

COSA NE E' DELLA FAMIGLIA



PROVINCIA DI BRESCIA
PALAZZO BROLETTO
Piazza Paolo VI, 16



*Commissione
Pari Opportunità*

tel. n. 030/3749204

COSA NE E'
DELLA **FAMIGLIA ?**

**EVOLUZIONE STORICA
LEGGE 19 MAGGIO 1975 N.151
SEPARAZIONE E DIVORZIO
UNICITÀ O PLURALITÀ DEI MODELLI FAMILIARI**

**A CURA
DELL'AVV. MARIANTONIA PIOTTI
CONSULENTE LEGALE DELLA COMMISSIONE PARI
OPPORTUNITÀ
DELLA PROVINCIA DI BRESCIA**

**CON IL PATROCINIO DELL'ASSESSORATO ALLA CULTURA
E PUBBLICA ISTRUZIONE DELLA PROVINCIA DI BRESCIA**

BRESCIA, MARZO 1997

Prefazione

La Commissione per le Pari Opportunità tra uomo e donna della Provincia di Brescia intende aprire con questa pubblicazione un percorso di riflessione e di ricerca su una tematica complessa e sempre attuale, quella della famiglia.

Il testo affronta l'argomento da un punto di vista molto specifico, ma non per questo settoriale, quello del diritto, ripercorrendo la storia delle istituzioni familiari in termini giuridicamente rigorosi, ma molto attenti a cogliere i problemi e le prospettive dell'oggi, facendo tesoro di una esperienza maturata sul campo, con intelligenza e passione.

Il progetto nasce dallo Sportello Donna, che è stato in questi ultimi due anni una importante finestra sulla realtà bresciana, e che ci ha reso evidente tra le altre l'esigenza di garantire una maggiore informazione sul diritto di famiglia, su quel complesso di norme che regolano tanti aspetti quotidiani della vita di ciascuno di noi.

A vent'anni dalla approvazione del Nuovo Diritto di Famiglia (Legge n. 151 del 1975), che ha certamente introdotto e sancito modifiche importanti nella relazione tra i due sessi e nei rapporti tra genitori e figli, molti

giovani, uomini e donne, scelgono il matrimonio senza alcuna chiarezza su ciò che li attende e che potrà essere determinante per il loro futuro.

Le più giovani generazioni, che non hanno vissuto il travaglio della trasformazione e della conquista di norme più adeguate alla nuova sensibilità maturata soprattutto tra le donne, sembrano dare per scontata una parità di diritti e di doveri, che, se anche recepita dalla legge, ha bisogno di essere conosciuta per essere esercitata nella sua pienezza con la conseguente assunzione di responsabilità che ne deriva.

Non a caso il titolo è posto in forma interrogativa. Non vi sono risposte certe o modelli stereotipari, piuttosto un pressante richiamo a concetti fondamentali come libertà, rispetto dell'altro e senso di responsabilità nelle scelte.

Data la molteplicità di significati e di esperienze comprese in ciò che noi chiamiamo "famiglia" nessun lavoro su questo tema può pretendere di essere esaustivo.

Come ben esplicita l'autrice nelle pagine introduttive, siamo consapevoli che il discorso non può esaurirsi su un piano strettamente giuridico: ci proponiamo di sviluppare su queste tematiche ulteriori riflessioni.

Ringraziando innanzi tutto l'autrice, ma anche, in particolare, l'Assessorato alla Pubblica Istruzione della

Provincia e il Provveditorato agli Studi per il sostegno all'avvio di questo progetto, affidano questo primo strumento di lavoro a quanti sono interessati a condividere con noi questo cammino di ricerca.

Brescia, ottobre 1997

*Tina Venturelli
Presidente della Commissione
Pari Opportunità
Provincia di Brescia*

*Annalisa Voltolini
Consigliera Provinciale delegata
Pari Opportunità e Giovani
Provincia di Brescia*

PREMESSA

Ho accolto con entusiasmo l'incarico della Commissione Pari Opportunità della Provincia di Brescia la quale, rivolgendosi in particolare ai giovani nell'ambito di un progetto culturale che tende a formare e a prevenire attraverso l'informazione, mi ha chiesto di redigere questo lavoro, il quale nasce dalla mia esperienza professionale e dall'attività svolta presso lo "Sportello Donna" quale consulente sui rapporti familiari.

Formare i futuri cittadini oggi per prevenire il disagio di domani è l'obiettivo forse un po' ambizioso della pubblicazione che si rivolge contestualmente alle ragazze e ai ragazzi, ma anche agli adulti, genitori e insegnanti, con il proposito di approfondire insieme i temi trattati e il confronto avviato sui medesimi.

La scelta dell'ambito familiare non è casuale in un'epoca in cui si parla e si scrive diffusamente dei diritti umani, ma sempre riferiti alla sfera pubblica e al rapporto tra Stato e cittadino, alle discriminazioni politiche, razziali, etniche, religiose.

La sfera dei rapporti privati e l'evoluzione dei comportamenti ad essi inerenti è stata tradizionalmente affidata alla sensibilità degli individui, all'educazione scolastica e familiare.

Ben poco ha elaborato il servizio pubblico in proposito.

"Eppure è proprio nell'ambito dei rapporti privati che si compiono i soprusi più gravi, le ingiustizie più intollerabili; è proprio in questo ambito che le violazioni dei diritti umani non ricevono sanzione o sono addirittura legittimate da

pregiudizi e discriminazioni. Di fatto è stato tracciato un confine ideale fra comportamenti individuali e collettivi. Ci si batte in piazza per i diritti della gente di colore, nelle università per il diritto allo studio e tornati a casa si impongono le proprie regole, la propria volontà.

Perché? Le petizioni e le proteste pubbliche non cambiano la nostra vita, non impongono rinunce” (SALVATORE PARLAGRECO, *Le Ragioni della tolleranza*, Società Editrice Internazionale, pag. XVI).

Il contrario accade nel privato in cui ogni scelta implica impegno e rinunce e quindi coinvolge l'individuo in prima persona.

Per questo riteniamo importante rivolgerci al singolo individuo nell'intento di portare con ciò un contributo all'intera collettività attraverso la formazione di cittadini consapevoli e responsabili.

Il motivo per cui la prima tappa di tale obiettivo è stata individuata nella famiglia è intuitivo.

La famiglia, istituzione millenaria che nella nostra civiltà è stata a lungo ancorata a modelli rigidi e precostituiti, oggi è in via di rapida trasformazione.

Gli studi sociologici e i dati statistici ne danno ampia conferma e di fronte a tale fenomeno si levano le più svariate considerazioni e molteplici sono i toni allarmistici di chi rimane disperatamente ancorato ai vecchi modelli e si trincerava in catastrofiche previsioni.

La Commissione Pari Opportunità ha inteso introdursi in tale fermento con una scelta a mio parere UTILE e CORAGGIOSA.

UTILE perché, non attendendosi ritorni immediati, individua un obiettivo di medio-lungo periodo che, attraverso la conoscenza e la riflessione, mira a formare e responsabilizzare i futuri cittadini.

UTILE ancora perché ha scelto di rivolgersi ai giovani con un messaggio positivo, sottolineando la strada che fin qui è stata fatta e richiamando all'impegno individuale per costruire un futuro migliore per sé e per l'intera società: oggi non è infatti più l'epoca delle grandi lotte di genere o di categoria (donne contro uomini, studenti contro insegnanti, giovani contro adulti) ma è il momento della ricostruzione di un mondo che sta a ciascuno rendere più libero e consapevole.

La comparazione tra ciò che è stato e ciò che è consentirà di apprezzare il positivo cammino verso il superamento di posizioni gerarchiche ed autoritarie, nonché la maggior attuazione dei principi di libertà e dignità della persona: molti ricorderanno per averlo vissuto, o possono comunque immaginare, cosa significasse un tempo essere “ragazza madre” o avere la qualifica di “bastardo” (ché tale era considerato per la società quello che la legge definiva “figlio illegittimo”), o per la moglie essere soggetta alla potestà maritale e per le donne essere divise nella competizione per la conquista del “partito” migliore.

E' quindi importante la memoria storica del passato e del cammino fin qui percorso per meglio apprezzare il valore di ciò che taluno tra i più giovani dà forse per scontato.

I problemi della vita di relazione sono però lungi dall'essere oggi tutti positivamente risolti: la realtà ci prospetta sempre nuove situazioni e l'individuo si trova spesso di fronte ad un

bivio in cui gli compete operare le proprie scelte nell'ambito di una rete più o meno complessa di rapporti interpersonali.

La scelta della Commissione si palesa a questo proposito a mio parere CORAGGIOSA, e comunque controcorrente, in un contesto nel quale gruppi e istituzioni non abdicano quasi mai da posizioni cattedratiche finalizzate alla prevalenza della propria linea di pensiero che dovrebbe tradursi, secondo gli obiettivi, in altrettante scelte di vita: si sono infatti coraggiosamente evitate posizioni preconcepite con l'obiettivo primario del riconoscimento della dignità di ogni persona, donna, uomo, moglie, marito, figlia o figlio che sia.

In quest'ottica si è quindi rifuggite dalla tentazione di fornire indicazioni preferenziali di percorso individuando la strada vincente esclusivamente nella corretta impostazione dei rapporti interpersonali: non nella forma quindi, ma nella sostanza delle scelte di ognuno e nel metodo con cui ciascuno saprà gestire la propria vita di relazione e le proprie responsabilità.

Si tratta di un messaggio semplice, ma incisivo che mi sento di condividere pienamente. Ho messo dunque la mia esperienza umana e professionale a disposizione di chi rifugge da classificazioni e semplificazioni accettando la sfida di confrontarsi con la realtà per dare un senso compiuto alla propria esperienza di vita: in ciò ritengo abbia giocato un ruolo determinante l'essere donne e provenire da una storia millenaria di condizionamenti ed emarginazione da cui solo recentemente ci siamo affrancate.

Prima di entrare nel vivo dell'argomento, avverto l'esigenza di spiegare come è avvenuto il passaggio dalla mia esperienza professionale alla condivisione del progetto della Commissione Pari Opportunità.

Circa vent'anni fa ho iniziato a dedicarmi alla professione forense in ambito familiare, più che per amore del diritto e della tenzone giudiziaria, per l'innata inclinazione a confrontarmi con le tematiche legate alla condizione femminile, da un lato, e ai rapporti interpersonali, dall'altro. La mia attività nelle aule giudiziarie è sempre stata perciò accompagnata da intensa attività di consulenza stragiudiziale nel tentativo di cogliere lo stato della situazione in cui andavo a verificare l'entità e la portata del malessere individuale: al legale ci si rivolge infatti, e negli anni scorsi a maggior ragione ci si rivolgeva, nella totale assenza di altri operatori familiari nel campo psico-sociale, nel momento della crisi alla ricerca di una possibile soluzione.

Si era in pieni anni settanta, in un momento quindi assai delicato a cavallo tra il vecchio sistema, non solo normativo, ma culturale e sociale, e quello che sarebbe poi diventato il prodotto dei fermenti innovativi degli anni precedenti.

Nell'ambito della mia professione sono stata chiamata a verificare, in maniera sempre più diffusa e crescente, la spesso scarsissima consapevolezza della situazione normativa in essere, da un lato, e le troppo alte aspettative rispetto a possibili soluzioni esterne dei personalissimi problemi connessi con le relazioni familiari, dall'altro.

Con l'andar degli anni verificavo man mano nelle donne sempre maggior delusione circa la nuova normativa cosiddetta "di parità", causa i risvolti che ciò comportava.

Verificavo altresì spesso vanificato il ricorso ai nuovi istituti individuati dal legislatore in riconoscimento del principio di solidarietà familiare e di tutela del coniuge più debole (quale ad esempio la comunione dei beni nel matrimonio). Vedevo sempre più spesso il cambiar strada (con la separazione o il divorzio) non accompagnato da una effettiva conquista di maggior benessere e serenità, allorché tale cambiamento era caratterizzato dal rifiuto ad affrontare e ridefinire le proprie dinamiche personali e relazionali.

Con l'andar del tempo avveniva il cambio generazionale e a coloro che, vissuti negli anni precedenti, frequentemente non si ritrovavano nella mutata normativa e mentalità, andavano sostituendosi le giovani generazioni.

Queste ultime apparivano talora inconsapevoli del cambiamento verificatosi, e quindi ancorate a schemi ormai superati, ovvero, al contrario, inclini ad eccessiva sopravvalutazione della trasformazione avvenuta, quasi non residuasse alcunché da conquistare o risolvere.

Con l'andar del tempo io stessa cambiavo e dal diretto contatto con le diverse posizioni contrapposte scoprivo il confine tutt'altro che netto tra le medesime, nonché le molteplici sfumature che era possibile individuare tra le ragioni dell'uno e dell'altra nella complessa dinamica dei rapporti familiari.

Individuavo il malessere di chi in altri tempi mi era parso semplicemente un prevaricatore e sempre più le ragioni di

ognuno offuscavano quelle che un tempo sembravano essere verità.

Constatavo, come è stato da altri acutamente rilevato, che nella vita di relazione “...ogni uomo, influenzato da una molteplicità di fattori, interpreta a suo modo l’ambito entro il quale deve permettere agli altri le libertà che egli chiede per sé” (SALVATORE PARLAGRECO, cit. pag 16).

In altre parole, coglievo ciò che è meno evidente e che talora non traspare neppure a se stessi: felici si può essere, purché lo si voglia e non ci si aspetti dall’esterno la soluzione dei propri problemi e purché si riconosca diritto di cittadinanza, accanto alle proprie, alle ragioni altrui.

Individuavo che ciò si traduce nella riappropriazione della propria vita nel rispetto di quella altrui in ordine alle scelte fondamentali dell’esistenza, alle relazioni in essere e agli impegni derivatini.

Importante al riguardo mi si rivelava l’aspetto educativo e formativo al fine di conservare l’entusiasmo giovanile ed impedire l’espandersi del malanimo di ritorno più volte riscontrato, frutto di frustrazioni e aspettative deluse.

Spesso infatti avevo visto le speranze giovanili trasformarsi in amarezze e rancori - causa le avversità della vita e gli incontri non sempre felici - allorché si perdesse fiducia nelle proprie potenzialità ovvero ci si disperdesse in conflitti improduttivi.

Fondamentale mi si palesava quindi l’impegno di ognuno affinché i giovani imparino a crescere e ad operare le proprie scelte consapevolmente - e quindi in conformità con la propria natura - e nello stesso tempo nel rispetto dell’altrui diversità. Ciò, aiutandoli a liberarsi da schemi

imposti, ma contemporaneamente a rifuggire da soluzioni affrettate e superficiali, nonché dal ricadere in lotte ideologiche e nella schiavitù di nuovi integralismi.

“Temer si dee di sole quelle cose ch’ hanno potenza di fare altrui male, dell’altre no, chè non son paurose” amo ripetere a me stessa e ai giovani con un richiamo dantesco: ciò, ora come allora, si risolve in capacità di autodeterminazione nel rispetto reciproco formandoci quali persone libere e responsabili per sé e per l’intera collettività.

Accompagnare i giovani nell’arduo cammino del crescere, compito in piena sintonia con la funzione istituzionale e con i propositi della Commissione Pari Opportunità, richiede la collaborazione di chiunque, come me, avverta di condividere il progetto avviato.

Vi è una generazione alla finestra in vigile attesa di iniziare ad investire le proprie risorse nella vita sociale e di relazione in un mondo che noi adulti andiamo a consegnarle: ad essa ciascuno potrà rivolgersi con le modalità e gli strumenti a sé più confacenti aiutandola a costruire una società più libera e democratica.

Dal canto mio, ho colto tale invito mettendo le mie competenze e l’esperienza umana e professionale fin qui maturata a disposizione di chi si impegna al fine di costruire libere e rispettose relazioni interpersonali nella salvaguardia delle reciproche aspettative e nel rispetto dei diritti e della dignità della persona: ritengo infatti ciò, oltre che espressione di una importante funzione sociale, compito di ogni cittadino in quanto base per fondare una vera democrazia.

In famiglia prende avvio questo cammino: cambiare le relazioni tra donne e uomini, tra genitori e figli, rendendole nello stesso tempo più libere, consapevoli, rispettose e responsabili, costituisce elemento portante di questa nuova democrazia, nonché auspicabile obiettivo di ognuno.

Tale concetto, efficacemente espresso da LUCE IRIGARAY in “La democrazia comincia a due” (Ed. Bollati-Boringhieri), va riproposto alle nuove generazioni affinché riescano a compierne la realizzazione.

Mariantonia Piotti

AI GIOVANI

Gli ultimi decenni hanno registrato un cambiamento rivoluzionario nei rapporti tra i due sessi come erano tradizionalmente impostati e abbiamo imparato a conoscerli sui banchi di scuola.

Per una differenza di ruoli che si riconduceva a ragioni naturali (Platone affermava: “Se la natura non avesse voluto donne e schiavi, avrebbe dato alle spole la qualità di filare da sole!”), l'uomo era infatti adibito a funzioni esterne, sociali e la donna alla cura del privato, della sfera familiare. Con motivazioni che venivano ricondotte al ruolo di “produttrice” dei figli assegnate dalla natura, alla donna fin dai primordi veniva attribuito il compito di produzione domestica, mentre l'uomo si adoperava nei rapporti esterni e ciò appariva riproporre una condizione del tutto naturale.

“Gli dei hanno creato la donna per le funzioni che si svolgono all'interno della casa - affermava Senofonte nell'Economico -, l'uomo per tutte le altre. Gli dei l'hanno messa all'interno perché la donna sopporta meno bene il freddo, il caldo e la guerra. Per le donne è onesto rimanere dentro e disonesto andar trascinandosi fuori; per gli uomini sarebbe vergognoso rimaner rinchiusi in casa e non occuparsi di quanto accade fuori”.

La donna non compare infatti, se non come rara eccezione, nella storia, nell'arte, nella scienza.

Tale dicotomia si riproduceva in famiglia e la legge traeva da ciò ragione per trattamenti differenziati tra moglie e marito.

Anche in Italia, fino all'entrata in vigore della Nuova Legge del '75, in base al codice civile mutuato dal codice napoleonico, il marito era capo della famiglia e aveva l'esercizio esclusivo della potestà sui figli.

Ciò non aveva riflessi negativi nelle famiglie dotate di strumenti per far sì che tale diversità non si risolvesse in inferiorità e subordinazione, ma avallava soprusi là dove esistevano, per vari motivi, carenze culturali, educative, ambientali.

I fermenti egualitari che già avevano portato nel '45 le donne al riconoscimento del diritto di voto, e via via alla progressiva conquista della loro sessualità e di una dimensione sociale, politica e lavorativa, non più vista in contraddizione con la sfera privata personale, bensì complementare ed arricchente anche di questa, nonché le contestazioni studentesche che scardinavano la netta subordinazione dei giovani in famiglia e nella scuola, hanno fatto sì che, nel corso degli anni settanta, la legislazione recepisce in larga parte le istanze di rinnovamento.

Nel campo familiare che qui ci interessa, doveva scaturirne la negazione delle differenze di sesso, là dove - con la Novella del '75 - ai termini moglie e marito si sostituiva quello di coniuge, riconoscendo indifferentemente a ciascuno (uomo o donna che sia) parità di diritti e di doveri e ai figli maggior dignità e considerazione.

Ed ecco la falsa sensazione del tutto raggiunto:

- per le donne vi è oggi un problema di pari opportunità;
- per gli uomini la ricerca di una nuova identità;
- per i giovani l'incertezza di un futuro privo di orientamenti precisi;

- per la famiglia una instabilità prima sconosciuta.

Ora, da più parti si grida con allarme alla morte della famiglia; ma la famiglia è moribonda, più che mai vitale o solo in via di trasformazione?

E' ancora il punto di riferimento prioritario per chi si affaccia alla vita adulta, il porto sicuro da cui ci si attendono sicurezza, valori, riferimenti?

Gli ultimi sondaggi rispondono a tali interrogativi in maniera affermativa indicando ancora la famiglia in cima alla scala dei valori dell'ultima generazione dai 15 ai 29 anni.

Dal quarto rapporto IARD sulla condizione giovanile in Italia presentato all'inizio del 1997 a Milano dai coordinatori della ricerca condotta dalle Università degli Studi di Trento, Milano e Pavia su un campione rappresentativo di 2.500 giovani in età compresa tra i 15 e i 29 anni, emerge ancora infatti una profonda tensione verso l'istituzione familiare (posta in cima alla gerarchia della scala dei valori dall'87% degli intervistati) unita però, osserva il Prof. Carlo Buzzi dell'Università di Trento, "alla consapevolezza del rischio che ciò comporta e all'affermazione largamente condivisa che anche le scelte più importanti non sono mai per sempre".

Ma se la famiglia è ancora un valore profondamente radicato in una realtà sociale caratterizzata da una forte dose di flessibilità e di trasformazione come quella odierna, quali sono oggi gli elementi caratterizzanti tale istituto rimasto per secoli uguale a sé stesso?

Ognuno ha la propria opinione in proposito e variegata sono le rispettive posizioni nell'epoca che attraversiamo

caratterizzata dal superamento di modelli rigidi un tempo profondamente radicati nella coscienza e nella realtà sociale.

Qui non si vogliono dare risposte certe né indicazioni di percorso, ma offrire insieme materia di studio e una metodologia per le proprie scelte e per la soluzione degli eventuali, spesso inevitabili, conflitti familiari.

Nel corso del lavoro troverete perciò spesso il richiamo a concetti fondamentali quali **la libertà, il rispetto e la responsabilità**, concetti che sembrano essere peraltro già ampiamente condivisi.

Il diretto contatto con voi, per chi ha l'opportunità di averne, nonché il risultato del sondaggio sopra richiamato, consentono infatti di constatare come per i giovani, quasi all'unanimità, ai primi due posti, per la riuscita di un rapporto di coppia, sono il **rispetto** e la **comprensione reciproca** (secondo le indicazioni, rispettivamente, del 93 e dell'83 per cento degli intervistati).

Benché i dati indichino l'impegno politico all'ultimo posto nella scala degli interessi dei giovani contemporanei (solo il 4,7% degli intervistati si è dichiarato incline alla sfera pubblica) e la realtà sembri non smentire tale indicazione segnalando un deciso orientamento dei giovani alla ricerca della soddisfazione nella dimensione privata più che in quella pubblica, la netta e costante indicazione di valori fondamentali quali il rispetto e la comprensione, ha consentito a taluno una lettura ottimistica dell'universo giovanile, pur alla luce di dati che parrebbero indicare un preoccupante ripiegamento dei giovani su sé stessi.

“I giovani - ha commentato tra gli altri il Dott. Angelo Oliva, neuropsichiatra e psicoterapeuta - hanno intuito che è l’incontro e il confronto con l’altro il vero campo di sfida. Che è nella relazione che ci costituiamo, che ci identifichiamo e che è da lì che bisogna partire. Forse anche a loro è chiaro che i progetti importanti non possono che scaturire da profonde motivazioni interiori. E che i grandi progetti collettivi non possono più nascere da un’attrazione fatale verso qualcosa di esterno, come è stato drammaticamente nel ‘68, ma possono fiorire soltanto dalla sommatoria di tanti personali progetti interiori“.

Non disimpegno dunque, ma mutamento di rotta, sembrate dirci.

Noi cogliamo l’indicazione accettando di accompagnarvi nel vostro cammino ammonendovi come J. F. KENNEDY ai cittadini americani:

“Non domandatevi quel che il vostro Paese può fare per voi, ma quel che voi potete fare per il vostro Paese!“.

Ciò, iniziando col “consapevolmente e rispettosamente” fondare le vostre relazioni interpersonali.

STRUTTURA DELL'OPERA E IMPOSTAZIONE DEL LAVORO

Pur consapevoli che la trattazione della famiglia quale nucleo naturale di aggregazione tra individui, non si esaurisce in ambito giuridico, ma coinvolge ampie sfere metagiuridiche, abbiamo ritenuto di affrontare l'argomento sotto un profilo normativo al fine di sottolineare, da un lato, la correlazione tra le scelte istituzionali e la coscienza sociale in un determinato momento storico e quindi la **relatività** e la **mutevolezza delle istituzioni familiari**, e dall'altro, **l'inidoneità della norma a fungere da contenitore del complesso di relazioni inerenti i rapporti interpersonali**.

Tale secondo aspetto ci pare particolarmente degno di nota in un'epoca in cui, in presenza di elementi suscettibili di trasformare ovvero disgregare, con sempre più pressante facilità, modelli un tempo rigidi di relazioni interpersonali, si avvertono aspettative dei singoli nei confronti dei poteri statuali (legislativo o giudiziario) di gran lunga maggiori rispetto alle reali potenzialità strutturali dei medesimi, quasi il diritto avesse la capacità di contenere e regolamentare ogni aspetto della vita di relazione.

Scopo dell'esposizione non è quindi esaurire lo studio delle istituzioni familiari nel nostro ordinamento dalle fonti ad oggi, bensì evidenziare la funzione e il limite

della norma in campo familiare quale tramite per sollecitare il ricorso da parte di ognuno alle proprie risorse individuali evitando la tendenza di rischiose semplificazioni e la tentazione di dannose abdicazioni dalle proprie responsabilità.

Consapevolezza e responsabilizzazione non possono prescindere dalla conoscenza.

