

## Il diritto di famiglia, il diritto nella famiglia di oggi

**Autore:** Marzario Margherita

**In:** Diritto civile e commerciale

**Abstract:** L'Autrice ripercorre e illustra il rapporto tra la funzione fondante del diritto e la natura della formazione familiare in costante divenire e sempre fedele a se stessa, partendo dal diritto interno e allargando lo sguardo sulle fonti internazionali.

1. 1.

### **Introduzione: la necessità del diritto di famiglia**

“Nel corso degli ultimi vent’anni la famiglia è uno dei teatri più drammaticamente al centro delle trasformazioni economiche, sociali e culturali che attraversano la nostra società. È indubbiamente anche un luogo simbolico di contesa nell’arena politica, nella quale si scontrano in modo anche aspro visioni che faticano a misurarsi con la complessità di ciò che io chiamo famiglia nelle moltitudini. Da una parte una cultura un po’ riduzionista che tenta di salvaguardare l’idea di famiglia come unità naturale imperniata su valori forti ma rigidi, dall’altra una cultura progressista che invece pare incapace di proporre un qualsiasi disegno di famiglia contemporanea, evidenziano la fatica dall’empasse che considera la famiglia, alternativamente, come luogo sovraccaricato di simboli (la famiglia come iperluogo), dall’altra come luogo vuoto (la famiglia come assenza). Prevale la percezione di una progressiva decadenza delle capacità integrative di una famiglia che, in modo un po’ schizofrenico, da una parte sembra sovraccaricata di compiti e aspettative, dall’altra viene ritenuta sempre più fragile e incapace di trasmettere valori di

legame alle nuove generazioni. A mio modo di vedere la crisi di questi due modelli interpretativi è dovuta anche a una sottovalutazione dell'impatto di alcuni processi che hanno scavato nell'antropologia dei ruoli familiari, che ne hanno eroso le basi storiche di legittimazione, e che devono fare i conti con due tendenze: la diversificazione dei modelli che diventa frammentazione, l'elemento di artificialità nella costruzione familiare. Quando parlo di famiglia nelle moltitudini intendo cercare di evidenziare le modalità attraverso le quali questo elemento storicamente fondante della nostra società viene plasmato da una condizione di "non più e non ancora". Dove il non più si riferisce, nella fattispecie, a ciò che la famiglia non è più: non è più la famiglia patriarcale, non è più neanche la famiglia mononucleare; mentre il "non ancora" si riferisce, ancora prima che alla mancanza di nuovi modelli, all'idea di sospensione temporale, empanse culturale, in cui la memoria collettiva non riesce a produrre rappresentazioni significative a immaginare il futuro. Questa frattura della memoria collettiva, ben visibile se confrontiamo le generazioni dei nostri padri e dei nostri figli, evidenzia il passaggio da una società dai mezzi scarsi, ma dai fini collettivi certi, a una società dai mezzi abbondanti e dai fini scarsi. Per meglio dire, mentre un tempo la forza dei fini disciplinava l'uso dei mezzi attraverso una ben precisa struttura di rapporti familiari, oggi i fini sono in qualche modo inglobati nella fantasmagoria dei mezzi, di fatto cancellandone la distinzione concettuale e determinando uno scivolamento dei ruoli familiari dentro una sfera tutta improntata alla riproduzione dei mezzi fine a se stessa. Da qui i sentimenti di rimpianto, paura, smarrimento, frustrazione, nostalgia, associati a quel mattone sociale che è stata la famiglia negli ultimi secoli, tanto che, si è sempre detto che nella letteratura sociologica classica, non esiste comunità senza famiglia, non esistono legami sociali di solidarietà senza legami familiari (fossero anche legami conflittuali). Ed è quindi nella dissolvenza della pratica comunitaria delle grandi narrazioni della civiltà contadina e operaia che la famiglia diventa l'ultimo luogo dell'appartenenza primaria che si separa dalla moltitudine, cioè da quella forma antropologica dello spaesamento e dello sradicamento di popolo e di classe che ci ha consegnato la società di massa. In altre parole, nell'epoca dello sradicamento comunità e classe sono luoghi affievoliti nella loro capacità di dettare appartenenze e formare rappresentazioni collettive intorno alla dimensione del conflitto di classe, producendo quello stato di anomia permanente dentro il quale le persone sono costantemente impegnate (volenti o nolenti) a fare i conti con processi di individuazione e di identificazione mai dati una volta per tutte (com'era nella società di massa)" (il sociologo Aldo Bonomi[1]).

