



CENTRO PER LA RIFORMA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA

1967

CENTRO PER LA RIFORMA  
DEL DIRITTO DI FAMIGLIA

**LA RIFORMA DEL  
DIRITTO DI FAMIGLIA:  
MAGGIO 1975 - MAGGIO 2011  
CAMBIAMENTI E PROSPETTIVE**

*Atti del convegno tenuto a Milano  
il 19 maggio 2011*

**2011**

In copertina: Michelangelo Merisi detto il Caravaggio (Milano, 29 settembre 1571 – Porto Ercole, 18 luglio 1610), *Riposo durante la fuga in Egitto* (particolare), 1596-1597. Olio su tela, 135,5 x 136,5 cm. Roma, Galleria Doria Pamphilj.



*Il Centro per la riforma del diritto di famiglia dedica questi atti al  
dott. UMBERTO LOI  
con riconoscenza, profonda stima e affetto.*

**LA RIFORMA DEL  
DIRITTO DI FAMIGLIA:  
MAGGIO 1975 - MAGGIO 2011  
CAMBIAMENTI E PROSPETTIVE**

**Atti del convegno tenuto a Milano  
il 19 maggio 2011**

## PROGRAMMA DEL CONVEGNO

### INDIRIZZI DI SALUTO

Avv. Paolo Giuggioli  
*Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Milano*

### RELAZIONI

Presiede  
Avv. Anna Galizia Danovi  
*Presidente del Centro per la riforma del diritto di famiglia*

### ANALISI STORICA E SOCIOLOGICA DELLA RIFORMA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA

Prof. Valerio Pocar  
*Professore Ordinario di Sociologia del diritto, Università degli studi di Milano - Bicocca*

Prof.ssa Loredana Garlati  
*Professore Straordinario di Storia del diritto di famiglia e di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli studi di Milano - Bicocca*

### IL DIRITTO DI FAMIGLIA DAL 1975 AD OGGI. TRASFORMAZIONI INTERVENUTE E PROSPETTIVE ODIERNE

Prof. Piero Schlesinger  
*Professore Emerito di Diritto privato, Università Cattolica di Milano*

Dott.ssa Gloria Servetti  
*Presidente della IX Sezione Civile, Tribunale di Milano*

### RIFLESSIONI SULL'EVOLUZIONE DEL DIRITTO PROCESSUALE DI FAMIGLIA DAL 1975 SINO AI RECENTI DISEGNI DI LEGGE

Prof. Ferruccio Tommaseo  
*Professore Ordinario di Diritto processuale civile, Università degli studi di Verona*

## LA PROSPETTIVA PSICOLOGICA E IL DIRITTO DI FAMIGLIA

Prof. Assunto Quadrio Aristarchi

*Professore Emerito di Psicologia sociale, Università Cattolica di Milano - Docente di Psicologia giuridica, Università S. Raffaele di Milano*

## CONCLUSIONI

Dott. Umberto Loi

*Consigliere del Centro per la riforma del diritto di famiglia*

## CON LA PARTECIPAZIONE DI

Dott. Mario Zevola

*Presidente del Tribunale per i minorenni di Milano*

On. Avv. Prof. Pierluigi Mantini

*Onorevole, Professore Associato Confermato del Politecnico di Milano*

## INDICE DELLE RELAZIONI

SALUTO DEL PRESIDENTE		
<i>Anna Galizia Danovi</i> .....	Pag.	1
INDIRIZZI DI SALUTO		
<i>Paolo Giuggioli</i> .....	»	3
<i>Pierluigi Mantini</i> .....	»	7
<i>Mario Zevola</i> .....	»	14
ANALISI STORICA E SOCIOLOGICA DELLA RIFORMA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA		
<i>Valerio Pocar</i> .....	»	18
<i>Loredana Garlati</i> .....	»	27
IL DIRITTO DI FAMIGLIA DAL 1975 A OGGI. TRASFORMAZIONI INTERVENUTE E PROSPETTIVE ODIERNE		
<i>Piero Schlesinger</i> .....	»	39
<i>Gloria Servetti</i> .....	»	65
RIFLESSIONI SULL'EVOLUZIONE DEL DIRITTO PROCESSUALE FAMILIARE		
<i>Ferruccio Tommaseo</i> .....	»	75
LA PROSPETTIVA PSICOLOGICA E IL DIRITTO DI FAMIGLIA		
<i>Assunto Quadrio Aristarchi</i> .....	»	95
CONCLUSIONI		
<i>Umberto Loi</i> .....	»	100
Notizie sugli autori .....	»	102

CONVEGNO “LA RIFORMA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA:  
MAGGIO 1975 - MAGGIO 2011. CAMBIAMENTI E PROSPETTIVE”

Milano, 19 maggio 2011

SALUTO DEL PRESIDENTE

Anna Galizia Danovi

Cari amici,

vi ringrazio innanzitutto di essere intervenuti così numerosi, ed un ringraziamento particolare devo rivolgere al Presidente degli Avvocati di Milano, avv. Paolo Giuggioli, per la disponibilità data, e ai Relatori che interverranno.

Permettetemi inoltre di esprimere il mio ringraziamento più affettuoso ai Consiglieri del mio Centro, Dott. Umberto Loi, avv. Ludovica Denti, avv. Maria Deidda, dott.ssa Augusta Tognoni, con i quali da anni siamo impegnati per far sì che il Diritto di famiglia sia trattato con dignità e rispetto.

Il programma mi impone di dare subito la parola agli interventori. Mi limiterò quindi soltanto a dare alcune informazioni sul Centro che ho l'onore di presiedere.

Il Centro per la riforma del Diritto di famiglia nasce nell'anno 1967, proprio in occasione delle grandi riforme che sono intervenute nel settore. Mi vanto di dire che la storia del Centro ha coinciso con l'evoluzione del pensiero sul diritto di famiglia e con l'istituzione della IX Sezione civile del Tribunale, voluta dal Presidente dott. Bianchi d'Espinosa, che ha portato Milano a occupare i primi posti nella cultura del Diritto di famiglia.

Quando ho iniziato l'Università, l'insegnamento del Diritto di famiglia non godeva di uno spazio autonomo né di interesse particolare, rimanendo compreso nella più ampia disciplina del Diritto privato, ed era abbastanza trascurato dagli studi universitari.

Per questo l'esperienza dei Consiglieri del Centro e dei Relatori che ascolterete vi daranno il segno di che cosa ha voluto dire l'impegno professionale, umano, civile di questo Centro nel corso degli anni. Un Centro che è stato pronto ad assumere iniziative coraggiose e si è sempre posto all'avanguardia, trovando aiuto e sostegno nella società civile.

Ascoltate quindi con interesse ciò che i Relatori esporranno. Le loro indicazioni non vi appaiano lontane, esse in realtà si riferiscono a problemi tuttora presenti e necessari di essere studiati e trattati come base per un futuro migliore.

A questo proposito, uno dei problemi attuali consiste nella difficoltà della nostra società, e quindi anche del nostro Centro, di non riuscire a trovare un ascolto adeguato nelle sedi competenti. E così a Roma – e molto diversamente da quanto accadeva negli anni passati, e ne sono testimoni i miei Consiglieri del Centro ed io stessa – oggi è quasi impossibile aprire le stanze nelle quali si discutono i problemi del Diritto di famiglia, mentre sarebbe assolutamente necessario allargare il confronto.

Noi certamente, come allora, anche oggi siamo pronti a riprendere il dibattito sui problemi attuali, purché vi siano degli interlocutori interessati ad ascoltarci. E per questo chiediamo il vostro aiuto al fine di condurre insieme la nostra battaglia e riservare al Diritto di famiglia e alla società intera un futuro migliore.

Vi ringrazio e cedo la parola all'amico Presidente avv. Paolo Giuggioli.

## INDIRIZZI DI SALUTO

Paolo Giuggioli

Sono lieto di intervenire in occasione di questo incontro organizzato dal Centro per la Riforma del Diritto di Famiglia, alla cui Presidente Avvocato Anna Galizia Danovi rivolgo il ringraziamento mio personale e del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Milano che ho l'onore di rappresentare in questa sede.

Vorrei rivolgere un saluto particolare alle Autorità presenti, alla Presidente del Tribunale di Milano Livia Pomodoro, al Presidente del Tribunale per i minorenni Mario Zevola, nonché alle relatrici e ai relatori chiamati ad affrontare il tema scelto per oggi, riguardante i cambiamenti e le prospettive del diritto di famiglia, a 36 anni dalla sua riforma.

Nella nostra tradizione culturale il concetto di famiglia coincide con quello di matrimonio, e il matrimonio come fondamento della famiglia viene in considerazione sia nell'articolo 29 della Costituzione, sia nell'articolo 12 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

Ora, se si guarda con occhio interpretativo a quanto avvenuto in questo lungo arco di tempo, si può subito evidenziare che il nuovo modello di "matrimonio", così come emerge dal diritto vivente e dalla giurisprudenza, esprime un concetto di famiglia molto distante dal quello radicato in passato e tutelato dal sistema, che ha indotto parte della dottrina a parlare di *de-pubblicizzazione* o *privatizzazione* della famiglia, con riferimento alla regolamentazione dei rapporti dei coniugi secondo i principi dell'autonomia negoziale.

Ma quali sono i passaggi storici cruciali nell'evoluzione del diritto di famiglia?

Nella concezione ottocentesca, riflessa nel *Code Napoleon*, il matrimonio era un contratto che aveva origine dal consenso di due soggetti liberi ed uguali. Si trattava, in realtà, di un particolare contratto che generava uno

status. La legge fissava rigidamente le condizioni dei coniugi e dei figli, e il marito aveva potere sulla moglie che gli era subordinata.

Questo modello di famiglia rimane inalterato anche in Italia fino al codice civile dell'Italia Unita e pure nel codice civile del 1942.

È solo molti anni dopo che si assiste al passaggio dalla famiglia fondata sullo status ad una famiglia fondata sul contratto, nella quale il consenso di soggetti liberi ed uguali rileva tanto nel momento costitutivo, quanto nello svolgimento del rapporto e nella determinazione della vita familiare.

Nel 1975 si realizza una redistribuzione dei doveri e poteri all'interno della famiglia. D'altro canto, va ricordato che la possibilità di sciogliere il vincolo matrimoniale quando cessa la comunione di vita – resa possibile dalla legge sul divorzio del 1970 – costituisce espressione della privatizzazione del matrimonio alla quale accennavo in apertura, in quanto esprime il riconoscimento di più ampi spazi di autonomia dei coniugi. Con altre parole, si può dire che il divorzio ha rivestito un significato di rottura nella trasformazione della regolazione tradizionale della famiglia.

Con la riforma del diritto di famiglia, come dicevo, al potere decisionale del marito, cui la moglie era soggetta, si sostituisce un rapporto di uguaglianza e l'uguale esercizio della potestà genitoriale. L'autonomia e l'uguaglianza dei coniugi cede davanti al controllo giudiziale solo nei casi previsti dal codice civile, quando occorre tutelare interessi superiori, come quelli dei figli.

A riguardo va detto che la riforma del diritto di famiglia del 1975 modifica profondamente anche il regime dei provvedimenti da adottare in relazione ai figli, specie se minori, in caso di crisi coniugale oggetto e motivo della separazione dei genitori. Una rilevante innovazione viene infatti introdotta nell'articolo 155 del codice civile per il quale, nel pronunciare provvedimenti relativi alla prole, il giudice deve avere per esclusivo riferimento l'interesse morale e materiale di essa. L'esperienza maturata sino ad allora aveva mostrato come il distacco dai genitori costituisse quasi sempre un evento traumatico proprio per i figli e come costoro fossero i soggetti deboli della vicenda, le cui sorti dovevano essere tutelate con priorità assoluta.

Con la legge 54 del 2006 il legislatore ha riorganizzato e nuovamente disciplinato la materia riguardante i figli nella crisi familiare, dal punto di vista sostanziale e processuale, attuando quella che è stata definita “la riforma più importante del diritto di famiglia dopo quella del 1975”.

Tra le principali innovazioni figura il nuovo articolo 155 del codice civile, intitolato “*Provvedimenti riguardo ai figli*” che, nel ribadire il diritto del minore di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori e di ricevere da entrambi cura, educazione ed istruzione, ha confermato l’interesse morale e materiale della prole come il “criterio guida” che il giudice deve seguire nell’adottare i provvedimenti relativi ad essa.

La legge 54/2006 ha dunque introdotto il concetto di “bi-genitorialità”, ossia il diritto dei figli di mantenere gli stessi rapporti con la madre e con il padre anche dopo la loro separazione, sulla base dell’incontestabile verità che si resta genitori per tutta la vita, nonostante il venir meno del vincolo matrimoniale. E ciò peraltro in ossequio all’articolo 30 della nostra Carta Costituzionale che, com’è noto, riconosce ad entrambi i genitori il diritto-dovere materiale di mantenere, istruire ed educare la prole.

Vorrei brevemente richiamare la vostra attenzione su alcuni aspetti relativi all’applicazione della legge 54 e alle ipotesi di una sua riforma: nel sistema delineato dalla legge attualmente in vigore, il compito dei coniugi che si stanno separando, insieme al giudice, è quello di creare un progetto di affidamento condiviso sui propri figli, dove padre e madre hanno uguali responsabilità, diritti e doveri.

Con ogni evidenza, la difficoltà maggiore risiede nelle coppie in cui il conflitto è elevato e il raggiungimento di un accordo reciproco molto difficile. D’altra parte, non si può trascurare il fatto che separazione e divorzio sono dei processi che comportano un’evoluzione delle relazioni familiari su diversi piani: quello coniugale, quello genitoriale e quello relativo all’ambiente esterno, la famiglia di origine e gli amici.

Il principale compito che la famiglia separata deve affrontare è, di conseguenza, quello della riorganizzazione delle relazioni familiari, tanto a livello coniugale quanto a livello genitoriale.

E siccome la conflittualità che spesso accompagna le separazioni coniugali rende purtroppo “ciechi” i genitori rispetto ai bisogni effettivi ed affettivi dei propri figli, stupisce ancor di più che il disegno di legge 975 (presentato in data 29 luglio 2008) di riforma dell'affido condiviso non tenga particolare conto di questo aspetto, ma che anzi ponga in secondo piano l'obiettivo della collaborazione dei coniugi nella cura, crescita ed educazione dei figli, a discapito degli interessi morali e materiali di questi ultimi.

Credo sia lo stesso rapporto tra i genitori e i figli minori a non permettere che vengano accolte e condivise molte delle soluzioni contenute nel DDL 975, poiché da un lato è indubbio che, in generale, l'interesse della prole minorenni a dover essere tutelata risiede nella relazione genitori/figli, mentre dall'altro è certo che ai due genitori vengono riconosciute amministrazione e potestà proprio in vista della realizzazione dell'interesse dei minori.

Le cose da dire sarebbero ancora molte, ma lascio ora la parola ai relatori augurando una buona prosecuzione dei lavori a tutti.

## INDIRIZZI DI SALUTO

Pierluigi Mantini

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Visione “riflessiva” e “propulsiva” nella Costituzione.* – 3. *Evoluzione del modello di famiglia.* – 4. *Alcune prospettive: quoziente familiare, “divorzio breve”, doppio cognome.* – 5. *La questione delle coppie di fatto.*

### 1. *Premessa.*

Partecipo a questo incontro come a una vera festa, e non solo per l'anniversario della riforma del diritto di famiglia, tra le più importanti riforme giuridiche della seconda metà del secolo scorso; ma anche come festa del Centro per la riforma del diritto di famiglia, presieduto dall'amica avv. Anna Danovi, che vede la partecipazione di tanti colleghi e professionisti milanesi sulle cui gambe e per le cui idee le leggi e le riforme diventano fatti e cultura.

Stiamo parlando di una riforma che nel 1975 ha segnato dei cambiamenti profondissimi. Ricordo per esempio l'innalzamento dell'età per contrarre il matrimonio, proprio a garanzia della donna, con superamento di una certa concezione primitiva; le profonde modifiche alle cause di invalidità delle nozze; l'integrale parificazione dei coniugi nel governo della famiglia e nella potestà sui figli; l'abolizione della separazione per colpa, che non ha portato al *far west* dei sentimenti e all'irresponsabilità in nome dell'individualismo, ma a un saggio avanzamento dei diritti coscienti di libertà, e quindi alla parità di essi a fronte di un fatto comunque drammatico nell'esistenza di una persona quale è la separazione, che invece in precedenza veniva considerata sotto il profilo di retaggi culturali e religiosi, quale appunto il senso di colpa. Da questo punto di vista, una delle acquisizioni più felici è proprio quella che usiamo nelle pratiche correnti quando diciamo: *“Preso atto che la relazione familiare-matrimoniale non può dirsi più felice ...”*, questa è tra le formule più “democratiche” che abbiamo nel nostro ordinamento. E proseguendo nell'elencazione delle riforme introdotte nel 1975: l'attribuzione dell'azione di disconoscimento di paternità

pure alla madre; la riconoscibilità dei figli naturali, già detti figli “adulterini”; il regime di comunione dei beni, cioè di comunione degli acquisti, come regime ordinario, pur derogabile con convenzione. Dunque, per la prima volta è stato riconosciuto che tutto ciò che si acquista nel corso della convivenza matrimoniale è prodotto da entrambi i coniugi, è questa è una delle norme più avanzate dal punto di vista della parità dei diritti.

## *2. Visione “riflessiva” e “propulsiva” nella Costituzione.*

Peraltro, questo nuovo regime di comunione è stato, nella prassi degli ultimi decenni, tra gli istituti più aggirati nell’ambito della riforma del 1975, a causa del prevalere di quella logica per cui il matrimonio e la famiglia, in definitiva, altro non sono che una *negotiation* tra individui che si atteggiano a fare esattamente i comodi loro nel modo migliore, utilizzando strumenti giuridici diversi. In realtà, la Costituzione dice altro. La Costituzione, innanzitutto, nella straordinaria sua attualità che sempre riscopriamo, ci dice per l’appunto che la Repubblica riconosce – non attribuisce – i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, e con questa formula compie già due precise operazioni: a) riconosce il valore originario, autonomo, preesistente, non attribuito dallo Stato, della famiglia come società naturale, non riducibile a una misura “impositivistica”; b) impone il rispetto dell’autonomia della famiglia in quanto società autonoma, che viene – appunto – riconosciuta, non costituita dallo Stato.

Dice ancora la Costituzione, al secondo comma dell’art. 30, che, nel caso di incapacità dei genitori di gestire quella che un tempo era la potestà e che ora è un dovere nei confronti dei figli, considerati come valore sociale e non individuale, interviene lo Stato. Questa è una visione “riflessiva”: cioè nella Costituzione vi è una capacità di riconoscere la famiglia sottraendola solo in parte al dominio della religione, della cultura, dei costumi, quelle che chiamiamo le componenti sociali, con l’intento tuttavia di non scegliere, forzare un modello, ma di riconoscerne appunto l’autonomia storica, sociale e anche l’autonomia interna. È un principio, una visione che si sposa con il principio di sussidiarietà che anche recentemente, con la riforma del 2001, abbiamo

riconosciuto pure nella nuova formulazione dell'art. 118. Il principio di sussidiarietà è ancor più chiaramente esposto nel secondo comma dell'art. 30, che riguarda direttamente i figli: quando i genitori non sono in grado, allora bisogna che qualcun altro si occupi *ab imis fundamentis*; come più in generale, quando i privati sono in grado di farsi carico di attività, di funzioni, di servizi di pubblico interesse, è bene che siano essi stessi ad occuparsene, laddove non sono in grado, è bene che intervengano i pubblici poteri.

Ma nella Costituzione c'è anche una visione “propulsiva” dei diritti relativi alla famiglia, che si riconosce in tanti aspetti, tra cui quello fondamentale è l'attribuzione della piena eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi. È il principio – significativamente previsto al secondo comma dell'art. 29 della Costituzione – che ha condotto a una grande evoluzione, '68 o non '68, dei diritti della donna, anche nell'esercizio appunto dei doveri/poteri coniugali.

### *3. Evoluzione del modello di famiglia.*

Diciamo che si è nel tempo passati da un modello di famiglia patriarcale, anche dal punto di vista economico, intesa cioè come sede di svolgimento delle attività, con un “capo” che era anche un po' l'organizzatore dell'impresa, a una famiglia “nucleare”, come si usa dire se non cito male le categorie correnti, cioè composta solo da moglie, marito, qualche figlio (mentre già i nonni anziani diventano un grande problema); a una famiglia, infine, che potremmo definire “aperta”, che in buona sostanza, attingendo ai grandi sociologi come Bauman, è una famiglia un po' “liquida”, cioè alla ricerca di un qualche modello.

Una risposta che alcuni studiosi danno è quella della contrattualizzazione, dell'estensione dei modelli contrattuali o negoziali. Io qui devo dire francamente che non solo non sono d'accordo, ma vedo un problema che potremmo definire del *non segare il ramo sul quale siamo seduti*, nel senso che dobbiamo assumerci una responsabilità che è anche responsabilità sociale.

Tale problema si ricollega alla dimensione economica attuale della famiglia: è vero che non siamo più nel modello della famiglia patriarcale, ma grosso modo stiamo tornando a una funzione sociale ed economica della famiglia molto evidente, non più nelle forme di ieri, ma nelle forme di oggi, cioè della famiglia

quale ammortizzatore sociale delle grandi precarietà. Esemplicando: i giovani non si sposano. Non si sposano perché non hanno un lavoro stabile, non si sposano perché non è facile trovare una casa a un prezzo decente, non si sposano per tante ragioni, non si sposano anche perché non si vogliono sposare, in quanto accettano sempre in misura maggiore la dimensione della *risk society*, che dal nostro punto di vista potremmo tradurre come il non avere relazioni stabili, secondo i modelli economici che ritroviamo nella finanza: dal *future* al derivato, alla fiducia in ciò che accadrà, la fiducia nella fiducia (tutti meccanismi di “rischio” che tuttavia hanno portato e stanno portando a grandi crisi e grandi fallimenti).

Poi ci sono le trasformazioni anche più profonde, per cui c'è qualche difficoltà in più, in una scena più adulta, più densa di libertà, nell'incontrarsi, nel trovare il principe azzurro, l'anima gemella: in definitiva esistono tanti motivi, tutti legittimi, per cui ci sono meno coppie stabili, meno famiglie.

*4. Alcune prospettive: quoziente familiare, “divorzio breve”, doppio cognome.*

Come noto, c'è anche una dimensione economica della famiglia per la quale alcune misure concrete sarebbero necessarie. Occorre tener presente, innanzitutto, che abbiamo un indice di natalità dell'1,2, per cui è assurdo protestare contro il fatto che la società diventa sempre più multietnica: poiché noi figli non ne facciamo, è necessario che vengano gli stranieri. Con l'1,2 di media siamo al di sotto dell'indice di sopravvivenza della comunità. In ogni caso, si potrebbe pensare a detassare parzialmente gli asili nido, ovviamente nei limiti dei vincoli di bilancio, e anche, a certe condizioni, a consentire la detrazione fiscale per la figura del badante. Si potrebbe pensare anche al quoziente familiare: se due soggetti godono di uno stesso stipendio ma uno ha tre figli e l'altro nessuno, quello stesso stipendio deve essere tassato in pari misura? Forse possiamo consentire di dedurre dal reddito, anche solo parzialmente, le spese locative sostenute dalle giovani coppie con reddito inferiore a € 28.000,00, magari fino a 32 anni. Ho presentato in questo senso una proposta di legge. In Parlamento poi sono attualmente in discussione altri

disegni di legge, e tra i più rilevanti vi è quello sulla filiazione, perché è tempo di non limitarsi più al non riconoscimento dei figli *ex adulterini* e via dicendo, ma è necessario aderire alle sollecitazioni che ci vengono anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Peraltro in discussione c'è anche un disegno di legge, il n. 3915/2010<sup>1</sup>, e francamente io trovo che questa stessa idea di rimuovere ogni residua distinzione – questo è il primo punto, l'art. 1 – tra figli naturali, non naturali e adottivi sia una evoluzione ormai matura e necessaria.

C'è poi il cosiddetto “divorzio breve”, in discussione da tempo, che comporterebbe la riduzione del tempo necessario per la proposizione della domanda di divorzio da tre anni a un anno dall'udienza presidenziale di separazione, anni che diventerebbero due in presenza di figli minori, con la possibilità, inoltre, di far dichiarare lo scioglimento della comunione legale già dal momento dell'udienza presidenziale. C'è un dubbio, se il 2774 c.c. possa essere ritoccato, nel senso di consentire anche la trascrizione dello scioglimento in quel momento, per evitare opposizioni.

Poi c'è un'altra proposta di legge, che riguarda la questione del cognome dei figli, intendendosi voler tenere presente anche il cognome materno. Qui le soluzioni possibili sono tante, così come le sollecitazioni, che discendono anche da atti di una certa importanza: la stessa Convenzione di New York del 1979<sup>2</sup> sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, le raccomandazioni del Consiglio di Europa del 1995 e del 1998<sup>3</sup>, diverse pronunce della Corte Europea. E anche la Corte Costituzionale si è pronunciata nel 2006<sup>4</sup> affermando *in primis* l'inammissibilità della questione sollevata in quella sede, perché in caso di pronuncia di illegittimità della normativa vigente si sarebbe determinato un vuoto normativo, per cui i figli sarebbero diventati “figli di nessuno”. Però, la Corte ha anche posto dei principi molto chiari, che possono essere così riassunti: la tutela costituzionale offerta dall'art. 2 della Costituzione

---

<sup>1</sup> Disegno di legge: “*Delega al Governo per la revisione della normativa in materia di filiazione*” (n. 3915 del 29/11/2010). Approvato dalla Camera il 30 giugno 2011 in testo unificato e attualmente all'esame del Senato.

<sup>2</sup> Convenzione di New York sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, del 18 dicembre 1979, ratificata in Italia con la legge 14 marzo 1985, n. 132.

<sup>3</sup> Raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1271 del 1995 e n. 1362 del 1998.

<sup>4</sup> Corte cost. 16 febbraio 2006 n. 61.

ai diritti inviolabili dell'uomo esige che essi siano garantiti nell'ambito di quella formazione sociale primaria che è la famiglia<sup>5</sup>, nella duplice direzione del diritto della madre di trasmettere il proprio cognome al figlio e di quello del figlio di acquisire segni di identificazione rispetto a entrambi i genitori e di testimoniare la continuità della sua storia familiare anche con riferimento alla linea materna; l'art. 3 impone di eliminare ogni discriminazione tra i coniugi, tra i genitori e tra questi e i figli; l'art. 29, secondo comma, evidenzia che il matrimonio è ordinato sul principio di eguaglianza e che la tutela dell'unità familiare si rafforza nella misura in cui i rapporti tra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità. L'ipotesi forse più condivisa è quella per cui la scelta del cognome sia operata da entrambi i coniugi al momento del matrimonio – e qui registriamo il moltiplicarsi di clausole contrattuali anche nel matrimonio – per cui si dice: i figli che verranno avranno questo ordine nel cognome. Naturalmente ci sono anche i modelli già sperimentati, come quello spagnolo, che impone il cognome di entrambi i genitori ma ugualmente si espone ad alcuni profili critici. In sintesi, il tema è chiaro, ma la scelta della soluzione migliore presenta comunque qualche complessità.

##### *5. La questione delle coppie di fatto.*

Concludo facendo solo un cenno alla questione delle coppie di fatto. Noi abbiamo un modello costituzionale, e abbiamo anche un senso e un'idea della famiglia. Non è un'idea tradizionale – sarebbe sciocco pensare che sia un'idea tradizionale – della famiglia, però vi è un'idea nuova della famiglia, della sua funzione, di una famiglia che non è più vincolata – non consideriamo la sacralità, si tratta di un altro profilo – ma nella quale comunque sono previsti alcuni obblighi di legge, per esempio il dovere del mutuo rispetto, dell'educazione dei figli, e così via. È la base della società, non dobbiamo inventare moltissimo dal punto di vista legislativo.

