



INTRODUZIONE GENERALE

PASQUALE STANZIONE

1. Molti anni fa – troppi, direi – numerosi studiosi, la maggior parte oggi qui presenti, convennero a Salerno per interrogarsi sugli istituti del diritto familiare come riformulati – anzi in più aspetti rifondati – dalla riforma del 1975. Di là dai dubbi interpretativi e dalle ambiguità dell’edificio normativo eretto dal legislatore, sembrava tuttavia di poter cogliere punti fermi, acquisizioni non più rinunziabili, insomma i capisaldi della disciplina nella loro definitiva conformazione, per di più tali da collocare il nostro ordinamento nel flusso evolutivo comune alla maggioranza dei paesi di cultura occidentale. Tant’è che sembrava superata l’antica convinzione che nel settore più sensibile dell’esistenza umana non vi potessero essere né uniformità né – addirittura – armonizzazione di soluzioni normative. Si spalancavano così le porte alla ricerca di una nozione europea di famiglia, anzi di un modello di famiglia europeo, immerso nella tradizione giuridica occidentale.

Al contrario, proprio come sostiene W. Shakespeare nell’Amleto *“vi sono più cose in cielo e in terra...”*, le peculiarità del momento storico attuale sono l’incertezza e la variabilità, sì che si appalesa necessario ripercorrere temi che si davano ormai acquisiti dalla cultura giuridica a mò di elementi qualificanti.

In via preliminare, una precisazione soltanto apparentemente ovvia.

Il diritto familiare sembra riluttante alle costrizioni e al rigore dell’analisi giuridica. Tale variegata materia mal si adatta insomma ad essere compressa e compresa compiutamente in un’indagine giuridica. Mai come in relazione all’istituto familiare isolare e separare il diritto dalla storia si mostra come precisa scelta ideologica.

D’altra parte, non è possibile negare che proprio per i rapporti familiari si accentua maggiormente il movimento di trasformazione e di evoluzione che coinvolge ciascun aspetto della vita umana considerato dal diritto. Dunque, la correttezza dell’indagine risiede per l’appunto nell’esatto rilevamento della regolamentazione di tali rapporti.

Questo attento lavoro di ricerca va intrapreso nella consapevolezza che la disciplina in questione si rinviene non soltanto nei codici e nelle leggi speciali, ma soprattutto a livello costituzionale, consentendo in tal modo d’individuare la nozione stessa di famiglia.

Per essa s’intende, in questo contesto, la “concezione globale” della famiglia stessa o meglio la nozione fondamentale accolta dall’ordinamento giuridico e posta



alla base e al contempo intesa come criterio interpretativo armonizzatore di tutte le norme che alla famiglia si riferiscono.

L'inquadramento della famiglia nella tematica delle formazioni sociali rende agevole l'individuazione degli interessi tutelati dalle norme costituzionali che ne dettano i principi fondamentali: artt. 29-31 Cost. Tali interessi sono sintetizzati nell'integrale tutela di ciascun individuo componente la famiglia, nella sua dignità di persona e nel pieno sviluppo della sua personalità. Pertanto, la Costituzione riconosce e garantisce la famiglia in quanto strumento per lo svolgimento armonico della persona e per la garanzia dei suoi diritti fondamentali. Se ne deduce che siffatta tutela non è espressione di uno specifico interesse dello Stato nei confronti del matrimonio e della famiglia, ma è dettata in funzione delle persone che ne sono membri.

Sì che i “diritti della famiglia” di cui discorre l'art. 29, comma 1, Cost. vanno correttamente intesi come “diritti nella famiglia”.

In tal senso vanno compresi gli asseriti fenomeni di “privatizzazione” e di “funzionalizzazione” della disciplina familiare. Essi sottintendono l'emersione degli interessi del singolo rispetto a quelli del gruppo, in una prospettiva solidaristica che impone la ricerca di un criterio di contemperamento dell'esercizio dei diritti fondamentali o meglio di “equilibrio delle libertà”.

