituzione della casa familiare in comodato: vincolo di destinazione del bene o nuovo vincolo di solidarietà nella famiglia?*; Imbrenda, *Patto di famiglia, solidarietà familiare e family business*; *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare*, atti del convegno di Copanello del 2001 a cura di Tommasini, Torino, 2003; Auletta, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984.

<sup>92</sup> La giurisprudenza anche di merito richiama a giustificazione dei propri provvedimenti la *solidarietà familiare*: Trib. Prato, 9 novembre 2010, *Corr. merito*, 2011, 253, con nota di Paparo; *Fam., pers. e succ.*, 2011, 579, con nota di Sala; Cass. civ., sez. III, 18 giugno 2008, n. 16559; *Riv. not.*, 2008, 1433, con nota di Vacirca; Cass. civ., sez. III, 19 giugno 2009, n. 14343, in *Corr. giur.*, 2010, 58, con nota di Izzo; Cass. civ., sez. III, 28 novembre 2008, n. 28407, in *Guida al dir.*, 2008, 50, 104, con nota di Martini, *Riv. it. medicina legale*, 2009, 1390; Trib. Roma, 2 maggio 2006, in *Dir. famiglia*, 2006, 1200, con nota di Gazzoni; Cass. civ., sez. I, 8 settembre 2004, n. 18065, in *Giust. civ.*, 2005, I, 997; Cass. civ., sez. I, 10 maggio 2005, n. 9801, in *Corr. giur.*, 2005, 921, con nota di De Marzo, *Stato civile it.*, 2005, 504, con nota di Delconte, *Resp. civ.*, 2005, 670, in questa *Rivista*, 2005, 365, con nota di Sesta, Facci; Trib. Napoli, 4 luglio 2001, in questa *Rivista*, 2002, 55, con nota di Figone; Cass. civ., sez. I, 8 settembre 2004, n. 18065, *Giust. civ.*, 2005, I, 997.

<sup>93</sup> Così Cass. civ., sez. I, 17 luglio 2009, n. 16789, in questa *Rivista*, 2010, 700, con nota di Ravot.

<sup>94</sup> Carbone, *La regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2012, 153 ss.; Id., *Le difficoltà dell'interpretazione giuridica nell'attuale contesto normativo: il diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2011, 153 ss.



componenti della società familiare, in attesa di un adeguato duttile diritto di famiglia che venga incontro, in modo dinamico e non statico alla famiglia in continua crisi.

Se il “mare del diritto” invade la famiglia in crisi, nell’inerzia del legislatore, gli interpreti sono costretti a richiamare i principi costituzionali di solidarietà familiare o post familiare, per tutelare i valori costituzionali delle persone *ex* componenti la famiglia e soprattutto dei figli, specie se minori.