L'opuscolo, lungi dall'essere esauriente in materia, si propone perciò di offrire una sommaria conoscenza della normativa in campo familiare evidenziando le più salienti modifiche e innovazioni degli ultimi decenni (con ampi cenni retrospettivi di particolare interesse storico-culturale) e conseguenti spunti di stimolo per ulteriori riflessioni su cui ciascuno sappia in futuro orientare le proprie decisioni e scelte personali nel rispetto di quelle altrui.

Come è stato infatti acutamente osservato "il sapere non offre rassicuranti certezze o verità definitive, ma consente di conquistare un po' di saggezza gradualmente, abitua a tollerare le opinioni e a non tollerare i soprusi" (SALVATORE PARLAGRECO, cit. pag. 3).

Conoscenza è altresì veicolo indispensabile per riconoscere la propria strada e imparare a percorrerla con senso di responsabilità assumendosi l'impegno e le rinunce che ogni scelta comporta.

Attraverso la conoscenza e la riflessione, nonché la constatazione della relatività e limitatezza degli interventi normativi che ci si augura scaturirà dalla lettura, obiettivo fondamentale che ci proponiamo, in un momento storico-sociale in cui i percorsi individuali sono sempre meno obbligati ma si svolgono al di fuori di schemi,

imposizioni o condizionamenti di vario genere, è quello di richiamare i giovani, futuri cittadini, alla responsabile gestione della propria vita di relazione, indipendentemente dalle modalità in cui la stessa si svolgerà e dalle scelte che il legislatore, per una somma di molteplici fattori, riterrà di operare.

Troppo spesso infatti viene oggi dato di osservare il mantenimento di scelte ormai prive di ogni contenuto sostanziale con motivazioni (di opportunità, convenienza o timore) assai poco rispettose della propria e dell'altrui dignità; ovvero la troppo superficiale rimozione (oggi invero normativamente avallata) di situazioni relazionali divenute, in base a valutazioni del tutto soggettive, eccessivamente onerose da gestire sia sotto il profilo personale che patrimoniale. Ci si riferisce ad esempio al matrimonio a tutti i costi, o alla troppo facile separazione.

In entrambi i casi, il vuoto mantenimento, da un lato, di rapporti del tutto inariditi, e la facile fuga, dall'altro, da relazioni vissute come troppo impegnative, portano a livelli di malessere che si ripercuotono sulla vita di relazione interpersonale di ciascuno e sull'intero tessuto sociale.

Onde evitare che tale malessere si espanda progressivamente nell'impotenza e nel disagio generale, riteniamo dunque fondamentale, per il futuro cittadino e quindi per l'intera società, la consapevole e responsabile gestione di scelte che si addicano alla sostanza del proprio essere nel rispetto e nella salvaguardia della pari dignità altrui.

In tale affermazione è contenuto il richiamo a valori tradizionali e fondamentali di ogni società civile quali la

libertà e la dignità della persona, il rispetto e il senso di responsabilità, ma si tratta di valori il cui richiamo assume un che di rivoluzionario e imprescindibile in un momento storico-sociale di transizione in cui, caduti modelli obbligati e superate posizioni formali di ineguaglianza e di sopruso, la consapevolezza di scelte responsabili si dibatte spesso tra i poli opposti del vuoto conformismo o della superficiale alternatività.

Abbiamo suddiviso la trattazione dell'istituto familiare in quattro parti:

Una PRIMA PARTE di excursus storico sui più immediati precedenti della normativa attuale con riferimenti dottrinali e giurisprudenziali utili per comprendere la ratio degli interventi del legislatore e la loro evoluzione nel tempo in rapporto al tessuto politico, sociale, storico e culturale.

Il materiale è stato interamente tratto da un testo universitario in dotazione negli anni settanta a cura di Mario Bessone e Enzo Roppo edito dalla Edizioni Culturali Internazionali di Genova: "Il diritto di famiglia. Evoluzione storica, principi costituzionali, prospettive di riforma".

Una SECONDA PARTE sulla normativa attuale introdotta dalla Riforma del '75, cosiddetta di parità, con riguardo alla fisiologia del rapporto, ossia ai diritti-doveri tra coniugi scaturenti dal matrimonio e ai rapporti genitori-figli.

Una TERZA PARTE inerente alla patologia del rapporto familiare, e quindi alla separazione personale e al divorzio,

nonché alle diverse modalità di soluzione dei conflitti familiari.

Una QUARTA PARTE sui diversi modelli di famiglia presenti nella società odierna e sul dibattito in corso in proposito nel mondo giuridico.

Vi è un'evidente sproporzione tra la prima parte del lavoro, analitica e diffusa per i motivi già sopra accennati, e le successive tre parti.

Tale sproporzione è intenzionale.

Nell'intento propostoci infatti, IL PASSATO, e cioè l'oggetto della prima parte, ci è parso degno di particolare approfondimento per l'indispensabilità della conoscenza delle radici storiche dell'istituto familiare e delle scelte fin qui operate dalla società e, di conseguenza, dal legislatore, quale presupposto di un esauriente dibattito sul tema della famiglia; abbiamo perciò ritenuto utile sottoporre all'attenzione del lettore normative e documenti che ormai appartengono alla storia trattandosi di materiale che difficilmente si troverà a disposizione di chi non operi nel settore storico-giuridico e non si proponga un dettagliato studio delle fonti delle nostre istituzioni.

Il motivo di tale scelta non è tuttavia esclusivamente storico-culturale, in quanto l'analisi del rigido modello familiare ormai superato e la sua ragion d'essere costituisce la chiave di lettura del confronto che intenderemo avviare: al lettore non sfuggirà infatti, dal confronto tra il presente e il passato, l'entità del cammino percorso come pure il fatto che taluni argomenti - che definiremo "tradizionali" - a

sostegno dell'abrogata normativa, rimangono tuttora attuali e fondanti determinate situazioni e una certa mentalità in taluni strati della popolazione, talché verrebbe da osservare che nei più recenti interventi normativi in campo familiare per alcuni versi si siano operate scelte d'avanguardia non perfettamente allineate con la coscienza sociale o con lo stato di avanzamento della società o di una parte di essa (si veda in tal senso la Parte terza, pag. 106 ss.).

IL PRESENTE è invece oggetto della seconda, terza e quarta Parte del lavoro suddivise secondo il criterio della fisiologia del rapporto familiare come riconosciuto e istituzionalizzato dal nostro ordinamento (Parte seconda), della patologia del rapporto familiare, e cioè della crisi delle relazioni familiari sfociante in separazione e divorzio (Parte terza) e della trasformazione in atto dei modelli familiari nella società e in rapporto alle istituzioni (Parte quarta).

Le tre branche di argomenti sono solo sinteticamente affrontate, non in seguito ad una valutazione circa la maggior o minor importanza o interesse delle stesse, ma intendendo qui essenzialmente offrire una traccia del profondo e radicale mutamento in atto nel contesto sociale quale conferma del nostro obiettivo nonché materia di riflessione e di confronto nel dibattito che, ci auguriamo, seguirà la pubblicazione e la diffusione del lavoro.

Limitandoci ad osservare che su ciascuna delle tematiche attuali oggetto della seconda, terza e quarta Parte (dalla parità coniugale, al regime patrimoniale, alla tutela e all'interesse del minore, alla crisi del rapporto matrimoniale, alla famiglia di fatto, e via dicendo) è in atto un fervido scambio di opinioni e di proposte legislative, si

rimanda a eventuali successive elaborazioni, anche in relazione all'interesse che ciò susciterà, l'approfondimento delle relative problematiche, peraltro in continua evoluzione.

P A R T E P R I M A

**L'ORIGINE E GLI ANTECEDENTI
DELL'ATTUALE LEGISLAZIONE**

1.- LA FAMIGLIA E IL DIRITTO DI FAMIGLIA

1.1. **Il ruolo della famiglia nell'organizzazione sociale.**

Al di là di quello che possono significare nell'esperienza individuale di ciascun uomo e di ciascuna donna, matrimonio e famiglia hanno assolto - nell'ambito dell'organizzazione sociale - ruoli istituzionali di grande importanza, che è opportuno identificare con chiarezza e realismo.

Un giurista nord-americano ha creduto di poterli sintetizzare così:

"(...) il matrimonio è un mezzo di organizzazione e controllo del comportamento umano nell'ambito della società. E' servito a formalizzare modelli di rapporto sessuale e a canalizzare l'espressione di esigenze biologiche, così come a minimizzare la minaccia recata all'ordine sociale dalle forti tendenze alla competizione e alla conflittualità. Ha costituito un mezzo per la distribuzione della proprietà e per la determinazione dei privilegi e delle responsabilità collegati al suo uso. Ha funzionato come unità per l'organizzazione e lo sfruttamento delle risorse e per lo sviluppo economico. E' stato generalmente lo strumento primario per l'acculturazione dell'individuo e il suo sviluppo sociale, morale e etico. Ha fornito l'educazione e gli strumenti necessari per il processo di socializzazione. Inoltre, il matrimonio ha rappresentato un accordo, con Dio o con la

società, per regolarizzare la funzione della procreazione ed assicurare il perpetuarsi della razza umana".

(REDMOUNT, *An Analysis of Marriage Trend and Divorce Policies*, in 10 (1957) *Vanderbilt Law Review*, p. 513)

Ai fini di una corretta analisi del fenomeno familiare, è necessario muovere dalla premessa che la famiglia è un istituto storicamente e socialmente "condizionato". Ciò significa che non vi è un modello generale e immutabile o un concetto universalmente valido di famiglia. Strutture e funzioni della famiglia evolvono e si trasformano di epoca storica in epoca storica, subendo l'influenza del tipo di organizzazione sociale volta a volta prevalente.

Ci sforzeremo pertanto di evidenziare nel corso del lavoro le tappe dell'evoluzione della normativa sulla famiglia in rapporto al contesto sociale.

1.2 **Famiglia e diritto.**

La famiglia tra "astensionismo" e "interventismo" dello Stato.

1.2.1. **La famiglia come "isola che il mare del diritto può soltanto lambire". Atteggiamenti giurisnaturalisti del pensiero cattolico.**

Secondo una corrente di pensiero (di radice cattolica), il diritto non può e non deve intervenire a regolare la vita della famiglia se non in misura molto circoscritta e per aspetti marginali. Società istituita direttamente da Dio, la famiglia è, per questa concezione, retta da leggi "naturali" che non soffrono interventi autoritativi esterni.

Questa visione della famiglia è espressa in modo singolarmente efficace da un insigne giurista cattolico-liberale:

"Noi giuristi diciamo famiglia, constatiamo con un po' di sorpresa che il nostro codice non la definisce. E questo non è senza una ragione né senza un perché. Il legislatore non si è sentito di definire un istituto che è pregiuridico, che è sorto prima che il concetto del diritto si isolasse da altri concetti affini, un istituto che non è suo, che esso non può dominare, del quale può regolare soltanto certi aspetti (...).

In realtà ben poco può fare e determinare il legislatore oltre l'ambito patrimoniale, e qui pure deve sostenere dure lotte contro la tradizione, le superstizioni, l'egoismo. Quanti padri

ancora attaccati a vecchie idee, che creano negozi fittizi e vendite simulate, per fare andare ben più della disponibile al figlio primogenito, od ai figli maschi a danno delle femmine! Ma questo è veramente il compito del legislatore, sancire secondo il sentire dei più, secondo la tavola dei valori etici che egli ha adottato. Se poi troverà famiglie in cui quei valori ancora non sono penetrati, figli che accettino la spogliazione perché in loro la riverenza alla volontà del padre è più forte, questo al legislatore, allo Stato, non interessa. Lentamente la sua regola penetrerà, lentamente la regola di morale familiare che esso ha posta, e che è più alta della vecchia regola, verrà sempre più largamente accolta.

Oltre l'ambito patrimoniale, ci possono essere dei divieti, delle attribuzioni di compiti, di potestà. Ma non è facile fare sì che le potestà vengano esercitate, ove manchi in quegli cui sono affidate la coscienza etica od il buon volere, e pressoché impossibile è una sostituzione.

Giudici specializzati, tribunali dei minorenni, patronati, istituti di rieducazione, rappresentano un complesso di tentativi ardui, e non infruttiferi, ma ben spesso non coronati da successo. Non c'è però modo di sorta di sostituirsi ad un padre ed una madre che non sappiano educare, che abbiano colpevoli condiscendenze (...).

Per questo la famiglia appare sempre, se si consenta il simbolo, come un'isola che il mare del diritto può lambire soltanto; la sua intima essenza rimane metagiuridica".

(JEMOLO, La famiglia e il diritto, in Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania, 1948, II pagg. 3840)

1.2.2. La famiglia come oggetto della più "penetrante e feconda ingerenza dello Stato" per la "tutela di interessi superiori". Una posizione del laicismo "autoritario".

Al polo opposto si colloca la concezione di Antonio Cicu.

Questa concezione guarda alla famiglia come ad un aggregato sociale che esiste ed opera, non tanto in funzione dell'interesse dei suoi membri, ma piuttosto in funzione dell'interesse collettivo e, più precisamente, statale.

L'organismo familiare non è dunque autonomo e non può reggersi secondo principi di autogoverno, ma si trova al contrario in posizione di forte dipendenza e soggezione nei confronti dello Stato.

All'interno della famiglia, il momento dell'autorità prevale su quello della libertà, il momento della gerarchia su quello dell'autonomia, il momento del dovere su quello del diritto, il momento dell'interesse pubblico su quello dell'interesse privato.

Ne consegue - per questa concezione - la necessità di una penetrante ingerenza dello Stato e del suo diritto nella disciplina dei rapporti familiari.

" (...) Ora questa autonomia, questo libero potere di curare i propri interessi manca quasi completamente nel diritto familiare. Se vi è piena libertà di unirsi in matrimonio e di adottare, non dipende interamente dalla volontà dei genitori legittimare e riconoscere i figli naturali; manca completamente la libertà di

conformare secondo i propri interessi i rapporti familiari, di diminuire o ampliare i diritti ed obblighi fra genitori e figli, fra marito e moglie, fra tutore e pupillo, di garantire meglio di quel che la legge non faccia, l'adempimento di tali obblighi, o di eliminare le garanzie di legge; manca infine, e questo è quel che va più messo in rilievo, la libertà di esercitare o meno i propri diritti o di rinunziarvi. (...)"

(CICU, Lo spirito del diritto familiare, in Scritti minori, I, 1, Milano 1965 pag. 124 e seg.).

1.2.3. **La famiglia e il ruolo "promozionale" del diritto**

Tra la posizione che nega allo Stato e al diritto significative possibilità di interventi diretti a disciplinare con regole vincolanti i fondamentali aspetti della vita familiare e l'opposta posizione di chi guarda alla famiglia come ad una sfera di rapporti e di situazioni che consentono (ed anzi reclamano) la più forte ingerenza dello Stato e dei suoi organi in funzione di regolamentazione e di controllo, si colloca una posizione, per così dire, intermedia, sviluppatasi nella più recente letteratura giuridico-istituzionale tedesca.

Essa muove da un concetto del diritto che ne esalta la funzione "promozionale" o "educativa" e da una visione della famiglia attenta alla sua natura di "gruppo primario" non meno che al suo fondamentale ruolo sociale.

In tal modo questa concezione, per un verso, realisticamente sconta tutti i limiti che l'intervento statale incontra nel dettare regole ad un organismo che affida la propria dinamica al libero sviluppo delle interazioni tra i suoi membri ben più che non a modelli prescrittivi esterni. Ma, per altro verso, essa riconosce allo Stato il compito di elaborare e perseguire - con strumenti adeguati - la propria "politica della famiglia", identificando nel diritto l'agente istituzionale necessario a preconstituire i corrispondenti modelli normativi.

"(...) A questo scopo, il diritto non deve semplicemente analizzare ed intendere il matrimonio così come fanno sociologia e psicologia, ma deve piuttosto consolidarlo e tutelarlo alla stregua di un concetto normativo. Il diritto non può però realizzare questo compito, se si limita a prendere in considerazione le debolezze umane. Il legislatore non può confidare esclusivamente nell'autonoma capacità dell'uomo a lottare contro i propri tenaci impulsi ed inclinazioni. Il diritto deve piuttosto elevare le sue "pretese" ed i suoi *standards* tanto quanto risulta effettivamente compatibile con i suoi scopi irrinunciabili. In vista di tali scopi, il diritto deve, secondo le sue possibilità, far sì che il matrimonio realizzi il proprio senso.

Per questo, il giurista deve avere coscienza del significato temporale-giuridico del matrimonio. Questa presa di coscienza deve essere funzionale alla fondamentale esigenza, per la quale il diritto temporale deve servire alla vita associata degli uomini del suo tempo e del suo Paese" (MULLER-FREIENFELS, *Ehe und Recht*, Tübingen, 1962, pp. 58-59).

2. - LA FAMIGLIA NEL CODICE NAPOLEONICO. LINEE NELLA EVOLUZIONE DEL DIRITTO FRANCESE

2.1 - Legislazione giacobina, Codice Napoleonico.

Nella Francia post rivoluzionaria, la normativa del Codice Napoleonico del 1804 dissolveva i principi di una legislazione giacobina sviluppatasi tra il 1789 e il 1795 (in cui era stato ad esempio liberalizzato il divorzio e i figli naturali erano stati pienamente equiparati ai legittimi) consolidando un modello di famiglia caratterizzato da una "forte struttura di comando" e cioè il modello di una "forte famiglia nel forte Stato".

Accenniamo a tale ordinamento in quanto immediato antecedente del primo Codice unitario dello Stato Italiano.

2.2 - I rapporti personali tra i coniugi e la "*puissance maritale*".

Questo orientamento del Codice Napoleonico risulta con chiarezza se si considerano le norme dettate in materia di rapporti personali tra i coniugi:

Diritti e doveri rispettivi dei coniugi

Art. 212. I coniugi si devono reciprocamente fedeltà, aiuto, assistenza.

Art. 213. Il marito deve protezione alla moglie, la moglie obbedienza al marito.

Art. 214. La moglie è obbligata ad abitare con il marito, e a seguirlo dovunque egli ritenga opportuno fissare la sua residenza: il marito è obbligato a tenerla con sé, ed a fornirle ciò che è necessario per i bisogni della vita, in proporzione alle sue sostanze e alle sue condizioni.

Lo spirito che, nella posizione di queste norme, animava il legislatore del 1804 non potrebbe documentarsi in modo più netto che riproducendo le parole pronunziate (secondo la testimonianza offerta dai *Mémoires* di Thibaudeau) da Bonaparte al *Conseil d'Etat*:

"La natura ha fatto delle donne le nostre schiave! Il marito ha il diritto di dire a sua moglie: *Madame*, voi non uscirete! *Madame*, voi non andrete alla commedia! *Madame*, voi non incontrerete questo o quest'altro! In altre parole: *Madame*, voi mi appartenete corpo ed anima!"

(THIBAudeau, *Mémoires sur le Consulat*, p. 426)

Del resto, queste norme del Codice Napoleonico non facevano che codificare l'assunto già espresso da uno dei più autorevoli maestri dell' *ancien droit*:

"La moglie, per parte sua, assume nei confronti del marito l'obbligo di seguirlo dovunque egli giudicherà opportuno fissare la sua residenza o la sua dimora (...). Deve amarlo, essergli sottomessa, obbedirlo in tutto ciò che non sia contrario alla legge di Dio e sopportare i suoi difetti (...). Ne nasce un'azione che il marito ha il diritto di proporre in giudizio contro la moglie quando essa lo abbia abbandonato, per farla condannare a ritornare con lui. La moglie non può eccepire nulla per difendersi da questa domanda. Per esempio, non può eccepire che il clima del luogo dove si trova il marito è dannoso alla propria salute, né che vi regnano malattie contagiose. E neppure può addurre il cattivo trattamento cui, a suo dire, il marito l'avesse sottoposta (...)"

(POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, Orléans-Paris, 1777, n. 382)

E i redattori delle norme si sforzavano di razionalizzare queste direttive:

"(...) La diversità che si verifica nell'essenza dell'uomo e della donna, suppone l'altra nei loro rispettivi diritti e doveri; e per quanto nel matrimonio i due coniugi tendano allo stesso fine, non mai vi concorrono nella medesima maniera. Sono eguali in alcuni punti, e non hanno paragone in altri.

La robustezza e l'audacia sono dell'uomo; della donna la timidezza e il pudore: non possono essere a parte dei medesimi

lavori e delle medesime fatiche, né darsi alle stesse occupazioni; e non la legge, ma la natura ha distribuito la sua parte a ciascuno dei sessi. La donna ha bisogno della protezione perché più debole; l'uomo è più libero, perché più forte.

L'obbedienza della moglie è un omaggio reso al potere che la protegge, ed è una conseguenza necessaria della società coniugale, la quale non potrebbe sussistere, se uno dei due coniugi non fosse subordinato all'altro"

(LOCRE', Legislazione civile commerciale e criminale, ossia commentario e compimento dei codici francesi, II, Napoli 1840, pp. 525-526)

Più concisamente, sul punto Demolombe scriveva:

"La natura stessa indica nel marito il capo della società coniugale; e la legge, per organizzare nella famiglia la gerarchia e la disciplina, non ha avuto che da riconoscere questa preminenza". (DEMOLOMBE, *Traité du mariage et de la separation de corps*, II, Paris, 1874, pag. 102)

Questa situazione di grave inferiorità e di profonda soggezione della moglie nei suoi rapporti personali con il marito si sarebbe perpetuata, in diritto francese, per tutto il secolo scorso e per larga parte di questo.

Parzialmente scalfita dalla legge del 18 febbraio 1938 e dalla legge del 22 settembre 1942, la *puissance maritale* doveva dissolversi solo con la legge del 4 giugno 1970 (entrata in vigore il 1 gennaio 1971) che, modificando il testo originario

del codice, stabilisce che "i coniugi provvedono congiuntamente alla direzione morale e materiale della famiglia".

Prima di queste recenti innovazioni legislative, la *puissance maritale* si esprimeva in una serie molto ampia di prerogative, che sono state così sintetizzate:

"(Il marito) poteva controllare le relazioni di sua moglie e impedirle di frequentare certe persone; aprire la sua corrispondenza e farsela rimettere da parte dell'amministrazione delle Poste, aprire i suoi cassetti per prenderne lettura, utilizzarla in un processo di divorzio o di separazione, quale che fosse il modo in cui se l'era procurata. Occorreva la sua autorizzazione perché la moglie potesse ottenere il rilascio di un passaporto, affiliarsi ad una associazione, ad una setta o ad un partito politico; ottenere una licenza di caccia o una patente di guida; iscriversi ad una facoltà o ad una scuola. Ed è in forza della *puissance maritale* che il marito era stato legittimato a domandare ai giudici di far ricondurre a sé la moglie con l'impiego della forza pubblica ed a sequestrare le rendite di lei per obbligarla a ricongiungersi a lui".

(AUBRY et RAU, Droit civil francais, VII, Paris 1962, pag. 175)

2.3 **"L'autorisation maritale" ed il regime patrimoniale della famiglia.**

Oltre che nell'ambito dei rapporti personali, questa posizione di inferiorità della moglie rispetto al marito trova precisi riscontri anche sul terreno patrimoniale.

Al riguardo, si deve in primo luogo considerare l'istituto della *autorisation maritale*, sanzionante un vero e proprio stato di "*incapacité de la femme mariée*":

Art. 217. La moglie, anche in regime di separazione dei beni, non può fare donazioni, alienare, ipotecare, compiere acquisti a titolo gratuito od oneroso senza la partecipazione del marito all'atto o senza il suo consenso per iscritto.

Ed a questa prescrizione di diritto sostanziale, se ne accompagnava un'altra volta a sancire l'incapacità della moglie anche sul piano processuale:

Art. 215. La moglie non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito, anche se eserciti pubblicamente un'attività commerciale o sia in regime di separazione dei beni.

A questa regola si faceva eccezione in una sola ipotesi:

Art. 216. L'autorizzazione del marito non è necessaria quando la moglie sia sottoposta a giudizio in materia criminale o di polizia.

2.4. **La posizione dei figli.** **"*Puissance paternelle*" e ricerca della paternità naturale.**

Il modello napoleonico di una "famiglia forte", costruita tutta sui valori di autorità o di gerarchia, non poteva mancare di riflettersi nel trattamento che il codice del 1804 riservava ai figli.

Foggiando un sistema ben più rigoroso ed autoritario di quello privilegiato dalla legislazione rivoluzionaria, il codice attribuiva al padre (e, in misura molto minore, alla madre) un complesso di poteri, di diritti, di prerogative nei confronti del figlio, riassuntivamente designati in termini di "*puissance paternelle*".

La *puissance paternelle* conferisce al genitore poteri sulla persona e sul patrimonio dei figli minori.

Qui importa soprattutto considerare le penetranti prerogative paterne che integravano il "*droit de garde*" e "*droit de correction*".

Quanto al *droit de garde* rilevava in primo luogo l'art. 374:

Art. 374. Il figlio non può abbandonare la casa paterna, senza il permesso del padre, tranne che nel caso di arruolamento volontario, dopo i 18 anni compiuti.

E naturalmente si ammetteva che il padre potesse valersi della forza pubblica per far ricondurre a casa il figlio che se ne fosse allontanato.

Ma al *droit de garde* si ricollegavano altri poteri ancora:

"Il *droit de garde* comporta la direzione della persona del figlio, il diritto di controllare la sua corrispondenza, di impedirgli tutti i rapporti e le frequentazioni che i genitori ritengano inopportuni, eccezione fatta (...) per il diritto di visita da riconoscersi ai nonni, il diritto di consentire o vietare la riproduzione pubblica di fotografie del figlio (...)"

