



Raffaella Pasquili
Donne, famiglie e diritti

Parole chiave: Donna, Famiglia, Diritto

Keywords: Women, Families, Rights

Contenuto in: Donne, politica e istituzioni: varcare la soglia?

Curatori: Silvana Serafin e Marina Brollo

Editore: Forum

Luogo di pubblicazione: Udine

Anno di pubblicazione: 2012

Collana: Donne e società

ISBN: 978-88-8420-713-5

ISBN: 978-88-3283-050-7 (versione digitale)

Pagine: 193-204

DOI: 10.4424/978-88-8420-713-5-16

Per citare: Raffaella Pasquili, «Donne, famiglie e diritti», in Silvana Serafin e Marina Brollo (a cura di), *Donne, politica e istituzioni: varcare la soglia?*, Udine, Forum, 2012, pp. 193-204

Url: <http://forumeditrice.it/percorsi/storia-e-societa/donne-e-societa/donne-politica-e-istituzioni-varcare-la-soglia/donne-famiglie-e-diritti>

DONNE, FAMIGLIE E DIRITTI

Raffaella Pasquili

Premessa

Prima di delineare, anche attraverso un breve *excursus* storico, i diversi ruoli che nel tempo ha assunto la donna all'interno della famiglia, è opportuno osservare come essa, nella veste di moglie, madre o figlia, possa rivestire uno o più *status* familiari, cui sono – come è ben noto – connessi determinati diritti, doveri e poteri, nonché tutele di natura anche esterna, nei confronti cioè di eventuali comportamenti di soggetti terzi, ovvero riconoscimenti legali e sociali. Lo *status* indica, infatti, la posizione giuridica fondamentale della persona nell'ambito di una data collettività, sia questa la società o la famiglia¹, e ad esso si possono riconnettere altresì i rapporti di coniugio, di parentela, di affinità, o altro rapporto riconosciuto, a seconda che si tratti o meno di vincoli derivanti da legami fondati sul matrimonio.

Proprio in quanto un esclusivo riferimento alla sola famiglia legittima, ovvero alla famiglia che rinviene il proprio fondamento in quel negozio giuridico che è il matrimonio, potrebbe risultare ad oggi limitativo e parziale, appare utile introdurre sin d'ora un'immagine, quella stessa che si trae dalla realtà che ci circonda, che corrisponde all'ormai diffusa tendenza a discorrere non più di un unico modello familiare, bensì di una pluralità di modelli familiari, come facilmente si può evincere dalle diverse declinazioni in cui la famiglia, non solo nella società, ma anche nell'ordinamento giuridico, si palesa: basti pensare – ma solo per fare alcuni esempi – alla famiglia c.d. nucleare, quella cioè costituita dalla coppia e da eventuali suoi figli; alla famiglia c.d. parentale, compren-

¹ Sulla nozione di *status*, con particolare riferimento alla famiglia, si veda F. Parente, *La libertà matrimoniale tra status personae e status familiae*, in *Rass. dir. civ.*, 31 (2010), 1, pp. 129-163; A. Renda, *Equiparazione o unificazione degli status filiationis? Proposte per una riforma del sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 54 (2008), 1, II, pp. 103-130; A. Palazzo, *Tipi di adozione e status familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 5 (1984), pp. 692-705.

dente anche i parenti e gli affini, di cui una eco si riscontra ancora in materia successoria (art. 572 c.c.) o con riguardo all'obbligo alimentare (art. 433 c.c.); alla famiglia di fatto o alla convivenza *more uxorio*; alla famiglia c.d. monoparentale, ove si rinviene la presenza con i figli di un unico genitore; alla famiglia c.d. ricomposta (o c.d. rinnovata), in cui almeno uno dei componenti proviene da una precedente esperienza matrimoniale o di convivenza, sicché membri della nuova famiglia potranno essere anche i figli generati dalle precedenti unioni e conviventi col genitore collocatario; alla convivenza omosessuale; alla famiglia c.d. lavorativa (art. 230-*bis* c.c.); alla famiglia c.d. anagrafica, quale insieme di persone legate da rapporti di coniugio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune (art. 4, decreto Presidente della Repubblica, 30 maggio 1989, n. 223); e, infine, senza con ciò voler ritenere esaustiva questa breve elencazione, alla famiglia c.d. poligamica, composta da un marito e più mogli, ammessa in alcuni ordinamenti islamici, ma che può sollevare delicate problematiche giuridiche anche negli Stati che non riconoscono detta forma di aggregazione, ma sul cui territorio tali famiglie vivono².