Peraltro, il matrimonio non è e non deve diventare una gabbia, e infatti se ne può uscire e stiamo cercando anche delle vie d'uscita più ragionevoli, più *easy*, in linea con la semplificazione che ci viene chiesta in certi settori del diritto

---

<sup>5</sup> Corte costituzionale n. 494 del 2002, n. 183 del 1988.

civile. Inoltre, occorre anche riconoscere qualche diritto anche alle suddette coppie di fatto. Io personalmente non sono a favore del matrimonio per le coppie omosessuali, però rispetto naturalmente i Paesi che lo prevedono. Ciò non toglie che vi siano altre forme di convivenza che non sono esattamente “famiglia” e che alcuni diritti debbano essere riconosciuti. Si è passati, solo per rivisitare alcuni percorsi e modelli legislativi, dai PACS, di origine francese, più forti, ai DICO. Io personalmente ho presentato un modello che si chiama – anche io devo avere il mio acronimo – PER, cioè “Persona responsabile”, il quale semplicemente consiste nel richiamare alcuni diritti previsti dal codice civile, che riguardano l’affitto, la locazione, la capacità di assistere, la presenza negli ospedali, la cura ecc., da estendere anche alle coppie che dichiarano di essere stabilmente conviventi in un’anagrafe comunale, siano a tendenze eterosessuali, siano a tendenze omosessuali. Naturalmente deve trattarsi di vera comunione affettiva e lunga convivenza e non già convivenza temporanea o occasionale, perché solo da una lunga convivenza affettiva nascono più strette relazioni che vanno riconosciute pure sul piano del diritto civile. Ma questa è altra cosa rispetto alla famiglia, alla visione costituzionale della famiglia.

Io penso che noi dovremo accompagnare le trasformazioni che la società ci consegna con un diritto “mite” della famiglia, una *soft law*, una normativa mite che si faccia carico dei diritti maturi – come nel caso della filiazione – in una coscienza sociale che abbraccia modelli culturali diversi, e non imponga alcunché. È ovvio che non tutti i modelli possono essere da noi accettabili, e dunque vi è il problema di una ragionevole scelta, da farsi comunque nel campo dei valori costituzionali del nostro Paese.

## INDIRIZZI DI SALUTO

Mario Zevola

È con una certa emozione che penso alla riforma del maggio del 1975. Infatti, si tratta di una riforma che ha introdotto delle modifiche rilevanti nella disciplina giuridica dei rapporti di famiglia, incidendo anche in particolare sulle competenze del Tribunale per i Minorenni.

Inoltre, ha inciso in modo determinante anche sulla mia vita professionale, perché, se non ci fosse stata la riforma, adesso io non sarei qui a parlarvi quale Giudice minorile. La nuova normativa, infatti, rese necessario un ampliamento massiccio dell'organico del Tribunale per i Minorenni, determinando l'esigenza di coprire i posti scoperti, anche mediante ricorso agli uditori giudiziari, quale io ero all'epoca.

In realtà, bisogna considerare che una spinta rilevante all'adeguamento dell'organico era già stata data qualche anno prima, nel 1967, dalla legge sull'adozione speciale. A seguito di quella legge, nel 1971, venne approvata anche un'altra legge che definì la pianta organica dei magistrati minorili. A Milano, all'epoca, ne erano previsti cinque, oltre al Presidente. Oggi siamo quindici, oltre al Presidente, il che vi dà una dimensione del come la materia si sia ampliata.

I minori che nel 1967, erano ricoverati in istituto – è facile immaginare gli istituti dell'epoca – erano circa 200.000. Per tutti, anche se la dichiarazione di adottabilità era limitata ai minori di otto anni, la legge richiedeva comunque delle indagini approfondite sulla ragione della loro permanenza in istituto e sulla misura e qualità delle loro relazioni familiari. Tutto ciò al fine di accertarne lo stato di abbandono, accertamento che comportava un'attività piuttosto intensa e richiedeva magistrati dedicati a questa materia.

L'innovazione normativa nel settore del diritto di famiglia all'epoca fu sostenuta anche dall'idea di considerare le nuove esigenze della società civile. Dunque, la normativa cominciò ad assumere anche connotazioni assistenziali, e la legge sull'adozione speciale fu proprio espressione di questa tendenza. Si può

affermare che questa norma, in virtù dei suoi contenuti per l'epoca rivoluzionari, fu quella che diede l'avvio alla trasformazione del sistema del diritto di famiglia. Per esempio, basti pensare che alla potestà, intesa quasi come diritto di proprietà sul minore, si era andata sostituendo una nuova concezione, che intendeva privilegiare appunto l'interesse del minore rispetto a quello dei genitori; allo stesso modo, si privilegiò la famiglia degli affetti rispetto alla famiglia del sangue.

Se devo esprimermi sul futuro di questa normativa, mi auguro che ogni eventuale modifica o riforma si abbia sempre nel segno del primato dell'interesse del minore rispetto a quello di altri soggetti. Peraltro, oggi vi sono diversi progetti che appaiono piuttosto indirizzati ad accrescere la tutela degli interessi degli adulti. In realtà, bisogna rendersi conto che noi primariamente dobbiamo fare i conti con l'interesse dei bambini abbandonati e con il loro disagio.

Tra le nuove competenze che furono all'epoca attribuite al Tribunale per i Minorenni dalla riforma in esame, più di tutte incise sull'esigenza di ampliamento dell'organico quella relativa ai provvedimenti di urgenza, che fino a quel momento erano stati di competenza del Giudice tutelare ai sensi dell'art. 336, ultimo comma, c.c. Al riguardo, tra le considerazioni che possono essere sviluppate, vorrei solo accennare alla reclamabilità dei provvedimenti emessi in via d'urgenza. È una questione annosa, non ancora completamente risolta. Infatti il legislatore non ha preso posizione, lasciando alla giurisprudenza il compito di dipanare la spinosa matassa. Io sono convinto che le numerose questioni che oggi si dibattono rispetto all'assetto ordinamentale del diritto di famiglia – e che concernono principalmente l'individuazione del Giudice competente e la composizione dell'organo giudicante – debbano prima fare i conti con la soluzione di problemi di natura processuale, in quanto non vi sono disposizioni precise, e ciò soprattutto con riferimento alle modalità con cui devono essere trattate le questioni di merito davanti al Giudice. Inoltre, talvolta interviene qualche sentenza della Corte di Cassazione che, per la verità, crea non poco scompiglio.

In ogni caso, il ricorso al Giudice negli ultimi anni si è sempre fatto di

maggiore spessore, perché sono intervenuti mutamenti sociali e culturali di non poco rilievo. È a tutti evidente la trasformazione che sta attraversando la famiglia, che una volta era fondata sulla stabilità del matrimonio e oggi invece è un'istituzione fragile, mutevole. I rapporti di filiazione, che un tempo facevano riferimento a una convivenza, in molti casi oggi sono privi di tale ambito, perché sono sempre più frequenti nascite al di fuori della convivenza dei genitori. Ciò è confermato dal fatto che sono in aumento presso il nostro Tribunale le dichiarazioni giudiziali di paternità, che dunque nella maggior parte dei casi escludono una precedente convivenza.

Inoltre ricorre oggi frequentemente anche la necessità dell'intervento del Giudice per la disciplina di nuove situazioni, sempre più complesse anche per le nuove problematiche, che toccano pure il diritto internazionale privato. Ciò riguarda in particolare il Tribunale per i Minorenni di Milano, sul cui territorio vi è oggi una concentrazione non indifferente di etnie diverse.

Un ultimo argomento che vorrei accennare è quello che riguarda la questione dell'attribuzione della competenza al Tribunale per i Minorenni delle questioni relative alle coppie di fatto. La decisione di attribuire al Tribunale per i Minorenni la competenza anche sulle questioni economiche conseguenti a un rapporto genitoriale extraconiugale, a prescindere che vi sia stata o meno la convivenza, ha determinato non poche conseguenze. Io credo che questi fenomeni debbano essere tenuti presenti quando si deve provvedere sulla composizione delle strutture, perché, per esempio, a Milano c'è stata un'esplosione di questi procedimenti. Erano circa 260 nel 2006, siamo passati a oltre mille a oggi. Ciò comporta una serie di problemi. Per esempio, i procedimenti ai sensi dell'art. 317 *bis* c.c., nei termini in cui si pongono oggi, stanno causando una sostanziale distrazione dell'attenzione del Giudice rispetto all'effettivo disagio minorile – oggetto delle procedure di cui agli articoli 330 ss. del codice civile e di quelli di cui all'art. 25 sul disadattamento minorile previsto dal Regio decreto del 1934 – che storicamente costituisce la ragione di essere del Tribunale per i Minorenni. Rilevo che l'attenzione a queste procedure, il cui sviluppo dipende dalle iniziative del Giudice, non trovi quelle sollecitazioni indotte dalla natura contenziosa dei procedimenti di cui all'art. 317 *bis* e, anzi,

da queste sollecitazioni sia appunto limitata.

Tra l'altro, a Milano, vi è anche il grosso problema dei cosiddetti "articoli 31" della legge sull'immigrazione, mi riferisco alla fattispecie tipica del genitore che, non avendo il permesso di soggiorno ma avendo un figlio minore sul territorio dello Stato, chiede di essere autorizzato a permanere. Purtroppo, questo procedimento oggi viene attivato in gran parte strumentalmente, in quanto è sostanzialmente diretto non tanto a riservare benefici per il minore, quanto un beneficio per l'adulto che non avrebbe altrimenti altre possibilità di rimanere regolarmente sul territorio dello Stato.

Per concludere, a motivo anche delle voci che ricorrono periodicamente sul tema della riforma del Tribunale per i Minorenni e della magistratura minorile in generale, vorrei spezzare una lancia a favore della composizione mista. Come è noto, il Tribunale per i Minorenni opera in questa composizione particolare di due giudici togati e due giudici onorari. È auspicabile che questa sia mantenuta, perché non vada dispersa la possibilità di operare ad ampio respiro nelle problematiche minorili, spaziando dall'area civile a quella penale. Questa composizione si è dimostrata particolarmente valida sul campo, e non solo nell'area penale, perché, appunto, l'incontro tra le scienze giuridiche e le scienze umanistiche consente in molti casi valutazioni complete e adeguatezza di interventi in tema di persone e relazioni, in una prospettiva che si spinge ben oltre il superamento delle difficoltà contingenti.

ANALISI STORICA E SOCIOLOGICA  
DELLA RIFORMA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA

Valerio Pocar

Sono particolarmente grato agli organizzatori di questo convegno, e in particolare all'amica Anna Danovi per l'invito, che ho accolto con piacere non avendo dimenticato l'esperienza ricca e gratificante di ricoprire per quasi un decennio la carica di presidente del Centro per la riforma del diritto di famiglia. E, in quest'occasione, mi è particolarmente caro rivolgere un pensiero di affetto e di ricordo all'indimenticabile Giuliana Fuà, che del Centro è stata fondatrice e animatrice finché le forze l'hanno sorretta.

Proprio oggi ricorre il trentaseiesimo anniversario dell'entrata in vigore della riforma del diritto della famiglia. È dunque l'occasione per un bilancio del tempo trascorso, ma anche e soprattutto per la ricognizione delle questioni che ancora restano da affrontare e da risolvere.

Una prima notazione è proprio che dall'entrata in vigore della riforma del 1975 sono passati appunto trentasei anni, un lasso di tempo ormai più lungo di quello trascorso dal 1942 al 1975. Ma, a differenza degli anni Sessanta e Settanta, precedenti la riforma, che recarono grandi novità e fermenti nel nostro campo (basti pensare alla legge sull'adozione cosiddetta "speciale" del 1967 e alla introduzione del divorzio nel 1970), dalla riforma del 1975 in qua poche sono state le innovazioni legislative e di non grave peso, se si eccettua la controversa e a mio parere poco felice introduzione dell'affido condiviso. Il fervore riformista degli anni Settanta sembra cosa lontana. Eppure, in questo volger di tempo, la famiglia, come sempre è avvenuto e avviene, si è andata trasformando con ritmi niente affatto decelerati, anzi. La stasi legislativa, dunque, dovrebbe sorprendere, se si tiene conto che proprio nel campo delle relazioni familiari la regolazione giuridica più che in altri campi dovrebbe o potrebbe raccogliere le istanze di mutamento della società e tanto più sorprendere se si tiene conto del fatto che i processi di trasformazione dei

modelli familiari negli ultimi decenni ci danno conferma che la parola “famiglia” non definisce oggi, come del resto non ha mai definito, un modello di organizzazione sociale univoco.

Come ho cercato di dimostrare in numerose occasioni e più compiutamente in un libro scritto con Paola Ronfani (*La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari, ultima edizione 2008), nelle trasformazioni delle relazioni familiari degli ultimi decenni si è andato concretando un processo d'importanza epocale che ha accompagnato gli ultimi secoli della civiltà occidentale, vale a dire il processo verso il riconoscimento dell'individualità. Si tratta di quel medesimo processo che ha condotto al riconoscimento dei diritti fondamentali e all'instaurarsi di rapporti democratici non solo come formula politica a livello pubblico, ma anche come esigenza di rapporti liberi e paritari tra le persone a livello privato. Si tratta, come ben si comprende, di un processo quanto mai complesso e tutt'altro che compiuto sul piano dei fatti (sappiamo tutti anche troppo bene che la democrazia e il riconoscimento dei diritti fondamentali degli individui sono spesso, se non quasi sempre, belle parole che coprono una realtà ben diversa), e tuttavia si tratta di un processo culturale assai avanzato sul piano delle idee, che ha recato ad acquisizioni di principio forse ormai irreversibili, almeno sul medio periodo, per quanto appaiano sempre a rischio e minacciate.

Lungo questo processo l'individuo da suddito diviene cittadino, da entità subordinata al gruppo d'appartenenza si muta in un soggetto che aspira a instaurare, negoziando, rapporti tra liberi ed eguali. Dalle relazioni politiche a quelle economiche e a quelle sociali questa evoluzione culturale appare alquanto più sviluppata nella sfera delle relazioni pubbliche, rispetto a quella delle relazioni private, ambito nel quale ha incontrato e incontra i maggiori ostacoli. La sfera privata sembra rappresentare lo zoccolo duro della sudditanza e della gerarchia ascritta: si pensi alla negazione della libertà di disposizione del proprio corpo, si pensi alle asimmetriche relazioni educative e scolastiche, si pensi, appunto, alle relazioni familiari, specialmente condizionate da discriminazioni legate al genere e all'età. Non per caso, proprio in questi ambiti si sono concentrati e si concentrano i tentativi di contrastare il riconoscimento della individualità e delle libertà dell'individuo.

Nonostante le resistenze, tuttavia, il processo verso il riconoscimento dell'individualità è andato sviluppandosi anche nel campo delle relazioni familiari. La riforma del diritto della famiglia del 1975 - frutto di grandi movimenti di emancipazione di un'epoca che oggi ci appare lontana e quasi estranea in questa fase di tentativi di restaurazione, collocandosi nel solco di trasformazioni comuni alla gran parte dei paesi occidentali - ha rappresentato un passaggio forse incompiuto, tuttavia certamente assai significativo e di grande peso in questo processo.

Al momento della riforma si disse, quasi unanimemente, che finalmente il diritto si adeguava alla trasformazione del costume familiare, ma si disse una cosa solo parzialmente vera, giacché in questo Paese i costumi familiari erano allora, come ancora sono, alquanto variegati e frutto di plurimi processi trasformativi, risalenti alquanto nel tempo, sicché per una parte non piccola e forse anzi per la maggioranza della popolazione italiana la riforma costituì la proposta di un modello innovativo ispirato al costume invalso nelle relazioni familiari dei ceti medi urbani, rivestendo così un importante ruolo pedagogico. È onesto ricordare che, proprio sotto il profilo delle idee e del mutamento culturale, la riforma poté assumere questa straordinaria valenza pedagogica anche per via della debolezza delle forze conservatrici conseguente alla sconfitta del referendum sull'abolizione del divorzio del 1974, quella medesima debolezza che, dopo un tormentato iter durato quasi un decennio, consentì che la riforma fosse concepita in tempi relativamente celeri.

Si disse allora, altresì, e con maggior veridicità, che il diritto della famiglia si adeguava finalmente ai principi costituzionali: e invero, dopo un paio di decenni in cui i principi costituzionali venivano interpretati alla luce della codificazione civile vigente, la riforma ristabilì la gerarchia delle fonti e suggerì anzi un'interpretazione innovativa degli stessi principi costituzionali.

In ossequio al dettato costituzionale, si affermò la parità dei diritti e dei doveri dei coniugi e anche si riconobbe loro – e la portata rivoluzionaria di questo principio passò allora quasi inosservata – anche la facoltà di concordare, su un piano di parità, contro la subordinazione del regime giuridico previgente, l'indirizzo della loro vita familiare, dando in tal modo peso alla loro individualità

e alle loro capacità di autonomia e di autodeterminazione. La possibilità di ricorrere al divorzio, già in precedenza introdotto, diventò, con la facoltà di separarsi anche senza colpa, la libertà di divorziare e, al tempo stesso, lo strumento di garanzia dell'accordo sulle scelte autonome dei coniugi e della loro parità. Parità, per inciso, che appare, almeno dal punto di vista formale, presso che perfetta, giacché le uniche eccezioni (la decisione prevalente in caso di conflitto sulle decisioni urgenti che riguardino la prole, e il cognome di famiglia) sembrano rivestire un significato piuttosto simbolico che pratico. In entrambi i casi, se mi è consentito di esprimere un'opinione personale, ribalterei le scelte della legislazione vigente, assegnando prevalenza alla decisione della madre e adottando come cognome della famiglia quello materno, scelta quest'ultima che, oltre a rappresentare una sorta di "risarcimento" storico, spazzerebbe ogni traccia di riconoscibilità di una procreazione "illegittima", soprattutto in una società "liquida" nella quale sovente l'unica relazione familiare stabile appare quella procreativa. Fine dell'inciso.

Ancora in ossequio al dettato costituzionale, venne quasi perfettamente rimossa la disparità tra i figli nati nel matrimonio e quelli nati fuori del matrimonio, e si riconobbe ai figli una posizione centrale nelle relazioni familiari, mutando la loro condizione da oggetto a soggetto di diritti e definendo la potestà dei genitori, piuttosto che come un potere, come un dovere e un'assunzione di responsabilità. Si affermavano con portata generale principi peraltro non nuovi, proposti già con molta chiarezza dalla legge del 1967 sull'adozione speciale.

Convergevano nella riforma, insomma, tanto certe trasformazioni dei costumi familiari e il condiviso desiderio di conformarsi al dettato costituzionale proprio delle forze politiche riformiste della sinistra, quanto l'esito culturale dei movimenti femministi, delle istanze di emancipazione dei giovani, in una parola di quello che stenograficamente e con grande approssimazione si chiamò, in sèguito, il Sessantotto.

Da un modello di famiglia di tipo istituzionale, fondato sulla gerarchia degli status familiari, si passò così a un modello di famiglia di tipo paritario e democratico, fondato piuttosto sulle relazioni affettive e su un progetto di vita

comune, negoziato sulla base di queste medesime relazioni affettive. Di fatto, le relazioni familiari, prima intese, sulle orme del Cicu, in senso pubblicistico secondo il modello gerarchico fatto proprio dalla concezione fascista della famiglia, si resero private, riservando l'intervento della sfera pubblica nella famiglia alla tutela dell'interesse e dei diritti dei minori. Il matrimonio stesso, giungendo a capo di un lungo processo di trasformazione, andava mutando di significato, non più inteso dalla collettività come un'istituzione deputata a svolgere certe funzioni sociali e a garantire l'ordine sociale stesso, ma percepito dalla coppia come uno spazio di costruzione della privata felicità tramite la realizzazione di un progetto condiviso da individui liberi ed eguali.

Il mutamento di significato del matrimonio, tra l'altro, fece anche impallidire l'idea che il conflitto familiare rappresentasse una patologia. Al di là del peso di sofferenza che la rottura di un rapporto affettivo sempre comporta, infatti, l'incremento numerico dei fallimenti matrimoniali - che taluno si ostina tuttora a leggere come un sintomo di una presunta "crisi" della famiglia - rappresenta piuttosto la naturale conseguenza del mutamento delle aspettative dei partner e delle funzioni stesse del matrimonio. Mi azzardo a dire, anzi, che la fragilità del legame di coppia e l'aumento del rischio di rottura di questo medesimo legame, lungi dal trarre motivo dalla possibilità dello scioglimento del legame di coppia, rappresentano il prezzo di una più elevata qualità delle relazioni tra i partner.

Nel complesso, la riforma del 1975 si è rivelata saggia e lungimirante. Pur riferendosi al modello di famiglia fondato sul matrimonio e regolando come legittime solo questo tipo di famiglie, la riforma ha, infatti, rimosso - in accoglimento, come bene si è detto, del "paradigma della differenza" - le principali conseguenze negative delle relazioni non matrimoniali, specialmente per quanto riguarda i rapporti di filiazione: dal punto di vista sostanziale, la filiazione legittima e quella naturale, infatti, poco si discostano, pari essendo i diritti e i doveri dei genitori e pari essendo le condizioni dei figli.

Tuttavia, come ho già detto, dalla emanazione della riforma è passato un lasso di tempo ben più lungo di quello che si soleva considerare una generazione, e l'assetto istituzionale disegnato dalla riforma stessa, incentrato sull'istituto matrimoniale, mostra ora qualche ruga e appare inadeguato ad

affrontare le nuove sfide che la trasformazione delle relazioni e delle consuetudini familiari sono andate prospettando.

Se il senso del vincolo matrimoniale come fondamento della relazione di coppia è mutato, e alla base di questa relazione stanno gli affetti volti a un progetto di vita comune, è ben chiaro che tale scopo può essere perseguito e realizzato in forme e in modi diversi da quelli offerti e stabiliti dall'istituto del matrimonio. Se la relazione di coppia si fonda sulla negozialità e sulla condivisione di un progetto, ogni coppia e ogni individuo può ricercare, e anzi deve essere messo nella condizione di ricercare, la forma e i modi specifici più adatti a realizzare quel suo proprio progetto. Le convivenze non matrimoniali, comprese quelle fra persone dello stesso sesso, le famiglie monogenitoriali per scelta di vita e non solamente come conseguenza temporanea dello scioglimento di un precedente matrimonio, la scelta di vita solitaria (nei grandi centri urbani i *singles* rappresentano più o meno i due quinti dei nuclei familiari censiti) pur instaurando relazioni affettive più o meno stabili (penso ai cosiddetti Lat, coppie *living apart together*) rappresentano ormai una cifra tutt'altro che trascurabile, anzi forse maggioritaria rispetto alle famiglie costituite su base matrimoniale, e, ciò che più conta, vanno crescendo numericamente di anno in anno secondo un *trend* evolutivo di lunga durata e ormai ben chiaro: i numeri dei rilevamenti statistici ne danno conto con sicurezza. Parallelamente, la disaffezione nei riguardi del matrimonio appare un fenomeno rilevante e in crescita, un fenomeno del quale non si può non tener conto e che non può essere semplicisticamente spiegato con la crisi economica e la precarietà del lavoro giovanile, già che il *trend* è pluridecennale. A popolazione costante, anzi in lieve crescita, dal tempo della riforma il numero dei matrimoni per anno si è quasi dimezzato, dal circa 420.000 nel 1972 a circa 240.000 nel 2007, e il fenomeno ha subito una brusca accelerazione proprio nel periodo più recente: nel biennio 2009/2010 la variazione annua della diminuzione ha raggiunto il 6 per cento, contro la media dell'1.2 per cento registrata negli ultimi venti anni (fonte Istat). In proposito, è interessante ricordare che la percentuale dei matrimoni civili rispetto a quelli religiosi è cresciuta, nel decennio tra il 1995 e il 2005, dal 20.0 per cento al 32.4, raggiungendo il 43 per cento al Nord, mentre in molti centri

urbani raggiunge e supera quella dei matrimoni concordatari. Fenomeno che anche non può spiegarsi semplicisticamente con le seconde nozze in seguito a un divorzio, che rappresentano solamente circa il 10 per cento del totale.

Ricordo, da ultimo, che nell'ultimo decennio il numero dei figli nati fuori dal matrimonio si è quasi raddoppiato, raggiungendo nel 2006 il 18,6 per cento dei nati.

In conclusione: anche se la coppia matrimoniale rappresenta ancora il modello recato dagli stereotipi culturali diffusi (quando si pensa a una coppia, si pensa d'acchito a un marito e a una moglie), una quota sempre più considerevole della popolazione italiana, seguendo tendenze riscontrabili in tutti i paesi occidentali, adotta, dunque, modelli di coppia di tipo alternativo.

È difficile, in questo quadro, parlare di un carattere “naturale” della famiglia matrimoniale, come si ostinano a fare i *laudatores temporis acti*, in nome di una pretesa naturalità dell'istituto matrimoniale stesso, che per sé sarebbe tale da garantire stabilità e felicità alla coppia, nella pia (!) illusione che la costrizione giuridica possa soverchiare le aspirazioni dei singoli e le trasformazioni culturali. È appena il caso di ricordare, a questo proposito, che un modello “naturale” della famiglia non è rinvenibile neppure nella tradizione cristiana, come ebbe autorevolmente a chiarire padre Ernesto Balducci in un non dimenticato scritto “La famiglia nel Vangelo e nella teologia”, redatto nel 1974 alla vigilia del referendum sul divorzio, scritto nel quale rammentava che la crisi della famiglia cosiddetta cristiana altro non era che la crisi della famiglia tradizionale e che anche “la cosiddetta famiglia cristiana...è un prodotto storico e, come tale, relativo”.

Si pongono, a questo punto, diversi interrogativi, che si traducono in sfide alla legislazione familiare.

In una situazione sociale di questo tipo e a un punto dell'evoluzione giuridica di questo tipo, a chi serve e a che cosa serve il matrimonio? Al di là del valore sacramentale, per chi crede, e del valore simbolico, per chi glielo vuole riconoscere, dal punto di vista pratico il matrimonio sembra, oggi come oggi, servire soltanto a garantire, per via del vincolo di solidarietà che con questo istituto giuridico s'instaura, il coniuge più debole in caso di rottura del vincolo

stesso. Questo scopo, importante e del tutto condivisibile, può, tuttavia, essere perseguito per altre vie e in altri modi.

Ma, ciò che più ci inquieta, non sarà forse proprio il mantenimento del matrimonio come cardine del diritto della famiglia e, più precisamente, l'ideologia della famiglia sulla quale esso riposa, l'elemento che impedisce la soluzione delle sfide dell'oggi? Sfide che, sulla base delle trasformazioni dei costumi familiari, si possono, tra molte altre, individuare principalmente nell'urgenza di una regolazione delle coppie di fatto, eterosessuali ed omosessuali, e della regolazione del rapporto spesso conflittuale tra genitorialità biologica e genitorialità cosiddetta "sociale" nelle famiglie ricomposte.

V'è chi paventa che una regolazione delle coppie non matrimoniali possa porre a repentaglio l'istituto del matrimonio. Ma, anche a trascurare la considerazione che il matrimonio stesso potrebbe essere un feticcio, v'è da chiedersi perché mai questo istituto dovrebbe essere posto a rischio da accordi, comunque si voglia chiamarli, tra due individui (di sesso diverso o dello stesso sesso, legati dall'intendimento di fare coppia o anche semplicemente da vincoli di amicizia o di solidarietà), da accordi privati, ma opponibili alle parti stesse e ai terzi, che consentano di ottenere certe garanzie che il matrimonio può offrire, senza però che ai partner sia imposto un modello unico tale da sovrapporsi alle scelte libere delle parti, da irrigidirle e coartarle. A meno che l'idea del rischio non nasca dal timore che siffatto tipo di accordi rappresenti una soluzione più confacente, più che non il matrimonio, alle tendenze in atto nei costumi familiari, ispirate dall'autodeterminazione dei partner. E invero accordi siffatti potrebbero e dovrebbero essere concepiti non già come un ripiego, come un matrimonio di seconda serie destinato a coloro che al matrimonio non possono accedere (ma, ripeto, ritengo che tutti gli individui, volendolo, dovrebbero potervi accedere, senza discriminazioni dettate dalle loro inclinazioni o dalle loro scelte sessuali), ma piuttosto come una forma di regolazione più elastica della vita di coppia e per ciò solo più conforme alle aspirazioni di relazione di due individui che intendono realizzare un loro specifico progetto comune. Mi sento di dire con convinzione che si tratterebbe di uno strumento giuridico più adeguato alla realtà odierna delle relazioni familiari che non il matrimonio

stesso e, dunque, un frutto evolutivo delle trasformazioni familiari. Per regola, quando la realtà sociale cambia, gli istituti giuridici già pensati con riferimento a una diversa realtà precedente vengono abrogati e sostituiti con altri più adeguati. Sul piano della sostanza, dunque, anziché discutere (o sbraitare) in merito alla regolazione delle convivenze non matrimoniali, v'è da chiedersi se proprio il matrimonio non andrebbe piuttosto riformato, trattandosi di un istituto che mostra qualche segno di obsolescenza.