In questo scenario di "famiglia nelle moltitudini e delle moltitudini" si rende ancor più necessario del passato il cosiddetto diritto di famiglia, non per interferenza ma per svolgere la funzione connaturale del diritto che è quella di congiungere (diritto dal latino "ius", dal verbo iungere, unire, collegare).

1. 2.

### **L'attualità delle novità della riforma del diritto di famiglia**

La vecchia legislazione della famiglia prima degli anni '70 aveva le seguenti caratteristiche:

disciplina dei rapporti volta alla regolamentazione degli stessi;

disciplina degli aspetti esteriori, giuridici ed economici;

riferimento al modello patriarcale;

famiglia come istituzione;

considerazione dei componenti come soggetti di diritto;

famiglia asimmetrica.

La legislazione dagli anni '70 in poi presenta in maniera sempre più marcata le seguenti caratteristiche:

disciplina delle relazioni diretta alla salvaguardia delle stesse;

disciplina delle dinamiche interne;

nessun riferimento ad un modello familiare particolare;

famiglia come gruppo;

considerazione dei componenti nella dimensione olistica di persone;

famiglia simmetrica.

Il diritto di famiglia dagli anni '70 a cominciare dalla legge 1044/1971 istitutiva degli asili nido, ed in particolare con la legge 19 maggio 1975 n. 151 "Riforma del diritto di famiglia", ha cercato di attuare il disegno dell'art. 2 Costituzione riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità, e richiedendo l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale: e la famiglia è la formazione sociale per eccellenza.

Prima della riforma del diritto di famiglia, nella celebrazione del matrimonio, civile e concordatario, erano letti dal celebrante i seguenti articoli del codice civile esprimenti l'autorità dello Stato attraverso l'autorità del marito: art. 143 "Doveri reciproci dei coniugi"; art. 144 "Potestà maritale"; art. 145 "Doveri del marito"[2]. Dopo la riforma del diritto di famiglia sono letti gli articoli novellati 143, 144 e 147 del codice civile. Nel vigente art. 143 "Diritti e doveri dei coniugi" - la cui rubrica e il cui primo comma sono un'esplicitazione dell'art. 29 comma 2 della Costituzione - non compare più la locuzione "Il matrimonio

imponere ai coniugi”, ma “Dal matrimonio deriva”, come conseguenza di una scelta d’amore. Nell’elencazione degli obblighi coniugali non è più usata la preposizione articolata “della”, introduttiva del complemento di specificazione e quindi di delimitazione, ma la preposizione articolata “alla” del complemento di termine, come continua tensione verso cui sono rivolte tutte le azioni dei coniugi. Gli obblighi coniugali da tre sono diventati quattro, quasi a rappresentare le quattro pareti entro cui si svolge la vita coniugale e familiare e i quattro pilastri su cui deve poggiarsi la vita coniugale e familiare. I primi due obblighi sono un binario e gli altri due l’altro binario che la coppia deve percorrere verso la medesima destinazione. Se la coppia non segue un processo coevolutivo, cioè non cresce e non cambia insieme, si disallinea e non ci si ritrova: da qui la crisi.

Il primo obbligo che discende dal matrimonio non è più la coabitazione, ma la fedeltà, non intesa in maniera sessuale (o solo sessuale) che portava a considerare reato l’adulterio (artt. 559-561 cod. pen. dichiarati costituzionalmente illegittimi) e a giustificare il delitto d’onore (art. 544 cod. pen. abrogato solo nel 1981). Fedeltà intesa come osservanza di una promessa, come adesione allo stesso progetto di vita. Per questo è stato anteposto agli altri obblighi reciproci coniugali che sono correlati. “In questo contesto l’istituzione (il matrimonio, con l’impegno di fedeltà che lo caratterizza) appare una segreta invocazione che nasce dalla debolezza dell’amore e chiede alla comunità protezione e sostegno. L’amore in qualche modo sa quanto sia difficile persistere nella lunga durata e chiede che l’incertezza dei sentimenti sia avvalorata e insieme difesa dalla certezza oggettiva del diritto. In questo caso l’istituzione non impone dall’esterno, alla coppia, la durata nel tempo, ma piuttosto accoglie e sanziona questa volontà di durata (salvo prendere atto, in un secondo momento, del venir meno di questa stessa volontà). La tendenza alla durata appare così, contemporaneamente e inscindibilmente, un profondo bisogno dell’amore e un’istanza del corpo sociale. L’uno e l’altro appaiono minacciati dall’insidia della precarietà: l’amore, perché la sua capacità di esprimersi, di affinarsi, di approfondirsi è affidata alla continuazione del rapporto di coppia; la società, perché sa che la dissoluzione della famiglia e l’incerta situazione dei figli che ne deriverebbe inseriscono nella comunità elementi di instabilità e di fragilità. Le due prospettive, alla fine, convergono; ma la volontà di durata proviene in prima istanza dalla coppia e soltanto in seconda istanza dalla società” (lo storico e sociologo Giorgio Campanini[3])