In tutti questi diversi contesti familiari, nonostante le evidenti differenze che li connotano (e che non possiamo ora andare nello specifico a delineare), la posizione sociale e giuridica della donna è nel tempo mutata, evolvendosi secondo alcuni schemi che sembrano rispecchiare quei nuovi principi di uguaglianza e solidarietà familiare che hanno fatto il loro timido ingresso con la società moderna e che hanno condotto alla valorizzazione della tutela della persona umana e del principio di solidarietà costituzionale.

Dalla privatizzazione del diritto di famiglia alla responsabilità endofamiliare

Non è chi non veda la rilevanza non solo giuridica, ma ancor prima sociale e culturale, di quello che è stato definito il processo di privatizzazione del diritto di famiglia³, un lento processo che ha portato al superamento dell'impostazione

² Senza pretesa di completezza, per un approfondimento si rinvia a *La tutela della famiglia nelle democrazie contemporanee: tra pluralismo dei modelli e multiculturalismo*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo* (2010), 2, pp. 390-846; P. M. Putti, *Nuovi modelli di relazioni familiari tra prospettive di apertura ed esigenze di confronto*, in *Dir. famiglia*, 38 (2009), 2, II, pp. 826-883; G. Furguele, *Modelli familiari nel diritto italiano e straniero*, in *Famiglia, persone e successioni*, 3 (2007), 10, pp. 820-826; G. Giacobbe, *Molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. famiglia*, 35 (2006), 3, II, pp. 1219-1245.

³ In argomento, tra i molti, G. Vettori, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Famiglia, persone e successioni*, 3 (2007), 3, pp. 197-200; M. Sesta, *Diritti inviolabi-*

giuspubblicistica della famiglia attraverso il riconoscimento, anche in detta formazione sociale, non solo del principio di libertà, ma anche dei principi costituzionali riguardanti i diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.) e del principio di uguaglianza tra tutti i cittadini (art. 3 Cost.), che, nel contesto della famiglia intesa «quale società naturale fondata sul matrimonio», si esprime nell'uguaglianza morale e giuridica fra i coniugi (art. 29 Cost.), nonché nel «dovere e diritto dei genitori [di] mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio» (art. 30 Cost.).

Prima di proseguire è bene, peraltro, ricordare una metafora, di jemolana memoria, secondo cui la famiglia è come un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto, essendo la famiglia una realtà metagiuridica, appartenente agli istinti primi, alla morale, alla religione più che al diritto⁴. Ciò ci permette anche di evidenziare come questo settore del diritto privato si caratterizzi per alcune peculiarità, dato che in esso rilevano profili ed aspetti che il diritto positivo non può sempre nel dettaglio prescrivere e regolamentare, anche al di là di eventuali mere scelte di politica del diritto.

Senza pretesa di completezza (ed anzi già anticipando la necessaria sintesi che si andrà a tracciare, in quanto funzionale ad una mera ricognizione dell'evoluzione del diritto di famiglia), in una prospettiva storica si possono ricordare alcune importanti tappe, le quali ci hanno in parte consegnato quell'immagine attuale che abbiamo della famiglia (e dei ruoli dei suoi membri), e di cui più recentemente si sono, peraltro, messi in discussione alcuni profili, cui faremo cenno richiamando i più recenti progetti di riforma in materia⁵.