In proposito, penso anche al matrimonio che fonda sì le famiglie ricomposte, ma non è in grado di affrontare i problemi che questa condizione familiare presenta. Si tratta di una questione di difficile soluzione, che non per caso non ha trovato risposte soddisfacenti neppure in altri Paesi nei quali il fenomeno è più macroscopico, soluzione alla quale peraltro la legge sull'affido condiviso sembra recare un contributo negativo piuttosto che chiarificatore.

Non sto in questa sede ad approfondire la questione, cruciale però, che una regolazione delle convivenze non matrimoniali rappresenterebbe un progresso civile, come ogni innovazione volta ad accrescere la libertà degli individui, ferma restando, ovviamente, la libertà di instaurare una convivenza perfettamente non regolata e ferma restando, ovviamente, la libertà di contrarre il matrimonio.

In conclusione, timori e apprensioni nei confronti di una regolazione delle convivenze possono essere nutriti solo da coloro che intendono riproporre e restaurare un modello di regolazione delle relazioni familiari di tipo tradizionale, un modello di famiglia fondato su salde gerarchie di genere e di età, nel quale gli interessi della famiglia stessa facciano premio sulle scelte degli individui che la compongono. Peccato solo che relazioni familiari di questo tipo vadano scomparendo nella pratica concreta, anche nelle famiglie fondate sul matrimonio.

Sono passati trentasei anni dalla riforma. Forse è giunto davvero il momento di rimettere mano alle regole della famiglia con lo stesso spirito riformista, intelligente e laico, che guidò il legislatore del 1975.

ANALISI STORICA E SOCIOLOGICA  
DELLA RIFORMA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA

Loredana Garlati

La lettura e lo studio della riforma del diritto di famiglia del 1975 secondo una prospettiva storica aiuta a discernerne elementi di continuità e discontinuità, e forse ai giuristi e agli operatori del diritto può risultare utile distinguere quanto ci sia di nuovo e quanto di antico in questa legge.

Ricordava infatti Adriano Cavanna, in un suo articolo, che “mentre il nuovo diritto di famiglia andava prendendo corpo, in seno al nostro Parlamento si era quasi convinti che fosse in atto una rivoluzione piuttosto che una riforma. In realtà, sotto svariati aspetti, i nostri parlamentari la stavano inconsciamente, e molto più modestamente, rifacendo quella rivoluzione”. Scorrendo infatti il complesso degli Atti parlamentari ci si imbatte spesso in qualcosa di *dèjà vu*.

Non si può negare che quella riforma ruppe con l'immediato passato e “decretò la fine dell'impronta tecnico-concettuale napoleonica che gli istituti del vigente codice avevano largamente ereditato dalla normativa del 1865”, cercando di dare una nuova architettura ai rapporti tra i singoli componenti. Si sostituiva ad una visione gerarchica della famiglia, che aveva dominato incontrastata fin dai tempi più remoti, una concezione solidaristica ed egualitaria, che mirava a “fare giustizia del millenario primato maschile” e a tutelare i figli nati fuori dal matrimonio, riconoscendo loro una posizione paritaria a quella attribuita ai figli legittimi. Erano infatti venute meno le condizioni giustificatrici di un'iniqua disparità di trattamento: le funzioni politiche ed economiche tradizionalmente riconosciute alla famiglia si presentavano ormai come retaggi di età e culture ormai superate.

“Ed è infine un meditato programma antiautoritario – ricorda ancora Cavanna - che spinge il legislatore a far giustizia dell'antico nome della patria potestà, cui viene sostituita un'allentata condirezione, per di più svolta nell'interesse esclusivo dei figli e per la valorizzazione della loro personalità. E

nel raggiungimento di questi fini il legislatore ha mostrato di muoversi secondo un'idea decisamente illuministica del proprio potere, ossia con la fiducia nelle possibilità propulsive della legge, con la concezione promozionale e pedagogica del diritto, il quale può orientare costume e mentalità, secondo i postulati proprio dell'ideologia illuminista e con tutti i rischi connessi, quelli a cui sempre si espone una concezione eudemonologica dello Stato”.

Queste sono le indefettibili premesse.

Eppure nella riforma del diritto di famiglia, che certo non si è limitata a meri ritocchi di maquillage dell'esistente, ma ha radicalmente investito quella che Jemolo definiva un'isola lambita dal mare del diritto, lo storico avverte suggestioni ed echi del passato.

Partendo da una prima considerazione: ossia che la riforma del '75 sembra realizzare l'intuizione di Pisanelli il quale, alla vigilia del primo codice civile unitario, avrebbe preferito addirittura lasciare questa materia fuori dal codice, considerandola una branca di leggi speciali, intermedia tra il codice civile e lo Statuto, come risulta della sua relazione presentata al Senato per accompagnare il primo libro del codice stesso, a dimostrazione di come la famiglia sia stata sempre avvertita come un'istituzione a metà tra concezione pubblicistica e privatistica.

Volta per volta essa fu concepita come aggregazione collettiva a base dello Stato (a sua volta inteso non come insieme di individui ma di famiglie), un'istituzione attraverso la quale garantire il buon funzionamento della società (buone famiglie sono alla base di un buono Stato) o come libera espressione di volontà e di autonomie individuali, in cui far prevalere i diritti e gli interessi dei singoli sul supremo bene dell'ordine sociale.

Furono infatti proprio i principi sanciti dalla nostra Costituzione ad avviare un lento ma costante processo di adeguamento delle norme in tema di famiglia ed è stata infine una legge speciale a fissare, al tempo stesso, un punto di arrivo e di partenza del diritto di famiglia.

Ed è proprio l'art. 29, con la nozione di famiglia come società naturale, a solleticare reminiscenze giusnaturalistiche, la corrente di pensiero che forse, più

di altre, nella varietà di pensiero dei suoi singoli esponenti, rappresenta una sorta di *trade d'union* tra passato e presente.

L'idea di una famiglia che sorgeva in virtù di un libero consenso era certo un postulato groziano, ma ancor prima della Chiesa, che negli anni di contesa allo Stato della supremazia nella regolamentazione del matrimonio (e della famiglia in genere) difendeva strenuamente il principio consensualistico come espressione di libera scelta e di amore tra i coniugi, in opposizione ad un potere civile che invece vedeva nel matrimonio uno strumento per accrescere il potere politico-economico della famiglia a scapito e con il sacrificio delle aspirazioni individuali dei singoli membri.

Le nozze venivano combinate all'interno dello stesso ceto per rafforzare il prestigio della famiglia attraverso nuove possibili alleanze o cementando le vecchie, tanto che ricerche archiviste hanno dimostrato come ancora nel '500-'600 il matrimonio d'amore è quello concluso in una perfetta concordia tra le due famiglie, per "la bona amicitia che fra di loro è sempre stata".

Il matrimonio, dunque, per la legislazione statale, non era un libero incontro di due libere volontà, e a questa situazione si opponeva la Chiesa che riteneva che il matrimonio si perfezionasse con il semplice scambio di consenso tra i nubendi, presupponendo in questo senso l'uguaglianza tra l'uomo e la donna.

La natura sacramentale e consensualistica comportò necessariamente il principio della aformalità del matrimonio, o meglio della non necessarietà nella materia matrimoniale di formalità *ad substantiam*: bastava che un uomo ed una donna avessero raggiunto rispettivamente l'età di quattordici e di dodici anni per unirsi in matrimonio da soli, in qualsiasi luogo e in qualsiasi momento attraverso l'espressione del loro consenso mediante *verba de presenti*.

Parte quindi da lontano l'idea di un matrimonio fondato sul consenso, ripreso e laicizzato dal pensiero giusnaturalistico, a cui si deve anche l'aver basato il potere di entrambi i genitori, e non solo del padre, su un diritto naturale fondato sulla mera generazione, fonte, per Grozio, di tutti i diritti e dovere esistenti all'interno del gruppo familiare. Ricorda Gigliola di Renzo Villata che l'olandese Ugo Grozio, andando contro gli orientamenti dominanti nella società coeva, non distingueva nemmeno tra figli legittimi e naturali, ma che fu soprattutto John

Locke, differenziandosi dagli altri esponenti del giusnaturalismo, i quali in modo più o meno marcato giustificavano l'assolutismo paterno, a definire come dovere la potestà genitoriale, spettante in identica misura a tutt'e due i genitori, ed era un dovere da assolvere nell'esclusivo interesse dei figli e per un periodo limitato: era infatti destinato a durare finché i figli non fossero in grado di provvedere a loro stessi.

“Per Locke l'uguaglianza era la regola posta alla base dei rapporti anche tra moglie e marito che costruivano la società coniugale non solo per procreare, mantenere ed educare i figli, ma per stringere tra loro un legame affettivo ed offrirsi reciprocamente aiuto ed assistenza. Era una famiglia, quella lockiana, in cui, tolte le finalità religiose e politiche, venivano restituiti i caratteri di una società naturale, un organismo etico in grado di garantire la felicità dei suoi membri”.

Si comincia quindi ad intravedere quali voci si siano levate nel passato per enunciare principi sul diritto di famiglia analoghi a quelli da noi recepiti soltanto a metà degli anni Settanta del Novecento, senza dimenticare chi la rivoluzione la fece sul serio, ossia la Francia, dove in nome dei principi di libertà e eguaglianza, la famiglia monolitica d'*ancien régime* fu distrutta dalla fondamenta, con l'introduzione della successione legittima, a discapito dei diritti di primogenitura e del fedecommesso, l'equiparazione tra figli naturali e legittimi (traduzioni normative delle battaglie natural-illuministiche), con l'introduzione del divorzio, strumento di felicità e libertà, capace di rimediare agli errori di gioventù, di decretare la fine dell'ipocrisia della separazione, di esaltare anziché distruggere lo spirito della famiglia, dal momento che, si sosteneva, il divorzio consentiva al matrimonio di risorgere dalle sue stesse ceneri come un'araba fenice, garantendo soltanto l'esistenza o la sopravvivenza di vere unioni coniugali felici.

E a dimostrazione che molte delle scelte innovative compiute in tema di famiglia passavano attraverso l'ispirazione dell'illuminismo, declinato in modo diverso nelle diverse realtà europee, scelte simili si possono trovare in un codice agli antipodi del clima rivoluzionario, ossia nel codice austriaco del 1811, entrato in vigore nel Regno Lombardo-Veneto all'indomani della Restaurazione. Nel

titolo dedicato al rapporto tra genitori e figli si ritrova sì una figura paterna titolare di una patria potestà cessante con la maggiore età dei figli, ma soggetta ad una serie di doveri indicati minuziosamente, ripartiti tra padre e madre (il primo chiamato ad occuparsi del mantenimento, la seconda della cura del corpo dei figli) e sanzionati, nel caso di violazione, con la perdita perpetua della patria potestà. E se al marito spettava indicare la direzione della vita familiare (in ossequio al principio che ogni società ha necessità di un capo che la guidi e la governi), la donna era svincolata da ogni autorizzazione nello svolgimento dei propri atti e negozi giuridici, assicurando così alle donne lombardo-venete, uniche nel panorama italiano pre-unitario, una libertà che verrà loro revocata all'indomani dell'entrata in vigore del codice Pisanelli.

“Ma la legislazione italiana, più che al modello radicale di famiglia introdotto dalla rivoluzione, si ispirò al codice napoleonico, una sorta di compromesso tra tradizione e novità, che ripristinava un'idea di famiglia come cellula costitutiva e come modello a scala ridotta dell'organizzazione sociale e come quella fondata sul potere di un unico individuo (qui il padre, là l'Imperatore), dotato di forti poteri correttivi nei confronti dei figli e di netta supremazia rispetto ad una moglie tenuta all'obbedienza e dotata di una limitata capacità d'azione”.

È così che il primo codice unitario del 1865, codice che faticosamente tagliò il traguardo della promulgazione, in parte si plasmò sul prototipo francese, in parte rivendicò proprie strategie familiari. In attuazione di quei valori liberali, laici e separatisti cui lo Stato unitario dichiarava di ispirarsi, il codice, se da un lato tendeva a limitare l'intervento dello Stato all'interno della famiglia, dall'altro ne estrometteva la Chiesa, prevedendo il matrimonio civile quale unico rilevante per lo Stato, in netto distacco con le opzioni pre-unitarie che, dopo la breve parentesi napoleonica con l'introduzione anche in Italia del matrimonio civile, erano tornate alle forme del matrimonio canonico.

Si trattava di un'autentica rivoluzione, che la società civile, come dimostrano le statistiche degli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del Codice Pisanelli, non era del tutto preparata ad accogliere. Ci si era illusi di una spontanea adesione popolare alla nuova forma di celebrazione, un ottimismo che aveva indotto a non rendere obbligatoria la precedenza della celebrazione

civile rispetto a quella religiosa. Ma di lì a pochi anni, i risultati di alcuni studi statistici denunciavano un'alta percentuale di matrimoni celebrati solo in Chiesa, dimostrazione d'un evidente 'fallimento' della politica familiare perseguita e delle resistenze culturali ancora presenti nella nostra terra.

La laicizzazione del matrimonio non significò tuttavia accoglimento del divorzio, e non tanto per motivi religiosi (anche se si voleva evitare di esacerbare lo scontro, già duro, con il mondo cattolico), ma in ragione di un'etica laica e per rispetto dell'interesse della società civile, come affermato da Vigliani e Pisanelli. Contro le argomentazioni addotte da più parti, che facevano derivare dalla natura contrattuale del matrimonio il suo scioglimento per mutuo consenso, il Ministro Guardasigilli sosteneva l'indissolubilità del vincolo coniugale: prendendo spunto dall'osservazione della natura umana "che vuole stabili e costanti le unioni dell'uomo e della donna per la procreazione della specie e per l'educazione dei figli e che pose nel cuore dell'uomo l'istinto della famiglia e della società", concludeva che il divorzio era gravemente dannoso sia per l'uomo, compromettendone la formazione e lo sviluppo, sia per la società, sconvolta nel suo ordine. Si legge infatti nella relazione di Vigliani: "quando una legge collocasse sulla soglia del matrimonio e nel suo seno l'idea del divorzio, essa avvelenerebbe la santità delle nozze, ne deturperebbe l'onestà, perché quell'idea si muterebbe nelle mura domestiche in un perenne ed amaro sospetto".

Si ammetteva quindi la separazione, disciplinata per cause tassative, anche se alquanto vaghe nella loro formulazione, tanto da dover esser riempita di contenuti e significati dall'apporto giurisprudenziale.

Così come si mantenne l'autorizzazione maritale, nonostante Pisanelli nel suo progetto l'avesse esclusa e, prima di lui, il ministro Cassinis nel progetto del 1860, ritenendo la soppressione di tale istituto utile e giusta, poiché si trattava di restituire alla donna la propria dignità ed evitare inutili tensioni o malcontento tra le genti lombarde. E se il codice Pisanelli avesse seguito le linee tracciate dal primo progetto dell'allora ministro Cassinis, altre novità sarebbero state introdotte nell'Italia liberale, quale, ad esempio, la perdita della patria potestà sancita a carico del padre che ne abusasse gravemente, violandone o

trascurandone i doveri (il codice Pisanelli non mostrerà la stessa sensibilità, limitandosi a punire il genitore con l'esclusione dall'usufrutto, in tutto o in parte, sui beni del figlio, come ricordato da Stefano Solimano in un suo recente libro).

Occorre poi dire che per tutto il periodo di vigenza del codice Pisanelli, dal 1865 fino al 1942, mancano quasi completamente interventi legislativi, almeno fino al 1919, quando viene promulgata legge che concede piena capacità di agire alla donna, risultato che arrivava sull'onda di insistenti richieste provenienti da più parti e che voleva essere un riconoscimento al coraggio e all'impegno mostrato dalle donne italiane durante la Grande Guerra.

Se davvero si può utilizzare per questo periodo la formula coniata da Ungari di un cinquantennio senza riforme, ciò non significa che si tratti di un'età priva di fervore progettuale o di dibattiti, anche animati.

Non va dimenticato che in quegli anni entrano nella discussione forze politiche nuove: i socialisti si presentano come il partito più avanzato nel sostenere i diritti delle donne, dei figli naturali, nel richiedere il divorzio.

Tra il 1878 e il 1920 si possono enumerare dieci progetti o disegni di legge in tal senso. Per cogliere le ragioni per le quali tutti questi progetti fallirono non basta forse rifarsi alla forte campagna antidivorzista sostenuta da eminenti giuristi e dal mondo cattolico.

L'analisi dei progetti di legge, delle relazioni e delle spiegazioni che li accompagnarono mostra una certa ambiguità ed oscillazione proprio nella visione di fondo che li ispira e nella nozione stessa di matrimonio ad essi sottesa.

Due sono in particolare le posizioni possibili: la visione contrattualistica/individualistica che pone al centro del matrimonio il consenso delle parti, e da ciò ricava l'inevitabile solubilità del vincolo; e quella che vede l'istituto come un'istituzione sociale, dunque tendenzialmente indissolubile e propone il divorzio soltanto quale rimedio volto a meglio tutelare la stabilità dell'unione familiare.

Proprio sull'incertezza di visione su cui fondare l'istituto del divorzio fanno leva le tesi antidivorziste espresse da giuristi spesso di alto livello, che riescono

spesso a mettere in evidenza i limiti degli argomenti avversari, come risulta da alcune ricerche svolte da Chiara Valsecchi.

Nella proposta proveniente dal deputato Salvatore Morelli nel 1878, non solo si prevedeva il divorzio, ma vi comparivano anche inaudite aperture per il tempo, come il principio di legittimità di nascita indipendentemente dal matrimonio, con il cognome della madre imposto al figlio e quello del padre facoltativo.

Di segno molto diverso appare la proposta del guardasigilli Tommaso Villa del 1881: qui la prospettiva si sposta tutta sulla visione contrattualistica del matrimonio, di impostazione francese, che Villa giudica molto più moderna. Egli tuttavia sostiene che tale concezione non sia in contrasto con l'idea di indissolubilità del matrimonio: egli riconosce che il matrimonio rivestito del carattere della perpetuità meglio risponda ai suoi scopi, ma tuttavia ritiene che possano esistere legittime eccezioni a questa regola generale. Egli propone quindi l'introduzione del divorzio accanto alla separazione.

Accompagna poi la sua proposta con drammatiche statistiche sugli omicidi commessi o tentati tra coniugi (la media si aggirava su 46 omicidi l'anno) e questi dati si spiegavano, a suo dire, con la disperata volontà di rompere un legame divenuto insopportabile.

Del 1883 è il progetto del Ministro Zanardelli, che fa proprio nelle sue istanze principali il progetto del predecessore Villa. Zanardelli, tuttavia, accompagna il progetto cercando anche di rispondere alle obiezioni che nel frattempo erano state sollevate. Eclatante appariva l'indifferenza della società civile verso il divorzio. A suo giudizio, il fatto che l'opinione pubblica non chiedesse il divorzio non aveva alcuna rilevanza, perché spesso si emanavano provvedimenti che apparivano agli occhi della gente odiosi, mentre nel pensiero del legislatore essi non erano altro se non il risultato di buoni e doverosi consigli.

Secondo Zanardelli anche i figli avrebbero tratto vantaggio dal divorzio e sarebbero stati meglio tutelati, senza dimenticare il valore moralizzante del divorzio, che evitava lo spettacolo immorale del concubinato.

Già durante i lavori preparatori del codice del 1942 è possibile rendersi conto che si va mano a mano affermando un concetto di interesse familiare che

trascende l'interesse del singolo e che finisce per entrare in rotta di collisione con la visione contrattualistica ed individualistica di stampo liberale per accentuare l'autoritarismo e la netta demarcazione tra famiglia legittima e famiglia naturale. La famiglia viene vista ora come una struttura giuridica organica, anche se priva di personalità, portatrice di interessi superiori e dunque di volontà sua propria, e dotata di un'organizzazione che si concentra nel capofamiglia.

Questi non è più titolare di un potere sostanzialmente libero, ma di un potere vincolato ai fini comuni, adombrandosi così una sorta di analogia con il diritto pubblico. Ed è questo il punto cui si ricollegherà tutta una pubblicistica di regime che sostituisce agli interessi sovraindividuali familiari gli interessi della società tutta.

Con estrema durezza Alfredo Rocco, nel 1935 dirà: "Il matrimonio non è un istituto creato a beneficio dei coniugi, ma è un atto di dedizione e di sacrificio degli individui nell'interesse della società, di cui la famiglia è nucleo fondamentale".

In generale, il Codice del 1942 non apporta molte innovazioni alla precedente disciplina: la struttura autoritaria che il vecchio Codice aveva dato alla famiglia, facendone del marito il capo, consente di riprodurre sostanzialmente immutati gli articoli che attengono ai diritti e ai doveri reciproci dei coniugi, mentre viene respinta l'idea, da taluno avanzata, di reintrodurre l'autorizzazione maritale.

Resta immutata anche la disciplina sulla patria potestà, sia nella distinzione tra titolarità, spettante ad entrambi i genitori, ed esercizio, riservato al padre, sia nei poteri ad essa inerenti, sia, infine, nelle limitazioni imposte alla madre quando, per morte o incapacità del padre, subentri a lui nell'esercizio.

Dove le innovazioni assumono un segno decisamente positivo rispetto al codice del 1865, anche se non pienamente soddisfacente rispetto alle aspettative di molti, è riguardo alla filiazione naturale. La paternità può essere ora dichiarata, oltre che quando vi sia stato ratto o violenza carnale, quando la madre ed il presunto padre abbiano convissuto notoriamente come coniugi al tempo del concepimento, quando vi sia possesso di stato di figlio naturale ed

ancora quando la paternità risulti indirettamente da sentenza civile o penale o da non equivoca dichiarazione scritta dei genitori.

Un minor sfavore incontrano poi i figli adulterini, per i quali si ammette il riconoscimento da parte del genitore non sposato al tempo del concepimento, ed anche dall'altro genitore, se il coniuge di lui sia deceduto e non vi siano figli legittimi o legittimati; oppure ancora in presenza di figli legittimi se maggiori, ma questa volta con decreto reale, sentiti i figli stessi ed il parere del Consiglio di Stato.

Tutti gli aspetti patrimoniali che concernono la famiglia restano comunque ancorati alla vecchia tradizione, che accentra nel nucleo legittimo interessi e patrimoni: come è palese non solo nella sostanziale fissità delle norme relative alle successioni, quanto e soprattutto nella conservazione del regime dotale e nella introduzione di un nuovo istituto, il patrimonio familiare, che consente di mantenere il vincolo di destinazione dei beni alla famiglia oltre lo scioglimento stesso del matrimonio.

Al di là delle altisonanti affermazioni del regime, la nuova disciplina codicistica della famiglia è dunque una disciplina già vecchia, dove principi autoritari e discriminatori ereditati dal passato trovano nuove e nobilitate ragioni nell'etica del regime e un fondamento non indifferente nel comune sentire del popolo italiano.

E' forse a questo comune sentire che si deve imputare una sopravvivenza tanto lunga di regole che, di lì a pochi anni, non troveranno più alcuna rispondenza nei principi della Costituzione repubblicana del 1948 ed ancor prima nel riconoscimento pieno della personalità della donna implicito nel finalmente acquisito diritto di voto del 1946.

Infatti, nonostante i valori costituzionali, per tutti gli anni Cinquanta e Sessanta sono stati i limiti a prevalere sui principi: mescolando scetticismo a sconforto, la dottrina parla di inconcludenza delle norme costituzionali, affidate a leggi al di là da venire. Ciò ha condotto ad una lettura ed ad una interpretazione delle norme costituzionali alla luce del codice civile del 1942: ad esempio, la famiglia quale società naturale non può prescindere, si sostiene, dalla naturale differenza tra i due sessi e dalla loro naturale complementarietà.

Nessun dubbio, ad esempio, aveva la giurisprudenza degli anni Cinquanta sul fatto che fosse il marito, in quanto capo, a determinare il regime di vita della famiglia, anche quando vi fossero concreti apporti della moglie. Alcune sentenze della Corte d'Appello di Firenze ritenevano non fosse ravvisabile ingiuria grave nel solo fatto di aver privato la moglie di ogni autonomia patrimoniale, estromettendola dal governo di casa, neppure quando il marito aveva esercitato in modo meschino tale potere per "acidità e grettezza di temperamento". Il marito, a detta di una sentenza della Cassazione del 1955, può pretendere dalla moglie il sacrificio della sua attività professionale per il buon andamento della famiglia o vietarle di uscire di casa da sola o senza la sua compagnia, tanto che è legittimo, ove ella disobbedisca andando a teatro con un'amica, che al suo ritorno a casa il marito la percuota e le impedisca di rientrare nell'abitazione, o almeno tanto era sostenuto dal Tribunale di Milano nel 1958. Il marito, inoltre, nello svolgimento di una funzione di protezione della moglie deve preservarla da possibili travimenti, controllandone la corrispondenza, e qualora scopra le sue relazioni peccaminose, ben può percuoterla e cacciarla di casa.

Anche l'impronta confessionale è assai evidente: si nega, ad esempio, nel 1960, che il fatto religioso rileva nella scelta del genitore affidatario, in quanto, vivendo i minori in Italia, è nel loro interesse che venga loro impartita una educazione all'italiana, poiché "la nostra società vive secondo determinati principi che non sono soltanto morali, ma anche religiosi, e di una determinata religione: quella cattolica apostolica romana".

In questo clima, l'entrata in funzione della Corte Costituzionale nel 1956 non ha effetti immediati. La Corte procede all'inizio con passo cauto, più volte invitando il legislatore a farsi carico di un organico intervento che adegui la legislazione vigente ai principi di eguaglianza che rispecchino una mutata coscienza sociale. Tende però, da parte sua, a conservare il dato normativo esistente, suggerendo magari interpretazioni più consone a quei principi.

Solo dopo dieci anni circa dalla sua entrata in funzione la Corte comincia a procedere in modo più spedito, cancellando una serie di norme per il loro palese contrasto con la Costituzione. E accanto agli interventi della Corte cominciano a registrarsi una serie di provvedimenti settoriali, anticipatori della svolta del '75.

Il compito dello storico del diritto si ferma, per ora, alle porte di questa riforma, che tuttavia, per i dibattiti cui ha dato vita e per gli innesti successivi, forse meriterebbe già una ricostruzione da parte degli storici del diritto, perché si realizzi quella positiva sinergia tra il giurista che guarda al diritto inforcando gli occhiali della storia e chi a quel diritto è chiamato a dare un futuro.

IL DIRITTO DI FAMIGLIA DAL 1975 A OGGI.  
TRASFORMAZIONI INTERVENUTE E PROSPETTIVE ODIERNE

Piero Schlesinger

1.

La ricorrenza odierna ci ricorda l'entrata in vigore, 36 anni fa, della riforma del diritto di famiglia della Repubblica, che ha mutato il volto della vecchia famiglia patriarcale, gerarchica e prevalentemente contadina, quale era uscita ribadita dal codice civile del 1942, ancora ispirato alla supremazia maritale, restando il maschio il "capo della famiglia".

Nel 1942 – quando fu completato, pur essendo in corso una spaventosa guerra, il "nuovo" (??!) codice civile, imprudentemente avviato dalla dittatura "a tappe", dal 1939 – l'Italia era in grave ritardo rispetto ai Paesi più avanzati (soprattutto l'Inghilterra, ma pure, ovviamente, Stati Uniti, Francia e Germania), sia sul piano economico che su quello culturale. Il mondo moderno, come tutti sanno, ha realizzato la sua profonda trasformazione grazie alle rivoluzioni industriale, prima, e liberale, poi. Ma in Italia l'*Homo novus* ed i suoi tratti caratterizzanti si trovavano ancora ad uno stadio embrionale, vantando come merito la conservazione degli antichi costumi e delle relative tradizioni, tuttora, quindi, improntando l'organizzazione familiare a scarsa mobilità ed autonomia dei singoli e particolarmente delle donne.

La liberazione dal nazi-fascismo, l'avvento della Repubblica democratica e la conseguente approvazione della Carta costituzionale del 1948, fondata su principi di libertà e di promozione dei diritti fondamentali della persona, avviarono un gran balzo in avanti, favorendo una trasformazione del Paese ben più rapida di quanto si sarebbe potuto in principio supporre. Era dunque essenziale che si provvedesse rapidamente ad adattare pure il diritto di famiglia alle profonde modifiche, già intervenute *de facto* nelle modalità della vita quotidiana, specie dopo gli enormi processi messi in moto con la diffusione del lavoro salariato, la conseguente urbanizzazione, gli spostamenti di intere masse dalle loro precedenti localizzazioni, *in primis* dal meridione e dal Polesine.