(WEILL, Droit civil, I Paris, 1968, pag. 742)

Di gran lunga più penetranti risultavano tuttavia i poteri connessi al *droit de correction*.

Attenuati da un decreto legge del 30 ottobre 1935, da una legge del 18 febbraio 1938 e da una *ordonnance* del 1 settembre 1945 (ma completamente aboliti solo da una *ordonnance* del 23 dicembre 1958), questi poteri erano codificati dagli articoli 375 e seguenti:

Art. 375. Il padre che avrà gravi motivi di lamentela intorno al comportamento del figlio, disporrà dei seguenti mezzi di correzione.

Art. 376. Se il figlio è di età inferiore ai 16 anni, il padre potrà farlo tenere in stato di detenzione per un periodo non superiore

ad un mese; a tal fine, su sua domanda, il presidente del tribunale dovrà emettere ordine di arresto.

Art. 377. Dopo il compimento dei 16 anni e fino alla maggiore età o all'emancipazione, il padre potrà soltanto richiedere la detenzione del figlio per un periodo non superiore ai 6 mesi; egli si rivolgerà al presidente del tribunale che, dopo essersi consultato con il procuratore del Re, emetterà o rifiuterà l'ordine di arresto, e potrà, nel primo caso, abbreviare il periodo di detenzione richiesto dal padre.

Un codice ispirato a modelli di "famiglia forte" necessariamente annoverava tra le fondamentali direttive della sua politica del diritto familiare il più profondo sfavore per la prole illegittima.

Un tale sfavore trovava la sua espressione più tipica nel divieto (quasi assoluto) di ricerca della paternità naturale:

Art. 340. La ricerca della paternità è vietata. In caso di ratto, allorché l'epoca di questo coincida con quella del concepimento, l'autore del ratto, potrà, su domanda delle parti interessate, essere dichiarato *père de l'enfant*.

Sulla "filosofia" di questa disposizione, alcuni richiami risultano illuminanti.

"(...) i *batards* sono una specie di uomini, che, non appartenendo ad alcuna famiglia, non appartengono a nessuna società: che sono gettati in mezzo alla umana famiglia in preda a

tutti i bisogni ed a tutti i dispiaceri, segno a tutte le umiliazioni, esposti ad ogni tentazione, e nemici necessari d'un ordine di cose che li avvilitisce” (così REAL nella sessione del Consiglio di Stato del 15 novembre 1801).

E i processi per la ricerca della paternità, ammessi nella precedente legislazione giacobina, erano la vergogna della giustizia e la desolazione della società.

“(…) E' assolutamente lo stesso principio, che ha dimostrato la necessità di istituire il matrimonio, che dimostra la necessità, fuori dal matrimonio, di proibire ogni ricerca della paternità.

Avendo la natura nascosto questo mistero alla conoscenza dell'uomo, alle di lui morali e fisiche facoltà, alle percezioni più sottili dei sensi di lui, non meno che alle più penetranti ricerche della sua ragione: ed essendo il matrimonio stabilito per dare alla società, non già la material prova, ma sibbene, in mancanza di questa, la presunzione legale della paternità, è evidente che quando non ci è matrimonio non ci sia più segno materiale né legale: non vi è più cosa allora che possa far supporre la stessa finzione convenzionale e sociale. (...)”

(LOCRE', Legislazione civile, commerciale e criminale, cit. III, pp. 169-171)

3.- L'ESPERIENZA ITALIANA IL DIRITTO DI FAMIGLIA NELLO STATO LIBERALE

3.1 Legislazioni preunitarie, codice civile del 1865.

La politica del diritto familiare codificata nei testi legislativi degli Stati preunitari si espresse in direttive sostanzialmente univoche: esclusione del matrimonio civile e del divorzio (talora però - come nel codice parmense ed in quello albertino - limitatamente ai soli cittadini di religione cattolica); accentuazione della posizione di inferiorità della donna così a proposito dei rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi come in ordine alla titolarità ed all'esercizio della potestà sui figli; riduzione dei figli stessi in uno stato di pesante soggezione nei confronti dei genitori (in concreto, del padre).

Conseguita l'unità politica, il problema della unificazione legislativa si poneva ai governanti del nuovo Stato italiano con una urgenza che non tollerava dilazioni; più che in altri settori, si avvertiva in modo drammatico proprio nella materia del diritto familiare.

Ed era naturale che dai padri fondatori del nuovo Stato unitario si guardasse alla codificazione napoleonica come al modello obbligato; ad esito di un iter legislativo scandito dal contrasto tra la maggioranza della Camera elettiva, aperta a soluzioni più progressiste, e la maggioranza del Regio Senato, propenso invece ad esaltare valori di gerarchia e di autorità all'interno della famiglia, nel 1865 vedeva così la luce un codice civile che, toltene alcune soluzioni più avanzate in senso liberale rispetto allo stesso *code Napoléon*, di questo sostanzialmente rifletteva lo spirito, realizzando un "prudente compromesso fra quanto dei principi rivoluzionari si era in esso mantenuto e lo spirito della tradizionale famiglia italiana delle classi medie e agricole" (UNGARI).

3.2. **Matrimonio civile e matrimonio religioso. L'affermazione del principio "separatista" e il rifiuto del divorzio.**

In modo particolare deve segnalarsi l'affermazione piena ed incondizionata di quel "principio separatista" che costituiva il caposaldo della politica di Cavour. Al riguardo, nella Relazione del Guardasigilli Pisanelli si legge:

"Sono a tutti note le lunghe contese avvenute intorno alle relazioni tra la Chiesa e lo Stato, e niuno ignora come pel matrimonio la Chiesa persista a reclamare la sua competenza.

In quanto a noi, il principio *libera Chiesa in libero Stato*, che costituisce oramai un assioma del nostro diritto pubblico, ci conduce a riconoscere nello Stato il diritto di regolare il matrimonio per le sue relazioni civili.

Il matrimonio, che è fondamento della famiglia, e perciò un'alta istituzione sociale, deve cadere sotto le prescrizioni dello Stato." (dalla Relazione sul Progetto del primo libro del Codice Civile presentato al Senato dal Ministro Guardasigilli Pisanelli nella tornata del 15 luglio 1863).

Tale concezione doveva portare al riconoscimento del matrimonio civile che, con sorti alterne nei diversi Stati preunitari, doveva poi ottenere definitiva consacrazione nel primo codice unitario del 1865.

Ma l'affermazione del principio "separatista" e del carattere "laico" di matrimonio e famiglia non si sarebbe spinto fino all'introduzione del divorzio.

L'opposizione all'istituto veniva così motivata:

"(...) il matrimonio è una grande istituzione sociale, che nasce bensì dalla volontà del marito e della moglie, ma riceve dalla sola ed immutabile autorità della legge la sua forma, le sue norme, e tutti i suoi effetti. Invano gli sposi, nel contrarre il matrimonio, tenterebbero di regolare i loro doveri e diritti, la costituzione della famiglia, gli effetti personali della loro unione, in modo diverso da quello che la legge prescrive.

Nel matrimonio non è dunque vero che basti sempre il consenso delle parti a sciogliere i vincoli che il loro consenso ha stabiliti. Ciò non può dirsi di quelle obbligazioni il cui adempimento non riguarda i soli contraenti, ma interessa i terzi e l'intera società, come avviene appunto nelle obbligazioni dei coniugi, le quali abbracciano tutti i membri della famiglia, e indirettamente il corpo sociale per la solidarietà dell'interesse che prendono alla loro stabilità ed osservanza, il buon ordine e la prosperità di ambe le società, la domestica e la civile".

(dalla Relazione della Commissione del Senato del Regno, cit.)

3.3. **Separazione dei coniugi e autorità maritale.**

"Escluso dal nuovo Codice il divorzio - si legge nella Relazione Pisanelli - era indispensabile ammettere la separazione personale, essendo manifesto che in alcuni casi la convivenza dei coniugi diventa impossibile".

E nella determinazione delle cause di separazione si mantiene fermo l'atteggiamento discriminatorio nei confronti della donna, già codificato dal *Code Napoléon*:

Art. 150. La separazione può essere domandata per causa di adulterio o di volontario abbandono, e per causa di eccessi, sevizie, minacce e ingiurie gravi.

Non è ammessa l'azione di separazione per l'adulterio del marito se non quando egli mantenga la concubina in casa o

notoriamente in altro luogo, oppure concorrano circostanze tali che il fatto costituisca una ingiuria grave alla moglie.

Quanto ai "diritti e doveri dei coniugi tra loro" il codice del 1865 tempera in qualche misura il rigore proprio del sistema francese della *puissance maritale*, ma provvede comunque a costituire il marito in posizione di netta supremazia nei confronti della moglie:

Art. 130. Il matrimonio impone ai coniugi l'obbligazione reciproca della coabitazione, della fedeltà e dell'assistenza.

Art. 131. Il marito è capo della famiglia: la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome, ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza.

Art. 132. Il marito ha il dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di sé e somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze.

La moglie deve contribuire al mantenimento del marito, se questi non ha mezzi sufficienti.

Il principio informatore della normativa è ancora che la donna debba al marito obbedienza e rispetto in cambio di protezione morale e materiale.

"Né con ciò può dirsi veramente che sia fatta offesa al principio dell'eguaglianza tra le persone che si sono unite in società

coniugale; in percióché la vera uguaglianza giuridica non consiste nel parificare, quanto i loro rapporti rispettivi, piú esseri che abbiano, per natura loro, qualità, attitudini, bisogni e speciali destinazioni differenti, ma nel rispettare a pari modo in tutte le loro condizioni naturali rispettive, onde è che la uguaglianza in diritto non può veramente considerarsi in un senso assoluto, ma è necessariamente *relativa*. D'altra parte, nei rapporti derivanti da un matrimonio, l'uomo e la donna non possono essere considerati soltanto individualmente, ma come costituiti in quello stato di famiglia di cui il matrimonio stesso è la base. Or questo stato induce la necessità di stabilire una autorità da cui la famiglia sia retta, autorità che deve risiedere in capo a una sola persona, affinché al governo degli interessi domestici si imprima quella unità che è necessaria all'ordine della famiglia. Guardando alle disposizioni stesse della natura, la quale colla costituzione fisica e colle tendenze morali che ha date alla donna, le assegnò una missione dedicata piú specialmente a cure interne e minute, mentre destinò l'uomo a sviluppare la propria attività in una sfera piú ampia ed esterna, il legislatore si è giustamente condotto a costituire capo della famiglia il marito, ordinariamente piú adatto, per le qualità sue naturali, a tutelarne efficacemente gli interessi e dirigerlo al meglio negli atti piú importanti della vita civile".

(BIANCHI, Corso di Codice Civile italiano, V, 2, Torino 1893, pp.10-16)

3.4. **L'autorizzazione maritale.**

Complemento di tutto il sistema era l'istituto dell'"autorità maritale" codificato dagli artt. 134 e ss. del codice civile:

Art. 134. La moglie non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, né transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti senza l'autorizzazione del marito.

Il marito può con atto pubblico dare alla moglie l'autorizzazione in genere per tutti o per alcuni dei detti atti, salvo a lui il diritto di revocarla.

Ma la sua traduzione in norme, lungi da esprimere un *idem sentire* dei legislatori, costituì piuttosto materia di un radicale contrasto di opinioni tra gli autori del codice.

Il progetto di codice civile redatto da Pisanelli prevedeva infatti la soppressione dell'istituto dell'autorizzazione maritale, che il Guardasigilli giustificava così:

"Quali sono i reali benefizi dell'autorizzazione maritale? Se la concordia regna fra i coniugi, tutti gli atti saranno regolati da consenso comune, ed il marito sarà il naturale consultore della moglie senza che la legge lo imponga. Ma se vien meno la pace domestica, l'autorizzazione maritale diventa un'arma di violenza nelle mani del marito; la moglie cercherà rifugio nei Tribunali, e l'ultima conseguenza di questa disposizione della legge, sarà la separazione dei coniugi, cioè lo sperpero e la rovina della famiglia".

(dalla Relazione sul Progetto del primo libro del Codice Civile cit.)

Orientate in senso radicalmente opposto, le direttive della Commissione del Senato avrebbero tuttavia prevalso:

"L'indipendenza della moglie, oltre ad offendere i diritti della famiglia, sarebbe contraria:

1) al principio della protezione che il marito deve alla moglie, e che sarebbe vana ed illusoria, quando egli non le potesse impedire di disperdere la sua fortuna con atti sconsigliati; 2) alla deferenza che la moglie deve al marito, capo della famiglia più atto per disposizione di natura a tutelarne gli interessi e ben dirigere gli atti più importanti della vita civile; 3) infine, a quella unità e comunione individua di tutte le cose della vita, in che è riposto il carattere più essenziale della società dei coniugi. Tale unità e tale comunione si troverebbero esposte a continue e pericolose turbazioni ove la moglie potesse agire circa i suoi beni in modo affatto indipendente dal marito.

Invano si invoca l'esempio delle donne nubili, poiché la loro condizione è troppo diversa da quelle maritate, per poterle pareggiare in ciò che riguarda il loro patrimonio. Sono i vincoli di moglie e di madre, sono i principii costitutivi e gli interessi della famiglia che reclamano l'autorizzazione maritale. Essa non è un semplice omaggio d'ossequio al capo della famiglia, come taluno ha pensato, ma è una regola d'ordine, di armonia e di conservazione nella economia domestica". (ibid)

Nel rammentare il contrasto di direttive che a suo tempo aveva opposto Pisanelli alla maggioranza della Commissione del Senato, la dottrina per parte sua prendeva per lo più partito a favore della seconda così identificando la ratio dell'autorizzazione maritale.

"(...) dunque il fondamento dell'autorizzazione maritale non può cercarsi nella presunta incapacità della donna.

E' nella qualità di donna maritata che conviene cercare il fondamento della maritale autorizzazione. In forza del matrimonio si costituisce la famiglia che è una piccola società, la quale, come ogni altra società, ha leggi proprie ed un capo che la governa. Capo naturale della domestica società è il marito, perché la sua forza, la sua attività e la sua intelligenza prevalgono su quella della donna. La donna pertanto è soggetta all'uomo in ciò che ha rapporto col governo della famiglia e delle cose alla medesima spettanti; è dunque in siffatta soggezione che ha fondamento la necessità della maritale autorizzazione."

(RICCI, Corso teorico pratico di diritto civile, 1, Torino, 1877 pag. 234)

Successivamente voci autorevoli si sarebbero aggiunte a quella di Pisanelli nel propugnare l'abolizione dell'autorizzazione maritale.

In modo particolare, si segnala la presa di posizione espressa da Francesco Crispi:

"Anche il matrimonio è una società, ed è giusto che la donna non la comprometta con atti inconsiderati. Non credo però che

si possa obbligarla ad essere, in qualunque atto della vita, sotto la potestà del marito, ed a tenerla così nella condizione dei minorenni. Cotesta, signori, sarebbe una umiliazione, e prova che ancora non sentiamo la vera missione che ha sulla terra colei alla quale abbiám legato le nostre sorti, e che non solo è nostra moglie, ma è la madre nei nostri figli.

L'accordo tra i coniugi non viene dalla legge, ma dall'amore!".

(dalla discussione alla Camera dei Deputati nelle tornate dal 9 al 22 febbraio 1865)

E l'istituto si sarebbe così dissolto prima del codice che lo sanzionava, abrogato dalla legge 17 luglio 1919 n. 1176 recante "Disposizioni sulla capacità giuridica della donna".

3.5. **Figli naturali e patria potestà.**

Il Codice Civile del 1865 ricalcava le direttive del Codice Napoleonico anche per quanto riguarda le ricerche sulla paternità naturale e l'esercizio della potestà.

Sotto il primo profilo, l'art. 189 così recitava:

Art. 189. Le indagini sulla paternità non sono ammesse, fuorché nei casi di ratto o di stupro violento, quando il tempo di essi risponda a quello del concepimento.

E la Commissione Senatoria avrebbe così motivato:

"Quando il padre naturale non ha stimato di manifestarsi con il riconoscimento, non è permesso al figlio di ricercarlo. Il divieto delle indagini sulla paternità naturale è oramai un principio di diritto comune dei popoli civili, fondato sopra il riposo delle famiglie, sopra la tutela della reputazione dei cittadini contro impudenti attacchi e sopra la pubblica morale. Sono eccettuati i soli casi dei reati di stupro violento o di ratto, quando coincidano col tempo del concepimento; in tali casi un fatto pubblico e criminoso porge gravissima presunzione di paternità contro il rapitore e lo stupratore, che sono indegni di ogni riguardo."

(dalla Relazione della Commissione del Senato sul progetto del Codice Civile del Regno d'Italia)

Nella materia della patria potestà, tuttavia il distacco del Codice italiano del 1865 dal modello napoleonico è più sensibile: le norme del titolo VIII del primo libro conferiscono infatti al genitore esercente la patria potestà prerogative e poteri meno intensi di quelli che l'originario sistema del Codice Francese ascriveva al titolare della *puissance paternelle*:

Art. 220. Il figlio, qualunque sia la sua età, deve onorare e rispettare i genitori.

Egli è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore o all'emancipazione.

Durante il matrimonio tale potestà è esercitata dal padre, e, se egli non possa esercitarla, dalla madre.

Sciolto il matrimonio, la patria potestà viene esercitata dal genitore superstite.

Art. 221. Il figlio non può abbandonare la casa paterna o quella che il padre gli abbia destinata, senza permissione del medesimo, salvo per causa di volontario arruolamento nell'esercito nazionale. Ove se ne allontani senza permissione, il padre ha diritto di richiamarvelo, ricorrendo, ove sia d'uopo, al Presidente del Tribunale civile.

Art. 222. Il padre che non riesca a frenare i travimenti del figlio, può allontanarlo dalla famiglia, assegnandogli secondo i propri mezzi gli alimenti strettamente necessari; e ricorrendo, ove sia d'uopo, al Presidente del Tribunale, collocarlo in quella casa, o in quell'istituto di educazione o di correzione, che reputi più conveniente a correggerlo e migliorarlo.

Il Codice italiano non contemplava però - a differenza del *code Napoleon* - la possibilità di far imprigionare il figlio:

"Il progetto non ammette nel padre (...) la facoltà di costringere in carcere il figlio; ma ciò non nasce da un esagerato rispetto alla libertà individuale. Il progetto ammette il diritto coattivo dei genitori sulla persona del figlio; essi possono allontanarlo dalla propria casa, possono collocarlo in un istituto di educazione e, ricorrendo al Presidente del Tribunale, anche in una casa di correzione.

Si è creduto, tenendo conto dell'opinione pubblica, che il carcere, quando non sia sofferto come misura preventiva, lasci sempre una sfavorevole impressione sulla persona che lo patisce, ed eliminando il carcere, si è pensato, non già di affievolire la

patria potestà, ma di preservare i genitori da un tardo ed irreparabile rimorso".

(dalla Relazione sul Progetto del primo libro del Codice Civile presentato al Senato dal Ministro Guardasigilli Pisanelli)

E ancora:

"(...) Il diritto di educare i figli consiste nel potere che ha il genitore che esercita la patria potestà di dirigerne e sorvegliarne la condotta, di scegliere il culto in cui debbono essere allevati; di regolarne il genere di vita e tutto quel complesso di rapporti che costituiscono l'educazione o influiscono sulla medesima. Egli può educare i propri figli da sé nella propria casa, o collocarli presso istituti educativi, siano pubblici siano privati; quantunque non siano redarguibili di travimenti e d'incorreggibilità.

(...) In garanzia di tale diritto, la legge accorda al genitore il potere d'infliggere al figlio i castighi domestici per frenarne i travimenti. Quali castighi i genitori possono infliggere ai figli per correggerli, viene determinato dai costumi meglio che dalla scienza. Se ne debbono escludere senza dubbio gli atti di brutalità che abbruttiscono anziché moralizzare i figli: sarebbe anzi desiderabilissimo che fosse stigmatizzato e abbandonato il cattivo uso di batterli. Del resto l'uso moderato de' castighi è garantito, anche giuridicamente, dalla pena della decadenza dalla patria potestà per abuso (art. 233)".

(PACIFICI-MAZZONI, Istituzione di Diritto Civile Italiano, VII, 2, Firenze 1924, pp. 151-155)

In presenza di un sistema sicuramente più avanzato di quello del codice francese, voci autorevoli non mancavano tuttavia di riscontrarvi lacune.

Nella discussione alla Camera dei Deputati Pasquale Stanislao Mancini così si esprimeva:

"(...) Quanto ai rapporti giuridici della famiglia, mentre abolite, ed io credo con ragione, l'antica patria potestà, e la convertite in amorevole ufficio di protezione, avete poi lasciato i figli senza garanzia in ciò che più tocca ai loro morali interessi ed all'avvenire di tutta la loro vita. Lo stesso Codice austriaco contiene alcune vitali garanzie, che invano cerchereste nel nuovo Codice italiano.

Una delle più solenni ed agitate questioni è quella dell'istruzione obbligatoria; essa ha fornito argomenti a gravi discussioni: ma se un padre di famiglia volesse assolutamente educare nell'ignoranza il proprio figlio, se, mancando al primo dei suoi doveri, lo priva del massimo dei benefizi, e prepara la miseria e l'infelicità di tutta la sua carriera mortale, dovrà una legge di vigilanza e di progresso rimanere disarmata contro così colpevole omissione ed obbligo dell'ufficio paterno?

Perché non scrivere nel Codice qualche sanzione, fosse anche la perdita dell'usufrutto dei beni del figlio, nella stessa guisa che quando con durezza si abusi della patria potestà?

Parimenti possiamo leggere nel Codice Civile austriaco, che il figlio giunto alla pubertà ha diritto di chiamare il padre in giudizio, per ottenere di non essere coartato nella scelta di uno stato o di una professione poco in armonia con la sua vocazione e capacità.

Non sono lontani i tempi, in cui un padre di famiglia sovente costringeva un figlio ad abbracciare lo stato ecclesiastico, una figliola a prendere il velo e a seppellirsi in un chiostro.

L'opinione pubblica e la civiltà crescente hanno reso meno frequenti, ma non impossibili, questi e simili casi di coazione nel seno delle famiglie; ma le leggi si scrivono per prevedere e reprimere il male: se di tal fatta inconvenienti avvenissero, dove sono i rimedi e le sanzioni del nuovo codice?"

(dalla discussione alla Camera dei Deputati, tornate dal 9 al 22 febbraio 1865)

Il progetto Pisanelli rifletteva un orientamento propenso a rendere anche la madre partecipe delle prerogative inerenti alla patria potestà:

"I diritti dei genitori sulla prole, movendo dalla stessa causa, devono essere eguali per il padre e per la madre, salva però la preferenza nell'esercizio di essi al padre, quale capo della famiglia, finché dura il matrimonio. Ma se il padre non è in condizione di esercitare la patria potestà, la madre vi sottentra senza alcuna limitazione".

(dalla Relazione sul Progetto del primo libro del Codice Civile)

Di avviso radicalmente diverso invece la Commissione Senatoria:

"(...) Non si è anzitutto creduto conveniente di ammettere il principio del diritto francese, che investe della patria potestà solidariamente il padre e la madre; questo principio, che non può dirsi conforme alla natura della società domestica, non è proprio

delle leggi e delle tradizioni italiche, le quali sempre considerarono la patria potestà come attributo del padre, che è il vero ed unico capo della famiglia.

L'oratore, che presentava al corpo legislativo di Francia i motivi del voto del Tribunato sulla legge della patria potestà, diceva, che ogni famiglia è una piccola repubblica di cui il padre e la madre sono i capi naturali. Noi amiamo meglio di raffigurarci nella famiglia il vero tipo di una piccola monarchia di cui il padre è il sovrano".

(dalla Relazione della Commissione del Senato, cit.)

Ma in seno alla Commissione di Coordinamento la linea Pisanelli avrebbe definitivamente prevalso.

4. - L'ESPERIENZA ITALIANA IL DIRITTO DI FAMIGLIA TRA CODICE E COSTITUZIONE

4.1 Il diritto di famiglia dallo Stato liberale al regime fascista.

Il fascismo non trascurò la materia familiare. Portatore di una ideologia per la quale "il 'principio della forte organizzazione sociale' e delle 'differenze qualitative' da riconoscere" fra i membri della famiglia importava "anche il sacrificio degli interessi dei singoli all'unità familiare e alle ragioni della politica demografica nazionale" (Ungari), il regime promosse - in questa linea - una legislazione a vario titolo destinata ad incidere sull'istituto familiare. Risale, per esempio, al 1923 il provvedimento che aboliva ogni imposta successoria all'interno del nucleo familiare. Nel 1926 viene istituita la imposta sui celibi, e negli anni successivi entrano in vigore una serie di ulteriori provvedimenti funzionali alla politica di incremento demografico predicata da Mussolini nel discorso dell'Ascensione del 26 maggio 1927: esenzioni di imposta, privilegi di carriera, aumenti retributivi a favore degli ammogliati e dei padri di prole numerosa. Nella seconda metà degli anni trenta si viene poi svolgendo tutta una legislazione matrimoniale "a

difesa della razza" ed a queste direttive si era già provveduto a dare sanzione in sede penale: innovando la struttura della codificazione previgente, il Codice Rocco del 1930 introduce infatti nel libro II un titolo (non contemplato dal Codice Zanardelli), volto a reprimere "i delitti contro la integrità e la sanità della stirpe".