Alla fedeltà segue l’assistenza: parola che evoca cura, aiuto, soccorso in cui dovrebbe manifestarsi l’essere coppia (da “legare, attaccare”). Nell’abrogato art. 143 cod. civ. era l’ultimo obbligo e senza alcuna

aggettivazione, mentre nel novellato art. 143 si parla di “assistenza morale e materiale” specificandolo rispetto alla portata più ampia di “assistenza familiare” di cui all’art. 570 cod. pen.. “Morale”, qualcosa che sia percepito e sentito dall’altro, “materiale”, qualcosa che sia ricevuto e toccato dall’altro: prima “morale” e poi “materiale” (da “mater”, madre) fanno riferimento a qualcosa di sostanziale, essenziale, vitale, che dà vita e mantiene in vita la coppia e la famiglia e che quando viene a mancare porta allo scollamento della coppia: quando non ci si ferma per darsi tempo e tempi, per rimettere e rimettersi in discussione (dal latino “ab sistere”, fermarsi, porsi, stare presso).

Il terzo obbligo coniugale è la “collaborazione nell’interesse della famiglia”, una novità introdotta dal legislatore del 1975. Collaborazione comincia col prefisso co- (dal latino “cum”, con, insieme) richiama la comunanza, la comunione e la comunicazione che sono implicite nella vita di coppia. Comunanza, comunione e comunicazione (da “cum munus”, che compie il suo incarico insieme ad altri): in altre parole l’incarico l’uno dell’altro, l’uno all’altro e insieme (da “simile”). È questa l’essenza del coniugio: “essere uniti dallo stesso giogo”. L’obbligo di collaborazione è completato dall’espressione “nell’interesse della famiglia”, che richiama la soggettività compiuta della famiglia riconosciuta costituzionalmente (art. 29 Costituzione) e che dovrebbe richiamare i coniugi a convogliare i singoli interessi nell’univoco interesse della famiglia, come ribadito nel 3° comma dello stesso art. 143 in cui si legge “contribuire ai bisogni della famiglia” ben più significativa dell’espressione “bisogni della vita” scritta nell’art.145 abrogato.

L’ultimo obbligo è la coabitazione che, alla luce dei precedenti obblighi, diventa non più solo riferito al domicilio quanto letteralmente al senso di “continuare ad avere” e quindi avere consuetudine in un luogo che è la famiglia stessa.

Il terzo comma dell’art. 143 è la puntualizzazione degli obblighi di collaborazione e di coabitazione; comincia con la locuzione “entrambi i coniugi” che rispetto ad “ambedue” indica una relazione più stretta. Tutto il terzo comma è di grande portata innovativa ed in particolare la previsione “contribuire ai bisogni della famiglia”, mentre nell’abrogato art. 145 si leggeva: “Il marito ha il dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di sé e di somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze. La moglie deve contribuire al mantenimento del marito, se questi non ha mezzi sufficienti”. Nella nuova stesura dell’art. 143 cod. civ. si è data veste giuridica all’amore coniugale. “Finisce, con la

modernità, la lunga stagione delle molteplici e spesso eccessive interferenze della sfera del pubblico nella vita privata; cadono le tante barriere istituzionali erette contro il libero esplicarsi del sentimento di amore. Rimane tuttavia una soglia che è inevitabile varcare quando il sentimento di amore voglia essere riconosciuto e insieme sorretto nella sua intrinseca debolezza: passa di qui il significato profondo del matrimonio come istituzione, e dunque come essenziale momento di incontro fra persona e società” (G. Campanini[4]).