Come mai, dunque, tardò tanto la riforma del diritto di famiglia, sopravvenuta addirittura solo dopo quasi un trentennio, nel 1975, sebbene urgesse attuare il fondamentale principio della “parità dei coniugi”, subito proclamato dalla Costituzione (artt. 3 e 29), ma che tardava a trovare piena disciplina anche nella regolamentazione civilistica?

Al riguardo è bene ricordare che all’Assemblea Costituente, nel 1947, per soli 3 voti non fu approvata la proposta di rendere “indissolubile” il matrimonio, principio che avrebbe reso ancora più difficile e complicata la successiva introduzione del divorzio. In quel momento, però, una simile novità sembrava lontana e nessuno ne suggeriva l’adozione. Ma i tempi, come già accennato, ebbero in ogni aspetto una successiva notevole accelerazione e così tutti i Paesi dell’Occidente liberale si adattarono in breve al regime di ammissibilità dello scioglimento volontario del rapporto coniugale, superandone la precedente indissolubilità (*finché morte non ci separi*). Il notevole diffondersi di crisi familiari e di separazioni delle coppie sposate, resero ben presto anche in Italia intollerabile il vincolo perpetuo (in vita) del coniugio ed andarono aumentando in modo rilevante le pressioni per introdurre pure da noi il divorzio. Le resistenze – come è comprensibile in un Paese, soprattutto allora, molto attaccato ai principi difesi per il loro profondo valore dalla Chiesa – furono molto tenaci e così divenne inevitabilmente lungo il travaglio per soddisfare una richiesta sollecitata da una parte cospicua ed in continua crescita della popolazione, accolta, perciò, soltanto nel 1970, con l’approvazione in Parlamento della legge n.898, sulla “Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”.

I lavori della riforma dell’intero diritto di famiglia – da tempo in corso con larga partecipazione di studiosi, ma frenati dall’incertezza di quale sarebbe stato l’assetto finale della questione di maggior rilievo, il matrimonio – vennero ulteriormente ritardati dallo svolgimento del referendum del 1974, ultimo vano tentativo di ribaltare l’esito dello scontro divampato nel paese sull’ingresso del divorzio in Italia. Confermata dall’esito del referendum la dissolubilità del vincolo coniugale, il Parlamento, consapevole del grave ritardo accumulato, a quel punto precipitò i tempi dell’approvazione della riforma, che intervenne, come abbiamo già ricordato, nel 1975, senza però che vi fosse stato il tempo di

coordinarne il testo con la disciplina introdotta dal divorzio, neppure menzionato nel riformato Libro II del codice civile (soltanto nel 1987 si ebbe un rilevante aggiornamento delle relative norme con la novella del 6 marzo 1987, n. 74, "Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio").

2.

La Carta costituzionale dedicò alla famiglia tre articoli – dal 29 al 31 – tra i quali fondamentale rilievo ebbe il primo (art. 29, comma 1), con cui solennemente si stabilì che “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”. Formula che è stata oggetto di fiumi di inchiostro e che continua a sollevare dibattiti accaniti sul suo significato.

La lettera della norma, corroborata dai lavori preparatori, esclude in radice – anche contro qualche apparenza – ogni evocazione di diritto naturale, specie se si tiene presente che il testo fu suggerito addirittura da Togliatti. Si voleva invece affermare una autonomia originaria della famiglia rispetto allo Stato, i cui poteri devono ad essa inchinarsi e rispettarne i limiti, non ripetendo indebite invasioni come attuate durante il fascismo, ed accettando, perciò, il rilievo dell'istituto sul piano del diritto privato e non di quello pubblico, come assumeva ad es. il Cicu, fin dal 1918. Ciò non importa di certo che la famiglia possa proclamarsi addirittura "sovrana", dovendo accettare regolamenti dettati dalle Autorità a protezione dei valori di cui è portatrice, purché restino sempre limitati "secundum Constitutionem" e senza mai varcarne i debiti confini di legittimità.

Si è denunciato il paradosso per il quale l'art. 29 riconosce come "naturale" la "società" (meglio forse sarebbe stato dire "comunità") costituita dalla famiglia, ma al tempo stesso individua questa come "fondata sul matrimonio", che è istituto di diritto positivo. Ma la replica è agevole: da un lato perché il primo termine evidenzia un fenomeno che precede o comunque resta indipendente dal diritto, e dall'altro perché la necessità di basare la formazione del vincolo coniugale su una specifica disciplina che ne precisi forma ed effetti postula una generica positività, ma non si riferisce ad alcuna puntuale normativa storicamente definita e tanto meno immutabile.

Il riconoscimento di cui all'art. 29 Cost. va completato tenendo sempre presente il secondo comma della disposizione, che precisa come il matrimonio su cui "è fondata" la famiglia non può che essere "ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi" (in conformità all'art. 3, comma 1, Cost., che afferma: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge", in particolare "senza distinzione di sesso"), ove il carattere giuridico del fenomeno non è sufficiente se non quando si completi con una indispensabile componente "morale", e cioè le sue fondamentali e peculiari funzioni, da ravvisare nella promozione e nello sviluppo della persona umana, richiamate pure dagli artt. 2 e 3 Cost.

L'art. 29, da leggere in stretto collegamento con l'art. 2 Cost., sottolinea l'importanza della famiglia, pur collocandosi anch'essa tra le "formazioni sociali" in cui si costituisce e si svolge la personalità umana, ed anche se la spinta emancipativa e paritaria rispetto alla moglie, ed alla donna in genere, valorizzata nella sua crescita come persona e lavoratrice, ha avviato il processo di disgregazione della vecchia famiglia, contrattasi sul piano numerico nel nucleo ristretto dei soli genitori e figli e sul piano dei ruoli con la rinuncia a funzioni maggiori della mera cura personale dei membri della famiglia quanto a salute, mantenimento ed educazione.

### 3.

Il matrimonio è istituto che assume rilievo sia dal punto di vista religioso (per la Chiesa cattolica è un sacramento ed è disciplinato dal *Codex iuris canonici*), sia dal punto di vista dell'ordinamento dello Stato (c.d. matrimonio *civile*), in cui venne introdotto, nella tradizione giuridica italiana, dal codice civile del 1865. Nel diritto italiano il termine "matrimonio" è adoperato tanto per indicare l'*atto* celebrativo (le nozze) mediante il quale la società coniugale viene costituita (*matrimonium in fieri*), quanto il *rapporto* che ne deriva per gli sposi (*matrimonium in facto*). Il rapporto coniugale determina l'acquisizione automatica, per la prole, dello *status* di figli *legittimi*.

La legge – prescindendo dall'art. 29 Cost., sopravvenuto nel 1948, come si è visto – non dà una definizione del matrimonio, il cui fine essenziale (a stare, paradossalmente, all'art. 1 della legge sul divorzio) parrebbe identificabile nella

costituzione di una comunione di vita “spirituale e materiale” tra i coniugi, la cui cessazione condiziona lo scioglimento del vincolo. Il diritto, difatti, non ne garantisce la conservazione, ma comporta un insieme di obblighi e diritti reciproci giuridicamente rilevanti, indisponibili fin quando dura il vincolo, necessariamente monogamico ed insuscettibile di essere regolamentato *ad tempus* o sotto condizioni.

Ne sono viceversa ammesse forme diverse di celebrazione: davanti ad un ufficiale dello stato civile (artt. 106-107 c.c.), davanti ad un ministro del culto cattolico, secondo le regole del diritto canonico, purché seguita da trascrizione dell'atto nei registri dello stato civile (matrimonio “concordatario”, ossia in conformità del Concordato tra Stato e Chiesa, originariamente stipulato nel 1929 ed oggi vigente secondo quanto pattuito con Accordo di revisione, intervenuto nel 1984 e ratificato da legge italiana del marzo 1985), davanti ad un ministro di un culto diverso da quello cattolico (art. 83 c.c.) o davanti ad un'autorità estera, secondo le forme previste dalla legge dello stato in cui la celebrazione avviene (art. 115 c.c.).

Tra le norme più significative introdotte dalla riforma possono ricordarsi: l'abbassamento dell'età minima per contrarre il matrimonio civile a soli 18 anni (art. 84 c.c.); la nuova disciplina dell'invalidità delle nozze per “timore” (o violenza), per “errore” (sull'identità della persona o su qualità personali dell'altro coniuge), per “simulazione” (art. 123 c.c.). Fondamentale, in attuazione del principio di “parità” dei coniugi, il nuovo testo dell'art. 143, comma 1, secondo cui “con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri”. I coniugi sono impegnati a concordare “tra loro l'indirizzo della vita familiare” ed a fissare “la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa” (art. 144, comma 1, c.c.). In caso di disaccordo “ciascuno dei coniugi può chiedere, senza formalità, l'intervento del giudice” (art. 145, comma 1). È imposto ad entrambi i coniugi “l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli” (art. 147). Soprattutto, entrambi i genitori sono tenuti ad adempiere i predetti obblighi nei confronti dei figli “in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo” (art. 148, comma 1).

Per quanto riguarda lo scioglimento del matrimonio civile (essendo rimasto indissolubile quello canonico, salvo che per causa di morte), in Italia il divorzio non è ammesso né per colpa, né per consenso, ma soltanto in via giudiziaria, per le cause specificamente enunciate dalla legge, tra cui assolutamente preminente rimane il prolungamento della separazione personale dei coniugi (purché contenziosa o omologata) oltre cinque anni, ridotti poi a soli tre anni.

In numerosi Paesi stranieri di recente è stato ammesso pure il matrimonio tra persone del medesimo sesso (Olanda, Belgio, Spagna, Portogallo, Stato di New York), ma in Italia – sottoposta alla Corte costituzionale la questione della legittimità di nozze tra omosessuali – la Corte ha dichiarato (sent. 138/2010) che la legge attuale non le prevede e che soltanto il legislatore potrebbe consentirne l'introduzione (*same sex marriage*). Il Parlamento europeo – con tre risoluzioni nel 1994, nel 2000 e nel 2006 – ha invitato gli Stati membri della Comunità (UE) a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al matrimonio di coppie omosessuali ovvero ad introdurre nella loro legislazione un istituto giuridico equivalente, come nei casi di unioni di fatto (così hanno proceduto Francia, Germania, Regno Unito, Repubblica Ceca, Svizzera). Rimane forte l'opposizione ad introdurre anche in Italia un matrimonio tra persone dello stesso sesso, mentre potrebbe forse essere meno contrastata una forma di unione, giuridicamente regolata sul modello delle nozze tra eterosessuali, ma soggetta soltanto ad una registrazione anagrafica.

#### 4.

Con il codice civile del 1942, nel campo della filiazione solo i figli legittimi erano pienamente tutelati. L'ordinamento erigeva in tal modo una barriera protettiva attorno alla famiglia per metterla al riparo dai possibili elementi di crisi provenienti dal suo interno (conflitti tra coniugi, fra genitori e figli) o dall'esterno (relazioni extraconiugali, figli naturali). Fuori dal matrimonio si temeva il disordine. Il trattamento deteriore riservato ai figli naturali, perfino quando i genitori non avevano altri legami, incentivava la regolarizzazione di coppie che venivano giudicate legate da rapporti non approvati dalla morale corrente e contrari all'ordine sociale. Si considerava rilevante soprattutto l'istituzione familiare, anche a costo di sacrificare interessi personali dei singoli.

Le cose cambiano radicalmente con l'approvazione della Carta costituzionale. L'art. 30, comma 1, stabilisce subito l'importanza centrale della filiazione, indipendentemente dalla qualifica attribuita a categorie diverse di figli: "È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio". È un'autentica rivoluzione e rompe definitivamente la discriminazione dei figli che, fino ad allora, erano denominati "illegittimi", termine sostituito con l'aggettivo "naturali" (sebbene anche questa sia espressione un po' singolare, dal momento che quelli c.d. "legittimi" sono sicuramente pure essi nati secondo natura e non di certo in modi "innaturali!"). Prevalente appare al Costituente che dei genitori "siano assolti i compiti", e dispone, con il secondo comma della stessa disposizione, che la legge deve provvedere al riguardo qualora si verificano "casi di incapacità dei genitori".

Il trattamento dei figli diventa tendenzialmente paritario, anche se rimane qualche eccezione, dal momento che il terzo comma dell'art. 30 "assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale", purché, peraltro, "compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima". Limite che verrà progressivamente eliminato.

La legge di riforma del diritto di famiglia ha innovato in modo rilevante la materia, e così pure la disciplina della filiazione. Lo *status* di figlio "legittimo" si acquista automaticamente con la nascita in costanza di matrimonio ad opera dei genitori. Entro dieci giorni va resa all'ufficiale dello stato civile del comune nel cui territorio è avvenuto il parto, per la registrazione sull'apposito registro, la dichiarazione di nascita, enunciando anno, mese e giorno dell'evento, con l'indicazione del nome della madre (a meno che questa esprima la volontà di non essere nominata). La paternità si presume sulla base della normale durata della gestazione, quando il figlio sia nato (art. 232 c.c.) dopo trascorsi 180 giorni dalla celebrazione del matrimonio e purché non siano ancora decorsi 300 giorni dal suo scioglimento o annullamento (ai casi di nascita anteriore al primo termine o posteriore al secondo provvedono gli artt. 233 e 234). Il padre può disconoscere la paternità del figlio nato entro i termini ricordati solo nelle ipotesi elencate nell'articolo 235, necessariamente mediante azione giudiziaria proposta entro i termini fissati dall'art. 244, iniziativa che, da quando è intervenuta la riforma del '75, può essere esperita "anche dalla madre o dal figlio

che ha raggiunto la maggiore età”.

Lo *status* di figlio naturale non si acquista automaticamente, come quello di figlio legittimo, ma solo mediante “riconoscimento” da parte di uno o entrambi i genitori (art. 250), effettuato con dichiarazione inserita nell’atto di nascita o successivamente davanti ad un ufficiale dello stato civile o in un atto pubblico o in un testamento, ovvero mediante “dichiarazione giudiziale di paternità o maternità” da conseguire con pronuncia giudiziaria in conformità a qualsiasi mezzo di prova del rapporto di filiazione. Qualora il figlio naturale ottenga, per susseguente matrimonio dei genitori o per provvedimento del giudice, “la legittimazione” (art. 280), diviene anch’egli “figlio legittimo”.

Prima della riforma non era consentito il riconoscimento di figli nati da un genitore sposato con altra persona ancora in vita (c.d. figli “adulterini”, denominazione ora giustamente abbandonata), divieto cancellato dalla riforma del ‘75. Era pure vietato il riconoscimento di figlio “incestuoso”, salvo che il genitore avesse ignorato, al momento del concepimento, di commettere un incesto. Con la riforma il riconoscimento è stato consentito purché uno o entrambi i genitori fossero in buona fede al momento del concepimento (art. 251).

L’ordinamento giuridico disciplina minuziosamente gli istituti diretti a modificare le risultanze dell’atto di nascita nel caso in cui non siano conformi a verità. A questo risultato si perviene o mediante accertamento pubblico, che si attua con le cosiddette azioni di stato, per le quali è prescritto l’intervento obbligatorio del pubblico ministero o mediante accertamento privato della filiazione. Codesti strumenti si dirigono a rendere concreta la prevalenza della verità biologica sulle risultanze formali, o, quanto alla filiazione naturale, a rendere concreto il diritto all’accertamento della filiazione.

Già dal 2007 è stato predisposto, ed approvato dal Consiglio dei ministri, un disegno di legge delega sullo status giuridico dei figli. Purtroppo, pur sembrando che vi sia un consenso unanime al riguardo, non è ben chiaro perché si attenda ancora la sua entrata in vigore, che potrebbe tardare ulteriormente non è dato sapere fin quando. Si vorrebbe soprattutto attuare la piena eguaglianza di tutti i figli, nati nel o al di fuori del matrimonio, eliminando ogni differenza tra loro, a partire dalla irrilevanza, per i figli naturali, della parentela

in linea collaterale. Con il provvedimento in gestazione si intende portare a compimento il processo di “unificazione” dello *status* di figlio e di separazione tra filiazione e matrimonio, in larga misura già perseguito dalla riforma e successivamente sviluppata dalla giurisprudenza ordinaria e costituzionale, e di cui si auspica una rapida completa realizzazione.

5.

La disciplina della filiazione si è estesa – oltre che all’esperienza dell’adozione, di cui parliamo *infra* – pure alla regolamentazione di nascite rese possibili dall’utilizzo di tecniche riproduttive, che permettono agli aspiranti genitori di superare gli ostacoli di sterilità o infertilità. Per anni si è discusso sulla legittimità e sulle modalità e limiti di una disciplina della procreazione assistita, che purtroppo non ha trovato regole unitarie da parte delle istituzioni europee. Il nostro Paese, tra gli ultimi in Europa, ha approvato, dopo un iter lungo e tormentato, con la legge 10 febbraio 2004, n. 40, una “procreazione medicalmente assistita”.

L’art. 1 della legge consente il ricorso ad una procreazione assistita solo “al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana” e purché “non vi siano altri metodi terapeutici” per rimuovere le relative cause. Occorre, pertanto, per legittimare il ricorso a tali tecniche che quelle cause siano documentate o certificate da atto medico e che vi sia, con atto scritto di entrambi i componenti della coppia, il loro consenso informato, manifestato almeno sette giorni prima dell’intervento e revocabile durante tale periodo.

La nostra legge permette la sola fecondazione c.d. “omologa”, che cioè consente la procreazione all’interno di una coppia, attraverso l’unione dei gameti appartenenti ai due *partner*, purché (art. 5) si tratti di coppie maggiorenni, di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile ed entrambi ancora in vita.

Il limite maggiormente discusso riguarda il divieto di fecondazione c.d. “eterologa”, cioè realizzata con l’utilizzazione di gameti estranei alla coppia. L’esclusione viene motivata dal timore che la partecipazione di un estraneo (“donatore”) al processo procreativo possa influire negativamente sul rapporto

di coppia e su quello genitori-figli. Peraltro non sono previste sanzioni in caso di violazione del divieto in questione, che risulta, pertanto, in sostanza inefficace, da un lato in quanto, essendo ammessa in tutti i paesi europei, può agevolmente essere praticata all'estero senza conseguenze negative di sorta, e da altro lato perché può essere in pratica effettuata anche in Italia senza bisogno di intervento medico (ovvero con medici disponibili a praticare l'intervento se garantiti adeguatamente sulla riservatezza in merito).

Maggiori dettagli occorrerebbe dedicare alla c.d. maternità "surrogata" e soprattutto alla tutela degli "embrioni", argomenti per i quali, mancando spazio e tempo per un'adeguata trattazione, conviene limitarsi ad un generico rinvio, peraltro indispensabile se si intende acquisirne una cognizione quanto meno sufficiente.

Particolare interesse, peraltro, rivestono le disposizioni concernenti lo stato giuridico del nato che, ai sensi dell'art. 8 della legge, assume lo stato di figlio legittimo, o di figlio naturale riconosciuto della coppia che ha fatto ricorso alla tecnica di procreazione assistita, a seconda, ovviamente, che si tratti di coppia unita in matrimonio o convivente. Da notare che, per effetto della regola appena descritta, lo *status* di figlio naturale riconosciuto si acquista non già in conseguenza, appunto, di un atto di riconoscimento da parte di ciascun genitore, come avviene secondo le regole generali, bensì immediatamente per effetto della nascita.

## 6.

L'innovazione di maggior rilievo introdotta dalla riforma del 1975 – invertendo la disciplina previgente in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi, che consisteva in un regime di "separazione dei beni", nel senso che ciascuno degli sposi restava e poteva restare titolare delle proprie sostanze senza che il matrimonio determinasse influenze di sorta al riguardo – è stata l'elevazione della "comunione legale" (regolata dai nuovi artt. 177 ss. c.c.) a "regime patrimoniale legale della famiglia" (art. 159 c.c.), a meno che i coniugi preferissero, o all'atto stesso della celebrazione delle nozze, ovvero successivamente mediante apposita "convenzione stipulata a norma dell'articolo 162", escludere o regolare diversamente la comunione. La viva preoccupazione

del legislatore – accresciuta dall’ appena intervenuto abbandono del principio della indissolubilità del matrimonio – era costituita dalla normale inferiorità economica della moglie rispetto al marito, che si desiderava diminuire, in attuazione della direttiva costituzionale della “parità” su cui doveva essere ordinato il coniugio. Si voleva, cioè, favorire – avendo di mira un ideale *consortium omnis vitae* – una comunione di tutti i beni acquistati da entrambi *post nuptias*, indipendentemente dai rispettivi apporti, e perciò anche per quelli acquistati da uno solo di loro, cumulandoli in una unica massa patrimoniale, a sostegno del benessere familiare ed impedendo il ricrearsi di prepotenze del maschio, le cui entrate di solito sono mediamente maggiori di quelle della consorte, già gravata dai pesanti impegni nella cura della casa e dei figli, di solito ritenuti di sua spettanza.

Si pensava che l’istituto avrebbe educato la famiglia a considerare da parificare le rispettive fortune, in uno spirito di reciproca solidarietà. Purtroppo le cose non sono andate così e la comunione legale si è risolta in un’operazione mal riuscita, se non addirittura in un fallimento. E ciò non tanto, come si temeva dapprima, per l’estraneità del regime adottato alla nostra tradizione (estraneità, in realtà, non del tutto confermata, come si supponeva, dalla nostra storia), bensì soprattutto per l’eccessiva rigidità della disciplina e per le sue assurde complessità, sfociate progressivamente in una serie di autentici rompicapo ed in alcune vere e proprie ingiustizie, in profonda contraddizione con le nobili finalità inizialmente additate, non sposate tuttavia da una giurisprudenza dimostratasi tendenzialmente ostile alla loro realizzazione.

Diminuita, in generale, la coesione delle coppie, moltiplicatesi le crisi coniugali e le conseguenti numerose liti giudiziarie tendenti, in regime di comunione legale, a trasformarsi in un groviglio di incertezze, difficilmente componibili con buon senso e reciproche volontà di comprensione e perdono, il processo di disaffezione e diffidenza nei confronti del nuovo istituto è andato espandendosi, spingendo i nubendi ad optare, in modo crescente, per l’inserimento, al momento delle nozze, di apposita clausola volta ad escludere il regime legale ed a preferire la scelta della separazione dei beni degli sposi. Così la meritoria finalità perseguita, volta ad una maggiore tutela della parte “debole”, il coniuge con minori possibilità e prospettive economiche rispetto al

partner, è diventata rapidamente minoritaria e scarsamente efficace per la realizzazione di un maggior equilibrio sociale e patrimoniale tra i coniugi.

Venendo alla disciplina del regime legale, si è stabilito che tutti “gli acquisti compiuti dai due coniugi” durante il matrimonio, non importa se “insieme o separatamente” (art. 177, comma 1, sub a), cadono automaticamente, *ex lege*, in comunione tra loro, insieme alle eventuali “aziende gestite da entrambi e costituite dopo il matrimonio” (art. 177, comma 1, sub d). Inoltre – mentre restano estranei alla comunione legale i “beni personali” di ciascuno di essi, in conformità all’elenco stilato nell’art. 179 c.c. – rientrano altresì in comunione, però finale (*de residuo*), e solo allo scioglimento di quella “legale”, i frutti dei beni propri di ciascuno, i proventi delle loro attività separate, i beni destinati all’esercizio dell’impresa di uno dei coniugi ed i relativi incrementi, a condizione che risultino non consumati durante il matrimonio e quindi ancora sussistenti al momento dello scioglimento della comunione legale.

Vale la pena di soffermarsi su talune anomalie della normativa introdotta per il nuovo istituto. In primo luogo, come opera l’acquisto a favore di entrambi i coniugi, quando viene realizzato da uno solo di essi (“separatamente”)? Considerando l’ipotesi di gran lunga più frequente ed importante, e cioè un acquisto perfezionato mediante un contratto, l’altro coniuge – che beneficia anch’egli dell’acquisto – non diviene parte del contratto, sebbene se ne estendano anche a lui, *ex lege*, gli effetti. Ma il coacquirente rimane estraneo al negozio e perciò pure a tutti gli effetti negoziali (debiti e crediti tra i contraenti, azioni contrattuali), dando vita ad una situazione anomala. Per di più, nel caso di acquisto di beni soggetti a pubblicità non si prevede la trascrizione in capo al coacquirente, non potendosi attuarla a nome di soggetti che non risultano parte dell’atto traslativo. Del contraente “occulto” il terzo può avere conoscenza solo mediante un regime di pubblicità c.d. “negativa”, che ha creato una insolita complicazione nella circolazione dei diritti reali su beni soggetti a trascrizione.

In secondo luogo, grande rilievo, per attenuare le disparità tra i coniugi, riveste la comunione “de residuo”, cui si è già accennato, che prevede la caduta in comunione – ai fini della loro successiva divisione – dei beni (frutti, proventi, incrementi, utili) destinati a quella categoria di cespiti, ma solo a condizione che siano ancora nella titolarità del coniuge possessore quando il regime di

comunione viene a cessare. Donde le comprensibili difficoltà di individuare quali siano i beni che vi sono soggetti e come e quando ne sarà possibile la spartizione, fonte di frequentissimi litigi.

Il terzo, e forse più importante aspetto, è stato sempre dibattuto su quali siano i beni che formano “oggetto” del fenomeno di coacquisto descritto. Le dispute attengono a numerose ipotesi, quali, ad esempio, contratti preliminari, alloggi di cooperative edilizie, acquisti a titolo originario, soprattutto danaro, titoli di credito, polizze, quote societarie, diritti di credito.

Tenendo presente un simile campionario, non si fa fatica a comprendere quale sorte abbia finito con l'avere un istituto che era stato accompagnato da molte speranze, andate però ben presto deluse.

## 7.

Nonostante fosse ispirato al principio dell'indissolubilità del matrimonio, anche il codice civile (art.150 cod.civ.) prevedeva – in conformità, del resto, allo stesso diritto canonico – la possibilità di una separazione personale dei coniugi, ossia di una cessazione legalmente sanzionata del loro obbligo di convivere: l'istituto è rimasto nel nostro ordinamento anche dopo l'introduzione del divorzio (benché da rimedio definitivo sia diventato, spesso, lo strumento per giungere, dopo qualche anno, al divorzio), ma è stato profondamente modificato con la legge di riforma del diritto di famiglia del 1975.

Dal divorzio la separazione personale differisce nettamente perché non comporta la cessazione degli effetti giuridici del matrimonio – sicché la separazione non restituisce ai membri della coppia la facoltà di contrarre nuove nozze –, ma un nuovo modo di essere del rapporto. Cessa, infatti, tra i coniugi, l'obbligo di convivenza, e anche gli altri obblighi – di assistenza, collaborazione, sostegno economico – vengono ad essere diversamente regolati.

La separazione, peraltro, è vista dalla legge come situazione in sé transitoria (pur quando i coniugi siano ben decisi a non riprendere più a convivere), in quanto può essere fatta cessare in qualsiasi momento, senza bisogno di formalità alcuna, con una «riconciliazione», che può manifestarsi anche in via di mero fatto, con la ripresa della convivenza (art.157 cod.civ.).

Il codice si occupa solo della separazione legale: si può però anche avere una

separazione di fatto, ossia un'interruzione della convivenza coniugale non sanzionata da alcun provvedimento giudiziale, ma voluta ed attuata liberamente, o sulla base di un previo accordo informale dei coniugi, o per il rifiuto unilaterale di uno di essi a proseguire la vita in comune al quale l'altro si sia adattato, o semplicemente perché ciascun membro della coppia segue il proprio destino disinteressandosi dell'altro. La separazione di fatto non determina automatiche conseguenze giuridiche, e quindi ciascuno dei coniugi conserva la facoltà di chiedere in qualsiasi momento la ripresa della convivenza; anche se non spesso sarà qualificabile come ingiustificato (art.146 cod.civ.) il rifiuto dell'altro coniuge a ricominciare la vita in comune.

La separazione legale può essere giudiziale o consensuale (art.150 cod.civ.). La riforma ha radicalmente cambiato soprattutto la prima. Difatti, secondo le vecchie norme, la separazione giudiziale poteva essere ottenuta da un coniuge soltanto adducendo una «colpa» dell'altro, che doveva necessariamente consistere in una delle cause di separazione tassativamente elencate nel testo allora vigente del codice civile (adulterio, volontario abbandono, eccessi, sevizie, minacce, ingiurie gravi, condanna all'ergastolo o a pena detentiva superiore ai cinque anni, mancata fissazione della residenza o fissazione di una residenza non conveniente). Non era ammessa, quindi, una domanda di separazione fondata sul fatto solo di non voler più continuar la vita in comune con l'altro coniuge, ma senza potergli addebitare specifiche colpe, così come non era ammessa la separazione neppure in casi in cui situazioni incolpevoli (ad es. malattie mentali) rendevano troppo penosa la convivenza.