Il titolo successivo, mira ad assicurare alla famiglia, intesa come "prima cellula della Nazione" e perciò come "istituto sociale e politico" (Rocco), una forte tutela criminale, assoggettando a pena chi si renda responsabile di "delitti contro il matrimonio", "delitti contro la morale familiare", "delitti contro lo Stato di famiglia" e "delitti contro l'assistenza familiare".

Ma l'innovazione più importante introdotta, in materia familiare, dal legislatore fascista è senza dubbio quella contenuta nelle norme che danno attuazione al Concordato sottoscritto tra la Santa Sede e lo Stato italiano l'11 febbraio 1929. Sovvertendo il principio "separatista" (rigorosamente seguito dal Codice del 1865), l'art. 34 della legge 27 maggio 1929 n. 810 infatti "riconosce al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili", ed altresì riserva "le cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa dal matrimonio rato e non consumato alla competenza dei Tribunali e dei Dicasteri Ecclesiastici".

4.2 **Il nuovo Codice Civile.**

Alla revisione del codice civile si comincia a por mano nel 1923 finché, approvato con r.d. 12 dicembre 1938, il primo libro del codice civile dedicato alla Famiglia e alle Persone entrò in vigore con decorrenza dal 1° luglio 1939 dando corpo alla disciplina giuridica della famiglia rimasta in vigore fino alla Novella del 1975.

Gli artt. 143 - 144 - 145 del codice, letti al momento del matrimonio e consacranti i diritti e doveri reciproci dei coniugi, riproducevano fedelmente gli artt. 130 - 131 - 132 del codice del 1865, già visti.

Ancora una volta la posizione della donna era subordinata al marito in cambio di protezione da parte dello stesso a garanzia dell'unità e stabilità familiare ed i figli erano sostanzialmente sottoposti alla patria potestà.

Art. 143 c.c. (Doveri reciproci dei coniugi) - Il matrimonio impone ai coniugi l'obbligo reciproco della coabitazione, della fedeltà e dell'assistenza.

Tuttavia tali obblighi, come vedremo di seguito, non venivano specificati con il medesimo contenuto e la loro violazione non riceveva la stessa sanzione dalla legge civile e penale.

L'art. 144 riproponeva la "potestà maritale" che giustificava, e talora imponeva, disparità di trattamento tra coniugi.

Art. 144 (Potestà maritale) - 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 fissare la sua residenza.

In ossequio a tale principio, il marito poteva, e forse anche doveva, imporre direttive alla moglie a garanzia dell'unità familiare.

Per la Corte di Cassazione, ad esempio, “pur dovendo il marito rispettare la personalità della moglie”, non commetteva “abuso della potestà maritale qualora, per il buon andamento della famiglia” di cui egli era responsabile, esigesse “dalla moglie il sacrificio dell'attività professionale da essa esercitata in contrasto con i doveri imposti dalla società coniugale” (in questo senso Cass., 8 luglio 1955, n. 2150).

L'art. 145 c.c. enunciava i doveri del marito:

Art. 145 (Doveri del marito) - Il marito ha il dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di sé e somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze.

La moglie deve contribuire al mantenimento del marito, se questi non ha mezzi sufficienti.

La diversità di situazione tra il marito e la moglie, pur nell'ambito di un'astratta enunciazione di parità espressa dall'art. 143 c.c., si estrinsecava dunque nel fatto che il marito, da un lato, quale capo famiglia,

era titolare di una posizione di preminenza che lo rendeva, non solo in grado di imporre alla moglie le proprie scelte sull'indirizzo della vita familiare e sull'allevamento dei figli e maggiormente autonomo circa le proprie scelte personali, ma era altresì titolare di un obbligo incondizionato al mantenimento della famiglia da cui non si poteva esimere neppure nel caso in cui la moglie possedesse proprie sostanze o fosse separata; la moglie, dall'altro, era soggetta alle direttive del capo famiglia la cui sottrazione poteva costituire motivo di addebito nella causa di separazione, come pure motivo di addebito in separazione e di sanzione penale costituiva l'allontanamento della moglie dalla casa coniugale contro il volere del marito.

L'art. 146 c.c. infatti così recitava:

Art. 146 (Abbandono del domicilio coniugale) - L'obbligazione del marito di provvedere al mantenimento della moglie è sospesa quando questa, allontanatasi senza giusta causa dal domicilio coniugale, rifiuta di ritornarvi.

Può inoltre l'autorità giudiziaria, secondo le circostanze, ordinare a profitto del marito e della prole il sequestro temporaneo di parte dei frutti parafernali.

L'allontanamento della moglie dalla casa coniugale contro il volere del marito integrava inoltre il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare ex art. 570 c.p., mentre per il coniuge il reato di abbandono, pur astrattamente configurabile, si

riteneva sussistere nel concorso di un “persistente e ingiustificato rifiuto di coabitazione” e si riteneva quindi escluso, ad esempio, nel caso “di un coniuge che si era allontanato per soli quattro giorni dal domicilio domestico, convivendo con altra donna in tale lasso di tempo” (in questo senso la sentenza n. 764 della Cassazione del 7 marzo 1961).

E la violazione dell’obbligo di fedeltà coniugale veniva sanzionato dalla legge civile e penale, considerando ciò motivo di separazione o reato, se il trasgressore era il marito, solamente nel caso in cui il comportamento infedele del marito, per il concorso di altre circostanze (quali tenere una concubina nella casa coniugale o notoriamente altrove) fosse da considerarsi ingiuria grave per la moglie nell’ambito sociale; là dove il metro di misura per valutare la gravità dell’ingiuria, e quindi l’antigiuridicità della stessa, era costituito dal “comune senso del pudore” e dalla diversa funzione sociale dell’uomo e della donna.

Il codice penale infatti così stabiliva:

Art. 559 (Adulterio) - La moglie adultera è punita con la reclusione fino a un anno. Con la stessa pena è punito il correo dell’adultera.

La pena è della reclusione fino a due anni nel caso di relazione adulterina.

Il delitto è punibile a querela del marito.

Art. 560 (Concubinato) - Il marito che tiene una concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove, è punito con la reclusione fino a due anni.

La concubina è punita con la stessa pena.

Il delitto è punibile a querela della moglie.

Le ragioni di tale evidente disparità di trattamento erano talmente radicate nella coscienza sociale che alcuni anni dopo la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi, alla luce dei nuovi principi dettati dalla Costituzione del '48 (vedi infra, pag. 71 ss.), sulla pretesa illegittimità dell'art. 559 c.p., recante disparità di trattamento tra coniugi in materia di adulterio, doveva negarne l'incostituzionalità con le seguenti considerazioni:

"(...) E' innegabile che anche l'adulterio del marito può, in date circostanze, manifestarsi coefficiente di disgregazione dell'unità familiare, ma, come per la fedeltà coniugale, così per l'unità familiare il legislatore ha evidentemente ritenuto di avvertire una diversa e maggiore entità della illecita condotta della moglie, rappresentandosi la più grave influenza che tale condotta può esercitare sulle più delicate strutture e sui più vitali interessi di una famiglia: in primo luogo, l'azione disgregatrice che sulla intera famiglia e sulla sua coesione morale cagiona la sminuita reputazione nell'ambito sociale; indi, il turbamento psichico, con tutte le sue conseguenze sull'educazione e sulla disciplina morale che, in specie nelle famiglie (e sono la maggior parte) tutt'ora governate da sani principi morali, il pensiero della madre fra le braccia di un estraneo determina nei giovani figli,

particolarmente nell'età in cui appena si annunciano gli stimoli e le immagini della vita sessuale; non ultimo il pericolo della introduzione nella famiglia di prole non appartenente al marito, e che a lui viene, tuttavia, attribuita per presunzione di legge, a parte l'eventuale - rigorosamente condizionata - azione di disconoscimento. Tutti questi coefficienti hanno agito sulle direttive del legislatore; e ciò senza punto far calcolo, in quanto fatti anormali e che si auspicano destinati a scomparire, delle reazioni violente e delittuose cui, in specie in certi ambienti, può in particolare dare luogo l'infedeltà della moglie."

(dalla motivazione della sentenza n. 64 del 1961)

Nell'ambito di siffatto sistema, il figlio era sottoposto ad un regime autoritario la cui titolarità e il cui esercizio, salvi i casi di impedimento dello stesso spettava al padre.

Il titolo IX del codice civile era infatti dedicato alla PATRIA POTESTA'.

Art. 315 (Doveri del figlio verso i genitori) - Il figlio, di qualunque età sia, deve onorare e rispettare i genitori.

Art. 316 (Esercizio della patria potestà) - Il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore o all'emancipazione. Questa potestà è esercitata dal padre. Dopo la morte del padre e negli altri casi stabiliti dalla legge essa è esercitata dalla madre.

Art. 317 (Impedimento del padre) - Nel caso di lontananza o d'altro impedimento che renda impossibile al padre l'esercizio della patria potestà, questa è esercitata dalla madre.

Art. 318 (Abbandono della casa paterna) - Il figlio non può abbandonare la casa paterna o quella che il padre gli ha destinata. Qualora se ne allontani senza permesso, il padre può richiamarlo, ricorrendo, se è necessario, al giudice tutelare.

Art. 319 (Cattiva condotta del figlio) - Il padre che non riesce a frenare la cattiva condotta del figlio, può, salva l'applicazione delle norme contenute nelle leggi speciali, collocarlo in un istituto di correzione, con l'autorizzazione del presidente del tribunale.

L'autorizzazione può essere chiesta anche verbalmente. Il presidente del tribunale, assunte informazioni, provvede con decreto senza formalità di atti e senza dichiarare i motivi.

Contro il decreto del presidente del tribunale è ammesso ricorso al presidente della corte di appello, il quale provvede sentito il pubblico ministero.

Si trattava dunque di un sistema forte caratterizzato dalla subordinazione dei figli al padre e dalla sussidiarietà della figura materna.

Tale sussidiarietà sopravviveva anche nel caso di premorienza del marito.

L'art. 338 c.c. infatti così recitava:

Art. 338 (Condizioni imposte alla madre superstite) - Il padre può per testamento, per atto pubblico o per scrittura privata autenticata stabilire condizioni alla madre superstite per l'educazione dei figli e per l'amministrazione dei beni.

La madre, che non voglia accettare le condizioni, può domandare di essere dispensata dalla osservanza di esse; e il tribunale provvede in camera di consiglio, assunte informazioni e sentito il pubblico ministero e, se possibile, i parenti sino al terzo grado.

Il regime patrimoniale della famiglia era **la separazione dei beni** inteso a considerare ciascun coniuge esclusivo titolare dei propri beni e di quelli acquistati in costanza di matrimonio il che, unitariamente considerato con il divieto di modificare successivamente alla celebrazione del matrimonio il regime patrimoniale della famiglia (ad esempio scegliendo il regime di comunione) e con il divieto di donazioni tra coniugi, sancito per legge sul presupposto di una coartazione della volontà, sortiva l'effetto di escludere qualsiasi riconoscimento in termini economici del lavoro domestico e di cura ed allevamento della prole in ossequio a una visione sociale tendente a riconoscere a tali funzioni il carattere della gratuità.

In sintonia con il carattere ancora profondamente gerarchico e autoritario della famiglia, essenzialmente finalizzata a garantire stabilità e gestibilità all'istituto, il **divorzio** non era ammesso e la **separazione coniugale** era disciplinata come semplice momento di quiescenza del rapporto coniugale, non preludio della fine del matrimonio, ma di un'auspicabile riappacificazione; ipotesi perciò

assolutamente residuale e tuttavia ammessa senza previo accertamento di responsabilità nel caso di reciproco consenso dei coniugi in proposito (separazione consensuale), ma soggetta alla ricerca dell'addebito e della colpa e condizionata alla sussistenza di tassativi motivi quando a richiederla fosse uno solo dei coniugi.

Il capo V del codice civile dedicato alle cause di scioglimento del matrimonio e alla separazione dei coniugi così prescriveva:

Art. 149 (Scioglimento del matrimonio) - Il matrimonio non si scioglie che con la morte di uno dei coniugi.

La moglie, durante lo stato vedovile, conserva il cognome del marito.

Art. 150 (Separazione personale) - E' ammessa la separazione personale dei coniugi. Il diritto di chiederla spetta ai coniugi nei soli casi determinati dalla legge.

Art. 151 (Cause di separazione personale) - La separazione può essere chiesta per causa di adulterio, di volontario abbandono, eccessi, sevizie, minacce o ingiurie gravi.

Non è ammessa l'azione di separazione per adulterio del marito, se non quando concorrono circostanze tali che il fatto costituisca un'ingiuria grave alla moglie.

L'indicazione delle cause di separazione era da intendersi tassativa, tale cioè da escludere rilevanza a tal fine a comportamenti non riconducibili a tale enunciazione.

La Cassazione si pronunciò più volte il proposito. Richiamiamo per tutte la sentenza n. 2153 del 20 giugno 1958 con cui si ribadì che tale carattere tassativo comporta che debba “escludersi la legittimità della separazione personale per altra causa non espressamente contemplata dalla legge. Pertanto l’impotenza funzionale del marito, prevista dalla legge come causa di annullamento del matrimonio, non può nella fattispecie assurgere a causa di separazione né è giustificato l’abbandono del domicilio coniugale ad iniziativa del coniuge, determinato da siffatta causa”.

In tale contesto, la **filiazione naturale** era vista con estremo sfavore.

Veniva senz’altro privilegiata la famiglia legittima ed evitate possibili interferenze con la medesima.

Art. 231 (Paternità del marito) - Il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio.

Art. 232 (Presunzione di concepimento durante il matrimonio) - Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando sono trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio e non sono ancora trascorsi trecento giorni dallo scioglimento o annullamento di esso.

La presunzione di concepimento durante il matrimonio non ammetteva prova contraria e permaneva durante lo stato di separazione stante la pacifica interpretazione giurisprudenziale dell’art.

156 c.c. che considerava la fedeltà tra gli obblighi coniugali non incompatibili con la condizione di separazione.

Art. 156 (Effetti della separazione) - Il coniuge, che non ha colpa nella separazione personale, conserva i diritti inerenti alla sua qualità di coniuge che non sono incompatibili con lo stato di separazione.

Il coniuge, per colpa del quale è stata pronunciata la separazione, non ha diritto che agli alimenti.

Egli incorre nella perdita di tutti gli utili che l'altro coniuge gli ha concessi col contratto di matrimonio, anche se sono stati stipulati con reciprocità.

Il tribunale può altresì privarlo, in tutto o in parte, dell'usufrutto legale che ad esso spetti ai beni dei figli minori.

Se la sentenza di separazione è pronunciata per colpa di ambedue i coniugi, ciascuno di essi incorre nella perdita indicata nel secondo comma, e il tribunale, secondo le circostanze, dà le disposizioni opportune per l'usufrutto legale.

Il tribunale, secondo le circostanze, può anche vietare alla moglie l'uso del cognome del marito.

Di conseguenza il figlio nato da donna coniugata, ancorché separata, assumeva la paternità del marito, e viveva per chi, uomo o donna, fosse già coniugato, il divieto di riconoscimento del figlio adulterino come proprio figlio naturale.

Sintomatico è che il Capo II del titolo VII del Libro I del Codice Civile fosse dedicato alla FILIAZIONE ILLEGITTIMA, ancorché, come è attualmente,

successivamente alla Riforma, alla filiazione naturale.

Art. 250 (Riconoscimento) - Il figlio naturale può essere riconosciuto dal padre e dalla madre tanto congiuntamente quanto separatamente.

Il riconoscimento non può essere fatto dal padre che non ha raggiunto i diciotto anni e dalla madre che non ha raggiunto i quattordici anni, a meno che avvenga in occasione del loro matrimonio.

Art. 252 (Riconoscimento di figli adulterini) - I figli adulterini possono essere riconosciuti dal genitore che al tempo del concepimento non era unito in matrimonio.

In conseguenza dello sfavore attribuito dalla legge alla cosiddetta “filiazione illegittima”, i diritti dei figli nati in tale contesto erano attenuati, in particolare se concorrenti con quelli dei figli legittimi.

Art. 574 (Concorso di figli naturali e legittimi) - I figli naturali, se concorrono con i figli legittimi, conseguono metà della quota che conseguono i legittimi, purché complessivamente la quota dei figli legittimi non sia inferiore al terzo dell'eredità.

I figli legittimi o i loro discendenti hanno facoltà di pagare in danaro o in beni immobili ereditari, a giusta stima, la porzione spettante ai figli naturali.

Art. 576 (Successione dei soli figli naturali) - In mancanza di discendenti legittimi, di ascendenti e del coniuge del genitore, i figli naturali succedono in tutta l'eredità.

Nell'ambito dell'esigenza di salvaguardia della famiglia legittima, la **ricerca della paternità naturale** (necessaria, allorché il riconoscimento non fosse avvenuto spontaneamente da parte del genitore, affinché il rapporto di filiazione, con gli effetti di legge a ciò conseguenti, fosse dichiarato dal Tribunale) era limitata alle tassative ipotesi previste dalla legge.

Art. 269 (Dichiarazione giudiziale di paternità) - La paternità naturale non può essere giudizialmente dichiarata che nei casi seguenti:

- 1) quando la madre e il presunto padre hanno notoriamente convissuto come coniugi nel tempo a cui risale il concepimento;
- 2) quando la paternità risulta indirettamente da sentenza civile o penale ovvero da non equivoca dichiarazione scritta di colui al quale si attribuisce la paternità;
- 3) quando v'è stato ratto o violenza carnale nel tempo che corrisponde a quello del concepimento;
- 4) quando v'è possesso di stato di figlio naturale.

Più ampia era la possibilità di ricerca della maternità naturale.

Art. 272 (Dichiarazione giudiziale di maternità) - La maternità può essere dichiarata giudizialmente anche fuori dei casi previsti dall'art. 269.

Essa è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere il figlio e colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume esserne la madre.

L'azione può essere proposta dal figlio e, dopo la morte di lui, dai suoi discendenti legittimi, se egli è morto in età minore o prima di cinque anni dal raggiungimento della maggiore età.

4.3. La Costituzione repubblicana: l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi.

La Costituzione Repubblicana del 1948, grazie allo straordinario potenziale di principi informativi, segnò una svolta decisiva rispetto alla disciplina legislativa ordinaria ad essa anteriore.

Dei rapporti familiari si interessarono gli artt. 29, 30 e 31.

Art. 29. La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.

Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

Art. 30. E' dovere e diritto dei genitori, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio.

Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti.

La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.

La legge detta le norme ed i limiti per la ricerca della paternità.

Art. 31. La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose.

Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo.

Di fronte alle direttive che vi trovano espressione, la disciplina del diritto familiare previgente si manifestava ormai del tutto inadeguata con particolare riferimento all'art. 29 che sancisce "l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi" e in questo contesto si collocano gli interventi successivi della Corte Costituzionale che dichiarerà l'illegittimità di una serie di norme perché in contrasto con tale principio costituzionale di parità.

ADULTERIO: nel 1968 la Corte Costituzionale dichiarava illegittimo l'art. 559 c.p. (là dove punisce la moglie per fatti che, se compiuti dal marito, sono irrilevanti) nonché l'art. 151 c.c. nella parte in cui discriminava tra adulterio del marito e della moglie quale causa di separazione.

PATRIA POTESTA': nel 1964 la Corte Costituzionale ritenne illegittimo l'art. 574 c.p. per la parte in cui, nell'ipotesi di sottrazione di persone incapaci, limita il diritto di querela al solo genitore esercente la patria potestà.

Nel 1965 e nel 1967 la Corte negò invece che fossero contrarie al principio di uguaglianza tra i coniugi le norme che attribuivano al solo genitore esercente la patria potestà il diritto di proporre costituzione di parte civile nell'interesse del minore (artt. 22, 23 e 91 c.p.p.) e rispettivamente conferivano al padre l'esercizio della patria potestà (art. 316 c.c.) e la rappresentanza legale dei figli minori (art. 320 c.c.).

OBBLIGO DI MANTENIMENTO: sotto questo aspetto le sentenze della Corte furono indirizzate ad attenuare l'obbligo del mantenimento incombente sul marito in virtù dell'art. 145 c.c. nel concorso di talune circostanze: nel 1966 si pronunciò l'illegittimità costituzionale dell'art. 156 c.c. per la parte in cui, in regime di separazione consensuale senza colpa di nessuno dei coniugi, faceva persistere a carico del marito l'obbligo di somministrare alla moglie il necessario ai bisogni della vita indipendentemente dalle condizioni economiche di lei.

Nel 1970 la stessa dichiarazione di illegittimità, per lo stesso motivo, colpì anche l'art. 145 c.c. che sancisce l'obbligo indiscriminato di mantenimento a

carico del marito in costanza di matrimonio subordinando l'obbligo del marito di somministrare alla moglie il necessario ai bisogni della vita alla condizione che la moglie stessa non abbia mezzi sufficienti per il proprio sostentamento.

Cominciava a farsi strada l'idea che anche la donna debba contribuire ai bisogni familiari applicando il principio di uguaglianza in due opposte, ma complementari, direzioni: minor subordinazione e maggior responsabilizzazione della donna soprattutto in relazione alla sue capacità lavorative.

COGNOME DELLA MOGLIE: nel 1970 la Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 156 c.c. nella parte in cui esclude la pretesa della moglie a non usare il cognome del marito, in regime di separazione per colpa di quest'ultimo, nel caso che da quell'uso possa derivarle un pregiudizio.

DIVIETO DI DONAZIONI TRA CONIUGI: tale divieto, sancito dall'art. 781 c.c. e basato sulla presunzione che il coniuge donatario dovesse necessariamente aver circuito il donante, e che, come abbiamo visto, coronava la condizione di inferiorità economica della moglie nell'ambito familiare, venne abolito nel 1973 dalla Corte Costituzionale perché costitutivo di una

discriminazione fatta al coniugato rispetto alla libertà di donare spettante agli altri.

REGIME PATRIMONIALE: nel 1974 il Tribunale di Novara sollevava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 215 c.c. suggerendo di sostituire il principio della presunzione di appartenenza ad un solo dei coniugi dei beni a lui intestati con l'opposto principio della presunzione della appartenenza in comunione ad entrambi i coniugi dei beni acquistati nel periodo di convivenza coniugale, salva la prova del contrario: ciò significava suggerire il regime legale di comunione dei beni.

La Corte rigettò la questione di legittimità costituzionale, pur auspicando la revisione del regime patrimoniale tra coniugi nell'ambito di una più vasta riforma del diritto di famiglia.

OBBLIGO DI FEDELTA': il riferimento, non già al principio di eguaglianza dei coniugi ex art. 29, ma al principio di eguaglianza dei cittadini ex art. 3 Cost., fu assunto dalla Corte, nel 1974, per fondare una pronuncia che, dichiarando la parziale incostituzionalità dell'art. 156, comma 1, c.c., praticamente dissolse l'obbligo di fedeltà tra i coniugi consensualmente separati.

Per la sua importanza e per la connessione con l'ancor attuale dibattito in dottrina e in giurisprudenza sul tema della fedeltà coniugale,

riteniamo di riportare parte della motivazione e del dispositivo della sentenza:

" Secondo la costante interpretazione dei giudici ordinari, dalla quale questa Corte non ha ragione di discostarsi, in forza dell'art. 156, primo comma, cod. civ., il dovere di ciascun coniuge di osservare la fedeltà coniugale permane, inalterato nel suo contenuto, pur dopo la separazione personale. Ed infatti, ... la violazione della fedeltà nella quale sia incorso il coniuge, separato o non separato che sia, dà luogo alla stessa sanzione: l'adulterio è causa di "separazione per colpa" o di conversione in "separazione per colpa" di un preesistente stato di separazione consensuale o di separazione per colpa dell'altro coniuge.

Per accertare se la constatata, indubbia identità di obbligo e di sanzione per i coniugi non separati e per i coniugi consensualmente separati contrasti o meno con l'art. 3 Cost. occorre verificare se, sotto il profilo che qui viene in evidenza, le due situazioni giuridiche messe a raffronto presentino o meno quel minimo di omogeneità che possa ragionevolmente giustificare un trattamento indifferenziato.

A tale proposito la Corte ritiene che gli obblighi derivanti dal matrimonio, così come sanciti nell'art. 143 ed indirettamente nell'art. 151 cod. civ., debbano esser valutati in un quadro unitario o nella loro stretta correlazione; e, in particolare, rileva che l'obbligo di fedeltà, in quanto si traduca in dovere di astensione da ogni rapporto sessuale con terzi, non può non essere collegato con il diritto - dovere che ha ad oggetto la disponibilità fisica dell'un coniuge nei confronti dell'altro.

Sarebbe contrario alla natura delle cose ed alla stessa ratio che ispira nel suo complesso il regime giuridico del rapporto

matrimoniale negare che fra diritto alle prestazioni sessuali dell'altro coniuge e dovere di astenersi da atti di adulterio corra un rapporto così stretto da giustificare la conclusione che trattasi di due aspetti di una inscindibile disciplina giuridica.

Ciò posto, risulta evidente che, una volta che con la separazione sia venuta meno la coabitazione con i connessi diritti e doveri, la permanenza dell'obbligo di assoluta fedeltà, che in quella trovava il suo ragionevole presupposto, si traduce in egual trattamento giuridico di situazioni giuridicamente differenziate e comporta di conseguenza, secondo i principi costantemente affermati da questa Corte, la violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Va però considerato che fra gli obblighi imposti dal matrimonio a ciascun coniuge c'è quello di astenersi da comportamenti che costituiscono ingiuria grave all'altro coniuge (art. 151 c.c.) e che siffatto dovere non può non permanere dopo la separazione, atteso che esso, non solo è pienamente compatibile col nuovo assetto dei rapporti fra i coniugi, ma è coesistente al vincolo che continua a legarli.