2. Il mutamento di valutazione concerne soprattutto la c.d. famiglia di fatto. Un consistente orientamento dottrinale, rafforzato dal riconoscimento che l'unione non fondata sul matrimonio riceve in numerose norme, in particolare dopo la riforma del 1975 (si pensi agli artt. 261 e 317-*bis* c.c.), è indirizzato ad attribuire alla famiglia non fondata sul matrimonio non soltanto rilevanza giuridica – com'è di tutti i fenomeni della realtà sociale – ma soprattutto meritevolezza di tutela da parte dell'ordinamento, allorché la famiglia “di fatto” è idonea a svolgere le medesime funzioni attribuite dall'ordinamento alla famiglia “legittima” e non si pone in contrasto con questa.

L'affermarsi di una pluralità di modelli familiari, che talvolta sottendono la necessità di risolvere problemi sociali, come accade per gli anziani e le coppie omosessuali, si è compiuta in altri ordinamenti attraverso una metamorfosi della “famiglia” tradizionalmente intesa derivata dalla rivalutazione degli spazi affidati alle libere scelte dei suoi componenti. Ad un astratto prototipo di famiglia se ne è sostituito uno in cui la flessibilità appare essere direttamente proporzionale alla diversità degli interessi rappresentati. Di qui, i nomi: convivenze *more uxorio*, *union libre*, *concubinage*, *eheähnliche Gemeinschaft*, *nichteheliche Lebensgemeinschaft*, *Partnerschaftsvertrag* e via enumerando, secondo una terminologia in cui ciascuna espressione mantiene un suo preciso significato e non può essere disinvoltamente tradotta nell'altra. In tali ordinamenti non si dibatte e non si regola soltanto il fenomeno delle famiglie eterologhe non fondate sul matrimonio, ma anche quello delle coppie omosessuali. Il problema sembra dunque biforcarsi in due direzioni ben distinte: per la coppia eterosessuale è l'ordinamento che si preoccupa di ricostruire criteri e linee di



regolamentazione nell'ipotesi di necessità di tutela di uno dei componenti la famiglia non fondata sul matrimonio. Per quelle omosessuali si avverte un anelito, un'esigenza fortissima di istituzionalizzazione; la pretesa cioè del riconoscimento dell'esistenza di una famiglia che trovi fonte istituzionalizzata non in un atto di autonomia ma in un procedimento paragonabile a quello del matrimonio. I problemi vanno affrontati dunque con metodi rigorosamente diversificati e non sopportano a mio avviso soluzioni compartite.

Lo scenario che si delinea è allora di estremo interesse.

Negli ordinamenti in cui manca una legislazione specifica sulle unioni libere, la giurisprudenza continua a svolgere un ruolo fondamentale per il riconoscimento di singole posizioni giuridiche soggettive. Dal punto di vista dell'Europa, se qui è forte la tendenza alla regolamentazione di siffatti fenomeni, è altrettanto vero che essa si esprime, data la eterogeneità degli stessi, in regimi giuridici assai diversificati, ma che tuttavia disciplinano sia le convivenze etero che omosessuali. A questa evoluzione si sottrae tuttora il nostro ordinamento.

V'è peraltro un processo di progressivo coinvolgimento dell'Unione Europea che, a partire dalla lontana decisione della Corte di Giustizia del 1969, interviene nell'ambito dei rapporti familiari sul presupposto dell'esistenza di "tradizioni costituzionali comuni agli stati membri che costituiscono un corpo di norme non scritte nell'ordinamento comunitario".

L'atteggiamento della giurisprudenza europea è nel senso di riconoscere legittima una diversità di trattamento tra coppie sposate e conviventi etero sessuali. La visione tuttavia sembra via via più incerta nella misura in cui aumentano gli stati che aprono il matrimonio alle coppie omosessuali. Ma l'ipotesi di un diritto europeo della famiglia continua ad essere un'immagine dai contorni piuttosto sfumati.