Il nuovo testo dell'art. 151, comma 1, cod.civ., invece, consente di chiedere la separazione per il fatto solo che la prosecuzione della convivenza sia diventata «intollerabile» (normalmente per entrambi i coniugi, ma potrebbe bastare che sia divenuta tale anche solamente per uno di essi) ovvero tale «da recare grave pregiudizio alla educazione della prole»: e ciò anche quando questi presupposti si siano verificati «indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi». Qualora, peraltro, sia possibile far risalire la responsabilità del fallimento della vita in comune a comportamenti contrari ai doveri che derivano dal matrimonio, il giudice, purché gli sia chiesto, può dichiarare nella sentenza «a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione» (art.151, comma 2

cod.civ.), il che spiega effetti soltanto di ordine patrimoniale e successorio.

Qualora uno dei coniugi non abbia redditi propri adeguati a consentirgli di conservare il precedente tenore di vita (spesso è la moglie a trovarsi in tale condizione, soprattutto quando abbia, a beneficio della famiglia, rinunciato a coltivare le proprie aspirazioni professionali), il giudice può imporre all'altro l'obbligo di versare un assegno periodico, la cui entità deve essere determinata tenendo conto dei redditi del coniuge obbligato e dei bisogni dell'altro (art. 156, comma 1, cod.civ.). L'obbligo di pagamento dell'assegno di mantenimento può essere assistito da apposite garanzie, stabilite dall'art. 156 cod.civ..

Peraltro questo assegno non può essere attribuito al coniuge cui sia stata addebitata la responsabilità della separazione (art.156, comma 1), al quale, ricorrendone i presupposti, può semmai essere riconosciuto soltanto il diritto agli alimenti, cioè a ricevere periodicamente una somma nei limiti di quanto necessario al suo sostentamento (art. 438 cod.civ.). Il coniuge cui sia stata addebitata la responsabilità della separazione vede gravemente limitati anche i suoi diritti successori nei confronti del patrimonio dell'altro coniuge (artt.548 e 585 cod.civ.).

Le statuizioni contenute nella sentenza di separazione possono essere in qualsiasi momento revocate o modificate dal tribunale per tenere conto di eventuali mutamenti della situazione di fatto (e non certo, dunque, per «rivedere» una decisione già assunta, al quale fine occorre attivare gli strumenti processuali di impugnazione delle sentenze); pertanto, in caso di sopravvenute ulteriori necessità del coniuge titolare del diritto all'assegno, o viceversa, di miglioramento della sua condizione economica, o di variazione di quella del coniuge obbligato, la misura dell'assegno potrà essere rivista. Si dice per questo che i provvedimenti di questo genere sono pronunciati *rebus sic stantibus*: se il contesto sostanziale cambia, si può chiedere un adeguamento del provvedimento giurisdizionale.

Finora abbiamo esaminato la separazione c.d. «giudiziale». Ma la separazione può essere anche consensuale, per la quale, però, non è sufficiente il solo consenso dei coniugi, che si mettono d'accordo tra loro sulle condizioni della separazione (assegno di mantenimento, rapporti con i figli, ecc.): perché tale accordo produca effetti giuridici occorre anche l'omologazione del tribunale

(art. 158, comma 1, cod.civ.). Tale provvedimento non è una semplice formalità, non solo perché prima di concedere l'omologazione il presidente del tribunale deve esperire un tentativo di conciliazione (art.711 cod.proc.civ.), ma soprattutto perché l'accordo dei coniugi non può essere omologato qualora sia in contrasto con l'interesse dei figli (art. 158, comma 2, cod.civ.).

Quanto agli effetti, con la separazione personale (giudiziale o consensuale) cessano per entrambi i coniugi l'obbligo di convivenza e l'obbligo di assistenza in tutte le forme che presuppongono la convivenza; l'obbligo di fedeltà risulta, secondo l'opinione più diffusa, attenuato, nel senso che non è ritenuto di per sé illecito il comportamento del coniuge separato che intrecci nuove relazioni sentimentali, mentre è incompatibile con i residui doveri derivanti dal vincolo matrimoniale (che continua ad esistere) una condotta tale da risultare addirittura lesiva della reputazione dell'altro coniuge, Non cessa l'obbligo della collaborazione, specie con riguardo ai figli. Cessa la presunzione di paternità (art.232, comma 2, cod.civ.). Si scioglie la comunione legale dei beni (art. 191 cod.civ.).

Gli effetti della separazione cessano in caso di riconciliazione dei coniugi (art.157 cod.civ.), che non richiede alcuna forma solenne e può avvenire, oltre che con un'espressa dichiarazione, anche meramente di fatto, in forza di un comportamento non equivoco incompatibile con lo stato di separazione. Non basta, dunque, una generica riappacificazione, o il ristabilimento di rapporti distesi e sereni tra i coniugi (che possono essere espressivi del semplice raggiungimento di un'equilibrata relazione tra coniugi separati) e neppure l'instaurazione di regolari frequentazioni (si pensi ai coniugi separati che, nell'interesse dei figli, trascorrono insieme periodi di vacanza), ma occorre la ricostituzione di una vera comunione di vita tra i coniugi.

La recente L. 8 febbraio 2006, n.54, ha ridisegnato l'assetto dei provvedimenti relativi ai figli di coppie separate. La legge ha novellato il codice civile, modificando l'art.155 cod.civ. e introducendo i nuovi artt. 155-*bis* 155-*sexies* cod.civ..

È importante segnalare che le nuove norme, benché inserite nella disciplina della separazione personale dei coniugi, si applicano in forza del disposto dell'art.4 della stessa L.n.54/2006, a tutti i casi di «dissoluzione» della coppia

genitoriale, e dunque anche in caso di divorzio e di nullità del matrimonio, nonché nei procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati.

Secondo la disciplina previgente il giudice, nel pronunciare la separazione, doveva altresì stabilire a quale dei genitori dovessero essere affidati i figli minori (affidamento esclusivo); al genitore non affidatario spettava il diritto di visitare i figli e di concorrere alle decisioni di maggiore importanza. Ne scaturivano accese dispute tra i coniugi sul diritto all'affidamento e sulle modalità di esercizio dei diritti del genitore non affidatario; ovvio che a risentire di una tale conflittualità fossero anzitutto i figli.

La giurisprudenza aveva elaborato altri modelli, quali l'affidamento congiunto o alternato, che erano stati recepiti dalla legge sul divorzio, per effetto della riforma del 1987 (che ha modificato l'art.6, comma 2, L.n.898/1970, il quale però disponeva che una tale misura poteva essere disposta, se utile all'interesse dei figli).

La nuova legge – in linea del resto con le enunciazioni della Convenzione internazionale sui diritti del Fanciullo (firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia nel 1994), che pongono in rilievo la necessità che i figli mantengano regolari rapporti con entrambi i genitori, anche in caso di separazione della coppia (principio della «bigenitorialità») – pone come regola fondamentale l'affidamento condiviso.

L'art.155 cod.civ. esordisce infatti affermando che anche in caso di separazione i figli hanno diritto di conservare un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere da entrambi cura, educazione e istruzione, e di conservare altresì rapporti con gli ascendenti e i parenti di ciascun ramo genitoriale.

A tale scopo il giudice, nell'emanare i provvedimenti relativi alla prole, deve avere di mira esclusivamente l'interesse materiale e morale della prole stessa; pertanto il giudice deve considerare prioritariamente la possibilità che il figlio sia affidato ad entrambi e, precisa l'art. 155-*bis* cod.civ., può disporre l'affidamento esclusivo ad uno solo dei genitori soltanto quando ritenga, con provvedimento motivato, che il rapporto con l'altro sia addirittura contrario all'interesse del minore. L'affidamento esclusivo si connota, dunque, come fattispecie di carattere eccezionale, che il giudice deve specificamente motivare.

È dunque evidente la *ratio* della nuova disciplina; non si tratta più di scegliere il genitore più adatto a curarsi dei figli; l'affidamento è stabilito dalla legge come congiunto e un diverso assetto è consentito soltanto se il rapporto con uno dei genitori è causa di pregiudizio per il figlio (es.: genitore violento nei confronti della prole o dell'altro genitore).

Naturalmente il giudice deve, nel dettare i provvedimenti relativi alla prole, provvedere sulla residenza dei figli. Di regola, dunque, nella prassi che si va delineando, il giudice dispone l'affidamento condiviso dei figli, precisando in pari tempo presso quale dei genitori gli stessi sono «collocati», ossia vivono abitualmente.

Il provvedimento del giudice deve determinare i tempi e i modi della presenza dei figli presso ciascun genitore (non si parla più, dunque, di un mero «diritto di visita», come avviene nel caso di affidamento esclusivo). Inoltre, per favorire intese tra i genitori, almeno rispetto al delicato tema del rapporto con i figli, la legge (art.155, comma 2 cod.civ.) stabilisce che il giudice «prende atto» degli eventuali accordi tra i genitori, se non contrari agli interessi dei figli.

La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori, ai quali può essere attribuito il potere di assumere singolarmente le decisioni di minore momento, mentre devono concordare quelle di maggiore interesse per i figli, relative alla loro istruzione, educazione e salute, tenendo conto delle inclinazioni e aspirazioni dei figli stessi. In caso di disaccordo provvede il giudice (art. 155, comma 3 cod.civ.).

Quanto ai provvedimenti economici, la legge concede anzitutto rilevanza agli accordi «liberamente sottoscritti» dai coniugi (art.155, comma 4 cod.civ.); in ogni caso, ciascun genitore deve provvedere al mantenimento della prole in misura proporzionale al proprio reddito; se necessario, è il giudice a fissare la misura dell'assegno di mantenimento che uno dei genitori deve versare all'altro, in considerazione delle esigenze del figlio, del tenore di vita goduto durante la convivenza della coppia, dei tempi di permanenza presso ciascun genitore, delle risorse economiche di entrambi e del valore dei compiti domestici e di cura assunti da ciascuno di essi. L'assegno è soggetto a rivalutazione secondo i parametri Istat per adeguarlo alla svalutazione del potere d'acquisto della moneta.

8.

Il codice del 1942 prevedeva una sola figura di adozione, quella, di antica tradizione, diretta a consentire ad una persona che avesse compiuto i 50 anni, priva di figli – per non averli mai avuti o per averli perduti – di assumere come figlio una persona, inferiore di età di almeno 18 anni, cui trasmettere il proprio nome e i propri beni.

Successivamente si è diffuso in modo sempre più ampio il concetto di utilizzare l'adozione non già per procurare una discendenza a chi ne sia privo, bensì per procurare una famiglia ai minori privi dei genitori o che, comunque, non godano di una adeguata situazione familiare. Pertanto la prospettiva tradizionale è stata radicalmente capovolta: anziché operare in funzione dell'interesse del genitore adottivo, l'adozione viene ad essere vista esclusivamente in funzione degli interessi del minore.

L'istituto è ora soprattutto visto come realizzazione di un vero e proprio diritto del minore ad avere una famiglia, intesa come luogo per conseguire ogni opportuna cura ed educazione, in linea con i principi enunciati dalle fonti internazionali, tra le quali merita particolare menzione, a livello europeo, la Convenzione di Strasburgo sull'adozione dei minori, del 24 aprile 1967, ratificata dall'Italia con legge 22 maggio 1974, n.357.

La disciplina dell'adozione dei minori – inizialmente collocata come una «novella» nello stesso corpo del codice civile, nel quale erano stati aggiunti, con la L. 5 giugno 1967, n.431, che parlava di «adozione speciale», gli articoli da 314/2 a 314/28, oggi abrogati – si trova oggi in una legge speciale fuori dal codice: la L. 4 maggio 1983, n.184, «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», poi riformata dalla L. 28 marzo 2001, n.149, la quale ha mutato lo stesso titolo della legge, oggi denominata, non senza enfasi, «Diritto del minore ad una famiglia».

L'adozione ha, come si è detto, quale fine primario quello di procurare una famiglia ai minori che ne siano privi o che non ne abbiano una idonea. Per la verità proprio l'art.1 di tale legge ribadisce che «il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia» (diritto spettante senza distinzione di sesso, etnia, età, lingua e religione e «nel rispetto della identità

culturale del minore»: art.1, comma 5, L.n.184/1983), che resta il contesto privilegiato per lo sviluppo della personalità del bambino: pertanto l'adozione non può che rappresentare un rimedio eccezionale a situazioni di emergenza, utilizzabile in quanto non siano accessibili altri strumenti di tutela nell'ambito della famiglia di origine, da prendere in considerazione sempre in via prioritaria. E difatti la riforma del 2001 ha precisato che le condizioni di indigenza di una famiglia non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia (art.1, comma 2) ed ha previsto che lo Stato e gli enti locali debbano sostenere «i nuclei familiari a rischio», onde prevenire situazioni di abbandono di minori (ancorché tali interventi siano contemplati, «nei limiti delle risorse finanziarie disponibili»: art.1, comma 3).

L'adozione, perciò, costituisce uno strumento per superare una situazione valutata come patologica, da cui sollevare la vittima (il bambino o, comunque, il minore), assicurandogli la sostituzione della famiglia d'origine con una nuova e (si spera) migliore famiglia che diventa quella «legittima» dell'adottato (art.27, L. n.184/1983). Ne consegue l'estrema importanza dei meccanismi selettivi per mezzo dei quali giungere alla scelta delle famiglie idonee a porsi quale nuova famiglia «legittima» del minore (dovendo la proibizione, sancita pure da convenzioni internazionali, di qualsiasi forma di adozione contrattuale, che potrebbe celare vere e proprie vendite di bambini).

L'adozione del minore è consentita «a favore dei minori dichiarati in stato di adottabilità» (art.7), dichiarazione che è ammessa nei confronti dei minori che si trovino «in situazione di abbandono» (art.8). Questa ricorre quando il minore sia «privo di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi». La situazione di abbandono sussiste, pertanto, anche se il bambino sia adeguatamente curato, ma ciò non ad opera della sua famiglia d'origine, ma di terzi, chiunque costoro possano essere (istituti, parenti non tenuti all'assistenza, terzi intervenuti occasionalmente, ecc.). Non si considera sussistente lo stato di abbandono, e dunque non si dà avvio alla procedura, in presenza di una causa «di forza maggiore» che impedisca ai genitori di svolgere la normale funzione educativa, purché si tratti di situazione a «carattere transitorio» (art.8, comma 1). Non occorre, invece, una «colpa» dei genitori: quand'anche l'abbandono non sia in alcun modo loro imputabile, il minore va

comunque protetto.

La competenza a dichiarare lo stato di adottabilità è attribuita al tribunale per i minorenni, il quale, d'ufficio o ricevuta la segnalazione dello stato di abbandono in cui si trovi un minore, deve intervenire con urgenza e, compiuti gli opportuni accertamenti, quando verifichi che effettivamente sussiste una situazione di abbandono irreversibile, emette la dichiarazione in questione.

L'adozione è consentita, anche in numero plurimo e con atti successivi, solo a coniugi (non è quindi ammessa l'adozione da parte di una persona sola, e neppure di coppie di conviventi *more uxorio*), uniti in matrimonio da almeno tre anni (o che abbiano stabilmente e continuativamente convissuto, prima del matrimonio, per un periodo di almeno tre anni), non separati (neppure soltanto di fatto), «idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendano adottare» (art.6, comma 1).

L'età di entrambi gli adottanti deve superare di almeno diciotto anni l'età dell'adottando; la legge stabilisce inoltre che l'età degli adottanti non deve superare di più di quarantacinque anni l'età del minore adottando.

Dichiarato in stato di adottabilità, il minore viene collocato in affidamento preadottivo (art.22, comma 6) alla coppia ritenuta idonea. Il provvedimento può essere emanato previa audizione del minore che abbia compiuto i dodici anni, e anche di quello di età inferiore, in considerazione della sua «capacità di discernimento». Se, poi, il minore è maggiore di quattordici anni, deve manifestare espressamente il proprio consenso alla coppia prescelta. Non può essere disposto l'affidamento preadottivo di uno solo di più fratelli, se non per gravi ragioni. L'affidamento preadottivo instaura una specie di «adozione provvisoria» che deve durare almeno un anno (art.25).

In caso di esito favorevole della prova, i cui risultati devono essere accertati sentiti tutti gli interessati e il minore stesso (nonché gli altri figli della coppia adottante), il tribunale pronuncia la sentenza di adozione, ovvero dispone di non far luogo all'adozione. In entrambi i casi la sentenza è impugnabile.

L'adozione ha per effetto l'acquisto, da parte del minore, dello *status* di figlio legittimo degli adottanti, dei quali assume e trasmette il cognome (art.27, comma 1), mentre cessa ogni rapporto con la famiglia d'origine, «salvi i divieti matrimoniali» (art.27, comma 3), al chiaro scopo di evitare casi di incesto.

La recente legge di riforma ha regolato, con una disciplina innovativa, il diritto dell'adottato di essere reso edotto della propria condizione: l'art.28 stabilisce che i genitori adottivi devono fornire tale informazione al figlio adottivo, provvedendovi «nei modi e nei termini che essi ritengono più opportuni» (art. 28, comma 1).

È assicurata, per converso, la riservatezza nei confronti dei terzi, in quanto le attestazioni dello stato civile non devono far riferimento alla vicenda adottiva e i pubblici ufficiali (es. ufficiale dello stato civile) possono rilasciare notizie e documenti al riguardo soltanto previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria (art.28, commi 2 e 3). Anche le informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici possono essere fornite ai genitori adottivi soltanto su autorizzazione del tribunale per i minorenni e per gravi motivi – per esempio ai fini sanitari, laddove si tratti di accertare malattie ereditarie – e, comunque, previa «adeguata preparazione e assistenza del minore» (art.28, comma 4). L'adottato può accedere alle informazioni relative alla sua origine e all'identità dei genitori biologici dopo il raggiungimento del venticinquesimo anno di età, o anche al raggiungimento della maggiore età, se sussistano motivi attinenti la salute psico-fisica dell'interessato (art. 28, comma 5).

La L.n.184/1983 aveva fin dall'inizio affiancato alla disciplina normale sull'adozione pure una normativa particolare per la «adozione internazionale» (Titolo II della L.n.184/1983; artt.29 ss.).

La materia è stata integralmente rivista con la L. 31 dicembre 1998, n.476, con cui è stata data attuazione alla Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia internazionale, firmata a L'Aja il 29 maggio 1993. Sono stati previsti interventi di cooperazione internazionale per favorire e sostenere la permanenza dei minori nei paesi d'origine, applicando il principio per cui l'intervento di un'adozione internazionale sia consentita solo quando si riveli impraticabile una soluzione locale. In ogni caso la adottabilità del minore deve essere dichiarata dall'Autorità del Paese d'origine, che deve accertarne la corrispondenza all'interesse del bambino. Si mira all'eliminazione del mercato delle adozioni e di ogni intervento interessato di intermediari, garantendo che il consenso dei genitori naturali sia libero, informato e non condizionato da compensi.

Si è preso atto che l'adozione di un bambino straniero comporta un cambiamento personale e relazionale più marcato di quello che deve affrontare un minore adottato nel suo stesso Paese, donde un bisogno di sostegno pure per i genitori adottivi. Peraltro si è attuata una piena eguaglianza rispetto alla normativa interna sia per l'adottato straniero che per gli aspiranti adottanti, per i quali valgono le stesse condizioni richieste per l'adozione di un bambino italiano.

9.

La convivenza c.d. *more uxorio* è un fenomeno, ormai da lungo tempo diffuso nella realtà sociale, che ha indotto i legislatori di molteplici Paesi a dettare, sia pure secondo modalità e con contenuti estremamente differenti, una disciplina in qualche modo parallela a quella matrimoniale.

In Italia nessun percorso legislativo volto a introdurre una disciplina completa della convivenza è stato portato a compimento; nondimeno la figura del convivente *more uxorio* è contemplata, mediante una vera e propria equiparazione alla figura del coniuge, da numerose disposizioni legislative. Si tratta beninteso di norme volte a regolamentare specifici interessi, in quanto tali inidonee, per carenza di omogeneità, a fondare uno statuto – sia pure dai contenuti minimi – della coppia non fondata sul matrimonio. E purtuttavia, la convivenza *more uxorio* non può essere annoverata tra i rapporti di fatto, in quanto essa ha una propria dimensione e rilevanza giuridica che si ricava, ancor prima che dalla sopra menzionata legislazione ordinaria, dalla riconduzione del fenomeno, per opinione ormai acquisita, nell'alveo dell'art. 2 cost. La convivenza che si nutra dei caratteri – sul piano della stabilità nonché con riferimento al regime degli affetti e dei comportamenti – propri del matrimonio, configura dunque una formazione sociale costituzionalmente rilevante. L'espressione «di fatto», sovente adoperata per indicare la convivenza non originata dal matrimonio, è in grado di identificare unicamente l'origine del rapporto, essendo del tutto inidonea a svolgere una funzione qualificatrice sotto il profilo della rilevanza giuridica. Peraltro, nella ricerca dell'anzidetta rilevanza, risulterebbe scorretto muoversi in una prospettiva atomistica, vale a dire collegata alle singole disposizioni che in modo disorganico regolamentano

specifici interessi, in quanto, alla luce dell'art.2 cost., la convivenza *more uxorio* condensa un rapporto integralmente e complessivamente volto a consentire lo sviluppo della personalità di ognuno dei protagonisti.

La crescente affermazione della convivenza *more uxorio* quale scelta alternativa all'unione matrimoniale ha decretato un sensibile aumento delle rivendicazioni in termini di tutela negli anni più recenti, al punto che il tema ha per un certo periodo assunto rilievo di primo piano nell'agenda parlamentare. L'obiettivo perseguito è stato quello di rendere organicamente rilevante la convivenza non fondata sul matrimonio attraverso la predisposizione di uno statuto che, sintetizzando i caratteri fondamentali del rapporto, sia in grado di fornire adeguata protezione con riferimento a interessi considerati essenziali. Un siffatto riconoscimento, d'altro canto, assumerebbe un'evidente valenza simbolica, in quanto servirebbe a connotare sul piano della legislazione ordinaria – al di là dei possibili contenuti – la convivenza quale struttura in qualche modo conformata all'unione matrimoniale.

L'opportunità di un intervento legislativo è nondimeno avversata da non pochi studiosi, nella convinzione che in tal modo si finirebbe per creare un'inammissibile famiglia parallela, ancorché di rango inferiore, a quella fondata sul matrimonio. Senza poi contare che la libertà – e, dunque, l'autonomia che ad essa consegue – insita nella scelta di non sposarsi verrebbe irrimediabilmente compromessa qualora si aprisse la strada di un decalogo di doveri. L'anzidetta prospettiva – che, dunque, è quella di preservare la coppia da ingerenze statuali volte ad imporre una determinata conformazione al rapporto – imporrebbe altresì di escludere la possibilità di procedere all'applicazione analogica di norme dettate per il rapporto di coniugio poiché, diversamente, si assisterebbe ad una inammissibile violazione della libertà di scelta.

Il tentativo di desumere dalla scelta di convivere un'implicita rinuncia alla protezione *ab externo* di interessi che i conviventi vantano in quanto componenti la coppia, maschera un meccanismo artificioso privo di riscontro nella realtà fattuale, posto che esistono interessi assecondabili soltanto mediante un intervento eterodiretto ad attribuirne la titolarità ed a consentirne, conseguentemente, l'esplicazione. Per fare un esempio, la negazione ai

conviventi della possibilità di accedere all'adozione è un problema di scelte legislative circa l'opportunità che un bambino in stato di abbandono venga accolto in un contesto affettivo non formalizzato; nondimeno l'esclusione può essere fondata su una rinuncia implicita all'adozione da parte della coppia convivente che abbia scelto di non contrarre matrimonio solo a patto di ricorrere a un'ambigua e vistosa finzione. Del resto, l'opzione emersa in sede di regolamentazione della procreazione medicalmente assistita – attraverso l'equiparazione della coppia convivente eterosessuale a quella coniugata – comprova che nessuna rinuncia è dato inferire dalla scelta di convivere.

La rilevanza giuridica ormai conseguita dalla convivenza *more uxorio*, implica che, alla positiva rivendicazione di libertà e di autonomia, non possa non contrapporsi l'esigenza, sempre più avvertita, di impedire una fuga dagli impegni e dalle responsabilità che il rapporto di coppia, al pari di ogni relazione giuridicamente rilevante, implica. Né, nell'anzidetta prospettiva, appare sufficiente il solo ricorso allo strumento contrattuale, posto che se, da un lato, esso appare idoneo a governare i soli profili patrimoniali interenti al rapporto interno di coppia (con esclusione, dunque, della possibilità di avanzare pretese con riferimento a interessi non patrimoniali, ancor più quando il loro soddisfacimento richieda l'intervento di terzi); dall'altro, non può non sottolinearsi che l'evidente utilità dello strumento contrattuale, per lo meno a tutela delle posizioni del convivente economicamente debole, si scontra con le difficoltà insite nella stessa decisione di concludere un contratto che si proponga di disciplinare situazioni il cui substrato è di chiara natura affettiva. Difficoltà che sono per lo più di natura psicologica, considerato che un contratto siffatto andrebbe stipulato nel momento in cui il rapporto funziona, cioè in un momento in cui si è portati a ritenere che il substrato affettivo di cui esso è permeato impedirà il sorgere di ogni problematica o, comunque, ne consentirà il superamento senza che si creino attriti. In altri termini, il contratto, strumento tradizionalmente ed essenzialmente preposto alla risoluzione di un «conflitto di interessi», dovrebbe essere stipulato in una fase – quella dell'inizio o dello svolgimento della relazione di coppia – in cui non è in atto alcun conflitto del genere descritto e, quindi, nella mera previsione del suo possibile profilarsi. Ciò testimonia come lo strumento contrattuale, che è certamente da incoraggiare,

non possa tuttavia costituire l'unica via percorribile al fine di garantire la protezione degli interessi scaturenti dalla convivenza non fondata sul matrimonio.

La sussistenza di interessi meritevoli di protezione nell'ambito della convivenza *more uxorio* – testimoniata, come detto, dal crescente numero di disposizioni legislative che equiparano la posizione del convivente a quella del coniuge – deve dunque indurre l'interprete, conformemente al ruolo demandatogli al cospetto dell'ordinamento civilistico e indipendentemente da qualsiasi intervento legislativo in merito, a interrogarsi circa la tutelabilità degli interessi di volta in volta azionati. In assenza di una previsione legislativa occorrerà argomentare, oltre che dal sistema del diritto patrimoniale comune – nei casi in cui, come frequentemente accade, vengano in rilievo profili di carattere patrimoniale –, anche dalla disciplina dettata per la famiglia legittima, all'uopo verificando se l'istituto astrattamente invocabile presupponga necessariamente il matrimonio. Di modo che il problema della famiglia non fondata sul matrimonio non si porrà nei termini di una rigida alternativa tra non tutela e tutela – e quindi come equiparazione totale alla famiglia legittima – ma come problema di regolamentazione dei singoli rapporti, siano essi quelli che vedono coinvolti i conviventi tra di loro, ovvero quelli tra genitori e figli o quelli con i terzi. L'esigenza di impedire ogni equiparazione alla famiglia legittima non pare dunque porsi in contrasto con la possibilità che i problemi più scottanti cui la famiglia di fatto può dar luogo, soprattutto nel momento in cui si manifesta la crisi, possano essere risolti attingendo a quei principi espressione della solidarietà tipica dei rapporti affettivi. In questa prospettiva, che finisce col ridimensionare le forti implicazioni ideologiche che la tematica propone, ed apre, conseguentemente, qualche spiraglio in più verso la predisposizione di forme di tutela. L'interprete potrà infatti desumere dalla disciplina della famiglia legittima alcuni principi generali per risolvere i problemi più significativi che si pongono con riferimento alla famiglia di fatto, purché si tratti di principi che abbiano un contenuto essenzialmente generalizzabile.