Orbene, si deve pur rilevare che atti di infedeltà coniugale possono costituire, per il concorso di concrete circostanze, ingiuria grave all'altro coniuge.

In base a siffatta considerazione si deve giungere alla conclusione che la disposizione impugnata è illegittima, solamente nella parte in cui, in tema di fedeltà coniugale ed in riferimento al relativo obbligo, essa impone al coniuge consensualmente separato anche quei comportamenti che non siano idonei a costituire ingiuria grave all'altro coniuge.

PER QUESTI MOTIVI LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità Costituzionale dell'art. 156, primo comma, del codice civile nella parte in cui, disponendo che per i coniugi consensualmente separati perduri l'obbligo reciproco di fedeltà, non limita quest'ultimo al dovere di astenersi da quei comportamenti che, per il concorso di determinate circostanze, siano idonei a costituire ingiuria grave all'altro coniuge".

(Sentenza n. 99 del 1974)

Tuttavia, non tutte le sollevate questioni di legittimità costituzionale erano destinate ad essere accolte in quanto la previsione operata dall'inciso dell'art. 29 "con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare" consentirà la sopravvivenza di alcuni trattamenti differenziati con particolare riguardo all'esercizio delle prerogative inerenti alla patria potestà.

Al riguardo, la Corte Costituzionale nella sentenza n. 102 del 1967 così osservava:

"(...) E se indubbiamente, secondo il sistema del codice, è riconosciuta una prevalenza della volontà del padre in ordine alle funzioni in esame, è altresì vero che questa distinzione ripete la sua origine dalla esigenza, comunemente avvertita in ogni umano consorzio, di apprestare i mezzi per la formazione di una volontà unitaria riferibile al consorzio stesso. Questa esigenza infatti non può non ritrovarsi anche nella società familiare che, pur essendo una istituzione a base essenzialmente etica, è tuttavia un organismo destinato a vivere ed operare nell'ambito dei concreti rapporti umani per l'attuazione dei suoi fini sociali,

primo fra i quali, indubbiamente, emerge quello dell'allevamento e dell'educazione dei figli. E' pertanto evidente la necessità che la legge garantisca nella famiglia la formazione di una volontà unitaria che si traduca in un indirizzo unitario ai fini del conseguimento dello scopo suddetto. Il sistema posto in essere dal legislatore quindi, sia pure risentendo indubbiamente della tradizione storica che ha visto nel padre il capo della famiglia, non ha fatto che provvedere alla descritta esigenza fondamentale quando ha affidato l'esercizio della potestà ad uno solo dei genitori. (...)

D'altra parte, la parità morale e giuridica dei coniugi è garantita dall'art. 29, secondo comma, Cost. "con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare". Il che vuol dire che il legislatore ordinario è appunto autorizzato ad individuare e codificare quelle limitazioni che siano obiettivamente necessarie ai fini delle fondamentali "esigenze di organizzazione della famiglia e che, senza creare alcuna inferiorità a carico della moglie, fanno tuttora del marito, per taluni aspetti, il punto di convergenza della unità familiare e della posizione della famiglia nella vita sociale.

Concludendo, pertanto, poiché la prevalenza della volontà paterna nell'esercizio della patria potestà è conseguenza della sopraccennata esigenza unitaria, e siccome questa rientra indubbiamente fra i limiti della parità morale e giuridica dei coniugi di cui all'art. 29, secondo comma, Cost., la Corte ritiene che l'impugnato art. 316 c.c. non si ponga in contrasto con il detto precetto costituzionale".

4.4. **La Costituzione repubblicana: la condizione giuridica dei figli naturali**

Accanto al principio di eguaglianza dei coniugi, è probabilmente il principio dell'art. 30, comma 3, Cost. (per il quale "la legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima") quello che ha fondato le più cospicue sentenze della Corte Costituzionale in materia di famiglia.

L'orientamento della Corte Costituzionale, dopo alcune iniziali pronunce di infondatezza, si indirizzava via via nel senso di sempre maggior tutela e garanzia della filiazione naturale, pur con la non velata preoccupazione di compatibilità con i diritti della famiglia legittima. Ciò veniva chiaramente espresso, ad esempio, nella sentenza n. 79 del 1969:

"(...) Nella Costituzione non è riposto un astratto "favore" per i figli naturali da tradursi soltanto ad opera della legge ordinaria in tutela concreta nel contenuto e nei limiti. La garanzia dei diritti del figlio naturale è invece tutta spiegata nel comma 3, prima parte, dell'art. 30 per il caso in cui si urti cogli interessi "dei membri della famiglia legittima": vale a dire che l'intervento del legislatore occorrerà solo per conciliare la protezione del figlio naturale coi diritti di costoro (conciliazione del resto in parte avvenuta ante litteram ad esempio con le norme del codice civile che disciplinano la situazione dei figli naturali, quanto ai diritti ereditari, se concorrono coi figli legittimi). Ne deriva che, per l'ipotesi in cui non sussista una famiglia legittima, una legiferazione speciale non è necessaria: infatti il figlio naturale

gode già, in virtù dell'art. 30, di un'ampia protezione alla quale il legislatore ordinario è vincolato, diversamente da quanto accade per altre materie.

Più precisamente la Costituzione garantisce al figlio naturale (ben inteso, riconosciuto o dichiarato), non una generica difesa, ma "ogni" tutela giuridica e sociale: il che non può intendersi altrimenti che come tutela adeguata alla posizione di figlio, vale a dire (sempre che non vi siano membri della famiglia legittima) simile a quella che l'ordinamento attribuisce ad ogni campo ai figli legittimi: in ogni campo, compreso evidentemente quello della successione ereditaria, dato che rispetto ad essa lo status di figlio (legittimo o naturale) ha, secondo i principi, rilevanza precisa (artt. 467 ss. c.c.). Con ciò non si vuol dire che la Costituzione abbia del tutto assimilati i figli naturali ai legittimi (ché anzi l'ampiezza dei diritti dei primi nei confronti dei secondi deve essere determinata, in ossequio alla preminenza di questi ultimi e sia pure con criteri di razionalità, dal potere discrezionale del legislatore ordinario); ma si riconosce tuttavia che l'assimilazione è innegabile solo là dove manchi una famiglia legittima”.

In ossequio al combinato disposto degli artt. 3 e 30 Cost., nel 1969, nel 1970 e nel 1973 si succedono dunque pronunce che rimuovevano il trattamento deteriore, ad esempio in tema di diritto successorio o di riconoscibilità, riservato ai figli nati fuori dal matrimonio e nel 1974 la Corte Costituzionale affrontò più volte le questioni giuridiche relative allo status dei figli incestuosi e adulterini, e quindi non riconoscibili, ampliandone ad esempio il diritto ad

ottenere gli alimenti dal genitore naturale in ossequio al disposto dell'art. 30 della Costituzione. Ne conseguiva ormai una normativa assai frammentaria e lacunosa la quale richiedeva un organico intervento legislativo come più volte sollecitato dalla stessa Corte costituzionale.

P A R T E S E C O N D A

**LA LEGGE DI PARITA' 19 MAGGIO '75
N.151**

1. Principi informativi.

I principi innovativi della Costituzione Repubblicana e le istanze sociali di rinnovamento inerenti alla relazione tra i due sessi, nonché ai rapporti genitoriali e allo scardinamento del tradizionale principio di autorità, costituiscono il substrato della legge 19 maggio 1975 n.151 contenente la nuova disciplina dei rapporti familiari.

In ossequio ai principi costituzionali e alla nuova coscienza sociale, la Riforma ha operato essenzialmente in duplice direzione.

a) Eliminare distinzioni tra i due sessi non operando più aprioristiche diversità di trattamento tra marito e moglie né distinzioni di compiti, ruoli, facoltà e prerogative, ma riferendosi genericamente alla qualità di "coniuge": in questo modo viene accordata alla donna maggior considerazione quale individuo riconoscendole la possibilità di concordare l'indirizzo della vita familiare, nonché di esercitare la potestà sui figli, di rappresentarli, di usufruire degli incrementi patrimoniali della famiglia; e per contro richiedendole una maggior responsabilizzazione sotto il profilo dell'apporto anche economico alla conduzione familiare, che non la vede più titolare di un diritto indiscriminato al mantenimento, ma le impone il dovere di contribuire, anche in termini economici, alle esigenze della vita familiare. Viene per contro operato uno sgravio di responsabilità in favore del

marito, il quale, correlativamente, se perde la propria qualità di capo famiglia, non è più portatore di un obbligo indiscriminato a provvedere ai bisogni della famiglia e della moglie indipendentemente dalle sostanze e dalle capacità professionali della stessa.

Si intende in questo modo dare piena attuazione al principio costituzionale di parità, sia pur con alcuni limitati residui della vecchia legislazione.

b) Rivalutare la figura del minore e della dignità dello stesso come persona, non più soggetto di semplici potestà nell'ambito familiare (v. art. 147 che accorda rilevanza alle inclinazioni e aspirazioni dei figli) e non più discriminato se figlio naturale, e cioè se concepito da genitori non legittimamente uniti tra loro in matrimonio: anche sotto questo profilo il legislatore, innovando profondamente l'impostazione precedente, recepisce con la Novella del '75 la nuova coscienza sociale sostituendo al tradizionale "*favor legitimitatis*" il "*favor veritatis*" che consentirà, non solo la parificazione tra figli naturali e legittimi, ma la regolamentazione di situazioni precedentemente disconosciute perché considerate non meritevoli di tutela e quindi anti giuridiche (ne costituiscono esempio la possibilità di riconoscimento dei figli adulterini e l'attenuazione della presunzione di paternità in capo al marito del figlio nato da donna coniugata, nonché l'ampliamento dei casi in cui è ammissibile la dichiarazione giudiziale di paternità).

Tuttavia, nonostante le tesi innovative poi prevalse, per completezza di esposizione e in sintonia con la precedente trattazione dell'argomento di cui alla prima parte del lavoro, ci preme ricordare che i lavori preparatori della Riforma furono tutt'altro che agevoli per la sussistenza di molteplici opinioni discordi in proposito.

Anteriormente alla stesura del testo del progetto di legge unificato che doveva poi profondamente novellare la materia familiare, alcune voci autorevoli si sono espresse con accenti radicalmente critici.

Tra gli altri, l'esimio giurista Santoro - Passarelli così commentava i principi poi recepiti dalla Riforma.

Sulla posizione di moglie e marito nell'ambito della famiglia e sull'applicazione del principio costituzionale di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi sancito dalla Costituzione, egli osservava:

"(...) E' da domandarsi se nel governo della famiglia sia bene affermare che al marito e alla moglie spettano sempre e invariabilmente gli stessi diritti e gli stessi doveri, quando la realtà sociale ci presenta una famiglia in cui le competenze, le funzioni, non sono le stesse per il marito e la moglie, bensì sono diverse; è da domandarsi, cioè, se il principio dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, che certo va rispettato, comporti necessariamente che moglie e marito debbano avere in ordine a tutti i compiti della famiglia la stessa identica posizione, con la conseguenza, a mio avviso, e credo ad avviso di molti altri, certamente deprecabile, che, quando non si raggiunge l'accordo, tutto si fermi in attesa della decisione del giudice .

Ora l'interesse della famiglia, mal si concilia, a mio avviso, con un incombente intervento del giudice, che può paralizzare la vita familiare, anche dove si tratti di provvedere a determinazioni non solo essenziali, come l'indirizzo della vita della famiglia e la determinazione della residenza, ma urgenti.

Un intervento del giudice primario e vincolante contraddice, a nostro avviso, al "riconoscimento" dei diritti della famiglia come società naturale".

E sulla piena equiparazione tra figli legittimi e naturali Santoro - Passarelli aggiungeva:

" e per quanto mi riguarda, in piena consonanza con la Costituzione e, ritengo, col sentimento prevalente, non credo che possa essere approvata l'introduzione, non esplicita ma sicura, di una famiglia naturale, incompatibile con la sola famiglia ammessa dalla Costituzione e sentita dalla maggior parte del nostro popolo, la famiglia legittima.

L'illimitata riconoscibilità e dichiarabilità della filiazione anche adulterina in pendenza di matrimonio; l'assoluta parificazione dei doveri e dei diritti verso i figli naturali e verso i figli legittimi; l'estensione della parità di trattamento dei figli naturali e dei figli legittimi sul piano non solo personale, ma anche patrimoniale e successorio; la propagazione della parentela naturale a tutti gli effetti non possono lasciare nessun dubbio sull'introduzione di una famiglia naturale, in conflitto con la famiglia legittima in atto esistente.

La questione non riguarda la doverosa assicurazione di ogni tutela giuridica e sociale dei figli naturali, ma la compatibilità della tutela così realizzata coi diritti della famiglia legittima. Il

rispetto dei diritti della famiglia legittima è richiesto dalla Costituzione, all'unisono con la coscienza sociale del nostro popolo e del nostro tempo, non come un privilegio della famiglia fondata sul matrimonio, ma perché questa è la società naturale intermedia storicamente affermatasi e ritenuta ancora più utile alla società generale e in definitiva ai consociati.

(SANTORO PASSARELLI), Il significato attuale del diritto nell'organizzazione e nella vita della famiglia, in La riforma del diritto di famiglia, Padova 1972, pp. 10-15)

Ma, a prescindere da tali considerazioni, in parte tuttora attuali, che, come vedremo alla Parte quarta, consentono ancora oggi di discutere se nel nostro ordinamento siano ravvisabili accanto alla famiglia legittima altre tipologie di modelli familiari cui ricondurre effetti giuridici, la scelta era operata con conseguenze profondamente innovative rispetto al precedente sistema.

Vediamo la nuova normativa.

2. **Diritti e doveri tra coniugi.**

Al tradizionale principio di autorità caratterizzato dalla subordinazione della moglie al marito quale capo della famiglia ed alla esclusiva potestà del padre sui figli (vedi Parte prima) si sostituisce, in applicazione a quanto disposto dall'art. 29 della Costituzione, il principio di parità coniugale e quindi il criterio del CONSENSO quale unica modalità di

assunzione delle decisioni relative alla vita familiare e ai figli.

La nuova formulazione degli articoli del Codice Civile nei quali si riassumono i rapporti tra i coniugi è la seguente:

Art. 143 (Diritti e doveri reciproci dei coniugi) - Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono gli stessi doveri.

Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione.

Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia.

Riteniamo qui solo il caso di segnalare, per l'interesse che ciò può suscitare, i particolari connotati che va assumendo, nel corso degli anni, la violazione al dovere coniugale di fedeltà.

Da un lato infatti, l'inosservanza di tale dovere non è ritenuta connotata dal solo elemento sessuale, potendo essere considerata, nel concorso di talune circostanze, quale condotta infedele anche la semplice relazione sentimentale, e dall'altro, essendo a volte ritenuta incolpevole un'infedeltà, se compiuta in un contesto familiare che il giudice riconosca già altrimenti deteriorato.

Sulla fedeltà coniugale, tema di indubbio interesse per le numerose implicazioni di costume in esso

contenute, così la Cassazione ha avuto tra l'altro modo di pronunciarsi:

“L’art. 143 c.c. distingue l’obbligo della fedeltà da quello dell’assistenza familiare, trattandosi di obblighi che si differenziano nettamente tra loro per la diversità del loro contenuto; identificandosi il primo nel dovere di astenersi da contatti sessuali e da relazioni amorose puramente sentimentali con persona diversa dall’altro coniuge, mentre il secondo involge il dovere positivo di fornire all’altro coniuge, in tutti i casi della vita, concreta ed adeguata assistenza fisica, intellettuale, morale ed affettiva”. (sez. VI, sent. 3924 del 31.5.1972).

All’assistenza morale attiene invece il compimento del cosiddetto “debito coniugale” inerente allo spontaneo e volontario adempimento dell’atto sessuale la cui ingiustificata inadempienza - non provocata cioè da colpevole comportamento dell’altro coniuge - può costituire motivo di addebito nella separazione perchè integrante gli estremi di comportamento ingiurioso ovvero di mancata assistenza morale nei confronti del coniuge.

Sul punto, così la Cassazione:

“Soltanto un costante, pertinace e non giustificato diniego del debito coniugale può essere configurato come ingiuria grave nei confronti dell’altro coniuge, prevista dall’art. 151 c.c. come causa di separazione personale”. (sez. I, sent. 2164 del 21.10.1965); (sez. I, sent. 1823 del 18.7.1967).

E ancora:

“Incombe al coniuge che allega l’inadempimento al debito coniugale l’onere di provare anche che la giusta causa di esso dipende esclusivamente dal comportamento dell’altro coniuge. Tuttavia, poichè il libero compimento dell’atto sessuale non dipende esclusivamente dall’iniziativa di uno solo dei coniugi, non può ritenersi colpevole la mancata prestazione del debito coniugale quando determinati comportamenti dell’altro coniuge non favoriscano quello stato d’animo necessario perché una persona sia umanamente disposta a compiere l’atto stesso”. (sez. I, sent. 1435 del 16.4.1975).

La legittima richiesta di adempimento dell’obbligo di assistenza morale, non può però portare a ritenere legittima l’imposizione al coniuge dell’atto sessuale.

“Commette il delitto di violenza carnale il coniuge che costringa con violenza o minaccia l’altro coniuge, anche non separato, a congiunzione carnale”. (sez. III, sent. 12855 del 4.12.1976).

Art. 143 bis (Cognome della moglie) - La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze.

Art. 143 ter (Cittadinanza della moglie) - La moglie conserva la cittadinanza italiana, salvo sua espressa rinunzia, anche se per effetto del matrimonio o del mutamento di cittadinanza da parte del marito assume una cittadinanza straniera.

Art. 144 (Indirizzo della vita familiare e residenza della famiglia) - I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa.

A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato.

Art. 145 (Intervento del giudice) - In caso di disaccordo ciascuno dei coniugi può chiedere, senza formalità, l'intervento del giudice il quale, sentite le opinioni espresse dai coniugi e, per quanto opportuno, dai figli conviventi che abbiano compiuto il sedicesimo anno, tenta di raggiungere una soluzione concordata.

Ove questa non sia possibile e il disaccordo concerna la fissazione della residenza o altri affari essenziali, il giudice, qualora ne sia richiesto espressamente e congiuntamente dai coniugi, adotta, con provvedimento non impugnabile, la soluzione che ritiene più adeguata alle esigenze dell'unità e della vita della famiglia.

Art. 146 (Allontanamento dalla residenza familiare) - Il diritto all'assistenza morale e materiale previsto dall'art. 143 è sospeso nei confronti del coniuge che, allontanandosi senza giusta causa dalla residenza familiare, rifiuta di tornarvi.

La proposizione della domanda di separazione o di annullamento o di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio costituisce giusta causa di allontanamento dalla residenza familiare.

Il giudice può, secondo le circostanze, ordinare il sequestro dei beni del coniuge allontanatosi, nella misura atta a

garantire l'adempimento degli obblighi previsti dagli articoli 143, comma 3, e 147.

3. **Regime patrimoniale della famiglia.**

Innovando profondamente rispetto alla precedente disciplina che prevedeva come regime legale patrimoniale tra i coniugi la separazione dei beni (vedi Parte prima), la scelta operata dal legislatore del '75 è quella del regime patrimoniale della comunione legale dei beni.

Art. 159 (Del regime patrimoniale legale tra i coniugi) - Il regime patrimoniale legale della famiglia, in mancanza di diversa convenzione stipulata a norma dell'art. 162, è costituito dalla comunione dei beni, regolata dalla sezione III del presente capo.

Art. 177 (Oggetto della comunione) - Costituiscono oggetto della comunione:

a) gli acquisti compiuti dai due coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ad esclusione di quelli relativi ai beni personali;

b) i frutti dei beni propri di ciascuno dei coniugi, percepiti e non consumati allo scioglimento della comunione;

c) le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio.

Qualora si tratti di aziende appartenenti ad uno dei coniugi anteriormente al matrimonio ma gestite da entrambi, la comunione concerne solo gli utili e gli incrementi.

Tale innovazione è ritenuta dai più espressione del principio solidaristico proposto dal legislatore nei confronti del coniuge più debole, messo in condizione di partecipare pariteticamente - in forza del regime legale di comunione dei beni - agli incrementi patrimoniali della famiglia imputati agli sforzi personali ed economici di entrambi i coniugi a prescindere dall'effettiva, provata, capacità reddituale degli stessi.

La comunione dei beni (che, per la ratio della stessa, non si estende a beni provenienti da patrimoni altrui e non riguarda perciò donazioni ed eredità) è considerata inoltre un primo effettivo riconoscimento di valore corrispettivo rispetto alla prestazione di attività domestiche non remunerative effettuate dal coniuge.

4. **Rapporti con i figli.**

Il Titolo IX del Libro I del Codice Civile dedicato alla potestà, è oggi intitolato alla POTESTA' DEI GENITORI.

I rapporti genitori-figli non sono però oggi limitati a semplici potestà, ma improntati a maggio

considerazione e responsabilizzazione della figura dei figli nei confronti dei genitori.

Nell'ambito del matrimonio, i doveri dei genitori sono enunciati dall'art. 147 c.c.

Art. 147 (Doveri verso i figli) - Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto della capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli.

Ma anche il figlio ha dei doveri nei confronti dei genitori, doveri non più esternantisi in semplice rispetto ed obbedienza, ma anche in fattiva collaborazione.

Art. 315 (Doveri del figlio verso i genitori) - Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie sostanze e al proprio reddito al mantenimento della famiglia finché convive con essa.

Come si può agevolmente constatare dal raffronto degli artt. 147 e 315 c.c. con la precedente formulazione (vedi Parte prima), analogamente a quanto la Riforma ha operato per ciò che riguarda i rapporti tra marito e moglie, anche ai figli è stata accordata maggior dignità nell'ambito familiare, ma, nello stesso tempo, attribuita maggior responsabilità in ordine alle esigenze familiari cui egli è tenuto a contribuire (qualora conviva ancora con i genitori dopo aver raggiunto l'indipendenza economica).

Per quanto attiene invece il contenuto e i limiti del dovere di mantenimento incombente su entrambi i genitori, questo non viene automaticamente meno con la maggiore età, pur facendo capo al figlio l'onere di non assumere atteggiamenti "parassitari". La Cassazione esprime così il concetto:

"L'obbligo dei genitori di mantenere i figli non cessa automaticamente nel momento in cui questi raggiungono la maggiore età, ma può perdurare, secondo le circostanze da valutare caso per caso, fino a quando essi non abbiano raggiunto una propria autonomia ed una indipendenza economica". (sez. I, sent. 1970 del 22.6.1971).

E ancora:

"L'obbligo dei genitori di mantenere i figli non cessa automaticamente nel momento in cui questi raggiungono la maggiore età, ma può perdurare, secondo le circostanze da valutare caso per caso, fino a quando essi non abbiano raggiunto una propria autonomia ed una indipendenza economica. Siffatto obbligo di mantenimento cessa, non solo quando il figlio si trovi già avviato ad un effettivo lavoro che gli dia autonomia economica, ma anche quando il genitore dimostri di aver messo il figlio nelle concrete condizioni di assumere tale idoneo lavoro o di conseguire un titolo sufficiente ad esercitare un'attività lucrativa, anche se il figlio non abbia voluto approfittarne; oppure quando questi viva in altri nuclei familiari o comunitari, o abbia raggiunto un'età tale da far presumere la sua capacità di provvedere a sé stesso." (sez. I, sent. 3709 dell'11.8.1977).

Nello stesso senso:

“L’obbligo di mantenere il figlio posto a capo dei genitori dall’art. 147 c.c., non cessa con il raggiungimento della maggiore età, ma si protrae fino a che il figlio medesimo sia in grado di provvedere alle proprie esigenze, con una appropriata collocazione in seno al corpo sociale, ovvero versi in colpa, per non essersi messo in condizione, o essersi rifiutato, di procurarsi un proprio reddito, mediante l’espletamento di attività lavorativa. Ne consegue che il genitore, al fine di sottrarsi all’obbligo di mantenimento, non può limitarsi ad invocare la maggior età del figlio, ma deve dedurre e provare che il figlio stesso sia in grado di mantenersi, ovvero, in caso contrario, che sia responsabile della situazione, nel senso indicato.” (sez. I, sent. 4424 del 17.10.1977).

La maggior dignità della figura del figlio è stata negli ultimi anni più volte ribadita dalla giurisprudenza anche in campo penale escludendosi la liceità del ricorso da parte dei genitori alla violenza quale mezzo di correzione.

“Con riguardo ai figli il termine “correzione” va assunto come sinonimo di educazione, con riferimento ai connotati intrinsecamente conformativi di ogni processo educativo. In ogni caso non può ritenersi tale l’uso della violenza finalizzato a scopi educativi: ciò, sia per il primato che l’ordinamento attribuisce alla dignità della persona, anche del minore, ormai soggetto titolare di diritti e non più, come in passato, semplice oggetto di protezione (se non addirittura di disposizione) da

parte degli adulti; sia perché non può perseguirsi, quale meta educativa, un risultato di armonico sviluppo di personalità, sensibile ai valori di pace, di tolleranza, di connivenza utilizzando un mezzo violento che tali fini contraddice". (sez. VI, sent. 4904 del 16.5.1996).