3. Una volta affermata la rilevanza delle famiglie non fondate sul matrimonio, occorre tuttavia delimitare i criteri attraverso i quali organizzare la disciplina applicabile. Ancora una volta, i riferimenti-guida vanno individuati a livello costituzionale. Ai principi degli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost., va aggiunto altresì il delicato profilo della tutela compatibile con quella – privilegiata – accordata dall'ordinamento italiano alla famiglia fondata sul matrimonio, di cui all'art. 31, comma 4, Cost.

Al riguardo, il conflitto con la famiglia adottiva è escluso in via di principio, poiché questa è equiparata alla famiglia legittima. Erosi fino all'esiguità appare altresì il criterio di compatibilità relativamente alla filiazione naturale, di cui si attende da tanto tempo, a livello normativo, la totale equiparazione con la filiazione legittima: l'unico *status filiationis*.

Ne consegue che fondamento della filiazione non è tanto il *favor veritatis*, quanto l'effettivo rapporto costituito negli aspetti affettivi, educativi e patrimoniali tra figlio e genitore. Infatti, nel modello della famiglia incerta - non più stabile - e per conseguenza della "famiglia ricostituita", il perno attorno al quale si svolge il rapporto



genitori - figli e cui si ancora la perennità della “genitorialità” è per l'appunto l'effettività del rapporto e dunque la sua conservazione in termini di “cogenitorialità” (v. l. 8 febbraio 2006, n.54).

In tale visione, si profila la nuova figura del terzo genitore, che si affianca ai genitori di sangue nella famiglia ricostituita, nel dividerne le responsabilità.

4. La teorizzazione di un interesse super-individuale del gruppo familiare, di natura pubblicistica, preminente rispetto all'interesse dei singoli membri e dunque prevalente in caso di conflitto con questi ultimi, portava alla logica conseguenza della compressione – se non del diniego – di riconoscimento dell'autonomia negoziale dei suoi componenti, in ragione di una quasi esclusiva competenza statale a regolamentare i rapporti giuridici familiari. Il passaggio da una “concezione istituzionale” ad una “concezione costituzionale” della famiglia segna l'emersione degli interessi dei singoli rispetto a quelli del gruppo, in una prospettiva solidaristica che impone la ricerca di un criterio di contemperamento dell'esercizio dei diritti fondamentali. Per altro verso, la necessità di operare una sintesi tra interessi individuali e interessi comuni, nonché di assicurare l'unità familiare, a sua volta strumentale alla realizzazione della personalità di tutti i componenti, colloca la famiglia in una dimensione associativa che sfugge ad un'ottica meramente individualistica dei rapporti familiari.

Tale visione conduce, come logico corollario, alla valorizzazione dell'autonomia privata anche in siffatto ambito di rapporti, senza peraltro pervenire ad una “contrattualizzazione” dell'intero istituto.

5. Certamente inderogabili (*ex art. 160 c.c.*) sono i diritti e i doveri – di natura patrimoniale e di natura personale – che caratterizzano il vincolo coniugale ai sensi dell'art. 143 c.c. Ma si può sostenerne l'indisponibilità in termini assoluti?

Vero è che essi sono intrasmissibili ed irrinunciabili (oltre che imprescrittibili); ma trasferimento e rinuncia, se tradizionalmente rappresentano le due categorie fondamentali di atti di disposizione elaborate con riferimento ai diritti patrimoniali, non esauriscono l'ambito del potere dispositivo, nel quale rientrano tutte le modalità di esercizio della situazione soggettiva che provocano un mutamento nei rapporti giuridici preesistenti, e specificamente una vicenda costitutiva, modificativa o estintiva di un rapporto giuridico.