IL DIRITTO DI FAMIGLIA DAL 1975 A OGGI.  
TRASFORMAZIONI INTERVENUTE E PROSPETTIVE ODIERNE

Gloria Servetti

Prima di entrare nel vivo dei temi dei quali siamo oggi chiamati a occuparci credo che sia doveroso ringraziare il Centro per la Riforma del Diritto di Famiglia e la sua Presidente per l'iniziativa che ci vede riuniti: quello di oggi non è uno dei tanti incontri di formazione e di aggiornamento professionale su singole tematiche di diritto ma è un'eccezionale occasione di riflessione e di confronto sul percorso compiuto dal diritto della famiglia a far tempo dalla sua Riforma del 1975, quanto a dire da quello che ancora oggi viene da tutti indicato come il vero, primo e coordinato intervento legislativo sui principi e sugli istituti che ci stanno a cuore, al punto che mi sentirei di dire, ponendomi nella posizione di ancora studente all'epoca del suo avvento, che quella massiccia rivisitazione del codice realizzò la nascita stessa del Diritto di Famiglia e, preceduta da un fervente quanto lungo dibattito nonché seguita da un fiorire di approfondimenti, tesi e produzioni dottrinali e giurisprudenziali, segnò la realizzazione vera e propria di un settore autonomo del diritto civile.

Lo sforzo di riflessione che vi viene richiesto comporta uno sguardo d'insieme e il tentativo di enucleare le direttrici sulle quali successivi passi normativi e l'evoluzione giurisprudenziale si sono mossi in questo non breve tempo, anche perché solo guardando al passato e ai suoi movimenti possiamo forse ragionevolmente immaginare il futuro: in molti hanno, nei più svariati settori del sapere, affermato che la mancata conoscenza del passato non consente di comprendere il presente né di ipotizzare il futuro, così che su questa linea cercherò di articolare il mio intervento.

La Riforma del 1975 è nel suo insieme permeata, attraverso disposizioni di nuovo conio che hanno rimodellato e persino trasformato gli originari classici istituti, da un nuovo spirito di *eguaglianza dei coniugi* non solo di fronte alla legge ma, anche e soprattutto, fra di loro all'interno di quell'essenziale nucleo

sociale di base che è la famiglia: questo è il filo conduttore dell'intero impianto della Riforma, questa la ragione dell'introduzione del regime patrimoniale, generale e prioritario quantunque derogabile, della comunione dei beni, questa la spinta a riconoscere che il fallimento dell'unione matrimoniale può prodursi anche solo per fatti oggettivi e per la naturale consumazione del vincolo affettivo e solidaristico originario, per un'intollerabilità della prosecuzione della convivenza che si sottrae al riscontro di responsabilità specifiche dell'uno o dell'altro coniuge.

Sotto il primo profilo basti rammentare che l'opzione del legislatore a favore della comunione legale dei beni ha raccolto non solo l'indicazione proveniente dal mutamento sociale che aveva, in particolare, coinvolto la figura femminile ma, anche, la sollecitazione espressa dai giudici costituzionali, e basti al riguardo rammentare che con la sentenza n. 187 del 26 giugno 1974, chiamati ad occuparsi della compatibilità con i precetti costituzionali dell'art. 215 c.c. del tempo, avevano sottolineato che *“la vigente disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi può dar luogo a situazioni di inadeguata tutela giuridica, tra le quali appare particolarmente grave e meritevole di protezione, specie nel caso di separazione personale, quella della donna priva di un proprio lavoro professionale autonomo”*, finendo nell'occasione per concludere che tale lacuna non avrebbe potuto essere colmata altro che attraverso un intervento del legislatore.

Per quanto riguarda, invece, il procedimento separativo, originariamente visto con malcelato sfavore e strutturato come estremo rimedio in ipotesi di relazioni caratterizzate da profili di particolare e grave patologia, l'abbandono della separazione solo “per colpa” e la nascita della figura della separazione per mera “intollerabilità” a prescindere da specifiche responsabilità di uno o di entrambi i coniugi, ha condotto a una netta diversificazione all'interno dell'istituto separativo e, quindi, del relativo procedimento, con riconoscimento del carattere accessorio della domanda di addebito la cui proposizione è divenuta soltanto eventuale.

Netto, dunque, il passaggio da una concezione fortemente pubblicistica del matrimonio e dal carattere sanzionatorio della separazione a una concezione

che ha posto i coniugi su un piano di parità e ha riconosciuto e valorizzato cause oggettive di per sé idonee a compromettere la tenuta dell'unione nel tempo, giungendo a riconoscere prevalente il diritto del singolo alla migliore realizzazione di se stesso, pur restando fermo il diritto dell'altro di far valere giudizialmente violazioni degli obblighi di legge, rimasti comunque inalterati, perpetrate in suo danno.

Se proviamo insieme a ricordare lo svolgimento dei giudizi di separazione così come si articolava ancora nei primi anni '90, non dovremmo incontrare difficoltà a rilevare che anche per una pronuncia ai sensi del solo primo comma dell'art. 151 c.c. i tribunali richiedevano l'espletamento di attività istruttoria, sulla base del diffuso pensiero che ci si trovava comunque a statuire in tema di diritti indisponibili e che, dunque, quando non avevano i coniugi optato per la conclusione del loro rapporto in forma consensuale, avrebbe dovuto essere fornita in giudizio la prova dell'effettiva disgregazione del loro sodalizio materiale e affettivo, sì da potersi stimare obiettivamente integrata quell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza che, sola, legittimava l'apprezzamento della domanda.

Nulla di tutto ciò accade oggi, dal momento che l'evoluzione giurisprudenziale ha condotto a riconoscere il presupposto della separazione anche nel solo essere venuto meno il consenso del singolo al protrarsi della vita in comune, indipendentemente dall'accertamento dei motivi che l'abbiano indotto a manifestare la propria volontà di porre termine all'esperienza matrimoniale, così che nei procedimenti dei giorni nostri non viene più disposta alcuna istruttoria, sulla base della ritenuta sufficienza dell'esito negativo del tentativo di conciliazione esperito dal presidente e dell'espressa opposizione anche di un solo membro della coppia alla continuazione della vita in comune, situazione che di per sé inficia la relazione di coppia e compiutamente attesta il venir meno del vincolo affettivo, progettuale e solidaristico sul quale il matrimonio era stato contratto.

Se, allora, abbiamo già visto che la Riforma ha avuto quale finalità l'attuazione del *principio di eguaglianza dei coniugi* anche nella loro relazione interna, possiamo adesso aggiungere che la stessa Riforma ha valorizzato

l'individuo / coniuge in quanto tale e ne ha esaltato l'*autonomia* nel raffronto con l'istituto del matrimonio, sottraendo in parte quest'ultimo al rigido controllo dell'ordinamento.

Poniamo ora mente a quanto accaduto nel decennio 1990 – 2000 e, anche perché ci troviamo a Milano, ricordiamo subito come proprio da qui abbia preso l'avvio la spinta giurisprudenziale volta – dopo l'entrata in vigore della Novella n. 74/1987 in tema di divorzio che non solo ha abbreviato i termini per la proposizione della relativa domanda ma ha anche sancito la nascita della sentenza c.d. parziale o non definitiva relativa al solo *status* personale – a esaltare il carattere autonomo della domanda di addebito ex art. 151, secondo comma, c.c. e a riconoscere la possibilità che anche la separazione potesse essere pronunciata con sentenza parziale, ovvero senza necessaria contestualità con la statuizione inerente al preteso addebito. Nel settembre 1994 il Tribunale di Milano, aprendo peraltro le porte a un dibattito intenso e affatto indenne da critiche e non poche riserve, riconosceva dunque la possibilità della sentenza parziale di separazione, sulla stessa linea di quello che è stato un consistente pronunciamento della Corte di legittimità (Cass. n. 10512 del 7.12.1994) che ha individuato l'addebito come una “mera variante” dell'accertamento dell'improseguibilità della convivenza, ossia come una modalità accessoria ed eventuale, accertabile solo se espressamente richiesta da una parte e solo in presenza di specifiche circostanze, e ha dato avvio a un orientamento che, pur faticosamente e attraverso non rare oscillazioni, è infine pervenuto a escludere la possibilità di mutamento del titolo della separazione (Cass. n. 9317/97 e n. 8272/99, in contrasto con Cass. n. 2148/91, e conformi alle più recenti Cass. n. 6625/2005 e n. 7450/2008).

Sono stati spesi fiumi di inchiostro e sono stati necessari non pochi anni, ma tutti senz'altro ricordiamo che le Sezioni Unite nel 2001 con le sentenze nn. 15248 e 15279 rispettivamente del 3 e 4 dicembre hanno posto fine al dibattito e convalidato il pensiero (poi ripreso in Cass. n. 15157/2005) che nell'immediatezza della sua espressione era a molti sembrato un passo azzardato.

Da qui, allora, l'avvento della situazione che negli ultimi tempi è divenuta sempre più comune, ossia quella di divorzi pronunciati sulla base di un titolo rappresentato dal giudicato formatosi relativamente a una sentenza parziale di separazione, pronunciata cioè solo a mente del primo comma dell'art. 151 c.c., mentre può essere ancora pendente la fase volta all'accertamento dell'eventuale responsabilità, ovvero del preteso addebito.

Tutto ciò è stato fatto proprio dal legislatore, che con la legge n. 80 del 14 maggio 2005 di conversione del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, ha attraverso l'art. 709 *bis* c.p.c. espressamente riconosciuto che *“nel caso in cui il processo debba continuare per la richiesta di addebito, per l'affidamento dei figli o per le questioni economiche, il tribunale emette sentenza non definitiva relativa alla separazione”*, in tal modo ampliando e meglio specificando l'ambito di operatività della sentenza parziale rispetto alla formulazione propria dell'art. 4 della legge n. 898/1970 come modificata attraverso la rimodulazione dell'art. 8 della Novella del 1987.

Da ciò possiamo trarre un'ulteriore conclusione: la Riforma e i suoi successivi sviluppi hanno spianato la strada alla realizzazione non solo dei principi di eguaglianza e di autonomia individuale cui già abbiamo accennato ma, anche, alla tutela dell'effettività del diritto al conseguimento dello stato libero, così come del resto chiaramente espresso dal legislatore nella relazione Lipari al Senato per la presentazione della Novella n. 74 in tema di divorzio.

Vorrei ora volgere uno sguardo oltre i confini del nostro ordinamento e offrire qualche ulteriore spunto di riflessione sul piano internazionale, dal momento che non solo i fenomeni dell'immigrazione e dell'emigrazione sono divenuti sempre più imponenti e il numero delle coppie straniere o c.d. miste è in costante crescita nel nostro Paese, ma che anche i nostri cittadini sono caratterizzati da una sempre più accentuata mobilità nell'area internazionale, con conseguenze che possono esserci di una qualche utilità nel nostro intento di guardare anche al futuro.

Siamo stati sin dai banchi dell'università abituati a pensare che a cittadini italiani debbano di necessità applicarsi solo le norme nazionali, ovvero quelle proprie dell'ordinamento di appartenenza, e per la verità anche la legge n.

218/1995 di riforma del diritto internazionale privato si è posta su questa risalente linea aprendosi, tuttavia e nel contempo, verso lo spazio internazionale e la necessità di una stretta cooperazione tra Stati, attraverso la previsione del riconoscimento c.d. automatico delle sentenze straniere, anche in materia di separazione e divorzio.

Partendo da questo dato, l'evoluzione giurisprudenziale è andata ben oltre e può dirsi ormai acquisito il principio in forza del quale la contrarietà all'ordine pubblico, ostativa a tale riconoscimento, si registra solo ove vi sia una manifesta incompatibilità con i principi fondamentali ed irrinunciabili propri dell'ordinamento nazionale, e questa linea, che potrei definire attenuata, è venuta a sempre più consolidarsi, anche per effetto della legge n. 74/1987 che prevede la possibilità del divorzio su ricorso congiunto, ovvero fondato su una sorta di mutuo consenso dei coniugi: ciò comporta che è oggi necessario e sufficiente ai fini del suo riconoscimento in Italia che la sentenza straniera abbia in qualche modo accertato il definitivo e irreversibile naufragio dell'unione e l'impossibilità obiettiva di ricostituire il sodalizio materiale ed affettivo proprio del vincolo matrimoniale.

Su questo ultimo punto voglio ricordare solo alcune delle significative pronunce della Corte di legittimità, quali Cass. n. 16978 del 25 luglio 2006 (che ha escluso la contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza di divorzio emessa in uno Stato USA non preceduta da un periodo qualsivoglia di separazione personale né dal decorso di un lasso di tempo che consentisse ai coniugi un "ripensamento", ritenendo necessario e sufficiente il fatto che il divorzio avesse fatto seguito all'accertamento "dell'irreparabile venir meno della comunione di vita tra i coniugi"), la sentenza Cass. n. 6975 del 25 luglio 1997 (che, di fronte a una sentenza del giudice francese che aveva pronunciato il divorzio "per colpa di entrambi i coniugi", ha del pari negato ogni sua contrarietà all'ordine pubblico rilevando come nella specie avesse comunque il giudice accertato "l'avvenuta dissoluzione del vincolo coniugale", facendo applicazione della Convenzione italo – francese del 3 giugno 1930 sull'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, resa esecutiva con legge 7 gennaio 1932, n. 45), la pronuncia Cass. n. 3502 del 14 aprile 1994, che ha attribuito rilievo al *ghet* proprio del rito

ebraico, affermando che il giudice italiano deve limitarsi in sede di delibazione al mero esame della causa di divorzio quale affermata dal giudice straniero o da questi presupposta secondo il rito applicato.

E, del resto, in Cass. 28 maggio 2004, n. 10378 è stato ben precisato che non può essere ritenuta contraria all'ordine pubblico, per il solo fatto che il matrimonio sia stato sciolto con procedure e per ragioni o situazioni non identiche a quelle contemplate dalla legge italiana, una sentenza di scioglimento del matrimonio pronunciata, fra cittadini italiani, dal giudice straniero il quale abbia fatto applicazione del diritto straniero: occorre solo, infatti, che sia stato oggetto di rigoroso accertamento l'irrimediabile disfacimento della comunione familiare, il quale costituisce l'unico inderogabile presupposto delle varie ipotesi di divorzio enunciate dall'art. 3 della legge n. 898/1970.

Attraverso questi brevissimi richiami alla nostra giurisprudenza di legittimità possiamo, allora, aggiungere un ulteriore tassello al nostro percorso di riflessione e prendere atto che l'ordinamento nazionale ha via via affievolito quelli che apparivano originari sbarramenti propri della normativa interna, giungendo a riconoscere che il diritto all'acquisizione dello stato libero non trova altri ostacoli se non quello del necessario preventivo accertamento del carattere irrimediabile del fallimento dell'unione coniugale e che, di conseguenza, cittadini italiani residenti all'estero possono legittimamente divorziare anche senza "transitare" attraverso la separazione e il suo protrarsi per certo lasso di tempo, non costituendo tale fattispecie un *vulnus* agli inderogabili principi del nostro ordinamento.

Tutto ciò, che costituisce ormai patrimonio acquisito del nostro diritto della famiglia, ben potrebbe spingerci a porre a noi stessi un duplice ordine di interrogativi: ha ancora oggi un essenziale significato la previsione di legge in tema di addebito della separazione? Ha ancora un significato irrinunciabile per la nostra cultura e per la nostra società, così come si sono nel tempo modificate, la previsione per il cittadino di dovere obbligatoriamente accedere alla separazione prima che al divorzio?

E, ancora, non è forse vero che fra cittadini italiani residenti in Italia e cittadini residenti all'estero non dovrebbe esservi differenziazione quanto alla

tutela dei comuni diritti sostanziali? Non dobbiamo forse riconoscere con onestà che molte delle domande di addebito della separazione trovano ragione nella sentita esigenza di una tutela patrimoniale e, quindi, nei riflessi che si producono sui diritti ereditari? Ha tutto ciò un suo persistente apprezzabile significato nel momento in cui l'acquisizione dello stato libero attraverso una pronuncia definitiva di divorzio è stata dal legislatore sensibilmente accelerata attraverso la possibilità di duplici sentenze parziali?

Non so oggi rispondere a questi quesiti e soprattutto non voglio farlo perché tutto questo compete agli studiosi del fenomeno sociale e in ultima analisi al legislatore, ma credo, in tranquilla coscienza, che affrontare una riflessione su questi punti sia ormai divenuto necessario e risponda a movimenti che sono nettamente percepibili sulla base stessa della nostra quotidiana esperienza.

Mi preme qui soltanto accennare a qualche altro profilo a mio avviso altamente caratterizzante alla luce del nostro percorso di rilettura del passato.

L'autonomia negoziale dei coniugi è andata sempre più ad accentuarsi e anche la dottrina più attenta da tempo ha evidenziato come all'interno del rapporto di coppia possano trovare spazio aspetti tipicamente contrattuali, anche se di tipologia speciale; il contenzioso dinanzi agli uffici giudiziari è prevalentemente incentrato sulle questioni d'ordine economico e patrimoniale e talvolta questo contenzioso è tanto alto che diviene pervasivo e porta persino a mettere in secondo piano la genitorialità; la stessa legge n. 54 del 2006 in tema di affidamento condiviso esalta l'autonomia dei genitori nell'adozione della regolamentazione dei loro rapporti con i figli, così che il controllo del giudice rispetto alle loro pattuizioni è rigorosamente limitato al riscontro della non contrarietà all'interesse della prole; gli assegni periodici di mantenimento in sede separativa e quelli di natura divorzile, differenziati nei loro rispettivi presupposti in origine e alla stregua del dettato normativo di cui all'art. 5 nel testo riformulato dalla legge n. 74, sono andati sempre più a omologarsi fra loro, e segno evidente, nonché esplicitato, di tale orientamento si trova in una pluralità di pronunce della Corte di legittimità; la riacquisizione dello stato libero è la costante nel progetto di vita dei cittadini italiani, così come la costituzione di nuovi nuclei e la realizzazione di quelle famiglie allargate che già

da anni sono quasi una regola nel panorama di altri Paesi europei; la separazione non è più una pausa di riflessione volta al superamento del conflitto interpersonale ma diventa, nei fatti, solo una sperimentazione del suo regime per porvi correttivo in sede divorzile, alla quale si dà ingresso il più delle volte non appena maturato il termine di proponibilità dell'azione; la conflittualità all'interno delle coppie, coniugate o meno, è una caratteristica ormai palpabile nelle aule di giustizia, a volte persino accentuata dalla concessa possibilità di rimettere sempre e tutto in discussione davanti a un tribunale, abdicando al primario diritto /dovere di trovare in sé le risorse per una migliore gestione del proprio ruolo e delegando a terzi persino ciò che dovrebbe per sua natura essere strettamente personale.

Ho, in via di estrema sintesi, viva la percezione che il percorso del diritto di famiglia – percorso che non sarà mai arrestabile perché strettamente connesso con le variabili e i movimenti evolutivi, o involutivi, della società – ci segnali la necessità di un globale ripensamento, che veda al centro l'individuo, con le sue necessità di oggi ma anche con tutte le sue sempre più marcate fragilità: autonomia, dunque, ma anche sostegno dove e quando ve ne sia bisogno, attraverso interventi sociali di prevenzione del conflitto e di cura delle relazioni nonché del disagio personale, all'interno di un quadro normativo che tenga conto delle linee direttrici ormai nel tempo evidenziate e costituisca un buon contenitore dei diritti, dei doveri ma anche dei più profondi bisogni dell'individuo.

E che l'attenzione debba essere rivolta all'individuo nella sua specificità è principio informatore anche di altri istituti entrati a far parte del diritto di famiglia e delle persone, dal momento che la legge del 2004 istitutiva dell'amministrazione di sostegno ha non solo raccolto la richiesta di predisporre una forma di tutela del soggetto incapace meno incisiva rispetto all'interdizione e all'inabilitazione ma ha, anche e soprattutto, coniato una figura di protezione duttile e modulabile in stretta aderenza ai bisogni del soggetto debole, con possibilità di suo costante e sollecito adeguamento a nuove esigenze che dovessero presentarsi per rendere realmente efficace la misura.

Anche da qui possiamo, allora, trarre ulteriore indicazione del cammino fatto e di come tutta la più recente produzione legislativa, perfezionata attraverso l'intervento applicativo e interpretativo della giurisprudenza, abbia avuto riguardo all'individuo e al suo essere persona, sia esso incapace o minore, adulto in difficoltà o anche solo coniuge o genitore, secondo un'ottica di diritto più "leggero" rispetto a quello proprio dell'impostazione codicistica originaria.

Dove andremo non posso ipotizzare ma l'esperienza insegna, per quanto mi consta, che un cammino difficilmente si interrompe e mai si torna indietro: resta il dubbio se sarà il legislatore in grado di cogliere il senso più profondo delle tappe di questo cammino e da queste prendere le mosse per procedere a un sapiente adattamento dell'attuale impianto normativo in funzione del variare delle istanze sociali e dello sforzo che la giurisprudenza ha sostenuto, e continua a sostenere, per fornire a queste una risposta.

Lasciamoci, allora, al termine di questo incontro con l'impegno di non cessare mai di riflettere e di renderci sempre disponibili e aperti verso nuove esperienze nonché verso innovativi interventi legislativi, pur consapevoli di quanto tutto ciò possa essere difficile e con la sola speranza che il nostro legislatore abbia realmente la capacità di cogliere le istanze che direttamente provengono dai movimenti della società e sappia elaborarle attraverso disposizioni adeguate, concrete, modulate e, soprattutto, indenni da ogni pericoloso velleitarismo.

## RIFLESSIONI SULL'EVOLUZIONE DEL DIRITTO PROCESSUALE FAMILIARE

Ferruccio Tommaseo

1.

Sono stato invitato a compiere qualche riflessione sulla disciplina processuale dei procedimenti in materia familiare, una disciplina che ha conosciuto, in questi ultimi anni, una forte evoluzione dovuta non soltanto al nostro legislatore ma anche, e in modo molto significativo, all'apporto del diritto convenzionale e della prassi costruita dal diritto vivente dovuto all'opera quotidiana della giurisprudenza.

Si tratta di un'evoluzione giustificata e direi sollecitata dalla necessità di innestare in ogni ambito dell'amministrazione della giustizia le garanzie del giusto processo oltre che dall'emergere, nell'ambito del diritto di famiglia, di nuovi diritti che reclamano forme processuali coerenti con l'esigenza di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale: basti pensare alla giustizia minorile - ossia a quel settore della giurisdizione in materia familiare nel cui ambito domina l'interesse del minore sia come regola di giudizio sia come misura della giustizia del provvedimento - e alle nuove prospettive aperte alla tutela dei minori dalla rilevanza processuale ora attribuita (e proprio dal diritto convenzionale) alla capacità di discernimento e al conflitto d'interessi con i detentori della responsabilità parentale.

Molto cammino è stato compiuto da quando la disciplina sostanziale del diritto di famiglia, delineata dal testo originario del codice civile, era ispirata a valori e a principi la cui rilevanza è stata da tempo ridimensionata dall'evoluzione del costume sociale e dalle riforme che hanno radicalmente modificato fondamentali istituti del diritto familiare. Mi riferisco, per la sua decisiva importanza, al principio di eguaglianza che, con l'epocale riforma del 1975, ha dato un nuovo assetto ai rapporti coniugali e alla disciplina della filiazione o, ancora, al riconoscimento dei diritti dei minori non soltanto nei

rapporti con i detentori della responsabilità parentale ma anche sul terreno dell'accesso alla giurisdizione.

Un tempo si poteva dire che “nella materia delle relazioni familiari e dei rapporti con i minori, l'interesse pubblico predominava e affievoliva le posizioni dei privati”<sup>1</sup> e che, in tale contesto, il legislatore ben poteva anche affievolire le garanzie processuali delle parti e predisporre processi intensamente deformalizzati, aperti alle iniziative ufficiose del giudice.

Se norme ancora vigenti prevedono che i provvedimenti relativi ai minori “sono pronunciati dal tribunale in camera di consiglio” e che “il tribunale provvede in camera di consiglio” nei giudizi riguardanti le persone e la famiglia (regole queste dettate, rispettivamente, dall'art. 732, 1° comma, cod. proc. civ. e dall'art. 38 delle disposizioni di attuazione al primo libro del codice civile), è evidente che questa scelta del legislatore non è più accettabile acriticamente proprio perché, essendo mutato il quadro di riferimento, è anche mutato l'oggetto della tutela giurisdizionale che essendo ora, in materia familiare, sempre più spesso tutela di diritti soggettivi, reclama forme processuali idonee a dare un tutela effettiva con le garanzie del giusto processo.

Così, per quanto riguarda i minori, i provvedimenti che li riguardano devono esser modellati “con esclusivo riferimento al loro interesse morale e materiale”, una formula contenuta nella legge sull'adozione e nelle norme sull'affidamento condiviso (art. 155, 2° comma) che ha non soltanto valenza di principio generale come vuole l'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, ma sancisce un vero e proprio diritto della personalità: lo afferma la Corte costituzionale per la quale l'interesse del minore si specifica non soltanto nel diritto di conservare le relazioni familiari ma anche nel più articolato diritto di “conservare o raggiungere appropriati equilibri affettivi nonché ricevere educazione e idonea collocazione sociale”<sup>2</sup>, un interesse quindi che, percepito in questa sua nuova dimensione, esige una disciplina processuale

<sup>1</sup> ANDRIOLI, *Commento al cpc*, IV. Napoli, 1964, p. 413. Sull'interesse “superiore” della famiglia e sulla sua correlazione con l'interesse dello Stato che “dalla conservazione e dalla saldezza del nucleo familiare trae forza e impulso per il suo sviluppo”, DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, II, Messina, 1934, p. 5 s. il quale cita Paolo Dig. 23.3.2. 60 Paulus ad edictum. “Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt”.

<sup>2</sup> Corte cost. 20 luglio 1990 n. 341.

che dia al minore strumenti adeguati per ottenere un'effettiva tutela giurisdizionale.

2.

Non vi è dubbio che la vigente disciplina processuale, per quanto abbia compiuto significativi progressi, non è ancora adeguata a soddisfare nel segno dell'effettività e delle garanzie del giusto processo il bisogno di tutela giurisdizionale in un settore così delicato e complesso della vita sociale: ne sono significativa riprova i dubbi sulla legittimità costituzionale così spesso sollevati dalla giurisprudenza sui diversi profili della legislazione processuale in materia familiare.

La riforma del diritto di famiglia del 1975, pur così incisiva e articolata, ha investito quasi esclusivamente la disciplina sostanziale dei rapporti familiari. Infatti, ad eccezione di alcune modifiche alle disposizioni di attuazione del codice civile che hanno ampliato le competenze del tribunale per i minorenni, il legislatore da un lato ha preferito evitare altri interventi sui profili processuali del diritto di famiglia (oltre a quelli in precedenza compiuti, prima con la legge sull'adozione speciale del 1967 e poi con quella del 1970 sullo scioglimento del matrimonio), dall'altro lato ha confermato la scelta di distribuire l'esercizio della giurisdizione in materia familiare fra il tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni.

Questa ripartizione dell'amministrazione della giustizia fra tribunale ordinario e giudice specializzato crea nocive incertezze che fanno sentire acutamente l'esigenza di mettere ordine nell'universo delle competenze in materia familiare e minorile con riforme ordinarie centrate sulla ventilata istituzione del tribunale della famiglia che, per quanto voluta da numerosi disegni di legge, non sembra ancora ricevere dal Parlamento quella prioritaria attenzione che dovrebbe sollecitare.

Eppure, la concentrazione di ogni competenza in capo ad un unico organo giudiziario, consentirebbe di evitare quei conflitti tra tribunale ordinario e giudice specializzato con intuibili effetti sulla ragionevole durata del processo e proprio là dove le norme della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei

diritti del fanciullo impongono all'autorità giudiziaria l'obbligo "di procedere con prontezza evitando ogni inutile ritardo"<sup>3</sup>.

Si pensi, in particolare, alle ricorrenti incertezze sulla competenza a conoscere le controversie in materia di affidamento e di mantenimento dei figli naturali ambiguamente distribuita fra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario, almeno fino a quando la giurisprudenza della Cassazione ha tentato di porvi rimedio con il disporre che i provvedimenti di carattere patrimoniale siano pronunciati dal medesimo giudice chiamato a decidere sull'affidamento sia esso il tribunale ordinario sia esso il tribunale per i minorenni<sup>4</sup>, una concentrazione delle competenze che però presuppone il cumulo oggettivo delle domande.

Infatti, come ha ulteriormente precisato la Cassazione, la competenza del tribunale minorile cede a quella del tribunale ordinario ogni qual volta il giudizio abbia ad oggetto soltanto la domanda di mantenimento del figlio naturale<sup>5</sup>, un principio al quale proprio il tribunale per i minorenni di Milano ha voluto dare rigorosa applicazione, con un decreto dello scorso dicembre, con il negare la propria competenza a conoscere le domande di modifica di un proprio precedente decreto che abbiano ad oggetto i soli capi riguardanti il mantenimento e non anche quelli sull'affidamento<sup>6</sup>.