Dopo l’art. 143, è letto durante l’atto del matrimonio l’art. 144 “Indirizzo della vita familiare e residenza della famiglia”, che è un’altra grossa novità della riforma del 1975. In quest’articolo si parla di “vita familiare” e non semplicemente di “vita” come nell’art. 145 abrogato; si usa il verbo “concordare” quale ulteriore contenuto degli obblighi di collaborazione e di coabitazione dell’art. 143 e si precisa “secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia” che rafforza le formule “nell’interesse della famiglia” e “bisogni della famiglia” dell’art. 143. La parola “esigenze” (da “spingere fuori, far uscire”) evoca l’ascolto, un’altra componente fondamentale in famiglia. Nel secondo comma dell’art. 145 colpisce l’uso del verbo “attuare”, quasi un monito a passare dalla potenzialità dell’amore alla sua attualità, alla sua quotidianità.

L’ultimo articolo letto dall’ufficiale di stato civile o dal ministro di culto è l’art. 147 “Doveri verso i figli”. Nel rito prima della riforma del diritto di famiglia non era letto l’articolo relativo ai doveri verso i figli, perché era già chiaro il loro assoggettamento nella previsione dell’art. 144 abrogato in cui si diceva che “il marito è il capo della famiglia”. Criticato è stato l’incipit perché si riferisce al matrimonio e non ai genitori come l’art. 30 della Costituzione; facendo riferimento al significato etimologico di “matrimonio” che è “compito della madre”, ovvero quello di formare, preparare, ci si riferisce anche ai genitori non coniugati. Nell’attuale art. 147 si dice “obbligo” e non più “obbligazione” come nel testo previgente, perché l’obbligazione dà l’idea di una situazione giuridica (prevalentemente di natura patrimoniale) limitata nel tempo, mentre l’obbligo rende chiaro un vincolo perdurante. Il verbo “educare” (cui è stato aggiunto “assistere moralmente” dal decreto legislativo 28 dicembre 2013 n. 154 “Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell’articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219”) è stato posposto non perché ultimo, ma perché obiettivo dei genitori deve essere la continua formazione della persona. Da orientamento per i genitori la conclusione dell’articolo: “nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni” (come modificato dal decreto legislativo 28 dicembre 2013 n. 154).

Prima della novella legislativa del 2013, nell'art. 147 si leggeva: "la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli". Emblematica era la distinzione tra "prole" e "figli" anche per distinguere tra progetto familiare e progetto di vita di ogni figlio. "Prole", da "allevare, far crescere, nutrire", "figli", da "generare, far essere": quindi dare la vita e dare alla vita.

Con la riforma del diritto di famiglia del 1975 e la legislazione successiva si è ben lungi dall'interventismo natalista fascista. "Nasce di qui tutto l'insieme delle norme che formano il «diritto di famiglia» dell'età contemporanea inteso, non più come «gabbia dorata» nella quale rinchiudere la famiglia ma come un insieme di norme poste a protezione della famiglia, della sua funzione interpersonale e sociale, della sua missione educativa, della sua vocazione al «prendersi cura», ma prima di tutto e soprattutto del suo essere profondo" (G. Campanini[5]).

### 1. 3.

#### **La ridefinizione della famiglia**

"Ma anche le relazioni familiari e degli individui tra loro vedono un momento di ridefinizione. È ormai un dato di comune esperienza ed è riportato in tutte le analisi statistiche che il numero delle separazioni, sia di persone unite in matrimonio sia in coppie di fatto, sia aumentato grandemente negli ultimi anni. Si parla di nuove famiglie, di famiglie ricomposte, ma certamente il modello della famiglia fordista tipico degli anni '50 dello scorso secolo non è più attuale, anche se da un punto di vista culturale esso impregna ancora il comune modo di pensare. Anzi per la verità non solo è tramontata la famiglia fordista, ma quasi non c'è più neppure la Ford. Non è solo il settore familiare quello in crescente difficoltà. Sono le relazioni tra gli individui in crisi, tanto che si parla di morte del prossimo e della necessità di riscoprire valori fondamentali per la convivenza civile quali la solidarietà e la coesione sociale, come richiamava il cardinale Dionigi Tettamanzi. Questi valori, in un mondo che ha inseguito follemente la soddisfazione dei bisogni e desideri individuali, erano stati dimenticati, considerati appannaggio della religione e di pochi

fastidiosi rompiscatole. Ora vengono riscoperti e considerati indispensabili per progettare il futuro” (il giudice minorile Laura Laera[6]).

In un’epoca in cui la famiglia è variamente definita, da famiglia unipersonale a famiglia arcobaleno, ed è continuamente attaccata e lacerata la si riscopre sempre più come valore e se ne avverte l’urgenza di una ridefinizione. Si può usare come bussola per l’orientamento in questo paesaggio socioculturale estremamente complesso la lettura congiunta di alcune definizioni della famiglia date da diversi ordinamenti.