Ora, poiché la nascita dei diritti e doveri coniugali è disposta dalla legge e la loro estinzione è dalla legge stessa sottratta all'autonomia delle parti, si tratta di stabilire se e in che termini alle stesse sia invece riconosciuto un potere dispositivo che si estrinsechi nella modificazione del rapporto. Ove si consideri che il rapporto giuridico, sotto il profilo funzionale, si traduce in un regolamento di interessi, e che dunque alle vicende modificative va ricondotta la modifica della disciplina, anche se attenga a modalità accessorie, l'indagine si incentra sulla possibilità che i coniugi,



nell'esercizio della propria autonomia negoziale, pongano in essere atti aventi la funzione di regolamentare lo svolgimento del rapporto di coniugio, senza con ciò derogare ai diritti e doveri previsti dall'art. 143 c.c.

6. Se l'abbandono della concezione pubblicistica della famiglia e del suo diritto esalta il profilo dell'autonomia – legato a quello della responsabilità – ciò appare tanto più vero nella convivenza non fondata sul matrimonio. Dal che consegue la liceità – della causa – delle convenzioni e dei negozi espressamente pattuiti dai conviventi al fine di regolare i rapporti personali e patrimoniali che tra essi intercorrono. Ma liceità non vuole ancora dire meritevolezza di tutela. E il giudizio di meritevolezza, sia che esista un'espressa pattuizione sia che questa si evinca dal comportamento reciproco dei conviventi, non può che formularsi alla stregua dei principi fondamentali di ordine pubblico costituzionale che ispirano il diritto comune familiare.

Sono le fattispecie denominate “accordi di convivenza”, con le quali i partners dettano le norme di indirizzo della vita familiare in atto, a suscitare l'attenzione del giurista e a sollevare le maggiori questioni in tema di validità ed efficacia.

Laddove, come nel nostro ordinamento, manchi una normativa specifica, il problema dei limiti dell'autonomia privata dei conviventi *more uxorio* si ripropone in tutta la sua gravità, e la sua soluzione rimane affidata all'interprete.

7. In passato, nelle ricostruzioni classiche del diritto di famiglia, sessualità e riproduzione si presentavano come un binomio inscindibile, una realtà unica, funzionale al momento procreativo. L'ultimo ventennio ha prospettato all'interprete nuove rappresentazioni prima impensabili. Il diffondersi delle tecnologie di procreazione medicalmente assistite e la legislazione sull'interruzione di gravidanza avevano rotto i legami del binomio “sessualità e riproduzione”.

Attualmente, dopo la cosiddetta “rivoluzione biotecnologica”, l'uomo comune è posto traumaticamente dinanzi all'idea della riproduzione senza sessualità, della riproduzione senza la necessità dell'incontro di due esseri.

Ma l'individuazione dei soggetti legittimati a ricorrere alle tecniche di fecondazione artificiale non si può fondare esclusivamente sulla libertà di scelta e di autodeterminazione del singolo individuo, ammettendo al ricorso ad esse anche un soggetto solitario. In realtà, le moderne legislazioni europee in materia, e particolarmente quella italiana, tendono quasi tutte a limitare l'accesso alle tecniche artificiali di procreazione, in particolare alle coppie coniugate oppure conviventi, entro precisi confini di età.

8. Del minore e dei rapporti genitori-figli non vorrei proprio parlare: me ne sono occupato fin troppo in questi ultimi quarant'anni. Certo è, però, che l'interesse del minore, la sua tendenziale autodeterminazione, la capacità di discernimento, la constatazione che avere minore età non significa aver minor valore rispetto agli adulti



costituiscono ormai elementi ineliminabili dal dibattito giuridico e dal diritto vivente, oltre a determinare la condizione giuridica del minore nella sua globalità. Ne risulta una rinnovata visione della potestà dei genitori, contrassegnata da una più marcata presenza della responsabilità.

Sono questi e tanti altri i temi sui quali si articolerà il presente Convegno: nel dichiarare aperti i lavori, un grazie sincero ai relatori e agli intervenuti e un cordiale augurio di buon lavoro.