Permangono quindi ancora dubbi che soltanto l'attribuzione di ogni competenza al tribunale ordinario varrebbe a sciogliere definitivamente. Un risultato questo che non credo possa essere raggiunto soltanto con gli strumenti dell'interpretazione, per quanto la Corte costituzionale, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale della ripartizione del contenzioso fra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni in materia di

---

<sup>3</sup> Art. 7, Convenzione di Strasburgo.

<sup>4</sup> Cass., 3 aprile 2007, n. 8362, in *Fam. dir.*, 2007, n. 446 ss. con mia nota di commento e in *Famiglia*, 2007, p. 515 ss. con nota di DANOVI, *Affidamento e mantenimento dei figli naturali: la Cassazione sceglie il giudice minorile* Secondo la Corte la nuova disciplina dell'affidamento non ha inciso sulle regole di competenza: ne deriva che è rimasto in vigore l'art. 38 disp. att. cod. civ., nella parte in cui attribuisce al giudice specializzato i provvedimenti che danno attuazione alle disposizioni direttamente o indirettamente evocate dall'art. 317 *bis* norma che, per la Cassazione, "continua a rappresentare lo statuto normativo della potestà del genitore naturale e dell'affidamento del figlio nella crisi delle unioni di fatto".

<sup>5</sup> Cass., 7 maggio 2009, n. 10569, in *Fam. dir.*, 2009, p. 992 con nota di VULLO.

<sup>6</sup> Trib. minori Milano, 17 dicembre 2010, inedito.

affidamento, abbia formulato l'implicito invito ad esplorare "la possibilità di un'interpretazione adeguatrice delle disposizioni impugnate"<sup>7</sup>.

Si tratta di un obiettivo che il recente disegno di legge Berselli, approvato dal Senato lo scorso ottobre, vuole raggiungere modificando l'art. 38, disp. att., e attribuendo tutti i procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento alla sola competenza del tribunale ordinario il quale, se non vi è causa pendente di separazione o di divorzio, dovrà provvedere nelle forme camerali secondo le regole di cui all'art. 710 cod. proc. civ., applicabili con la consueta riserva di compatibilità<sup>8</sup>.

### 3.

L'amministrazione della giustizia in materia familiare e minorile non soltanto continua a essere distribuita tra una pluralità di organi giudiziari ma neppure conosce un modello processuale unitario: infatti, per quanto la legge - in particolare con l'art. 38 disp. att., cod. civ. - indichi nel formalismo leggero dei procedimenti in camera di consiglio il modello di riferimento per i giudizi di competenza del tribunale per i minorenni e del tribunale ordinario in materia di famiglia e di minori, esistono procedimenti strutturati nelle forme più diverse che trovano la propria fonte regolatrice nei codici e in leggi speciali.

Mi limito ad osservare che la varietà delle controversie familiari e minorili ben difficilmente è compatibile con le strette maglie di un procedimento rigorosamente uniforme, poiché diversi sono gli obiettivi assegnati dal legislatore all'attività giurisdizionale: da un lato, dare conveniente assetto agli interessi delle parti con provvedimenti modificabili e revocabili in

---

<sup>7</sup> Corte cost., 6 novembre 2009, n. 286, in *Fam. dir.*, 2010. P. 221 ss. con la mia nota *Giustizia minorile: ancora un'elusiva pronuncia della Consulta sulla disciplina della competenza in materia di filiazione naturale*.

<sup>8</sup> Disegno di legge presentato dal sen. Berselli, ora all'esame della Commissione giustizia della Camera (C. 3915) Relazione di Cesare Massimo Bianca presidente di un'apposita commissione ministeriale per lo studio e l'approfondimento di temi relativi al diritto di famiglia.. In conclusione, mi sembra che oggi si preferisca risolvere, almeno provvisoriamente, i problemi ordinamentali posti dalle esigenze della giustizia minorile semplicemente con l'ampliare le competenze del tribunale ordinario. Tuttavia non basta una potatura più o meno energica di quanto oggi prevede l'art. 38 disp. att., e sottrarre al giudice specializzato, come vuole il citato disegno di legge Berselli, i procedimenti in materia di potestà parentale di cui all'art. 316 cod. civ. e i giudizi di reclamo dello stato di figlio naturale previsti dall'art. 269 cod. civ. promossi da minorenni. Questo, a ben vedere, è un modo semplicistico d'operare che non consente

ogni tempo; dall'altro lato, pervenire a statuizioni assistite dall'autorità del giudicato sia pure sovente condizionate dalla clausola *rebus sic stantibus*<sup>9</sup>.

A questo proposito, mi sembra assai discutibile quanto propone, ad esempio, il disegno di legge, dovuto all'iniziativa dell'on. Volontè<sup>10</sup>, che vorrebbe attuare i principi del giusto processo nei procedimenti di competenza dell'istituendo tribunale per la famiglia con regole palesemente ispirate alla disciplina processuale della separazione e del divorzio, quindi a forme contenziose del tutto inadonee a fungere da modello uniforme.

Invero, tutti i procedimenti debbono essere costruiti con regole coerenti con la materia che ne è l'oggetto e capaci di attuare i principi del giusto processo, ma il legislatore non sembra preoccuparsi di dare soddisfazione a questa duplice esigenza reclamata dal diritto di famiglia. Ne è significativa riprova che, nell'affidare recentemente (nel 2009) alla legislazione delegata l'impegnativo compito di ridurre e semplificare i procedimenti civili disciplinati da leggi processuali speciali, ha dichiarato che "restano in ogni caso ferme le disposizioni processuali in materia di famiglia e minori"<sup>11</sup>.

Non è facile giustificare questa scelta elusiva, segno di un'inerzia che il gran numero di disegni di legge in materia familiare non riesce a vincere e che già in precedenza ha avuto occasione di manifestarsi. È significativo ricordare, a tale proposito, la catena dei decreti legge che hanno ritardato di sei anni l'entrata in vigore della riforma della legge sull'adozione legittimante, una riforma pubblicata in Gazzetta ufficiale nel 2001 e in vigore soltanto dal giugno 2007.

Ancora, si pensi agli ostacoli frapposti alla recezione delle norme della Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori, prima ritardandone per anni la ratifica, avvenuta soltanto nel 2003, poi tentando di

---

d'affrontare e di risolvere la questione della preparazione culturale dei magistrati chiamati a giudicare la delicata materia familiare e minorile.

<sup>9</sup> Su questa categoria di sentenze, vedi COSTA, *Diritto processuale civile*<sup>5</sup>, Torino, 1980, p. 247 e già, del medesimo autore, il saggio *Le sentenze civili con la clausola 'rebus sic stantibus'*, in *Studi Senesi*, 1930, p. 1 ss.

<sup>10</sup> Presentato alla Camera nel 2008 e ancora arenato in Commissione giustizia: C. 393.

<sup>11</sup> Art. 54, legge 8 giugno 2009, n. 69. In particolare, tutti i procedimenti camerale-contenziosi saranno ricondotti nelle forme del procedimento sommario di cognizione di cui al nuovo art. 702 *bis* con l'importante precisazione che resta esclusa la possibilità di transitare al rito ordinario.

limitarne l'ambito di applicazione a procedimenti minorili di marginale importanza, utilizzando una clausola della medesima Convenzione che consente ai Governi di restringerne l'operatività ai procedimenti indicati al momento del deposito degli strumenti di ratifica<sup>12</sup>.

Questa operazione fortunatamente non è riuscita a vanificare la forte carica innovativa data dalla Convenzione di Strasburgo agli strumenti di tutela dei diritti dei minori. Infatti, la giurisprudenza non ha tardato ad affermare che i principi enunciati dal testo convenzionale sono immediatamente e direttamente operanti nel nostro ordinamento e ciò per effetto della ratifica ricevuta dal Parlamento.

In questo senso, si è più volte pronunciata la stessa Corte costituzionale che non ha esitato ad attribuire alla Convenzione di Strasburgo "efficacia imperativa nell'ordinamento interno"<sup>13</sup>: così le fonti internazionali rafforzano gli strumenti di tutela dei diritti dei minori e consentono d'integrare con gli strumenti interpretativi il contenuto precettivo delle disposizioni normative sottraendole alle censure di illegittimità costituzionale alle quali sarebbero altrimenti più facilmente esposte<sup>14</sup>. La stessa Cassazione, nel pronunciarsi sul diritto all'ascolto dei minori nei procedimenti in materia di sottrazione internazionale<sup>15</sup> e in quelli di revoca dello stato di adottabilità<sup>16</sup>, ha tratto decisivo argomento dalle norme convenzionali affermando che "per la loro valenza di

<sup>12</sup> Quattro i procedimenti indicati dal Governo quale ambito di applicazione della Convenzione: si tratta di quanto previsto dagli artt. 145 cc.: intervento del giudice in affari essenziali della famiglia; 244 e 274: azione di disconoscimento della paternità; 264, 2° comma, autorizzazione ad impugnare il riconoscimento; 274 ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale della paternità (dichiarato illegittimo Corte Cost. n. 50/2006); 322 e 323 amministrazione dei beni del minore da parte dei genitori.

<sup>13</sup> Così infatti Corte cost., 12 giugno 2009, n. 179, in questa *Rivista*, 2009, p. 869 ss. con nota della ARCERI, *Il minore ed i processi che lo riguardano: una normativa ancora disapplicata*, Sull'argomento vedi ROMANO, *L'ascolto del minore*, in *L'affidamento condiviso* a cura di PATTI e ROSSI-CARLEO, Milano, 2006, p. 219.

<sup>14</sup> Vedi Corte cost. 11 marzo 2011, n. 83, che fa derivare direttamente dalle norme della Convenzione di Strasburgo il potere del giudice di nominare anche d'ufficio un curatore speciale del minore quando sussista un conflitto d'interessi: a proposito dei giudizi di opposizione al riconoscimento dei figli minori infrasedicenni di cui all'art. 250, 4° comma. (in *Fam. dir.*, 2011, in preparazione con una mia nota).

<sup>15</sup> Cass., 16 aprile 2007, n. 9094, in, *Fam. dir.*, 2007, p. 883 ss. e ivi la mia nota *La Cassazione sull'audizione del minore come atto istruttorio necessario*.

<sup>16</sup> Così, infatti, una recente pronuncia della Suprema Corte anche per rendere omogeneo, sotto questo specifico profilo il giudizio di revoca con quello di apertura dello stato di adottabilità nel cui ambito il minore, parte necessaria del procedimento, deve essere anche sentito: Cass., 20 aprile 2009 n. 14609, in questa *Rivista*, 2010, p. 25 ss. con nota di MONDELLO, *Revoca dello stato di adottabilità e ascolto del minore*.

principio e per il loro significato promozionale”, esse trovano applicazione anche nei procedimenti non espressamente menzionati dal nostro Stato all’atto del deposito degli strumenti di ratifica<sup>17</sup>.

4.

L’esigenza di dare effettiva tutela ai diritti dei membri della compagine familiare ha trovato soltanto parziale soddisfazione nelle riforme legislative di questi ultimi anni, mentre i progressi che hanno caratterizzato specialmente l’ambito della giustizia minorile sono in gran parte ascrivibili alla giurisprudenza che ha saputo dare determinante rilievo alle norme delle Convenzioni internazionali sui diritti dei minori.

Così, se da un lato i principi del giusto processo hanno ispirato la riforma dei giudizi di separazione e di divorzio (legge n. 80 del 2005), nonché di quelli dichiarativi dello stato di adottabilità, dall’altro lato il formalismo leggero del rito camerale è ancora operante, ad esempio, nei riformati giudizi ablativi della potestà e nel nuovo procedimento di cui all’art. 736 bis contro gli abusi familiari. Si tratta di procedimenti entrambi strutturati come processi di parti ma ancora sottratti al giudizio di legittimità della Suprema Corte sul presupposto che i provvedimenti pronunciati nei rispettivi ambiti, essendo revocabili e modificabili, sono privi del crisma della definitività e quindi non possono essere considerati quali sentenze in senso sostanziale e oggetto di ricorso straordinario per cassazione a norma dell’art. 111, 7° comma, Cost.

Come ho già ricordato, il formalismo del rito camerale è stato indicato dal legislatore quale modello di riferimento per i giudizi in materia familiare e minorile: ma si tratta d’una scelta talora voluta per sottrarre determinati procedimenti attuativi della funzione giurisdizionale dichiarativa al pesante formalismo del processo ordinario di cognizione. Qui l’opera della giurisprudenza è stata ancora una volta decisiva poiché le esili trame del formalismo camerale sono state ricostruite e rafforzate con gli strumenti dell’interpretazione affinché la loro disciplina, pur senza assumere lo spessore delle forme dei procedimenti contenziosi, sia idonea ad attuare il diritto di

---

<sup>17</sup> Cass., 27 luglio 2007, n. 16753, in *Dir. fam.*, 2008 ss.

difesa in tutte le sue specificazioni e ad assicurare l'accesso al giudizio di legittimità garantito alle parti dall'art. 111, 7° comma, Cost.

La Corte costituzionale ha più volte statuito che la semplificazione anche drastica dei giudizi su diritti soggettivi è effetto di una valutazione di politica legislativa insindacabile sotto il profilo della legittimità costituzionale e ha ancora precisato che il formalismo leggero del rito camerale, essendo aperto alle integrazioni affidate agli strumenti dell'interpretazione, consente di attuare i principi fondamentali del giusto processo sottraendosi in tal modo a eventuali censure di illegittimità costituzionale<sup>18</sup>.

I miei esperti ascoltatori certo ricordano come le Sezioni Unite abbiano, con grande efficacia, definito il rito camerale “un contenitore neutro” idoneo non soltanto a dare veste formale ai procedimenti di giurisdizione volontaria ma anche, purché debitamente integrato, a procedimenti schiettamente contenziosi destinati a culminare in decisioni assistite dall'autorità della cosa giudicata<sup>19</sup>.

Questo è avvenuto, ad esempio, per i giudizi dichiarativi della paternità o della maternità naturale che, se riguardano minori, non solo rientrano nella competenza dei tribunali per i minorenni ma sono soggetti al rito camerale come tutti i procedimenti gestiti da questo giudice specializzato. Ancora, mi riferisco alle forme camerali del divorzio su domanda congiunta ma specialmente ai giudizi d'appello e a quelli di revisione delle sentenze di separazione e di divorzio dove il richiamo alle forme camerali non si estende a

---

<sup>18</sup> Corte Cost., 27 giugno 1975 n. 202 in *Foro it.*, 976, I, c. 28 ss. e ivi nota di CECCHETTI che afferma la legittimità dell'art. 9, legge div. sempreché vi trovi compiuta attuazione, con strumenti interpretativi, il diritto di difesa in tutte le sue specificazioni. Si pensi alle sentenze della Corte costituzionale che hanno ritenuto manifestamente infondate le censure sollevate sull'art. 38 disp. att. cod. civ. nella parte in cui assoggetta al rito camerale le controversie di reclamo dello status di figlio naturale: per tutte, Corte cost., 30 giugno 1988, n. 748, in *Giur. cost.*, 1988, p. 3439.

<sup>19</sup> Cass. Sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629, in *Fam. dir.*, 1996, p. 305 ss. con nota di TOMMASEO, *Rito camerale e giudizio di merito nel reclamo di stato di figlio naturale davanti al tribunale minorile*, e vedi anche CARRATTA, *La procedura camerale come «contenitore neutro» e l'accertamento dello status di figlio naturale* in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1301. “... un contenitore neutro che può assicurare da un lato la speditezza e la concentrazione del procedimento ed essere, dall'altro, rispettoso dei limiti imposti dall'incidenza della forma procedimentale dalla natura della controversia che, in quanto relativa a diritti o a status gode di apposite garanzie costituzionali”.

quelle regole del procedimento in camera di consiglio troppo strettamente legate alla materia della giurisdizione volontaria<sup>20</sup>.

Particolare attenzione sollecita la disciplina dei procedimenti camerale di revisione di cui all'art. 710 cod. proc. civ., una norma ora chiamata a regolare anche i procedimenti sanzionatori ex art. 709 ter cod. proc. civ., e tra breve anche, come ho già ricordato, tutti i procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei minori ma, in entrambi i casi, quando non sia pendente un giudizio di separazione o di divorzio. Qui l'applicazione delle regole del processo ordinario di cognizione è molto limitata per evitare che ne venga diminuita la caratteristica concentrazione e speditezza: così, resta fermo il termine di dieci giorni per reclamare il decreto di revisione ma le regole ordinarie si applicano per farlo decorrere dalla data della sua notificazione a cura della parte e, ove questa manchi, soccorre il termine semestrale previsto dal nuovo testo dell'art. 327 cod. proc. civ.<sup>21</sup>. Ancora, un consolidato orientamento giurisprudenziale vuole che il decreto di revisione sia immediatamente esecutivo: regola coerente con l'efficacia di titolo esecutivo attribuita dalla legge a tutti i provvedimenti pronunciati nei giudizi di crisi coniugale, incluse le ordinanze presidenziali<sup>22</sup>. Desta quindi sorpresa una recentissima sentenza della Cassazione che ha negato al decreto di revisione immediata efficacia esecutiva: secondo la Corte, troverebbe applicazione non la regola generale di cui all'art. 282 c.p.c., bensì l'art. 741 c.p.c. che subordina l'efficacia dei provvedimenti pronunciati in camera di consiglio all'inutile decorso del termine per proporre reclamo o, in caso d'urgenza, alla concessione della clausola di provvisoria esecuzione<sup>23</sup>.

5.

A questo punto, è interessante notare che l'esigenza di rafforzare il formalismo del rito camerale dipende da valutazioni volte a misurare il tasso di

---

<sup>20</sup> Così, i termini per impugnare sono quelli ordinari previsti per le impugnazioni civili e non quello di dieci giorni voluto dal rito camerale per proporre reclamo nei confronti dei decreti pronunciati in camera di consiglio; ed è sentenza e non decreto il provvedimento che definisce il giudizio d'appello.

<sup>21</sup> Novellato dalla legge n. 69 del 2009.

<sup>22</sup> Vedi art.189 disp. att., cod. proc. civ.; resta fermo che la sentenza di primo grado è immediatamente esecutiva a norma di quanto dispone l'art. 282 cod. proc. civ. e, per il divorzio, l'art. 4, 14° comma.

<sup>23</sup> Cass., 27 aprile 2011, n. 9373 inedita.

decisorietà di un determinato procedimento, per assegnarlo alla giurisdizione contenziosa traendo argomento da criteri formali piuttosto che dalla natura delle situazioni soggettive che ne sono l'oggetto. Tuttavia, non è sempre così, poiché in giurisprudenza si manifesta la tendenza a vagliare la decisorietà dei provvedimenti camerali non già con il metro della loro stabilità dal punto di vista processuale, bensì guardando agli effetti che essi concretamente producono sulle situazioni giuridiche protette dal diritto sostanziale.

Così le Sezioni Unite hanno ammesso il ricorso straordinario per cassazione avverso i decreti pronunciati in sede di reclamo contro il decreto del tribunale per i minorenni che decide sul ricongiungimento familiare di cui al testo unico del 1998 sulla disciplina dell'immigrazione. Il carattere decisorio è stato ravvisato nella circostanza, ritenuta determinante, che il provvedimento incide, con effetti anche irreparabili, sia sul diritto del minore a essere assistito da un familiare sia sul diritto di quest'ultimo a prestargli la dovuta assistenza<sup>24</sup>.

Ancora, la valutazione dei diritti incisi dal provvedimento camerale è prevalsa su ogni considerazione formale dalla Cassazione che ha ammesso il ricorso straordinario avverso i decreti pronunciati dalla corte d'appello minorile in materia di affidamento dei figli nati fuori del matrimonio a norma di quanto prevede l'art. 317 bis cod. civ., e questo per l'assorbente ragione che i diritti incisi sono qui gli stessi che fanno oggetto delle decisioni sull'affidamento pronunciate nei giudizi di separazione e di divorzio. L'identità delle situazioni sostanziali deve qui avere, secondo la Corte, un necessario riflesso anche sulla disciplina delle garanzie offerte alle parti e, in particolare, sulla garanzia del ricorso al giudice di legittimità che, ammesso per l'affidamento dei figli legittimi, non è ragionevole negare quando si tratta di provvedere sull'affidamento dei figli naturali<sup>25</sup>: una soluzione questa che trae ulteriore

---

<sup>24</sup> Cass., Sez. un., 16 ottobre 2006, n. 22216, in *Fam. dir.*, 2007, p. 125 ss. con nota critica di CARRATTA. Quanto alla definitività, la Corte la ravvisa nella circostanza che il provvedimento è assistito dalla clausola *rebus sic stantibus* ma è un argomento niente affatto persuasivo per la ragione che la legge prevede la revoca della concessa autorizzazione quando cessano i gravi motivi che ne hanno giustificato il rilascio, ma non subordina affatto la riproposizione dell'istanza che è stata respinta all'allegazione di nuovi motivi per accoglierla.

<sup>25</sup> Vedi Cass., 30 ottobre 2009, n. 23032; 4 novembre 2009, n. 23411; 19 aprile 2010, n. 9277, la prima in *Fam. dir.*, 2010, p. 115 ss. con nota di DOSI, *Ricorribili per Cassazione per violazione di legge i decreti della corte d'appello nelle procedure ex art. 317 bis cod. civ.*, l'ultima in *Fam. dir.*, 2010, p. 770 ss. con

ispirazione dall'esigenza di attuare la compiuta parificazione tra figli legittimi e naturali o, come vuole un lessico che sta affermandosi, tra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori del matrimonio<sup>26</sup>, e anticipa quanto dispone, sul punto, la nuova disciplina sull'esercizio della potestà parentale nel testo approvato dal Senato lo scorso 6 ottobre 2010<sup>27</sup>.

## 6.

L'attenzione rivolta ai diritti dei minori che caratterizza in modo significativo anche i due recenti disegni di legge che recano, rispettivamente, delega al Governo per la revisione delle vigenti disposizioni in materia di filiazione e modifiche alla disciplina dell'esercizio della potestà parentale<sup>28</sup>, ha trovato impulso nel diritto delle convenzioni internazionali a cui si deve l'evoluzione impressa in modo così evidente dalla giurisprudenza all'amministrazione della giustizia minorile.

Conviene peraltro notare come le norme delle convenzioni internazionali non esigano affatto che il minore debba essere necessariamente parte nei procedimenti che li riguardano. Attribuire al minore la qualità di parte è, per la Convenzione di Strasburgo, un obiettivo il cui raggiungimento è rimesso interamente alla valutazione dei singoli Stati che possono concedere, ove lo ritengano opportuno, ai minori "il diritto di esercitare, in tutto o in parte, le prerogative di una parte" nei processi che concernono i loro diritti<sup>29</sup>. Fa eccezione quanto prescrive l'art. 9, 2° comma, della Convenzione di New York

---

nota di LIUZZI, *Provvedimenti ex art. 317 bis cod. civ. e ricorso per Cassazione verso la compiuta parificazione dei figli naturali ai figli legittimi*.

<sup>26</sup> Mi riferisco al disegno di legge di delega al Governo per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione - attualmente all'esame della Camera dei deputati - che all'art. 2, 1° comma, lett. b) indica fra i criteri direttivi "la sostituzione nei codici e nelle altre leggi vigenti delle espressioni "figli legittimi" e "figli naturali" con le espressioni "figli nati nel matrimonio" e "figli nati fuori del matrimonio" e delle espressioni "filiazione legittima" e "filiazione naturale" con le espressioni "filiazione nel matrimonio" e "filiazione fuori del matrimonio".

<sup>27</sup> Il disegno di legge modifica anche l'art. 38 disp. att. e sottrae al tribunale per i minorenni la competenza a provvedere in materia d'affidamento attribuendola al tribunale ordinario che dovrà provvedere in un procedimento modellato sulle forme dell'art. 710 cod. proc. civ.

<sup>28</sup> Disegno di legge d'iniziativa governativa presentato alla Camera il 29 novembre 2010 (C. 3915) e il disegno di legge Berselli sulla potestà dei genitori approvato dal Senato il 6 ottobre 2010, ora alla Commissione giustizia della Camera.

<sup>29</sup> Così, infatti, l'art. 5, Convenzione di Strasburgo. Si tratta quindi di una possibilità che, per quanto prevista dalla Convenzione, dipende dalle scelte operate dal diritto interno dei singoli Stati.

limitatamente alle ipotesi in cui un minore, in ragione del suo preminente interesse, deve essere separato dai genitori: qui egli deve assumere la qualità di parte<sup>30</sup>.

Nel nostro ordinamento, almeno fino a un recente passato, l'interesse del minore riceveva spesso soltanto una tutela riflessa, effetto del sindacato giudiziale sull'esercizio della potestà parentale in processi in cui la qualità di parte era attribuita ai detentori della potestà e non anche ai figli minori.

È significativo notare come la legge non prescrivesse forme di partecipazione dei minori ai giudizi di separazione e di divorzio e neppure nei giudizi ablativi della potestà parentale. Persino in caso di abbandono del minore – la forma più grave di abuso della potestà – la disciplina codicistica dell'adozione speciale non dava spazio alcuno alla presenza del minore, neppure nelle forme della sua audizione, e questo in singolare contraddizione con le norme che attribuivano costantemente al minore qualità di parte nei giudizi riguardanti il suo stato personale.

In realtà la struttura soggettiva del processo minorile è stata fortemente influenzata dalla configurazione data in passato alla potestà parentale: un potere cui corrispondeva, dal lato dei figli, uno stato di soggezione che si specificava nell'essere il minore soltanto il destinatario e direi quasi l'acritico recettore delle scelte e delle decisioni del titolare della potestà<sup>31</sup>.

Si noti come il testo vigente del codice civile, nel regolare la potestà dei genitori, continui ancora a fare esclusivo riferimento ai “doveri” dei figli, una formula che solo oggi il Governo, col disegno di legge presentato lo scorso autunno, vuol sostituire con l'espressione “diritti e doveri dei figli”, un'endiadi che è segnale della compiuta recezione dei principi costituzionali sull'esercizio

---

<sup>30</sup> Art. 9, 2° comma, Convenzione di New York e vedi, per l'applicazione di questa norma, all'art. 336, cod. civ., allo scopo di attribuire al minore qualità di parte necessaria nei giudizi ablativi della potestà, giudizi che sono esercizio di volontaria giurisdizione essendo i provvedimenti pronunciati in sede di reclamo sottratti al ricorso per cassazione. Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in questa *Rivista*, 2002, p. 229 ss, e ivi la mia nota *Giudizi camerali de potestate e giusto processo*: in pendenza di questo giudizio della Corte, il testo dell'art. 336 cod. civ., è stato modificato dal legislatore con l'art. 37, 3° comma, legge 26 aprile 2001, n. 149 recante modifiche alla disciplina dell'adozione e ad alcune norme del libro primo del codice sostanziale: si noti che l'entrata in vigore di questa riforma è avvenuta soltanto il 1° luglio 2007 e ciò per una serie di proroghe affidata a una lunga sequela di decreti legge.

della potestà parentale, una recezione già parzialmente attuata con la riforma del diritto di famiglia e fortemente incoraggiata dal determinante apporto del diritto convenzionale che ha progressivamente ampliato gli spazi di autonomia riconosciuti dal nostro ordinamento al minore capace di discernimento.

Mi riferisco, in particolare, sia all'esercizio dei diritti di libertà (cui fa minuzioso riferimento la Convenzione di New York) sia alla posizione del minore nei rapporti con i propri genitori, una situazione attiva che si concreta nel diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia, un diritto enunciato e opportunamente posto in evidenza dall'art. 1 della nuova legge sull'adozione, ma ora anche dal citato disegno di legge di iniziativa governativa che esplicitamente sancisce, nel testo novellato dell'art. 315 cod. civ., "il diritto del figlio di crescere in famiglia, di mantenere rapporti significativi con i parenti e, se capace di discernimento, d'essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano".

7.

L'aver riconosciuto al minore l'esercizio dei diritti di libertà oltre che dei diritti che nella minore età trovano il proprio fatto costitutivo, significa anche, nell'ottica del nostro ordinamento, aprire al minore l'accesso alla tutela giurisdizionale mediante l'esercizio del diritto d'azione che, come sappiamo, è garantito a "tutti" dall'art. 24 Cost. e, pertanto, significa attribuire anche al minore uno spazio processuale autonomo e, in particolare, attribuirgli la qualità di parte.