“La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio” (art. 29 comma 1 Costituzione del 1948).

“La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto a essere protetta dalla società e dallo Stato” (art. 16.3 Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948).

“La famiglia, in quanto cellula fondamentale della società, ha diritto ad un’adeguata tutela sociale, giuridica ed economica per garantire il suo pieno sviluppo” (Parte I, n. 16 Carta Sociale Europea, adottata nel 1961 e riveduta nel 1996, ratificata in Italia nel 1999).

“[...] la famiglia costituisce, più ancora di un mero nucleo giuridico, sociale ed economico, una comunità di amore e di solidarietà che è in modo unico adatta ad insegnare e a trasmettere valori culturali, etici, sociali, spirituali e religiosi, essenziali per lo sviluppo e il benessere dei propri membri e della società; la famiglia è il luogo dove diverse generazioni si incontrano e si aiutano vicendevolmente a crescere nella sapienza umana e ad armonizzare i diritti degli individui con le altre istanze della vita sociale” (dal Preambolo della Carta dei diritti della famiglia, lettere E e F, Santa Sede, 1983).

“Convinti che la famiglia, quale nucleo fondamentale della società e quale ambiente naturale per la crescita ed il benessere di tutti i suoi membri ed in particolare dei fanciulli debba ricevere l’assistenza e la protezione necessarie per assumere pienamente le sue responsabilità all’interno della comunità” (dal Preambolo della Convenzione Internazionale sui Diritti dell’Infanzia del 1989, ratificata in Italia nel 1991).

Quello che accomuna queste ed altre definizioni date da ordinamenti statali e sovrastatali è l’aggettivo “naturale”, con molteplici significati, fra cui quello etimologico di “forza che genera”. Perché la famiglia possa avere ed essere “forza che genera” è necessario che ci siano più persone e differenti (dal verbo latino “differre”, portare da una parte all’altra) fra loro per sesso, età o altre condizioni personali e sociali, perché possano portare qualcosa l’una all’altra. Aspetti su cui ci sono sempre state e su cui abbisognano norme giuridiche e politiche sociali.

Per la propria esistenza la famiglia, prima società, ha bisogno dello Stato, società delle società, che a sua volta per esistere ha bisogno di ogni singola famiglia (si pensi ai costi sociali ed economici dei conflitti familiari).

“La famiglia conserva dunque una sua autonomia - e questa autonomia è riconosciuta e in linea di principio rispettata anche dal diritto - ma in un contesto di reciproca inter-azione con la società. Oggi meno che mai la famiglia è un’isola” (G. Campanini[7]).

“L’atteggiamento del diritto è costruttivo: il suo scopo, nello spirito interpretativo, è quello di far prevalere il principio sulla prassi per indicare la strada migliore verso un futuro migliore, mantenendo una corretta fedeltà nei confronti del passato. Infine, esso rappresenta un atteggiamento fraterno, un’espressione del modo in cui pur divisi nei nostri progetti, interessi e convinzioni le nostre esistenze sono unite in una comunità. Questo è comunque ciò che è diritto per noi: per gli individui che vogliamo essere e la comunità in cui vogliamo vivere” (il filosofo e giurista statunitense Ronald Dworkin[8]).

[1] A. Bonomi, Agire nella zona grigia della famiglia delle moltitudini, in *Minorigiustizia* n. 4/2013, FrancoAngeli Milano, pp. 26-27.

[2] Grande Dizionario Enciclopedico, vol. VII, voce "Famiglia" (a cura di A. Trabucchi), UTET, Torino 1976, p. 525.

[3] G. Campanini, Dal cortile al mondo. La famiglia e la società, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo 2004, p. 54.

[4] G. Campanini, Dal cortile al mondo. La famiglia e la società, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo 2004, p. 55.

[5] G. Campanini, Dal cortile al mondo. La famiglia e la società, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo 2004, pp. 55-56.

[6] L. Laera, Infanzia e diritti al tempo della crisi: verso una nuova giustizia per i minori e la famiglia, in *Minorigiustizia* n. 4/2013, FrancoAngeli, Milano, p. 104.

[7] G. Campanini, Dal cortile al mondo. La famiglia e la società, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo 2004, p. 65.

[8] R. Dworkin, L'impero del diritto, Il Saggiatore, Milano 1989, p. 383.

<https://www.diritto.it/il-diritto-di-famiglia-il-diritto-nella-famiglia-di-oggi/>