Il diritto romano ci ha trasmesso un'immagine della famiglia di tipo parentale: un'organizzazione giuridica nella quale una pluralità di soggetti era sottoposta al potere di un capo, il *pater familias*. Nella concezione romana il matri-

li della persona e rapporti familiari: la privatizzazione «arriva» in cassazione (Nota a Cass., sez. I., 10 maggio 2005, n. 9801), in *Famiglia e dir.*, (2005), pp. 370-381; M. Fortino, *Verso una nuova «privatizzazione» della famiglia nella società globale?*, in *Riv. dir. civ.*, 49 (2003), 2, I, pp. 167-177; P. Zatti, *Familia, familiae. Declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, (2002), pp. 9-21; P. Zatti, *Familia, familiae. Declinazione di un'idea. II. Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Familia*, (2002), pp. 337-350.

⁴ Per una introduzione al pensiero dell'illustre giurista si veda G. Cassandro - A. Leoni - F. Vecchi (eds.), *Arturo Carlo Jemolo. Vita ed opere di un italiano illustre*, Napoli, Jovene, 2007; F. Finocchiaro, *Arturo Carlo Jemolo (1891-1981)*, in *Giur. it.*, (1981), IV, pp. 303-311.

⁵ Per un'analisi storica del diritto di famiglia si veda C. Salvi, *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 26 (2008), 4, pp. 559-570; P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, Bologna, il Mulino, 2002; A. Diurni, *Storia e attualità della filiazione in Europa*, in *Dir. famiglia*, 36 (2007), 3, II, pp. 1397-1431; E. Quadri, *Il diritto di famiglia. Evoluzione storica e prospettive di riforma*, in *Dir. e giur.*, 118 (2003), 1, pp. 267-277.

monio era visto non tanto come un negozio giuridico, quanto come una situazione giuridica permanente, che risultava dalla convivenza di due persone di sesso diverso animate dalla volontà di essere marito e moglie: due elementi che, se presenti, differenziavano il matrimonio dall'unione temporanea o dal concubinato. Il venir meno dell' *affectio maritalis* rendeva così insussistente il matrimonio, tanto che il *divortium* altro non era che il venir meno dell' *affectio*.

Sino all'epoca preindustriale ha ancora senso parlare di famiglia parentale, una famiglia, peraltro, fondata su di un vincolo di esclusiva competenza della Chiesa, giacché è solo con la codificazione napoleonica che si attua la c.d. laicizzazione del matrimonio e il diritto di famiglia viene interamente disciplinato dall'ordinamento statale, sicché può dirsi certamente che il *Code Napoléon* del 1804 ha costituito il modello su cui affonda le sue radici anche l'attuale paradigma familiare, nonostante tutte le riforme che nel tempo si sono succedute.

Secondo lo schema napoleonico, il nucleo familiare è ancora ordinato gerarchicamente e posto sotto l'autorità del capo famiglia e il matrimonio è l'unica forma di unione personale rilevante per l'ordinamento dello Stato. Mentre il marito ha il dovere di proteggere la moglie, nonché di tenerla presso di sé e di somministrarle quanto necessario, la moglie ha il dovere di obbedire al marito, nonché di abitare con lui e di seguirlo ovunque egli intenda fissare la propria residenza. La moglie è in una evidente situazione di sottomissione, anche patrimoniale, come si evince dall'istituto dell'autorizzazione maritale, secondo cui la donna non poteva, in assenza di detta autorizzazione, stare in giudizio, donare o alienare beni. Risultando il matrimonio un contratto, ne è previsto anche lo scioglimento per divorzio (sebbene con la Restaurazione il divorzio fu poi soppresso) ed è disciplinata anche la separazione personale.