La titolarità e l'esercizio della potestà genitoriale fa capo a entrambi i genitori.

La rilevante innovazione è uno degli effetti del principio di parità coniugale e ha comportato la conseguente introduzione del ricorso al giudice previsto, su istanza di uno o di entrambi i genitori, per il caso di disaccordo su questioni inerenti l'esercizio della potestà (i casi più frequenti sono costituiti dall'iscrizione ad una scuola, dell'ammissione all'esercizio di un culto religioso, etc.).

Retaggio della precedente normativa improntata alla potestà maritale e genitoriale attribuita al marito (vedi Parte prima), è la prescrizione di cui al comma 3 dell'art. 316 c.c. che, nell'attesa della decisione del giudice, attribuisce il potere di adottare provvedimenti urgenti nell'interesse del figlio al padre.

Art. 316 (Esercizio della potestà dei genitori) - Il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore o all'emancipazione.

La potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori.

In caso di contrasto su questioni di particolare importanza, ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei.

Se sussiste un incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio, il padre può adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili.

Il giudice, sentiti i genitori ed il figlio, se maggiore degli anni quattordici, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio o dell'unità familiare. Se il contrasto permane il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio.

Art. 317 (Impedimento di uno dei genitori) - Nel caso di lontananza, di incapacità o di altro impedimento che renda impossibile ad uno dei genitori l'esercizio della potestà, questa è esercitata in modo esclusivo dall'altro.

La potestà comune dei genitori non cessa quando, a seguito di separazione, di scioglimento, di annullamento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, i figli vengono affidati ad uno di essi.

L'esercizio della potestà è regolato, in tali casi, secondo quanto disposto nell'art. 155.

Art. 318 (Abbandono della casa del genitore) - Il figlio non può abbandonare la casa dei genitori o del genitore che esercita su di lui la potestà né la dimora da essi assegnatagli. Qualora se ne allontani senza permesso, i genitori possono richiamarlo ricorrendo, se necessario, al giudice tutelare.

Art. 319 (Abrogato).

5. La filiazione naturale.

Come abbiamo avuto modo di segnalare nella Parte prima allorché abbiamo trattato il medesimo argomento, già sotto il profilo lessicale la Riforma pone attenzione all'esigenza, pur nella diversità delle situazioni, di non evidenziare alcun elemento di contrapposizione rispetto alla filiazione legittima.

Il Capo II del Titolo VII del Libro I del Codice Civile è infatti dedicato oggi alla FILIAZIONE NATURALE, non più ILLEGITTIMA, cui, in ossequio al disposto dell'art. 30 della Costituzione, si pone riguardo ad evitare ogni trattamento di sfavore, pur compatibilmente “con i diritti dei membri della famiglia legittima”.

Già il secondo comma dell'art. 232 c.c. introdotto dalla Riforma consente il riconoscimento della filiazione naturale in costanza di matrimonio nei limiti e nei termini previsti dalla disposizione di legge.

Art. 232 (Presunzione di concepimento durante il matrimonio) -
Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando sono trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio e non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio.

La presunzione non opera decorsi trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale, o dalla omologazione di separazione consensuale, ovvero dalla data della comparizione dei coniugi avanti al giudice quando gli stessi sono stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione o dei giudizi previsti nel comma precedente.

Su questa linea prosegue l'art. 250 c.c.

Art. 250 (Riconoscimento) - Il figlio naturale può essere riconosciuto nei modi previsti dall'art. 254 c.c., dal padre, dalla madre, anche se già uniti in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento. Il riconoscimento può avvenire tanto congiuntamente, quanto separatamente.

Omissis

Art. 261 (Diritti e doveri derivanti al genitore al riconoscimento) - Il riconoscimento comporta da parte del genitore l'assunzione di tutti i doveri e di tutti i diritti che egli ha nei confronti dei figli legittimi.

Art. 317 bis (Esercizio della potestà) - Al genitore che ha riconosciuto il figlio naturale spetta la potestà su di lui.

Se il riconoscimento è fatto da entrambi i genitori, l'esercizio della potestà spetta congiuntamente ad entrambi qualora siano conviventi. Si applicano le disposizioni dell'art. 316. Se i genitori non convivono l'esercizio della potestà spetta al genitore col quale in figlio convive ovvero, se non convive con alcuno di essi, al primo che ha fatto il riconoscimento. Il giudice, nell'esclusivo interesse del figlio, può disporre

diversamente; può anche escludere dall'esercizio della potestà entrambi i genitori, provvedendo alla nomina di un tutore.

Il genitore che non esercita la potestà ha il potere di vigilare sull'istruzione, sulla educazione e sulle condizioni di vita del figlio minore.

La Riforma vede inoltre eliminate le condizioni di sfavore dei figli naturali rispetto a quelli legittimi nelle disposizioni successorie.

L'art. 566 c.c. opera tale parificazione, salva la facoltà di commutazione concessa dal 3° comma dell'art. 537 c.c. ai figli legittimi nei confronti di quelli naturali, quale residuo della vecchia impostazione che, a parere della dottrina (Gabrielli), tende ad evitare che i figli legittimi, in sede di assegnazione divisionale delle quote ereditarie, "si vedano defraudati di beni indivisibili di alto valore affettivo appartenenti alla famiglia legittima".

Art. 566 (Successione dei figli legittimi e naturali) - Al padre ed alla madre succedono i figli legittimi e naturali, in parti uguali.

Si applica il terzo comma dell'art. 537.

Art. 537 (Riserva a favore dei figli legittimi e naturali) - Salvo quanto disposto dall'art. 542, se il genitore lascia un figlio solo, legittimo o naturale, a questi è riservata la metà del patrimonio.

Se i figli sono più, è loro riservata la quota dei due terzi, da dividersi in parti uguali tra tutti i figli, legittimi e naturali.

I figli legittimi possono soddisfare in denaro o in beni immobili ereditari la porzione spettante ai figli naturali che non vi si oppongono. Nel caso di opposizione decide il giudice, valutate le circostanze personali e patrimoniali.

Art. 574 (Abrogato)

Art. 576 (Abrogato)

6. Dichiarazione giudiziale di paternità e maternità.

Nell'ambito dell'esigenza di accordare riconoscimento e tutela alle situazioni reali considerate prevalenti alle situazioni formali (in ossequio al cosiddetto "*favor veritatis*" rispetto al "*favor legitimitatis*" fino ad allora prevalso) cadono le restrizioni previste dalla legislazione precedente che limitava il promuovimento dell'azione, per quanto riguarda la paternità naturale, alla ricorrenza di ipotesi tassative (vedi Parte prima) equiparando le ipotesi di ricerca di paternità e maternità naturale.

Art. 269 (Dichiarazione giudiziale di paternità e maternità) - La paternità e la maternità naturale possono essere giudizialmente dichiarate nei casi in cui il riconoscimento è ammesso.

La prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo.

La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre.

La sola dichiarazione della madre e la sola esistenza di rapporti tra la madre e il preteso padre all'epoca del concepimento non costituiscono prova della paternità naturale.

Delineata, nei suoi aspetti più salienti, viene ora da domandarsi se la Riforma del diritto di famiglia di cui alla legge 19 maggio 1975 n.151 vada interpretata in chiave esclusivamente positiva, per l'indubbio progresso che ha rappresentato sul cammino dell'emancipazione femminile, della parità tra i sessi e della dignità della persona; o se contenga altresì una preoccupante inversione di tendenza rispetto al prevalere dell'aspetto pubblicistico sull'esigenze del singolo nei rapporti familiari; inversione di tendenza, per certi versi non condivisibile, in virtù della quale verrebbe oggi accordata eccessiva rilevanza alle esigenze individuali, con le conseguenti ripercussioni sul legittimo affidamento altrui: con tutto ciò che ne conseguirebbe per i soggetti più deboli del rapporto familiare, con particolare riguardo a taluni strati della popolazione ancora profondamente intessuti dei vecchi principi e condizionamenti culturali e sociali.

All'esito del dibattito il compito di rispondere all'interrogativo.

P A R T E T E R Z A

SEPARAZIONE PERSONALE E DIVORZIO

Con la legge 1.12.1970 n. 898 (successivamente parzialmente modificata dalla legge 6 marzo 1987 n. 74) viene introdotta in Italia la disciplina del divorzio, e cioè la disciplina dello scioglimento del matrimonio civile e di cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario. Ciò consentirà di regolarizzare molte situazioni di separazioni sia precedenti che successive il cui numero va esponenzialmente aumentando per molteplici fattori di cui siamo tutti consapevoli e che non ci proponiamo qui di analizzare; qui ci interessa piuttosto segnalare che, sotto il profilo giuridico, destinata a moltiplicare la casistica delle separazioni, e dei conseguenti divorzi, non è stata tanto l'introduzione del nuovo istituto del divorzio, bensì la nuova disciplina dei rapporti coniugali scaturente dalla Novella del 1975.

Come paventato da parte della dottrina (vedi sopra, tra gli altri Santoro Passarelli) l'introduzione del criterio del consenso coniugale e il venir meno del principio di autorità, sarebbe stato inevitabilmente destinato a produrre l'effetto del cosiddetto "affievolimento" del vincolo coniugale ogni qual volta i coniugi, per i motivi più disparati, non si rivelino in grado di perfezionare il consenso coniugale e quindi di concordare l'indirizzo della vita familiare.

Oggi non vi sono più "direttive" da seguire in ossequio al principio gerarchico di autorità maritale, né tassativi motivi di addebito a carico del coniuge che sia incorso nell'inosservanza dei doveri scaturenti dal matrimonio (vedi Parte prima), ma la mancanza di consenso, e, di conseguenza, la fine dell'*affectio maritalis* fondante l'unione matrimoniale, può insorgere per una serie di motivi

non suscettibili di schematizzazione, né necessariamente imputabili a responsabilità soggettive.

Ciò ha comportato il venir meno, da un lato, della tassatività dei motivi della separazione non consensuale, e, dall'altro, l'eliminazione del concetto di "coniuge colpevole" e quindi della separazione "per colpa".

Il concetto di "colpa" è tuttavia stato sostituito da quello di "addebitabilità" della separazione imputabile all'uno, all'altra, o ad entrambi i coniugi nel concorso di determinate circostanze.

Abolita la necessaria imputabilità a colpa della separazione non consensuale per i tassativi motivi previsti dalla legge, la nuova formulazione del Codice Civile in ordine alla separazione personale dei coniugi recita infatti così:

Art. 151 (Separazione giudiziale) - La separazione può essere chiesta, quando si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole.

Il giudice, pronunciando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio.

Così la Cassazione è intervenuta distinguendo il vecchio concetto di colpa dal nuovo concetto di addebito:

“Anche dopo l'abolizione della separazione personale dei coniugi per colpa, il nuovo concetto di addebitabilità della separazione, in presenza di fatti tali da rendere intollerabile la convivenza o da arrecare pregiudizio

grave all'educazione della prole, è assimilabile a quello di imputabilità, e va inteso come riferibilità al comportamento volontario di una persona capace di intendere e di volere di atti contrari al perdurare del vincolo coniugale. Pertanto, il giudice della separazione può valutare e porre a base del proprio convincimento tutti quei fatti che rendono intollerabile la convivenza dei coniugi, indipendentemente da precise tipizzazioni, avendo riguardo non soltanto a situazioni di sofferenza fisica, ma anche ad affezioni morali e sentimentali direttamente o indirettamente imputabili all'altro coniuge (sez. I, sent. 5632 del 28.10.1982).”

Ma, a prescindere dall'ipotetica addebitabilità che l'uno, l'altra o entrambi i coniugi richiedano venga riconosciuta e dichiarata in capo all'altro, con conseguenze suscettibili di valutazione economica (quali la perdita del diritto al mantenimento e dei diritti ereditari), assolutamente pacifico, fin dall'entrata in vigore della nuova normativa, è parso che la modifica comportasse la sparizione delle cause tassative di cui al vecchio testo (si veda sopra la Parte prima) e quindi la non indispensabilità della ricerca di un colpevole cui addebitare la separazione per i casi non consensuali.

Pacifico altresì che "l'intollerabilità di prosecuzione della convivenza" o "il grave pregiudizio all'interesse della prole" vadano riferiti a situazioni oggettive (solo eventualmente conseguenza di, più o meno colpevoli, comportamenti soggettivi) tali da paralizzare la vita familiare indipendentemente dall'imputabilità delle stesse all'uno o all'altro coniuge.

Il Tribunale di Belluno ad esempio con sentenza del 6 maggio 1976 (in Giust. civ. 1976, I, 1165) ha ritenuto che

“il permanere all'estero per lunghi periodi, sia pure intervallati da brevi visite alla moglie e ai figli in patria, integra un fatto che, indipendentemente dalla volontà dei coniugi, influenzando negativamente su quel complesso di sentimenti costituenti l'affetto coniugale, rende intollerabile la prosecuzione della convivenza e giustifichi pertanto la richiesta di separazione”.

Il Tribunale di Genova il 29 marzo 1976 (in Dir. fam. 1976, 1206) ha ritenuto che “ricorre l'intollerabilità allorché la dinamica dei rapporti coniugali sia gravemente turbata, nelle sue manifestazioni più salienti, da un esasperato spirito di autonomia dei coniugi che comprometta il retto svolgimento della vita familiare”.

Si tratta di limitati, ma sintomatici esempi di un'inversione di tendenza rispetto al precedente sistema accusatorio, pur sempre necessitante però una ricerca, a mezzo di idonea istruttoria, della effettiva ricorrenza di fattispecie cui riportare la pronuncia della separazione giudiziale.

Negli ultimi anni in giurisprudenza si è tuttavia giunti a ritenere superflua l'indagine dei motivi (oggettivi o soggettivi) della separazione giungendo a considerare talora implicito, nella presentazione del ricorso da parte di uno dei coniugi, il venir meno dell'affetto maritale fondante il matrimonio, tanto da far parlare dell'individuabilità nel nostro ordinamento di un "diritto alla separazione" non necessitante alcuna imprescindibile indagine conoscitiva in ordine alla ricorrenza dei presupposti della stessa da parte del giudice investito della domanda di separazione (in questo senso l'intervento del Prof. Cipriani nel recente

convegno di Verona dell'ottobre 1996 di cui si parlerà nella Parte quarta).

Si è a quella che è stata definita "l'attenuazione" del vincolo coniugale, per cui ci si può trovare "estromessi" dal rapporto coniugale - a richiesta dell'altro coniuge - non solo senza avervi consentito, ma senza avervi dato in alcun modo causa; attenuazione derivante, giuridicamente parlando, non solo dalla non tassatività dei motivi della separazione e dalla non più necessaria addebitabilità della stessa nelle ipotesi non consensuali - per cui anche al coniuge incolpevole può oggi venire imposta la fine degli effetti giuridici del vincolo matrimoniale - ma dal non più indispensabile accertamento dei dati oggettivi o soggettivi cui far derivare la fine del progetto matrimoniale.

Ciò ha esposto la Riforma alla già accennata censura di aver accordato una opinabile prevalenza all'elemento individualistico rispetto al principio solidaristico che dovrebbe supportare il nucleo familiare, tanto più se sancito nel matrimonio e perciò riconosciuto e regolamentato dall'ordinamento per quanto attiene, non solo ai rapporti di filiazione, oggi indipendenti dalla scelta matrimoniale, ma anche ai rapporti coniugali.

Sono lontani i tempi in cui Mario Elia, giurista e letterato, facendo proprio il sentimento comune dell'epoca, in una sua opera relativa alle problematiche matrimoniali (Il matrimonio in crisi, ed. Arti e Scienze, Roma 1962) affermava:

"Poiché la famiglia è una società, il matrimonio, fondamento della società familiare, unione fra i coniugi, presuppone il superamento degli egoismi.

Per stare insieme con un altro, devi tener sempre presente che non ci sei tu solo, ma c'è pure l'altro. Devi evitare di fargli del male, di dargli molestia, di offenderlo, di irritarlo. Devi compatirne i difetti, perché godi dei suoi pregi. Devi evitare i conflitti, e, se sorgono, non devi aggravarli, ma devi cercare di farli finire, di ristabilire l'accordo. Questo vale per ogni convivenza, per ogni società.

Nella società coniugale, c'è di più. Non solo i coniugi non devono egoisticamente offendersi, non solo debbono tollerarsi reciprocamente, ma hanno il dovere di assistersi. Devono aiutarsi fra loro. Ogni coniuge non solo deve evitare di far male all'altro, ma deve cercare di essergli utile, di assisterlo.

Se ogni società umana impone l'altruismo e il sacrificio di sé, questo sacrificio di sé è particolarmente indispensabile nel matrimonio, che non impone solo coabitazione pacifica, ma assistenza affettuosa".

Tale impostazione oggi, con la Riforma del 1975, appare profondamente modificata, cosicché l'esponentiale aumento delle richieste e pronunce di separazione ha fatto sì che la stessa introduzione del divorzio (che viene a sancire la fine del matrimonio dopo almeno tre anni di ininterrotta separazione) sia considerata con sempre maggior sospetto e ostilità da chi afferma di continuare a ritenere prevalente nella famiglia il principio di solidarietà.

E' questo il caso dello scrittore Carlo Sgorlon il quale, in un suo scritto recentemente dato alla stampa ("Famiglia Cristiana" n. 43 del 30.10.1996) fa ammenda per aver a suo tempo, all'epoca del Referendum del 1974, optato per il divorzio osservando di non aver "preveduto che gli uomini, per lo più, agiscono per imitazione, rifacendosi ai modelli che hanno sotto gli occhi e ispirandosi ai principi della

cultura in cui sono immersi. Oggi molti divorziano - secondo Sgorlon - anche perché la rottura del legame familiare è autorizzata dalla legge e perché vedono i loro amici, i parenti, i personaggi più famosi divorziare; o addirittura passare da un amore all'altro con estrema disinvoltura, cambiando il partner come si fa con un appartamento o un arredamento di una stanza."

E ancora: "Oggi divorziare non soltanto non suscita scandalo, ma è quasi una sorta di *status symbol*. Di divorzi e di nuove storie d'amore si alimentano la stampa, la televisione, la radio, che dispongono nei loro spazi sempre di un salottino tappezzato di rosa. Chi ha divorzi alle spalle è guardato come un personaggio più completo, con numeri in più rispetto alla banalità di chi invece si è sposato una volta per sempre..... Ciò vuol dire che il divorzio non ha concesso soltanto la libertà di sciogliere un matrimonio ai malmaritati, ma ha creato una cultura rovesciata, come se divorziare fosse la regola e la normalità e non il contrario".

Secondo tale impostazione, saremmo al ribaltamento del broccardo secondo cui "la legge nasce già vecchia" non facendo altro che recepire sentimenti già diffusi nella coscienza civile.

Siamo all' "antico, irrisolto problema riguardante la mutevolezza delle abitudini e dei costumi generatrici di cultura, in parallelo con la modifica delle leggi regolatrici del vivere comune.

Il quesito annoso è se sia la cultura a trainare la norma o viceversa; ma la soluzione non è pressante, se si è d'accordo nel ritenere che, "comunque, il dato normativo è parte

integrante della cultura" (Avv. Rosetta Mazzone in "Il diritto delle donne" n. 20, aprile 1996).

Ma, a prescindere da tali considerazioni, separazione e divorzio ineriscono ormai profondamente al tessuto sociale e resta il dato della sempre crescente casistica di tali ipotesi nelle quali i coniugi o, in mancanza, il giudice, dovranno affrontare e gestire la ridefinizione dei loro rapporti in ordine all'affido dei figli, alla casa coniugale, ai beni comuni e al mantenimento del coniuge debole e della prole.

Intuitivo è come inerisca profondamente al benessere degli individui e, di conseguenza, della collettività, la delicata questione delle diverse modalità di soluzione del conflitto familiare.

Due sono le modalità in cui si affronta giudizialmente l'iter della separazione. L'una, cui si riferisce il già richiamato art. 151 c.c., prevede la delega delle decisioni personali e patrimoniali alla decisione del Tribunale.

Art. 155 (Provvedimenti riguardo ai figli) - Il giudice che pronuncia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa.

In particolare il giudice stabilisce la misura e il modo con cui l'altro coniuge deve contribuire al mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei figli, nonché le modalità di esercizio dei suoi diritti nei rapporti con essi.

Il coniuge cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice. Salvo che sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono

adottate da entrambi i coniugi. Il coniuge cui i figli non siano affidati ha il diritto e il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse.

L'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza, e ove sia possibile, al coniuge cui vengono affidati i figli.

Il giudice dà inoltre disposizioni circa l'amministrazione dei beni dei figli e, nell'ipotesi che l'esercizio della potestà sia affidato ad entrambi i genitori, il concorso degli stessi al godimento dell'usufrutto legale.

In ogni caso il giudice può per gravi motivi ordinare che la prole sia collocata presso una terza persona o, nella impossibilità, in un istituto di educazione.

Nell'emanare i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli e al contributo al loro mantenimento, il giudice deve tener conto dell'accordo fra le parti: i provvedimenti possono essere diversi rispetto alle domande delle parti o al loro accordo ed emessi dopo l'assunzione di mezzi di prova dedotti dalle parti o disposti d'ufficio dal giudice.

I coniugi hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi e le disposizioni relative alla misura e alle modalità del contributo.

Art. 156 (Effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi)
- Il giudice, pronunciando la separazione, stabilisce a vantaggio del coniuge cui non sia addebitabile la separazione il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia adeguati redditi propri.

L'entità di tale somministrazione è determinata in relazione alle circostanze e ai redditi dell'obbligato.

Resta fermo l'obbligo di prestare gli alimenti in cui gli articoli 433 e seguenti.

Il giudice che pronunzia la separazione può imporre al coniuge di prestare idonea garanzia reale o personale se esiste il pericolo che egli possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi previsti dai precedenti commi e dall'art. 155.

La sentenza costituisce titolo per l'iscrizione dell'epoca giudiziale ai sensi dell'art. 2818.

Il caso di inadempienza, su richiesta dell'avente diritto, il giudice può disporre il sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato e ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di danaro all'obbligato, che una parte di esse venga versata direttamente agli aventi diritto.

Qualora sopravvengano giustificati motivi il giudice, su istanza di parte, può disporre la revoca o la modifica del provvedimento di cui ai commi precedenti.

L'altra modalità prevede che i coniugi redigano le clausole della separazione sottoponendole poi all'omologa (o visto di legittimità) del Tribunale.

Art. 158 (Separazione consensuale) - La separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza l'omologazione del giudice.

Quando l'accordo dei coniugi relativamente all'affidamento e al mantenimento dei figli è in contrasto con l'interesse di questi il giudice riconvoca i coniugi indicando ad essi le modificazioni da adottare nell'interesse dei figli e, in caso di inadeguata soluzione, può rifiutare allo stato l'omologazione.

In entrambi i casi (di separazione giudiziale o, più auspicabilmente, consensuale) il Tribunale o i coniugi sono chiamati a ridefinire i rapporti familiari tenuto conto dell'interruzione (da una, o da entrambe le parti) del progetto matrimoniale con particolare riguardo all'affido della prole e all'esercizio della potestà genitoriale, all'assegnazione della casa coniugale e al contributo di ciascun genitore nel mantenimento dei figli, nonché all'eventuale mantenimento dell'un coniuge nei confronti dell'altro.

Gli atti, tuttavia, in cui le relative prescrizioni andranno contenute (la sentenza del Tribunale ovvero il verbale di separazione consensuale redatto dai coniugi ed omologato dal Tribunale) rischiano talora di astrarsi eccessivamente dal vissuto dei soggetti interessati e di non dare buona prova di adattabilità al caso concreto, se non idoneamente supportati da condizioni oggettive e soggettive che costituiscano garanzia di effettivo adempimento.

Lo stesso processo di separazione nelle due forme tradizionali (giudiziale e consensuale) soddisfa sempre meno chi vi fa ricorso per i costi psicologici, oltre che economici, che la stessa comporta e per la mai raggiunta soddisfacente soluzione delle problematiche in essere.

Chi opera nell'ambito del conflitto familiare, ha avuto modo di interrogarsi sulle ragioni di tale inadeguatezza, ragioni che saranno di seguito sintetizzate.

Oggi i due processi tradizionali individuati ed apprestati dalla norma e dalla pratica giudiziaria per dirimere e superare la conflittualità dei separandi (separazione giudiziale e consensuale) si rivelano ad occhi attenti sempre

più inadeguati e inidonei a rispondere alle attuali esigenze di trasformazione del nucleo familiare (in cui anche la famiglia separata ambisce a pieno titolo al rango di gruppo sociale).

Entrambi i processi infatti, per diverse ragioni, non rispondono positivamente all'esigenza, da un lato, di offrire ai contendenti risposte sollecite, certe, stabili, efficaci, definitive e, possibilmente, rasserenanti (cosa infatti di più insano che uscire da una situazione di malessere protraendo a tempo indeterminato tale condizione!?) e dall'altro di restituire alla società cittadini in grado di gestire con consapevolezza e responsabilità rapporti fondamentali per la vita di relazione di ognuno - e della collettività - quali i rapporti familiari.

Analizzando entrambi i procedimenti - giudiziale e consensuale - si rileva infatti quanto segue.