Così nei giudizi di adottabilità e in quelli ablativi della potestà, il rapporto tra il detentore della potestà e il figlio entra in crisi. Si apre allora un conflitto che giustifica la scelta legislativa di attribuire al minore uno spazio processuale autonomo: egli non è più, in tali contesti, semplice destinatario di una decisione presa da altri nel suo interesse ma si verifica "una radicale modifica del suo ruolo tradizionale" per cui egli non è più soltanto parte sostanziale, in quanto titolare del rapporto oggetto del processo, ma ne diventa anche parte

---

<sup>31</sup> L'interesse del minore a un corretto esercizio della potestà paterna, adeguato alle proprie esigenze, si risolveva in una situazione soggettiva dai contorni molto sfumati e comunque priva di quello spessore e di

processuale in quanto, come ripete la giurisprudenza, “il minore svolge un ruolo nella dinamica del processo in funzione del suo risultato giuridico e ne subisce gli effetti diretti e indiretti”<sup>32</sup>.

In questi ultimi anni il nostro legislatore ha dato al minore la legittimazione a essere parte in procedimenti dai quali era per l'innanzi escluso, e ha colmato così una lacuna che vulnerava i diritti del minore: infatti, riconoscere la titolarità di un diritto senza riconoscere anche la titolarità del potere di farlo valere in giudizio, significa vanificare il diritto soggettivo fermo restando che spetta al legislatore individuare le regole processuali da osservare per avere accesso alla tutela giurisdizionale<sup>33</sup>.

Così nei giudizi ablativi o limitativi della potestà parentale il nuovo ultimo comma dell'art. 336 attribuisce al minore qualità di parte con la precisazione, forse superflua, che deve essere assistito da un difensore. Ancora, nei giudizi dichiarativi dello stato d'abbandono il minore è divenuto parte necessaria di un procedimento che riguarda l'ablazione del suo status familiare: così l'art. 8 che ha cura di precisare che il procedimento di adottabilità deve svolgersi “fin dall'inizio” con l'assistenza legale del minore.

Si noti che la partecipazione del minore in qualità di parte a tali processi avviene in modi coerenti con la specialità della loro disciplina: il minore non ha la legittimazione attiva per l'ovvia ragione che questa spetta, nei giudizi di adottabilità, esclusivamente al pubblico ministero, ma sembra non averla neppure nei giudizi ablativi della potestà poiché l'azione è data soltanto ai genitori, ai parenti oltre che al pubblico ministero, un'esclusione che può forse essere superata con gli strumenti interpretativi.

Per contro, diversa è stata la scelta del legislatore quando gli organi giurisdizionali devono dare soluzione non già a una controversia fra il minore e

---

quella autonomia che dà corpo ai diritti soggettivi.

<sup>32</sup> Così Cass., 26 marzo 2010, nn. 7281 e 7282 e vedi nota della QUERZOLA, *La Cassazione prosegue nel comporre il mosaico del processo minorile*, in *Fam. dir.*, 2011, p. 272 ss.

<sup>33</sup> Non vi è dubbio che il minore può assumere la qualità di parte per agire a tutela dei propri diritti violati dal comportamento antiggiuridico dei propri familiari o di terzi con la precisazione, sulla quale dovrò tornare, che se il conflitto si apre nei confronti di quanti hanno la rappresentanza legale del minore, deve necessariamente essere nominato un curatore speciale. È interessante notare come la Convenzione di New York stabilisca nel suo art. 16 che il minore (il “fanciullo” nel lessico convenzionale) ha “diritto alla

suoi genitori, ma sono soltanto chiamati a regolare l'esercizio dei poteri e dei doveri che gravano sui titolari della potestà parentale ogni qual volta esistano incertezze innescate di solito da crisi apertesi nei rapporti coniugali o anche soltanto da contrasti sorti fra i genitori su questioni di particolare importanza: in tutti questi casi, si tratta soltanto di trovare il miglior modo d'esercitare la potestà parentale nell'interesse del minore.

Qui il legislatore ha ritenuto che le esigenze di tutela del minore non richiedessero la sua partecipazione al processo in qualità di parte e ciò per l'assorbente ragione della mancanza di un conflitto con i detentori della potestà: il minore, infatti, non ha azione per chiedere che la potestà sia esercitata in modi determinati e già abbiamo visto come la lettera della legge sembra escludere che abbia azione persino nell'ipotesi di abusi nell'esercizio della potestà.

Acquista invece decisiva rilevanza attribuire al giudicante lo strumento che gli consenta di percepire l'interesse superiore del minore nella sua dimensione reale, una percezione che il legislatore affida alla tecnica dell'audizione del minore, un adempimento istruttorio a cui la disciplina legislativa fa già espresso riferimento in più luoghi. Così il testo dell'art. 316 cod. civ., stabilisce che se vi è fra i genitori contrasto su questioni di particolare importanza riguardanti l'esercizio della potestà, il tribunale per i minorenni non decide in merito ma si limita a suggerire ai genitori la soluzione più conveniente, previa audizione del figlio ultraquattordicenne. Ancora, il nuovo art. 155 sexies cod. civ. pone in capo al giudice l'obbligo di disporre "l'audizione del figlio minore ultradodicescimo" e anche di età inferiore "ove capace di discernimento" quando si tratta di provvedere nel loro interesse e, in particolare, sull'affidamento e sulle altre questioni indicate nell'art. 155 cod. civ., regola prevista per la separazione ma applicabile anche al divorzio e ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati<sup>34</sup>.

L'audizione del minore è prevista anche quando il minore, nei processi in cui rileva il suo superiore interesse, sta in giudizio in qualità di parte. L'attività

---

protezione della legge" contro ogni violazione dei suoi diritti di libertà, una protezione che evidentemente ricomprende e presuppone anche il diritto di accedere alla tutela giurisdizionale.

processuale del rappresentante del minore, e del suo difensore, non è considerata dal legislatore sufficiente per consentire al giudicante di percepire l'interesse del minore: così la legge che pur attribuisce al minore qualità di parte nei giudizi per la dichiarazione dello stato di adottabilità, esige anche la sua audizione come dispone l'art. 10, 5° comma.

È importante osservare che l'audizione del minore non è un mezzo istruttorio da utilizzare solo nei casi espressamente previsti, ma è uno strumento di tutela del minore ad applicazione generale e necessaria<sup>35</sup>. Ancora una volta è determinante l'apporto delle norme convenzionali che danno molto rilievo al diritto dei minori, capaci di discernimento, a essere ascoltati e informati, un diritto processuale esercitabile in qualunque procedimento in cui l'interesse superiore del minore deve trovare attuazione. Infatti, l'art. 12 della Convenzione di New York esige che le leggi statuali debbano dare al minore "la possibilità d'essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria e amministrativa che lo concerne"; regola questa ribadita, con maggiori dettagli, dall'art. 6 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dell'infanzia per cui il giudicante deve anche dare al minore ogni informazione sulle vicende che lo riguardano e prima di giungere a qualunque decisione assicurarsi che il minore abbia ricevuto tutte le informazioni e sia stato consultato in forme adeguate, e ancora "tenere in debito conto l'opinione da lui espressa".

Le norme convenzionali non si limitano quindi a prevedere una mera opportunità istruttorio da ricondurre a quelle "informazioni" che il giudice dei procedimenti in camera di consiglio ha il potere officioso di assumere; occorre sottolineare energicamente che esse hanno attribuito al minore un vero e proprio diritto processuale e quindi si risolve in un adempimento necessario la cui violazione può causare, come ha statuito la nostra giurisprudenza, la nullità del procedimento<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Così l'art. 4, 2° comma, della legge 8 febbraio 2006, n. 54 sull'affidamento condiviso.

<sup>35</sup> Si tratta non soltanto di trarre argomento dallo spazio applicativo dato dall'art. 4 della legge sull'affidamento condiviso al già citato art. 155 *sexies*, o dal valore esemplare che le regole processuali che governano i giudizi dichiarativi dello stato di adottabilità possono avere per la generalità dei procedimenti attribuiti alla competenza dei tribunali minorili.

<sup>36</sup> Così Cass., Sez Un. 21 ottobre 2009, n. 22238 in *Fam. dir.*, 2010, p. 365 ss. con nota di GRAZIOSI, *Ebbene sì: il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*.

A questo proposito è molto significativo ricordare che il citato disegno di legge presentato dal Governo alle Camere il 29 novembre scorso (C 3915), inserisce tra i fondamentali diritti del minore, indicati nel nuovo testo dell'art. 315 cod. civ., anche quello "d'essere ascoltato, se capace di discernimento, in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano". Resta sullo sfondo l'importante questione che riguarda le modalità dell'ascolto. Invero, non basta convocare il minore e ascoltarlo in udienza poiché, in tal modo, si rischia di ricondurre il tutto all'adempimento di uno sterile formalismo: l'ascolto del minore, per essere fruttuoso, dovrebbe poter anche utilizzare le forme dell'ascolto protetto praticate nel processo penale e comunque esigere molta prudenza e cautela allo scopo di porre il minore nelle migliori condizioni affinché possa manifestare il proprio pensiero libero da condizionamenti<sup>37</sup>.

Non vi è dubbio che l'audizione del minore capace di discernimento deve essere praticata anche nelle procedure di mediazione familiare volte a favorire accordi tra i genitori in conflitto, le cui clausole, come vuole l'art. 155 sexies, cod. civ., siano idonee a soddisfare l'interesse morale e materiale della prole, accordi di cui il giudice dovrà prendere atto a norma di quanto dispone l'art. 155, 2° comma, sempreché non siano contrari all'interesse dei figli stessi<sup>38</sup>.

## 8.

Il minore è incapace d'agire e pertanto non ha capacità processuale. L'aver attribuito al minore la qualità di parte nei processi in cui rileva il suo superiore interesse, pone l'ineludibile questione dell'individuazione del soggetto a cui attribuire la rappresentanza processuale della parte minorenni e, ancora, il tema della difesa tecnica.

Si tratta di temi sui quali il diritto convenzionale dà un ulteriore contributo: infatti mentre l'art. 5 della Convenzione di Strasburgo attribuisce ai minori nelle procedure che li riguardano "il diritto di chiedere d'essere assistiti

<sup>37</sup> Sulle finalità e sulle modalità dell'audizione vedi l'interessante Cass., 26 marzo 2010, n. 7282 cit.

<sup>38</sup> Sulla mediazione familiare prevista dalla legge sull'affidamento condiviso, vedi ARCERI, *L'affidamento condiviso*, cit., p. 213 ss.: il legislatore italiano ha finora accolto solo parzialmente l'esortazione formulata dall'art. 13 della Convenzione di Strasburgo ad elaborare tecniche di mediazione allo scopo di "prevenire e risolvere i conflitti ed evitare procedure che coinvolgano un fanciullo davanti all'autorità giudiziaria".

da una persona appropriata di loro scelta”, l’art. 9 precisa ulteriormente che se vi è conflitto d’interessi fra il minore e i detentori della responsabilità parentale questi ultimi sono privati del potere di rappresentare il minore e, in tal caso, il minore stesso ha il diritto di chiedere e il giudice di disporre la nomina di un rappresentante speciale nei procedimenti che lo riguardano.

Di regola, dunque, il minore sta in giudizio in persona del proprio rappresentante legale a meno che non sussista un conflitto d’interessi con quest’ultimo. In tal caso, se il conflitto sorge nei confronti di un solo genitore, la rappresentanza, a norma dell’art. 320, ultimo comma, spetta esclusivamente all’altro genitore; se nei confronti di entrambi, lo stesso minore può chiedere la nomina di un curatore speciale come prevedono, rispettivamente, gli artt. 78 ss. cod. proc. civ. e 321 cod. civ.

Le norme convenzionali integrano in modo molto significativo questa disciplina là dove dispongono che il giudice possa nominare anche con propria iniziativa ufficiosa un curatore speciale al minore in conflitto d’interessi con i detentori della potestà parentale. Mentre la legge italiana prevede, come regola generale, che la nomina di un curatore speciale avvenga soltanto su istanza di parte o del pubblico ministero<sup>39</sup>, è solo con l’applicazione diretta dell’art. 9 della Convenzione di Strasburgo che l’accertata esistenza di un conflitto d’interessi, tale da influire sull’esercizio della potestà in modo tale da renderlo inidoneo ad attuare l’interesse del minore, attribuisce al giudice il potere generale di nominare d’ufficio un rappresentante speciale e, in particolare, un curatore speciale<sup>40</sup>.

È questa una conclusione a cui approda anche la giurisprudenza della Corte costituzionale che ha altresì cura di precisare come la nomina del curatore sia un atto dovuto ogni qual volta si prospettino situazioni di conflitto d’interessi “anche in via potenziale”, precisazione importante ma che fa sorgere

---

<sup>39</sup> Per quanto esistano norme che consentono al giudice il potere di nominare con propria iniziativa ufficiosa un curatore speciale all’incapace in situazioni particolari. Mi riferisco al curatore speciale nominato dal giudice al figlio minore nel giudizio di disconoscimento della paternità come prevedono gli artt. 244 e 247 cod. civ.

<sup>40</sup> Il rappresentante speciale a cui fa riferimento la Convenzione è, per il nostro ordinamento, necessariamente un curatore speciale a cui la legge affida la legittimazione a stare in giudizio in nome e per conto dell’incapace ogniqualvolta vi sia un conflitto d’interessi fra questi e i detentori della potestà parentale.

delicate questioni che la giurisprudenza ha avuto più volte occasione di affrontare<sup>41</sup>.

Per contro, la legge italiana non ha ancora recepito quanto prevede il già citato art. 9 della Convenzione di Strasburgo là dove raccomanda agli Stati contraenti di “esaminare la possibilità di prevedere che l’autorità giudiziaria, nelle procedure che interessano un fanciullo, abbia facoltà di designare un rappresentante speciale, se del caso un avvocato, per rappresentare il fanciullo”. Si tratta di un’esortazione che il diritto interno può eventualmente recepire, come vorrebbe, ad esempio, il citato disegno di legge Volonté, giacente alla Camera dal 2008, là dove prevede l’istituzione del garante per i minori, un soggetto designato dal giudice che agirebbe non come rappresentante processuale del minore, bensì come parte nei processi della giustizia minorile. Niente affatto pertinenti, peraltro, il disegno di legge per creare il Garante nazionale per l’infanzia e l’adolescenza, e neppure le varie leggi regionali che hanno istituito i Difensori dell’infanzia, organismi tutti a cui non viene attribuita alcuna legittimazione ad operare nell’ambito dei processi minorili.

---

<sup>41</sup> Da ultimo, Cass., 11 marzo 2011, n. 83, in *Fam. dir.*, 2011, con la mia nota *La Corte costituzionale del minore come parte nei processi della giustizia minorile*, e già Corte cost., 12 giugno 2009, n. 179, *ibidem* con nota dell’ARCERI, *Il minore e i processi che lo riguardano: una normativa ancora disapplicata*. Se è vero che non è rilevante un conflitto d’interessi meramente ipotetico, bisogna anche dire che, secondo l’orientamento prevalente, non deve necessariamente essere attuale: rileva dunque anche il conflitto meramente potenziale, purché vi sia la probabilità del suo verificarsi accertabile con un’attenta valutazione delle circostanze da parte del giudice. Cfr. Cass., 16 settembre 2002, n. 13507, in *Nuovo dir.*, 2004, p. con nota della ZAVAGLIA.; *Il minore come “parte”: tra norma e realtà*; Cass., 26 agosto 2001, n. 10822; Cass. 30 gennaio 1990, n. 618, ma anche VULLO, *Nuove prospettive per la tutela processuale dell’incapacità naturale*, *Giur. it.*, 1998, p. 1846.

## LA PROSPETTIVA PSICOLOGICA E IL DIRITTO DI FAMIGLIA

### Assunto Quadrio Aristarchi

Queste poche osservazioni derivano da due diverse fonti: la prima consiste nella mia esperienza professionale di consulente tecnico d'ufficio o di parte in cause di contenuto familiare: separazioni, divorzi, adozioni, violenze vere o presunte su minori; la seconda consiste invece in alcune ricerche recenti.

Si tratta di osservazioni interessanti ma ancora provvisorie ed incomplete che necessitano quindi di essere confermate, confrontate, discusse.

Una prima osservazione riguarda le crescenti difficoltà di rapporto con la legge rilevabili nei protagonisti delle cause che direttamente o indirettamente sono oggetto di valutazione in sede di consulenza tecnica.

A parte i casi limite (e almeno per ora, rari) di persone che si trovano in situazioni totalmente innovative come le coppie omosessuali, anche in molti altri casi non è raro trovare persone che sempre più frequentemente rivelano scarsa conoscenza della legge, diffidenza verso gli aspetti normativi generali e tendenza a personalizzare la norma, a valorizzare le eccezioni alla regola ed anche a utilizzare la legge in prospettiva immediata e magari a scadenza.

Se confronto i casi familiari che ho seguito un decennio fa con quelli più recenti, non posso fare a meno di notare dei cambiamenti sensibili nel tempo: si accentuano gli atteggiamenti egocentrici che vorrebbero una legge *ad personam* e, parallelamente, per giustificare la propria posizione, il ricorso a motivi basati sempre meno su "fatti" obiettivi e sempre più su "parole" abbastanza vaghe: una sorta di psicologismo poco convincente.

È rilevabile inoltre un minore impegno per il futuro e una maggiore preoccupazione per le esigenze attuali; ma anche più incertezza mascherata da sicumera, confusione mascherata da molti luoghi comuni e anche dalla negazione aggressiva delle evidenti contraddizioni.

Un esempio tipico riguarda il tema dell'affidamento congiunto che, almeno nella mia esperienza, anziché moderare il conflitto, suscita qualche volta

diffidenze e resistenze. Può accadere infatti che qualche genitore lo interpreti non tanto come un provvedimento volto a tutelare entrambi i ruoli genitoriali nell'interesse del figlio, ma come un provvedimento che in qualche modo limita la libertà del coniuge separato: come un provvedimento cioè che da un lato impone al coniuge collocatario un controllo indesiderato da parte dell'altro coniuge e a questo il mantenimento di un rapporto che si vorrebbe sciogliere o sostituire con una nuova scelta.

Non è sempre facile comprendere bene il senso di questi atteggiamenti, spesso mascherati da argomentazioni confuse, ma certo traspare come il conflitto coniugale con tutte le sue origini ed implicazioni sia lungi dall'essere risolto; vero è che non è facile per una persona che ha visto fallire la propria unione risolvere il conflitto nei suoi aspetti interiori anche quando la legge ha sancito la separazione.

Il “divorzio psichico” è più difficile e lungo di quello legale, e a lungo permangono attivi senso di colpa e di insufficienza, aggressività e desiderio di rivalsa e così via; senza contare che la famiglia allargata (i nonni) abituata ad interferire sempre più spesso nell'educazione dei minori, tende a mantenere la sua influenza, a suggerire e criticare e quindi a complicare il problema.

Questi casi comportano una crescente difficoltà per il consulente: difficoltà a valutare e ad esprimere un parere soprattutto se – come è doveroso dal momento che si sta trattando dell'interesse di soggetti minori e cioè tuttora in via di sviluppo – ci si deve porre in prospettiva non solo diagnostica ma prognostica; e ben fanno i magistrati a inserire nel quesito consulenziale l'indicazione a considerare non solo i protagonisti principali del problema ma anche le altre persone che in vario modo agiscono ed agiranno nel contesto del minore.

In sostanza io credo che accanto alle qualità personologiche individuali siano sempre più importanti, nella nostra società, le dinamiche relazionali, sia per i grandi che per i piccoli, e che quindi alcuni obiettivi conoscitivi della consulenza tecnica come la idoneità educativa e l'interesse del minore siano da considerare anche come prodotti sociali.

Queste osservazioni derivanti dalla considerazione dei singoli casi si ritrovano in modo più esteso quando si compiono delle ricerche su campioni consistenti:

per esempio una ricerca di qualche anno fa sulla percezione adulta dei diritti dei minori, o una dello scorso anno sul rapporto fra le donne e la legge, o ancora un'altra indagine tuttora in corso sulla devianza minorile.

Tutte queste ricerche riguardano i problemi familiari e dimostrano, una volta di più, la crisi della istituzione familiare.

Cambiano i tempi ed i modi del rapporto, cambiano le regole o vengono ignorate, cambiano i ruoli e cioè le aspettative reciproche dei due coniugi che divengono incerte; il rapporto educativo con i figli è tanto sbandierato a parole quanto in realtà lacunoso e delegato ad altri; ai nonni, alla tata, alla scuola, alla tv, con tutte le carenze e le insoddisfazioni che ne derivano.

E gli effetti si ritrovano, quando si indaga la devianza minorile, sotto forma di ineducazione, egocentrismo, violenza gratuita, mancanza di senso del limite e cioè della realtà.

Il tema è noto ed è quindi inutile ripeterlo anche perché la discussione porterebbe ad interpretazioni diverse ancora tutte da indagare seriamente. Non possiamo evitare di affermare, comunque, che, quali ne siano le cause, la istituzione famiglia è in crisi di cambiamento sia nelle sue forme tradizionali che in quelle innovative: il mondo cambia ed emergono nuovi bisogni che tendono soggettivamente od oggettivamente a divenire nuovi diritti che presto o tardi richiederanno nuove leggi che li tutelino.

La ricerca antropologica e psico-sociale si è posta da tempo il quesito di definire il termine "famiglia" in senso singolare o plurale, e qualche autore è arrivato a concludere che "la" famiglia intesa come istituzione universale non sia mai esistita se non come astrazione; meglio ammettere che concretamente sono sempre esistite nei diversi tempi e nelle diverse culture, e che tuttora esistono, "le" famiglie.

La definizione plurale dell'istituzione è legittimata dalla molteplicità delle forme secondo cui essa si realizza: parentele, convivenze, comunità di interessi, proprietà e successione, responsabilità e modalità relazionali, ruoli e potere contribuiscono a strutturare l'istituzione familiare in diverse connessioni sociali, economiche, culturali, affettive, suscitano diverse attese e richiedono naturalmente un'adeguata definizione di diritti e doveri.

Operare nei problemi familiari richiede quindi la consapevolezza della dinamica storica e culturale e cioè dei cambiamenti in atto, di quelli vicini, di quelli ancora lontani ma possibili .

Il consulente, quindi, per collaborare efficacemente con la giustizia non può ignorare il contesto storico culturale in cui opera; non basta che conosca gli aspetti scientifici della sua materia e abbia imparato ad usare tecniche che ne derivano: occorre, come diceva il Manheim, che... conosca il mondo..., che sia consapevole dei cambiamenti in atto e di quelli che si stanno preparando. Il che comporta una sorta di formazione continua.

Consideriamo, per fare un esempio concreto, il problema metodologico di esaminare dei bambini in età di fanciullezza.

Bisogna adeguarsi non solo al loro linguaggio in prospettiva linguistica ma anche alla loro mentalità, che è in gran parte diversa da quella che conosciamo e che va evolvendo rapidamente.

Per valutare la competenza e la credibilità di un minore il consulente deve sapere non solo "sentire" ma "ascoltare" e cioè cogliere tutti i loro segnali: quel che dicono e quel che non dicono, quel che fanno e quel che non fanno, deve conoscere il mondo fantastico infantile che è un riferimento importante di idee e di sentimenti.

È quel mondo attuale che i mass-media alimentano quotidianamente a piene mani e che presenta modelli suggestivi di comportamenti relazionali; è utile cercare di capire se anche le idee, i bisogni affettivi, le paure infantili che riguardano i rapporti familiari siano magari in qualche modo influenzati anche da tale mondo che è condiviso e continuamente elaborato nel rapporto fra coetanei. È un mondo in cui personaggi, situazioni, linguaggi si agitano in modo veloce, un mondo nel quale non solo la violenza ma anche la furberia e l'inganno dominano al di là di ogni logica.

Potrei portare altri esempi, sempre relativi alla necessità di arricchire e soprattutto di aggiornare le nostre conoscenze e di considerare l'esperienza professionale un tesoro che vale se è continuamente ripensato, confrontato, autocriticato. Mi limito ad accennare ai più importanti: il cambiamento che

l'informatica ha indotto nelle metodologie di informarsi, comunicare e lavorare, quello del nuovo ruolo femminile in famiglia e al lavoro, la multiculturalità.

In sostanza, per collaborare al lavoro della giustizia lo psicologo deve comprendere bene quale sia nei singoli casi e in generale, il rapporto fra le persone e la cultura in cui vivono, ed il rapporto fra cultura e norme giuridiche: quali norme siano comprese, accettate e rassicuranti, quali invece non comprese o non accettate, quali le attese di cambiamento, quali le nuove esigenze poste dall'evoluzione sociale e culturale.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE<sup>1</sup>

di Umberto Loi

Preliminarmente ringrazio voi tutti per la costanza che avete dimostrato questo pomeriggio. Io sono un magistrato a riposo e sono qui forse anche come memoria storica del Centro per la riforma del diritto di famiglia. Infatti, frequento questa associazione dalla sua nascita e ricordo tante persone che ormai non ci sono più. Questo convegno, essere qui in questa sala, ha quindi per me un significato particolare.

Sul merito del convegno, la Presidente Servetti e il Prof. Tommaseo mi hanno suggerito alcune osservazioni. La prima riflessione è relativa al modo di affrontare i problemi dei processi in materia di separazione e di divorzio, e non mi riferisco ai problemi procedurali che tutto sommato sono secondari rispetto al nucleo fondamentale. Il vero problema è che quando si parla di processi in materia di famiglia si stanno considerando rapporti interpersonali, e per chiudere quei rapporti non si può pensare a vincere o a perdere la causa, come se fosse un procedimento di diritto comune. In realtà, si tratta di costruire un nuovo assetto, e ciò vale anche per quanto riguarda il tempo impiegato in questi procedimenti. Certo, è deludente che il tempo non venga occupato in modo proficuo, ma quello che conta è proprio quel che si fa di questo tempo. Non è possibile pensare a delle decisioni *tranchant* con le quali si interrompe una convivenza familiare dopodiché si aspettano pochi minuti per ricevere allo “sportello” giudiziario la risposta di torto o di ragione. Lo scopo del procedimento, al quale partecipano in posizione paritaria il giudice, gli avvocati e le parti, è quello di costruire un nuovo assetto in cui il significato del torto o della ragione è diverso rispetto alla causa relativa a un’operazione commerciale, perché – permettetemi di semplificare – in questo ambito il torto o la ragione sono solo strumenti, passaggi per costruire, appunto, tale nuovo assetto. Questo

---

<sup>1</sup> Il presente testo è stato ricavato dalla trascrizione dell’intervento del dott. Loi. Nella redazione della trascrizione si è intervenuti rispetto alla registrazione esclusivamente per riportare il discorso orale alla misura di un testo scritto (N.d.R.).

è il mio pensiero, e mi fa piacere rilevare di essere su questo punto in sintonia con la Presidente Servetti.

Un'ultima osservazione: stiamo qui parlando della "famiglia". Io sono evidentemente molto anziano e nel corso della mia carriera ho visto diversi tipi di famiglia. Non è esatto che a qui Milano la famiglia sia ridotta a quella mononucleare. In realtà esistono tanti tipi di famiglia. Se si analizzassero i procedimenti si osserverebbe la coesistenza di famiglie con identità e robustezze diverse. Da ciò deriva che bisogna riuscire a operare in modo che nella costruzione del nuovo assetto si tenga conto delle esigenze concrete, quindi anche delle famiglie appartenenti a una realtà diversa da quella comune e che, per esempio, non fanno parte dell'area urbana.

Concludo perché ho promesso di parlare pochissimo. Molte grazie.

## NOTIZIE SUGLI AUTORI

**Anna Galizia Danovi**

*Presidente del Centro per la riforma del diritto di famiglia*

**Loredana Garlati**

*Professore Straordinario di Storia del diritto di famiglia e di Storia del diritto medievale e moderno nell'Università degli Studi di Milano - Bicocca*

**Paolo Giuggioli**

*Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Milano*

**Umberto Loi**

*Consigliere del Centro per la riforma del diritto di famiglia*

**Pierluigi Mantini**

*Onorevole, Professore Associato Confermato del Politecnico di Milano*

**Valerio Pocar**

*Professore Ordinario nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano – Bicocca*

**Assunto Quadrio Aristarchi**

*Professore Emerito di Psicologia sociale nell'Università Cattolica di Milano, Docente di Psicologia giuridica nell'Università S. Raffaele di Milano*

**Piero Schlesinger**

*Professore Emerito di Diritto privato nell'Università Cattolica di Milano*

**Gloria Servetti**

*Presidente della IX Sezione civile del Tribunale di Milano*

**Ferruccio Tommaseo**

*Professore Ordinario di Diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Verona*

**Mario Zevola**

*Presidente del Tribunale per i Minorenni di Milano*