Nel Codice civile del 1865, prima codificazione dell'Italia unificata, si rinviene, in materia, una forte influenza della concezione giusfamiliare napoleonica, che, peraltro, aveva già ispirato anche i Codici preunitari ottocenteschi. Si assiste ancora ad un sistema dualistico, giacché l'unico matrimonio idoneo a generare effetti giuridici è quello celebrato innanzi all'ufficiale dello stato civile, là dove quello religioso non ha rilevanza alcuna per l'ordinamento statale, secondo il noto broccardo «libera Chiesa in libero Stato». Si introduce una dettagliata disciplina del matrimonio civile, basato su di una netta disparità tra l'uomo e la donna, la quale necessita ancora dell'autorizzazione maritale e, *ex art. 131 c.c. del 1865*, in più rispetto al *Code Napoléon*, si vede sostituire al proprio il cognome del marito. Il Codice italiano non regola il divorzio, potendo il matrimonio sciogliersi solo per morte di uno dei coniugi, quantunque sia ammessa la separazione personale, la quale si fonda sulla colpa per violazione dei doveri matrimoniali secondo criteri valutativi che sottolineano l'impronta fortemente patriarcale di detto modello. Permane, e non pote-

va essere altrimenti, un'evidente disparità di trattamento tra la filiazione legittima e quella illegittima.

Nonostante i notevoli mutamenti sociali ed economici nel frattempo intervenuti, quali ad esempio l'abolizione dell'autorizzazione maritale ad opera della legge 19 luglio 1919, n. 1176, novità che è strettamente connessa anche al ruolo assunto dalla donna nel periodo bellico, e l'introduzione di una nuova forma matrimoniale nel 1929 come risulta dal Concordato tra lo Stato italiano e la Santa Sede (i Patti Lateranensi, poi modificati con l'Accordo di Villa Madama del 1984), secondo cui il matrimonio celebrato dal ministro del culto cattolico – regolato dunque dal diritto canonico – se trascritto nei registri dello stato civile acquista effetti civili, il più recente Codice civile del 1942, il cui Libro I entrò in vigore separatamente già nel 1939, si conforma nella sostanza allo schema pregresso, delineando ancora un modello fondato sull'indissolubilità del matrimonio, sulla potestà maritale, la quale si estrinseca nel potere coercitivo e disciplinare riconosciuto al marito nei confronti della moglie, su di una profonda disuguaglianza tra marito e moglie e su di una forte disparità di trattamento tra la filiazione legittima e quella illegittima.

Dopo l'entrata in vigore il 1° gennaio 1948 della Costituzione repubblicana si inizia ad assistere timidamente, e non senza resistenze, a taluni adeguamenti, in senso costituzionale, del diritto di famiglia: oltre agli artt. 29 e 30 Cost., che esprimono, in materia matrimoniale, il risultato dei compromessi raggiunti in sede di Assemblea costituente tra le diverse parti politiche, in particolare tra cattolici, liberali e marxisti, sempre maggior peso iniziano ad assumere anche altre disposizioni normative costituzionali, tra cui gli artt. 2 e 3 Cost., espressione dei valori inviolabili della persona umana, valori che si pongono come essenziale fondamento dell'intero ordinamento repubblicano.

La riforma del diritto di famiglia del 1975, attuata con la legge 19 maggio 1975, n. 151, mediante la tecnica legislativa della novellazione, viene così preceduta, da un lato, da una serie di pronunce della Corte costituzionale che incidono sul modello ancora autoritario e patriarcale della famiglia in stridente contrasto con i nuovi principi della Carta costituzionale; dall'altro, dalla innovativa legge 1° dicembre 1970, n. 898, sullo scioglimento del matrimonio (c.d. divorzio).

Come accennato, è con la riforma del 1975 che si è data attuazione ai principi costituzionali, ed in particolare si è accolto il principio di uguaglianza, non solo giuridica ma altresì morale, tra marito e moglie (art. 29 Cost. e artt. 143 ss. c.c.), nonché il principio di parificazione tra la filiazione legittima e quella naturale (art. 30 Cost.), quantunque permanga ad oggi ancora qualche distinzione in materia di *status filiationis*, soprattutto con riferimento al cognome del figlio naturale (art. 262 c.c.) e al diritto di commutazione in ambito successorio (art.