La lite giudiziaria, da un lato, non solo è estremamente costosa in termini psicologici ed economici e quindi si rivela defatigante, se non addirittura insostenibile, per chi non sia attrezzato ad affrontarla sotto entrambi gli aspetti e funzionale solo a chi intenda assumere atteggiamenti dilatori e scarsamente costruttivi; dall'altro, scaturisce in un provvedimento del tutto anomalo in quanto: inidoneo a cristallizzare la fattispecie sotto forma di giudicato; spesso di fatto già superato dalla realtà e perciò inefficace, incoercibile e comunque non foriero di certezza e stabilità; e, per di più, l'iter giudiziario sortisce l'ulteriore effetto di esasperare ed inasprire le tensioni e non restituisce quel benessere cui ciascuno anela quando tenta di dare una svolta alla sua vita.

Ma, per contro, anche la separazione consensuale, che costituisce la soluzione statisticamente più frequente e consente di evitare molti degli effetti deleteri del contenzioso (con particolare riferimento all'incertezza e alle tensioni che accompagnano la lite), rivela ad un'attenta analisi i suoi limiti in quanto conduce i coniugi ad un'intesa il più delle volte troppo superficiale e sbrigativa che lascia insoluti i nodi di fondo (le incomprensioni, i rancori, la mancanza di fiducia reciproca e via dicendo) e denuncia spessissimo anch'essa l'incapacità a costruire il trampolino di lancio per una vita migliore e per la ridefinizione dei rapporti familiari.

Anche nelle separazioni consensuali frequentissimi sono ad esempio i casi di consenso estorto con impegni che poi non verranno rispettati o di situazioni precostituite al fine di rendere incoercibili - anche sotto il profilo economico - gli accordi stessi e comunque di deresponsabilizzazione totale di uno o di entrambi i partners rispetto agli obblighi - economici o personali - assunti con l'accordo di separazione. Si tratta delle cosiddette "false consensuali" che vedono spesso il proliferare di situazioni contenziose successive sfocianti poi in richieste di modifica delle condizioni proposte all'autorità giudiziaria - con i limiti a ciò connessi - oppure la persistente e reiterata inadempienza degli impegni assuntisi accompagnata dall'incapacità di gestire i rapporti personali sopravvissuti alla separazione.

Il tutto avvallato da strutture ormai inadeguate e da chi si approfitta per trarre a proprio vantaggio la situazione che il più delle volte si ritorce poi indistintamente su tutti i protagonisti (vincitori e vinti) della lite giudiziaria: il

contenzioso familiare presenta infatti caratteristiche del tutto particolari che richiederebbe risposte maggiormente adeguate anche in termini di operatori a ciò preposti.

L'operatore giudiziario (giudice o avvocato) si trova investito di un compito non esclusivamente e squisitamente tecnico in cui l'analisi della domanda, ossia di ciò che ci si prefigga con la separazione e di cosa ci si aspetti dal provvedimento giudiziario, è estremamente complessa e richiede la massima ponderatezza e riflessione che consentano di decodificare il senso e la portata del mandato conferito o della domanda proposta.

Obiettivo primario dell'avvocato matrimonialista dovrebbe essere quindi innanzitutto la corretta individuazione dell'interesse del cliente, non valutato in termini esclusivamente utilitaristici, e quindi economico - patrimoniali, portando l'interessato a riflettere sulle connessioni e sugli effetti dell'uso degli strumenti tecnici in un campo impregnato di affettività quale quello familiare e compito del giudice dovrebbe essere, a monte dell'adozione di un provvedimento per definizione inidoneo a cristallizzare una situazione in continua evoluzione quale quella familiare (il che rende il provvedimento spesso inesequibile e comunque non suscettibile di passare in giudicato) quello di contribuire a una maggior responsabilizzazione degli interessati mediante il costante e autorevole richiamo alla peculiare natura dei loro interessi e alla non delegabilità a terzi della soluzione degli stessi se non in termini assolutamente marginali.

Simile impostazione inerisce alla formazione di una corretta cultura della separazione in cui tale scelta non

venga operata, contrariamente a ciò che oggi spesso avviene, come facile mezzo per eludere vincoli e responsabilità divenuti troppo gravosi, e quindi insostenibili, ma piuttosto, più consapevolmente, come strumento per ridefinire con modalità diverse rapporti interpersonali divenuti ingestibili e venga vissuta pertanto, non solo come fallimento di un progetto di vita comune, ma come preludio di una nuova fase di vita che potrà e dovrà essere migliore, a seconda di come la si saprà gestire ed affrontare.

A tale visione, in cui la separazione viene considerata, più che fallimento, trasformazione e quindi fenomeno maggiormente inerente alla fisiologia che alla patologia della vita familiare, non si adatta, per le ragioni sopra richiamate, un sistema giudiziario predisposto per una società originariamente concepita come immutabile (vedi Parte prima) e come tale improntata a una "penetrante e feconda ingerenza dello Stato sui singoli in funzione dell'interesse statale" (posizione del cosiddetto "laicismo autoritario" elaborato dal Cicu ("Il diritto di Famiglia nello Stato fascista" in Jus 1940 dove si legge tra l'altro: "la natura superiore del fine familiare giustifica la più frequente e penetrante ingerenza dello Stato, poiché la tutela di interessi superiori non può essere attuata che da un potere superiore").

E tali interessi superiori al mantenimento dei vecchi equilibri, che portavano, da un lato, a negare il divorzio e dall'altro a considerare come assolutamente residuale l'ipotesi della separazione, non richiedevano pertanto, nell'ormai superato contesto sociale, particolare attenzione

da parte dell'operatore giudiziario alla trasformazione per tanto tempo negata della famiglia quale cellula fondamentale della società, né alle modalità in cui è più opportuno, nell'interesse individuale e collettivo, che tale trasformazione avvenga.

Ora, il processo di mutamento sociale è in atto ed inarrestabile mentre l'apparato e gli operatori giudiziari sono rimasti per lo più immutati; non è quindi più giustificabile e pertanto non tollera più, né giustificazione alcuna, né dilazioni rispetto ad adeguati interventi, l'assoluta carenza di un ordinamento predisposto per un sistema del tutto differente che non risponde più al modificato assetto sociale.

Interventi più rispettosi delle mutate esigenze sociali, e quindi maggiormente in grado di affrontare e contenere le enunciate carenze, vengono posti in essere oggi, a volte proficuamente, ma in maniera del tutto isolata, per iniziativa, il più delle volte peraltro frustata da altrettante controtendenze, del singolo operatore giudiziario, e ciò potrebbe più sistematicamente verificarsi attraverso un processo di "umanizzazione" del procedimento di separazione mediante ad esempio: l'idonea formazione degli operatori del diritto a ciò preposti che andrebbero preparati in base a criteri non strettamente tecnico-giuridici, ma secondo una interdisciplinarietà che lasciasse più spazio al mondo della psiche e degli affetti; l'istituzione di albi speciali di avvocati matrimonialisti più idonei alla complessa valutazione dell'interesse del cliente in ambito familiare; nonché, presso tutti i Tribunali, di sezioni specializzate per il diritto di famiglia cui venissero, da un

lato assegnati operatori formati con i suesposti criteri e dall'altro forniti strumenti di coercizione e di controllo più efficienti ed efficaci di quelli attualmente in possesso degli operatori.

Si tratterebbe comunque pur sempre di strumenti da considerarsi residuali rispetto alle risorse individuali ed erroneo sarebbe avvallare aspettative del singolo rispetto ai positivi effetti di una delega all'operatore - pur in un contesto adattato alle nuove esigenze - di questioni personalissime (e rispetto alle quali non è quindi quasi mai possibile una sostituzione) quali quelle familiari.

Tra gli strumenti ausiliari dell'attività degli operatori giudiziari e modalità alternativa di risoluzione del conflitto coniugale già sperimentato da anni in stati quali il Canada, gli Stati Uniti, la Francia e che ora si affaccia anche in Italia, particolare attenzione e considerazione merita il processo di mediazione.

Tale strumento, lungi dal costituire la panacea di tutti i mali connessi alle problematiche della separazione, consente di rimuovere l'equivoco di fondo insito nel conferimento da parte degli interessati agli operatori del diritto di una delega per la soluzione di problemi personalissimi e quindi in buona parte insuscettibili di sostituzione e coercizione.

In proposito, preziosa appare l'intuizione di fondo da cui scaturisce l'esperienza della mediazione consistente nella restituzione agli interessati della delega in ordine alla soluzione di problemi che solo gli stessi, con le risorse a loro disposizione, potranno positivamente affrontare e risolvere.

E ciò, pur senza porsi in una posizione educativa o terapeutica (secondo la pretesa di alcune correnti di mediazione) ma facendo sì, attraverso il processo di cui è garante e responsabile il mediatore, che i partners possano acquisire realistica consapevolezza della consistenza delle risorse a loro disposizione e con le stesse accettino di confrontarsi e di affrontare l'avvenire.

Tale atteggiamento e tale presa di coscienza saranno tanto più indispensabili e auspicabili qualora alla fine del rapporto coniugale sussista la presenza di figli e la ridefinizione delle relazioni sia perciò imprescindibile per un sereno futuro.

La limitatezza del diritto in ordine ai rapporti personali così ben illustrata dallo Jemolo (con evidente riferimento alla famiglia unita nel vincolo matrimoniale) mediante il richiamo all'immagine dell' "Isola che il diritto può solo lambire", si potrà infatti a maggior ragione constatare in costanza di separazione e di divorzio.

Mediante il richiamo alla responsabilizzazione di ciascuno e alla consapevolezza delle risorse a disposizione operata nel procedimento di mediazione, si sottolinea infatti che separazione e divorzio non vanno vissuti come mezzo di elusione degli impegni, personali o patrimoniali, a suo tempo assuntisi, ma come nuovo modello di vita familiare da affrontare con immutato impegno e serietà, pur in rapporto alle mutate dinamiche dei rapporti interpersonali.

Tale impostazione consente di parlare di una "Famiglia separata" i cui membri non vengano vissuti in qualità di antagonisti, bensì di co-protagonisti del processo di trasformazione.

A tale cultura, che dovrebbe auspicabilmente inerire alla sensibilità di ciascuno, si può approdare anche, ma non esclusivamente, attraverso il processo di mediazione.

Importante è riappropriarsi in ogni caso del proprio vissuto rispetto al quale ogni strumento va interpretato in termini di sussidiarietà.

Secondo taluni si può parlare tuttavia di un "nuovo" che avanza anche nell'ambito del diritto.

"Il diritto mite" è il titolo di un libro di Zagrebelsky, (edito da Einaudi nel 1992) che, esponendo il suo pensiero sul "Diritto equo" elabora il concetto di mediazione anche in ambito giuridico. L'autore parte dalla necessità di "un particolare atteggiamento spirituale da parte di chi opera giuridicamente"; denomina "ragionevolezza" alludendo alla necessità di uno spirito di "adattamento" in modo da "evitare conflitti attraverso soluzioni che soddisfino tutti nella maggior misura consentita dalle circostanze"; asserisce che "la ragionevolezza, da requisito soggettivo del giurista, è diventato requisito obiettivo del diritto".

E ancora: "Di fatto ormai si è andato sviluppando un concetto di "norma" che non trasmette soltanto obblighi o divieti, ma promuove responsabilizzazioni, persuasioni e consensi" (Avv. Rosetta Mazzone, cit.).

E in effetti un diverso e più articolato intervento del giudice nei confronti del cittadino trova conferma nel diritto di famiglia in molteplici modi che mantengono la loro valenza anche nelle ipotesi di separazione e di divorzio.

Tra i tanti:

- 1) l'art. 145 c.c. (vedi retro pag. 92) allorché prevede un agito "consultivo" da parte del giudice circa l'attuazione di scelte fatte dai coniugi nell'interesse della famiglia;
- 2) l'art. 147 c.c. (vedi retro pag. 95) quando valuta l'idoneità dei genitori a prestare educazione "tenendo conto" delle capacità e delle aspettative dei figli;
- 3) più incisivamente, allorché si demanda al giudicante il potere di "tener conto" dell'accordo sui figli a favore di genitori divorziati con il nuovo istituto dell' "affido congiunto" (nella legge 74/87).

In tutti questi casi, il giudice può "persuadere" le parti, in caso di conflittualità esasperata, a reperire le proprie capacità genitoriali dirottandoli (senza fare uso dell'autorità) verso centri specializzati (per la mediazione familiare), onde sottoporsi a colloqui secondo le tecniche di quegli operatori.

In questo ambito, il giudice riconoscerà valenza positiva alle eventuali adesioni delle parti, che prescinde dalle ragioni esposte o provate dagli atti giudiziari ed aiutarli a distinguere il loro ruolo permanente di genitori malgrado la separazione.

Chiunque abbia conosciuto il percorso aspro di sofferenza dei figli di genitori separati sa che una coppia legittima o naturale, in forte conflittualità, demanda la soluzione al Tribunale, ma sa anche quanto sia difficile far conoscere prima e far valorizzare poi le capacità residue di ciascun genitore e in tale direzione, nell'ambito dello sforzo di valorizzare e stimolare le risorse di ognuno, va interpretato

il nuovo indirizzo del legislatore che ha consentito di elaborare il nuovo concetto di “diritto mite” per una più approfondita analisi del quale si rimanda all’autore e al testo citato.

Un particolare cenno merita il nuovo istituto dell'affido congiunto, elaborato alcuni anni orsono in campo psicologico e successivamente recepito dal diritto, nell’ambito dell’esigenza di distinguere, e di aiutare i partners a distinguere, tra la fine del rapporto coniugale o di coppia, e la permanenza e ridefinizione del rapporto di filiazione.

E’ infatti assunto condiviso in ogni sede che la bigenitorialità sia obiettivamente un bisogno del minore e debba auspicabilmente sopravvivere alla fine del rapporto coniugale; e, per gli stessi partners, la consapevolezza che al fallimento coniugale non consegue necessariamente la limitazione (per l’uno o per l’altra) del rapporto genitoriale e la scelta di un ambito privilegiato (quello del genitore affidatario) in cui la genitorialità possa esprimersi con la conseguente compressione della genitorialità altrui, può costituire valido supporto nell’aiutare a recuperare e potenziare le risorse residue alla crisi coniugale.

Ciò non potrà tuttavia avvenire in virtù di un provvedimento giudiziario, bensì di un processo di consapevolezza nel quale i *partners*, ora esclusivamente genitori, potranno e dovranno essere adeguatamente supportati con appositi interventi e sostegni qualora non ne posseggano già autonomamente le capacità.

Si potrebbe disquisire a lungo in proposito trattandosi di temi (quello del conflitto familiare e delle diverse modalità di soluzione dello stesso, dell'attuale inadeguatezza delle strutture a ciò preposte, dell'affidamento dei figli e via dicendo nonchè del reperimento delle risorse personali cui ciascuno dovrebbe far ricorso pur nel momento della crisi), di grande pregnanza e attualità.

Tali temi sono qui solamente abbozzati, per gli esposti limiti strutturali del lavoro, augurandoci tuttavia di aver fornito sufficienti spunti di riflessione e confronto secondo l'obiettivo che ci eravamo proposto.

PARTE QUARTA

**UNICITA' O PLURALITA' DEI MODELLI
FAMILIARI**

Oggi siamo tutti consapevoli come i rapporti di coppia e di filiazione si svolgano secondo molteplici modalità più o meno istituzionalizzate ed accettate dal contesto sociale. Accanto alla famiglia legittima, basata sul matrimonio (civile o religioso), vi è l'unione di fatto di chi per libera scelta o perché già legato da precedenti unioni, non sancisce con il matrimonio la propria unione; vi è il fenomeno dei figli nati dalle unioni di fatto mai sfociate in stabili relazioni di convivenza; il fenomeno dei figli adulterini riconosciuti da uno o entrambi i genitori uniti da precedenti vincoli matrimoniali ancora in essere; dei figli nati da genitori giovanissimi, a volte addirittura infra-sedicenni e quindi al di sotto del limite minimo d'età richiesto dalla legge per il riconoscimento e ancora viventi nella famiglia d'origine; il fenomeno delle famiglie cosiddette "ricostituite" o "allargate" i cui partners, uniti o meno in matrimonio, hanno figli propri accanto ad altri provenienti da precedenti unioni. Accanto a tale sempre più ricorrente fenomenologia si delinea oggi la tendenza (in alcuni ordinamenti divenuta già realtà) a veder riconosciuti anche al *single*, per taluni determinati effetti quali ad esempio l'inserimento in graduatorie per l'assegnazione di alloggi o la richiesta di adozione, la caratteristica di nucleo familiare e vi sono inoltre i fenomeni della filiazione artificiale derivante dalle nuove tecniche di fecondazione assistita e della coppia omosessuale che con sempre maggior vigore chiede, e talora ha già ottenuto (come ad esempio in Danimarca), secondo peraltro l'indicazione in tal senso contenuta nella risoluzione dell'ONU dell'8.2.1994, il diritto a costituirsi in unioni civili riconosciute dall'ordinamento ad ogni effetto di legge.

La complessità e varietà di tali situazioni non è sfuggita alla sociologia che ha già constatato la fine della famiglia tradizionale coniando per i nuovi nuclei nuove definizioni (da famiglia minima, a famigliastra, etc.) e analizzando le complesse motivazioni (sociali, economiche, culturali, religiose, etc.) della trasformazione in atto.

Secondo gli ultimi dati Istat pubblicati il 12 febbraio 1997 e riportati sul "Corriere della Sera" del giorno successivo, anche in Italia i nuovi nuclei, raccolti in una serie variegata di combinazioni, sono in rapida e progressiva ascesa interessando ormai ben quattromilioni e 150 mila italiani.

Mentre in rapida discesa invece, secondo la ricerca dell'istituto di statistica, anche in Italia è la classica coppia con figli, che ormai costituisce soltanto il 48% del totale (mentre nel 1988 era ancora attestata al 52%).

In costante aumento, secondo la ricerca, i *single*, le famiglie monogenitoriali, le coppie senza figli e le convivenze: per molteplici cause, assistiamo dunque oggi a una realtà variegata e in continua trasformazione.

Anche il mondo giuridico, delegato a regolamentare i fenomeni sociali ritenuti meritevoli di tutela, ha preso da tempo coscienza della trasformazione e attualmente è in atto un dibattito circa l'opportunità o meno di riconoscere dignità giuridica, e quindi effetti di legge, a nuove forme di modelli familiari.

Ricordiamo tra tutti l'appassionato intervento di Elena Guarini, avvocata a Bologna, la quale, in suo scritto apparso recentemente sulla rivista Giuridica "Il diritto delle donne" ("Di fatto nessun diritto", n. 20, aprile 1996) lamenta i limiti dell'attuale legislazione in proposito al mancato organico

riconoscimento di effetti, per quanto riguarda i rapporti tra partners, ad unioni non costituite in famiglia legittima, circostanza aggravata dal fatto che le proposte di legge presentate in proposito non sono mai state prese in considerazione e che la giurisprudenza, chiamata più volte a pronunciarsi circa la possibilità dell'applicazione analogica ai conviventi di norme previste per il rapporto coniugale, sia tuttora unanime, salvo casi isolati (riguardanti l'estensione al convivente del diritto di successione nel contratto di locazione e la risarcibilità del danno per fatto illecito di un terzo anche a favore del convivente), nell'escludere a forme di convivenza diverse dal matrimonio alcun rilievo giuridico per quanto attiene ai rapporti tra i partners.

Elena Guarini rileva l'opportunità che l'ordinamento accetti, come faticosamente sta dimostrando di fare la giurisprudenza in virtù delle isolate pronunce sopra richiamate, il concetto che la famiglia di fatto è un potenziale luogo di arricchimento della personalità volto quindi a scopi socialmente utili e meritevoli di protezione e faccia propria, con le conseguenze di legge, la constatazione che "alla prevalenza del vincolo formale del matrimonio come fondamento esclusivo della famiglia si è sostituito l'elemento della stabilità dei sentimenti e degli interessi che legano i membri della famiglia stessa" (ibid.).

"Nell'esperienza recente - osserva Elena Guarini - lo stretto rapporto fra famiglia e matrimonio è andato via via allentandosi e frammentandosi in molteplici realtà.

Accanto alla famiglia legittima si collocano quelle formate da genitori e figli naturali, genitori e figli adottivi, o nati da

fecondazione artificiale, quelle fra genitori divorziati e figli, coppie conviventi, coppie omosessuali e così via.

Queste situazioni - continua Elena Guarini - sono specifiche e il diritto non deve assimilarle in toto alla famiglia legittima, fondata sul matrimonio. Deve, con equilibrio e misura, e nel rispetto delle scelte dei singoli, offrire situazioni diversificate giuridicamente, riconoscendo che non esiste un modello codificato di famiglia, ma tante e diverse realtà di famiglie che sono formazioni sociali private, nelle quali ognuno può sviluppare la propria personalità, anche in alternativa ai modelli istituzionali" (ibid.).

In verità il problema è serio, perché, se da un lato la scelta della convivenza è scelta libera dei soggetti, e, pertanto, ci possono essere resistenze, anche ideologiche, a voler normare questa scelta, è altrettanto vero che quando il rapporto di convivenza viene interrotto, soprattutto non consensualmente, sorgono problemi enormi per la parte economicamente più debole che l'ordinamento dovrebbe essere chiamato a garantire, qualora riconosca la relativa posizione meritevole di tutela.

D'altra parte, la libertà di dar vita alla convivenza, e così pure di scioglierla senza il rispetto di alcuna forma, non consente una verifica ed un controllo esterno delle regole di comportamento seguite nei reciproci rapporti personali, essendo il buon andamento del *ménage* affidato alla spontanea dinamica degli affetti e al senso di responsabilità personale.

Il fenomeno, tuttavia, delle sempre più variegate situazioni relazionali distinte dalla famiglia legittima e tuttora non

regolamentate da alcuna organica normativa, ha assunto tale rilievo negli ultimi anni dall'aver suscitato, pur sporadici e frammentari, interventi in proposito da parte del legislatore e promosso più d'una proposta di legge per il riconoscimento di effetti giuridici alla famiglia di fatto quale entità assurta a istituto normativo.

Tra le leggi che, sia pure parzialmente e con riferimento a questioni specifiche, disciplinano le ipotesi di convivenza "*more uxorio*" ricordiamo innanzitutto l'art. 2 D.P.R. 31 gennaio 1958 n. 136 che precisa come per famiglia anagrafica vada inteso non solo il gruppo nascente dal matrimonio e legato da rapporti di parentela e affinità, affiliazione, adozione, tutela, ma ogni altra comunità fondata su vincoli affettivi e caratterizzata dal rapporto di convivenza e dalla messa in comune di tutto o parte del reddito prodotto dagli individui al fine di soddisfare i bisogni comuni.

Con tale norma si ritiene abbia già fatto ingresso nell'ordinamento la convivenza e ne sia stato sancito il carattere "familiare". Si tratta però di una disposizione limitata al settore anagrafico, cui non sembra potersi attribuire significato di generale riconoscimento della famiglia di fatto.

Al fenomeno della filiazione naturale fanno richiamo gli artt. 1, 2 e 12 legge 18 luglio 1967 n. 1143, che dispongono la preventiva autorizzazione del giudice tutelare prima del rilascio del passaporto ai genitori naturali (sia conviventi, sia non conviventi): autorizzazione da rilasciare dopo accurato controllo del soddisfacimento da parte loro degli obblighi inerenti alla qualità di genitori.

Altro settore in cui sono rilevabili numerose norme che attribuiscono rilevanza alla famiglia di fatto è quello fiscale. Basti far cenno all'art. 138 del T.U. n. 642 del 1958 che (in materia di imposta complementare sul reddito) dispone la detrazione anche per i figli naturali riconosciuti, adottivi, affiliati, nonché per i figli naturali non riconosciuti, i figliastri e i trovatelli, purché conviventi; all'art. 4 D.P.R. 29 settembre 1973 n. 597 (istitutivo della nuova imposta sul reddito delle persone fisiche), che prevede doversi imputare sul reddito del soggetto passivo anche i proventi dei figli naturali conviventi; e agli artt. 10 e 15 stesso D.P.R. 597, i quali consentono detrazioni dal reddito anche con riferimento ai figli naturali.

Si tratta di norme intese a riconoscere il valore familiare del rapporto tra genitori e figli naturali ma in cui però non emerge molto chiaramente il concetto di famiglia di fatto riguardo ai conviventi.

Infine, è da tener presente che ai sensi dell'art. 4 D.P.R. 30 maggio 1989 n. 233 (“Approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente”) “agli effetti anagrafici, per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune”.

Mentre ai sensi del successivo art. 5 “agli effetti anagrafici per convivenza si intende un insieme di persone normalmente coabitanti per motivi religiosi, di cura, di assistenza, militari e simili aventi dimora abituale nello stesso comune.

Le persone addette alla convivenza per ragioni di impiego o di lavoro, se vi convivono abitualmente sono considerate membri della convivenza, purché non costituiscano famiglia a sé stante”.

Brevemente esposta la, sia pur frammentaria, normativa vigente in materia, tra i disegni di legge presentati, per la chiarezza e l’organicità delle problematiche esposte, riteniamo di ricordare il n. 861 presentato il 17 febbraio 1988 al Senato su iniziativa degli onorevoli Manieri, Acone, Guizzi, Dell’Osso, Bono Parrino e Boato nel cui comunicato così si esprimeva la ratio del progetto.

Comunicato della Presidenza il 17 febbraio 1988

Disciplina della famiglia di fatto

Onorevoli Senatori - Negli ultimi anni, soprattutto a seguito della riforma del diritto di famiglia, in vigore dal 29 settembre 1975, si è delineato un nuovo modello di famiglia, non più fondato esclusivamente sul vincolo formale del matrimonio, ma piuttosto sul consenso e la solidarietà, liberamente posti in essere con l’intento di attuare una piena comunione di vita materiale e spirituale.

Questo orientamento ha nella realtà affievolito la distinzione tra famiglia, quale istituzione fondata sul matrimonio, e funzione familiare, che non viene più attribuita soltanto alla famiglia legittima, ma viene ormai assolta anche dalla famiglia di fatto.

Il mutamento del costume sociale, le riforme legislative e la crescente diffusione delle convivenze *more uxorio*, hanno contribuito a determinare un radicale mutamento nella considerazione di tale fenomeno, che si impone oggi alla nostra attenzione.

E' noto che fino alla metà degli anni sessanta la famiglia di fatto veniva unanimemente considerata come un fenomeno profondamente immorale, una "situazione di peccato" che andava condannata.

Ancora oggi la dottrina e la giurisprudenza sono divise sulla tesi della rilevanza giuridica della famiglia di fatto e della sua equiparazione alla famiglia legittima.

Da una parte si richiama il "*favor matrimoni*" di cui l'articolo 29 della Costituzione è espressione, e si pone una correlazione necessaria e assoluta tra famiglia e matrimonio.

Dall'altra si sostiene che l'articolo 29 della Costituzione non comporta la "irrilevanza" della famiglia di fatto, e che il riconoscimento della famiglia come "società naturale" non è altro che la riaffermazione della comunità familiare quale "formazione sociale" capace di sviluppare e promuovere la dignità e la personalità stessa dell'uomo.

In tal senso l'articolo 2 della Costituzione, garantendo i diritti dell'individuo *utis singulus* e nelle formazioni sociali in cui opera, costituisce la fonte più sicura della rilevanza, anche a livello costituzionale, della convivenza *more uxorio*.

Oggi le famiglie di fatto in Italia sono, secondo dati ISTAT, circa 200.000 e tale fenomeno si sta estendendo, soprattutto al Nord e nei grandi centri.

Diverse sono le scelte che stanno all'origine di una famiglia di fatto.

Molti sono i giovani che scelgono la convivenza anziché sposarsi e non intendono strutturare la loro unione sul modello del matrimonio; la loro scelta è quella di essere "fuori" dalle regole del matrimonio.

Si tratta quasi sempre di rapporti fondati su una reciproca libertà e parità economica, quanto meno fino alla nascita dei figli.

Altrettanto numerosi sono i nuclei familiari che si formano con l'intento di una reciproca assistenza e solidarietà, "per farsi compagnia", ed è soprattutto il caso degli anziani.

Vi è poi un continuo aumento di convivenze *more uxorio* sorte a seguito di separazioni e divorzi.

In questi casi si è in particolar modo verificata la necessità di una tutela del convivente economicamente più debole.

La legge 6 marzo 1987, n. 74, ha offerto a molte di queste situazioni la possibilità di costruire una nuova famiglia legittima e prova ne è il notevole aumento delle cause di divorzio registrato ad un anno dall'entrata in vigore di questa legge.

La convivenza, sia o meno una libera scelta, è comunque ancora oggi priva di una qualsiasi normativa che regolamenti i rapporti personali e patrimoniali tra i conviventi.

La famiglia di fatto acquista secondo la vigente legislazione rilevanza giuridica solo in presenza di figli.

In questo caso, finché dura la convivenza dei genitori, il rapporto tra genitori e figli è regolato come nella famiglia legittima.

Ma nel momento della cessazione della convivenza, in caso di disaccordo dei conviventi circa l'affidamento dei figli minori, ecco delinearsi procedure e orientamenti giurisprudenziali diversi da quelli applicati per i figli legittimi.

Quanto ai rapporti personali e patrimoniali tra conviventi, e tra un convivente e terzi, non esiste alcuna tutela giuridica per il convivente economicamente più debole (generalmente la donna che svolge solo attività casalinga, soprattutto in presenza di figli).

La giurisprudenza, come abbiamo detto, si è espressa sulla famiglia di fatto con differenti posizioni e motivazioni.

Da un lato si sono aperti spazi significativi di rilevanza giuridica del fenomeno in questione: così si è ritenuto che le somministrazioni di denaro effettuate dal convivente *more uxorio* a favore dell'altro in precarie condizioni economiche integrino ipotesi di adempimento di obbligazione naturale e si è riconosciuto a carico dei conviventi un

dovere (anche se non giuridico) di contenuto identico a quello previsto dall'articolo 143 del codice civile (Cassazione 8 febbraio 1977, n. 566).

La rilevanza giuridica attribuita alla convivenza *more uxorio* in altre sentenze della Corte di Cassazione ha invece prodotto conseguenze svantaggiose privando i conviventi, proprio in ragione del *ménage* comune, di ogni diritto o beneficio.

Così in materia tributaria si è affermata la responsabilità solidale di chi convive *more uxorio* con il debitore di imposta iscritto a ruolo per il pagamento dei relativi tributi (Cassazione, Sezioni unite, 10 luglio 1957, n. 2744).

Si è poi attribuito carattere di "gratuità" al lavoro domestico prestato all'interno della famiglia di fatto, sul presupposto che questo viene espletato sulla base di relazioni personali affettive.

In materia di locazioni si è, da un lato, costantemente negato che il o la convivente *more uxorio* del conduttore defunto abbia diritto alla successione del contratto, dall'altro si è sostenuto che il locatore, il quale abiti nell'alloggio della persona con lui convivente *more uxorio*, non può addurre, a fondamento di una richiesta di cessazione di proroga legale, l'urgente e improrogabile necessità di destinare l'immobile locato a propria abitazione (Tribunale di Genova, 12 marzo 1979, in "Giurisprudenza di merito" 1979, I, pag. 1150).

Questi differenti orientamenti evidenziano la rilevanza che il fenomeno della famiglia di fatto ha assunto nella nostra società, e la richiesta sempre più pressante, da parte del convivente economicamente più debole, di una tutela dei propri interessi e diritti.

La convivenza non è sempre una libera scelta di comunione di vita fondata su principi di parità anche economica.

Pertanto, se da un lato va evitata una rigida regolamentazione della famiglia di fatto, così come è per la famiglia legittima, dall'altro, si rende necessario il riconoscimento giuridico di tale formazione, con la

previsione di forme di tutela per il convivente più debole, di altre garanzie soprattutto nel campo penale e, comunque, di eliminazione di ogni discriminazione.

Così illustrata, la proposta era intesa, come altre analoghe, ad accordare disciplina unitaria alla famiglia di fatto, dall'iscrizione anagrafica, ai rapporti economici e patrimoniali, all'affidamento dei figli, ai procedimenti previsti per la soluzione di conflitti tra conviventi.

Il richiamato ed altri analoghi progetti di legge, non meno significativi, non sono tuttavia ancora approdati all'esame delle Camere e, nel frattempo, i rapporti interpersonali si intrecciano nelle forme più svariate al punto da rendere legittimo l'interrogativo su quali possano considerarsi gli elementi costitutivi qualificanti un gruppo familiare (in rapporto ad esempio al numero dei componenti, alla presenza o meno di figli e alla etero od omosessualità dei soggetti).

Onde evitare il cristallizzarsi di lacune normative con inique conseguenze per la parte più debole e al fine di individuare la possibilità di intervento rispetto a situazioni socialmente sempre più significative, il dibattito è aperto.

Occasione di recente confronto in proposito è stato il Convegno tenutosi nell'ottobre scorso a Verona sulle "Grandi questioni aperte nel diritto di famiglia a vent'anni dalla Riforma" (di cui saranno prossimamente disponibili gli Atti pubblicati dalla CEDAM) nel quale ancora una volta alcuni dei maggiori giuristi contemporanei si sono espressi circa l'opportunità di modificazione ed integrazione della nostra normativa familiare questa volta in rapporto con i

nuovi modelli di relazione interpersonale emersi nel contesto sociale.

A fronte della presenza delle nuove forme di aggregazione familiare, sull'innegabile presupposto che, successivamente alla Costituzione Repubblicana (v. Parte prima), già esista nel nostro ordinamento - per quanto attiene al rapporto di filiazione - una famiglia naturale accanto alla famiglia legittima, al tradizionale dibattito sul rapporto e la compatibilità tra tali due forme familiari, il nucleo del dibattito si è riportato all'esigenza di individuare un criterio di riferimento che consenta al legislatore di intervenire, nell'interesse pubblico, regolamentando nuovi modelli familiari.

Il problema non è da poco dal momento che, se in sociologia si è osservato come l'individuo tenda a prendere il posto della famiglia in un processo di progressiva individualizzazione della società e di ricerca edonistica della felicità in cui l'isola dello Jemolo è ora divenuta un arcipelago costituito dalle varie forme familiari (Busnelli), di fronte a tale arcipelago, secondo i più (Busnelli, Scalisi), il diritto non è delegato alla semplice registrazione dei dati sociologici, ché ciò significherebbe accettare la tesi della sua neutralità.

Si ripropone la posizione del laicismo "autoritario" già esaminata tra le altre nella Prima parte del lavoro.

"Mentre il sociologo si limita a registrare i dati della realtà", osserva oggi il Prof. Scalisi, "per il giurista vale l'etica della regola in quanto il diritto non è luogo dell'essere, ma del dover essere e deve perciò posizionarsi individuando dei

criteri di scelta rispetto ai valori che il complesso sociale esprime".

Secondo tale impostazione, solo a patto di individuare una linea di contemperamento tra le esigenze dell'individuo e la famiglia come spazio protetto in cui la persona si relazioni e nello stesso tempo si responsabilizzi e solidarizzi, si può parlare di identità familiare (in questo senso ancora l'intervento di Scalisi).

La famiglia avrebbe dunque ragione di esistere come nucleo riconosciuto dalle istituzioni solo nei limiti di compatibilità delle esigenze individuali con l'esigenza pubblicistica di solidarietà.

Tale aspetto solidaristico, ritenuto fondamentale affinché il nucleo familiare assurga a modello giuridico e che, a parere di taluni (Bile) sarebbe stato sfumato per effetto della riforma del 1975, andrebbe dunque considerato fondamentale per le future scelte del legislatore in materia familiare.

Le scelte del legislatore non annulleranno peraltro le residue realtà nelle quali assumerà rilevanza esclusivamente l'elemento volontaristico e negoziale soggettivo (ove ad esempio i partners intendano disporre l'uno nei confronti dell'altra attribuzioni patrimoniali per atto tra vivi o mortis causa); nè conferiranno loro minor dignità, ma, eventualmente, minor rilevanza sociale in base al "senso comune" che la norma è chiamata a recepire e di cui si è già avuto modo di parlare.

Come si possa comunque accordare a ogni scelta una sua dignità, a prescindere dagli interventi del legislatore, è

COSA NE E' DELLA FAMIGLIA

interrogativo che ci poniamo, da cui scaturisce il nostro lavoro e al quale cercheremo di rispondere insieme.

CONCLUSIONI

Al termine dell'*excursus*, dal quale ci auguriamo sia risultata evidente la radicale trasformazione operatasi, e tuttora in atto, nella società e nel diritto, nell'epoca in cui stiamo vivendo rispetto alla tradizione da cui proveniamo, tirando le fila del discorso, resta da rispondere all'interrogativo che intitola e motiva questo nostro lavoro:

COSA NE È DELLA FAMIGLIA?

Nel corso del lavoro abbiamo visto come:

- 1) La famiglia oggi non risponde più a modelli rigidi e precostituiti in ossequio a un sistema forte e autoritario.
- 2) Le istanze libertarie e ugualitarie, nonché di maggiore dignità della persona nei confronti l'uno dell'altra e del sistema, sono state accolte. Percorso rispetto al quale non si può, né si vuole tornare indietro, ma senz'altro più difficile, instabile e precario. Oggi tutto è, o vorrebbe essere, più vero nella ricerca di una sostanza prevalente sulla forma, ma ciò comporta la periodica revisione di modelli e di scelte, anche in conseguenza delle molteplici sollecitazioni esterne.

"Nel nuovo sistema matrimoniale i *partners* non soltanto possono, ma **devono** anche progettarsi da soli la propria unione".

E' la tesi sostenuta tra l'altro nel testo "Il normale caos dell'amore" (ULRICH BECK, ELISABETH BECK-GERNSHEIM, ed. Bollati Boringhieri) in cui, a pag. 10 vengono richiamate le linee fondamentali del nuovo fenomeno così esposto dai sociologi Berger e Kellner:

"Prima matrimonio e famiglia erano saldamente ancorati in una rete di rapporti che li legava con la comunità più grande (...). Esistevano soltanto poche barriere tra il mondo della singola famiglia e quello della comunità più grande (...). La stessa vita sociale pulsava attraverso casa, strada e comunità locale. Espresso nei nostri concetti: la famiglia e il rapporto coniugale in essa erano inseriti in un ambito di discorso notevolmente più esteso. Nella nostra società attuale, invece, ogni famiglia costituisce un suo proprio mondo parziale segregato, con i suoi propri controlli e il suo proprio discorso chiuso. Questo fatto richiede un impegno molto maggiore da parte dei coniugi. Diversamente dai tempi passati, in cui la fondazione di un nuovo matrimonio significava soltanto un aumento di differenziazione e complessità per un mondo sociale già esistente, oggi i coniugi si trovano di fronte al compito, spesso difficile, di crearsi da sé il loro proprio mondo privato, in cui vivranno ” (ibidem).

- 3) Anche l'ordinamento giuridico ne ha preso atto e la legislazione si è evoluta recependo molto del cambiamento (Parte seconda e terza)

La stessa riforma del diritto di famiglia del '75 che ha sostituito parità e consenso al rapporto gerarchico e all'autorità, non ha riscosso tuttavia esclusivamente unanimi consensi.

A chi vi ha visto una scelta di eguaglianza e di dignità e la prevalenza della sostanza alla forma di situazioni svuotate ormai di contenuto, si contrappone chi vi ha visto la pericolosa scomparsa del principio di solidarietà travolto da un individualismo esasperato in un dilagante e preoccupante processo di individualizzazione della società (significative in proposito le due opposte opinioni a confronto dell'On. Stefano Rodotà e del Prof. Bile nel richiamato Convegno di Verona dell'ottobre 1996).

- 4) A vent'anni dalla Riforma ora si discute se vi siano modelli diversi di famiglia rispetto a quella tradizionale fondata sul matrimonio meritevoli di riconoscimento giuridico.

Sul piano giuridico, si staranno a vedere le scelte che riterrà di operare il legislatore (Parte quarta), secondo ciò che, in maniera più o meno condivisibile, sarà sentito corrispondente all'interesse comune.

Sul piano sociale e del benessere individuale, atteso che "il diritto non dà la felicità" (in questo senso il Prof. Bile al più

volte richiamato Convegno di Verona) e qualunque scelta del legislatore sarà difficilmente esaustiva del fenomeno sociale in atto, la risposta compete a tutti noi.

Quali membri della collettività e quindi protagonisti e autori del tessuto sociale, ne possiamo parlare essendo nel confronto ciascuno ad un tempo maestro ed allievo in una materia che ci riguarda indistintamente tutti, confrontandoci quindi sui dati e sulle notizie emersi dal lavoro arricchendoli ed elaborandoli con il contributo della sensibilità e dell'esperienza personali.

Suggeriremo tuttavia alcune riflessioni.

Punto di partenza del confronto dovrebbe essere il riscontro del dato di fatto del superamento del vecchio modello di famiglia in conseguenza di quello che è stato definito in sociologia un processo di "individualizzazione" che "ha posto gli individui al di fuori dei quadri sociali entro i quali, nella prima modernità, si configuravano le loro scelte di vita" (vedi in questo senso "Il normale caos dell'amore", cit.pag. 145 e seguenti).

Ne è derivata una trasformazione e variegazione di modelli di aggregazione interpersonale unitamente alla maggior difficoltà di gestione delle stesse che è l'altro aspetto della conquistata libertà da schemi precostituiti.

A fronte di tale nuova situazione, indipendentemente dalle scelte già operate o che riterrà in futuro di operare il legislatore, sarà opportuno constatare la delicatezza del momento che siamo chiamati a vivere in cui la libertà di scelta, e di revisione delle scelte a suo tempo operate, non può non accompagnarsi al rispetto dell'altruità e alla

responsabilizzazione nei confronti degli impegni assuntisi.

In quest'ottica quindi, non solo le scelte del modello familiare a noi più confacente, ma anche il momento della crisi e della trasformazione di tale modello, andrà auspicabilmente affrontato e gestito, con libertà sì da schemi precostituiti, ma non scevra da rispetto dell'altro e da senso di responsabilità, il che comporta l'assunzione e il mantenimento di impegni non sempre e non solo necessariamente gratificanti la propria sfera individuale, ma esternantisi eventualmente anche in faticose espressioni di solidarietà.

Ora che i modelli imposti sono crollati, si tratta di un percorso che ciascuno può e deve fare su di sé, con o senza i sostegni che oggi vengono offerti in proposito.

Sul territorio si moltiplicano i gruppi di auto-aiuto, i centri di mediazione per la soluzione dei conflitti familiari, i centri di consulenza familiare con lo scopo di aiutare i partners a valutare le proprie scelte e le proprie risorse e investimenti affettivi nel momento del progetto familiare e della crisi.

In attesa quindi del dibattito e del confronto che ci auguriamo seguirà, riteniamo di poter concludere il nostro lavoro con ciò in cui crediamo e che ci sta a cuore trasmettere:

liberi sì, ma nel rispetto altrui e con senso di responsabilità.

Salvaguardati tali fondamentali principi, avremo assolto, a nostro parere, un doveroso impegno nei confronti sia del nostro che dell'altrui benessere.

Se l'isola di cui parlava Jemolo è ormai divenuta arcipelago, ricordiamo infatti che mai come nella famiglia la norma rivela la sua astrattezza ed inidoneità a incidere positivamente sulla fattispecie indipendentemente dall'apporto individuale di ciascuno di noi.

Mai come in campo familiare si rivela infatti l'esattezza dell'affermazione del Rosmini "**l'uomo non ha il diritto, l'uomo è il diritto**".

Ma a prescindere da ciò, riteniamo non azzardato affermare come sia in nostro potere realizzare quella felicità che il diritto non ci può dare e come possiamo far sì che le relazioni interpersonali, quale ne sia la forma o la sorte dell'istituto, costituiscano luogo di solidarietà e di affetti e non zona franca per le umane meschinità.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Acquaviva, S. ed al.
Ritratto di famiglia negli anni ottanta, Bari, Laterza, 1981

Ariès, P., Duby G. (a cura di)
La vita privata. L'Ottocento, Bari, Laterza, 1988a
La vita privata. Il Novecento, Bari, Laterza, 1988b

Balbo, L.
Stato di famiglia, Milano, Etas, 1976

Barbagli, M. (a cura di)
Famiglia e mutamento sociale, Bologna, Il Mulino, 1977
Sotto lo stesso tetto, Bologna, Il Mulino, 1984
Provando e riprovando. Matrimonio, famiglia e divorzio in Italia e in altri paesi occidentali, Bologna, Il Mulino, 1990

Bech, U. e Beck-Gernsheim, E.
Il normale caos dell'amore, Torino, Bollati Boringhieri, 1996

Bessone, M. e Roppo, E.
Il diritto di famiglia: evoluzione storica, principi costituzionali, prospettive di riforma, Genova, ECIG

Bimbi, F.
La famiglia attraverso lo specchio. Età, generazioni, identità, in *Strutture e strategie della vita quotidiana*, a cura di F. Bimbi e V. Capechi, Milano, F. Angeli, 1986a

Ciccio, M.

Il Manuale giuridico della famiglia, Milano, Geco e Geco, 1994

Corbella, S., Lopez, D.

Libertà e amore, Torino, Bollati Boringhieri, 1986

De Giorgio, Klapisch-Ziber (a cura di)

Storia del matrimonio in Storia delle Donne in Italia, Bari, Laterza, 1996

Donati, P.P.

Sociologia della famiglia, Bologna, Cooperativa libreria universitaria, 1977

Elia, M.

Il matrimonio in crisi, Roma, Editrice Internazionale "Arti e Scienza", 1962

Engels, F.

L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato, Roma, Editori Riuniti, 1993

Francescato, D.,

Figli sereni di amori smarriti. Ragazzi e adulti dopo la separazione. Milano, Mondadori, 1994

Gallo Campana, E.,

Il problema dei figli nella separazione, Torino, Bollati Boringhieri, 1991

Golini, A.

La famiglia in Italia: tendenze recenti, immagine, esigenze di ricerca, in Istat (15-46), 1986

Irigaray, L.

La democrazia comincia a due, Torino, Bollati Boringhieri, 1994

Jampolsky, G.G.,

Amare è lasciare andare la paura, 6^a ed., Sarsina, Macro Edizioni, 1995

Maggioni, G., Pacar, V., Ronfani, P.

La separazione senza giudice, il conflitto coniugale e gli operatori del diritto, Milano, Franco Angeli, 1990

Parlagreco, S.,

Le ragioni della tolleranza. Diritti umani, storie disumane, Torino, Società Editrice Internazionale, 1995

Reale, G.,

Saggezza antica. Terapia per i mali dell'uomo d'oggi, Milano, Raffaello Cortina, 1995

Ronfani, P.

Sociologia del diritto di famiglia, in *Rassegna delle ricerche sulla Famiglia in Italia*, "Bollettino di informazione e documentazione", 1, Centro studi e ricerche sulla famiglia, Milano, Vita e Pensiero, pp. 119-31, 1983

Saraceno, C.,
Sociologia della famiglia, Bologna, Il Mulino, 1988

Vegetti Finzi, S.,
Il romanzo della famiglia (passione e ragioni del vivere insieme), Oscar Mondadori

Zagrebelsky, G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*,
Torino, Einaudi, 1992

Atti del convegno di Verona dell'ottobre 1996 sulle "*Grandi questioni aperte del diritto di famiglia a ventanni dalla Riforma*", CEDAM

INDICE

PREFAZIONE	pag. 1
PREMESSA	pag. 4
AI GIOVANI	pag. 3
STRUTTURA DELL'OPERA E IMPOSTAZIONE DEL LAVORO	pag.18

PARTE PRIMA

L'ORIGINE E GLI ANTECEDENTI DELL'ATTUALE LEGISLAZIONE

1.	LA FAMIGLIA E IL DIRITTO DI FAMIGLIA	pag.26
1.1.	Il ruolo della famiglia nell'organizzazione sociale	pag.26
1.2.	Famiglia e diritto.	
	La famiglia tra "astensionismo" e "interventismo" dello Stato	pag.28
1.2.1.	La famiglia come "isola che il mare del diritto può soltanto lambire". Atteggiamenti giurisnaturalisti del pensiero cattolico.	pag.28
1.2.2.	La famiglia come oggetto della più "penetrante e feconda ingerenza dello Stato" per la "tutela di interessi superiori". Una posizione del laicismo "autoritario".	pag.30
1.2.3.	La famiglia e il ruolo "promozionale" del diritto.	pag.31
2.	LA FAMIGLIA NEL CODICE NAPOLEONICO. LINEE NELLA EVOLUZIONE DEL DIRITTO FRANCESE.	pag.33
2.1.	Legislazione giacobina, Codice Napoleonico.	pag.33
2.2.	I rapporti personali tra i coniugi e la " <i>puissance maritale</i> ".	pag.33

2.3.	" <i>L'autorisation maritale</i> " ed il regime patrimoniale della famiglia.	pag.38
2.4.	La posizione dei figli. " <i>Puissance paternelle</i> " e ricerca della paternità naturale.	pag.39
3.	L'ESPERIENZA ITALIANA. IL DIRITTO DI FAMIGLIA NELLO STATO LIBERALE.	pag.43
3.1.	Legislazione preunitarie, codice civile del 1865.	pag.43
3.2.	Matrimonio civile e religioso. L'affermazione del principio "separatista" e il rifiuto del divorzio.	pag.44
3.3.	Separazione dei coniugi e autorità maritale.	pag.45
3.4.	L'autorizzazione maritale.	pag.48
3.5.	Figli naturali e patria potestà.	pag.52
4.	L'ESPERIENZA ITALIANA. IL DIRITTO DI FAMIGLIA TRA CODICE E COSTITUZIONE.	pag.59
4.1.	Il diritto di famiglia dallo Stato liberale al regime fascista.	pag.59
4.2.	Il nuovo Codice Civile.	pag.61
4.3.	La Costituzione repubblicana: L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi.	pag.74
4.4.	La Costituzione repubblicana: la condizione dei figli naturali.	pag.83

PARTE SECONDA

LA LEGGE DI PARITÀ 19 MAGGIO '75 N.151

1.	Principi informativi.	pag.87
2.	Diritti e doveri tra i coniugi.	pag.91
3.	Regime patrimoniale della famiglia.	pag.96
4.	Rapporto con i figli.	pag.98
5.	La filiazione naturale.	pag.103
6.	Dichiarazione giudiziale di paternità e maternità	pag.106

COSA NE E' DELLA FAMIGLIA

PARTE TERZA

SEPARAZIONE PERSONALE E DIVORZIO pag.110

PARTE QUARTA

**UNICITA' O PLURALITA' DEI MODELLI
FAMILIARI** pag.133

COCLUSIONI pag.147

BIBLIOGRAFIA pag.153

INDICE pag.157