537 c.c.)⁶. Tra le novità introdotte si può anche ricordare come la separazione personale venga finalmente svincolata dal principio della colpa (v. art. 151 c.c.) e da quel meccanismo discriminatorio che in passato aveva attribuito diversa rilevanza all'adulterio dell'uomo rispetto a quello della donna.

Se volessimo fissare un'immagine potremmo affermare che l'unità della famiglia non è più formalmente imposta, ma sostanzialmente salvaguardata attraverso il riconoscimento di quell'autonomia e quella libertà che trovano le loro più evidenti espressioni nei principi di solidarietà e responsabilità, da declinarsi sulla base del diritto alla partecipazione a pari titolo alla conduzione della vita coniugale. L'interesse della famiglia inizia ad identificarsi con quello dei suoi membri ed è subordinato al pieno e libero sviluppo della persona, secondo una regola che rinviene il proprio fondamento nel principio della democrazia nel governo della famiglia.

Dal 1975 ad oggi numerose sono state le spinte per la costituzione di un nuovo assetto del diritto di famiglia⁷, spinte tese a valorizzare sempre più i diritti dei singoli rispetto all'istituto della famiglia in sé, prima con riferimento alla donna, sia come moglie che come madre, e poi con riferimento ai membri più deboli, i figli, siano questi minori o maggiorenni non ancora economicamente autosufficienti. Così, per quanto concerne i più rilevanti interventi legislativi in materia, si può far cenno alla modifica apportata alla disciplina sul c.d. divorzio dalla legge 6 marzo 1987, n. 74; agli interventi a tutela dell'infanzia, ed, *in primis*, a livello sovranazionale alla Convenzione di New York sui diritti

⁶ La Corte costituzionale, con la sentenza 18 dicembre 2009, n. 335, ha ritenuto conforme ai principi costituzionali il diritto di commutazione, ossia la possibilità riconosciuta ai figli legittimi di soddisfare in denaro o beni immobili ereditari la quota spettante ai figli naturali che non vi si oppongono, regola stabilita all'art. 537 c.c. e da molti autori indicata quale residuo privilegio attribuito ai figli legittimi nei confronti dei figli naturali.

⁷ La letteratura sul tema è ampissima. A titolo meramente esemplificativo si veda M. Dogliotti, *La riforma del diritto di famiglia: bilancio di un quinquennio*, in *Politica del diritto*, 11 (1980), pp. 523-530; *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo: bilanci e prospettive (atti del convegno di Verona, 14-15 giugno 1985)*, Padova, Cedam, 1986; A. Belvedere - C. Granelli (eds.), *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, Padova, Cedam, 1996; P. Rescigno, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 44 (1998), 2, I, pp. 109-117; G. Frezza (ed.), *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, 2005; N. Lipari, *Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 59 (2005), 3, pp. 715-728; E. Quadri, *I rapporti patrimoniali tra coniugi a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Famiglia* (2006), p. 15; C. M. Bianca, *La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Dir. famiglia* (2006), p. 207; T. Auletta (ed.), *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma (atti del convegno di studi, Catania, 25-27 maggio 2006)*, Milano, Giuffrè, 2007.

del fanciullo del 20 novembre 1989 (ratificata dall'Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176) e alla Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 25 gennaio 1996 (resa esecutiva dalla legge 20 marzo 2003, n. 77)⁸; o alla riforma sulla disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori (attuata con la legge 4 maggio 1983, n. 184, poi ampiamente novellata ad opera della legge 28 marzo 2001, n. 149); per non dimenticare la legge 4 aprile 2001, n. 154, contenente le misure contro la violenza nelle relazioni familiari (che ha introdotto il Titolo IX-*bis* – «Ordini di protezione contro gli abusi familiari» – e gli artt. 342-*bis* e 342-*ter* c.c.), cui si può aggiungere, brevemente ricordandolo, il più recente intervento in materia di atti persecutori o c.d. *stalking* (comportamenti ripetuti e intrusivi di sorveglianza e controllo, di ricerca di contatto e comunicazione nei confronti di una vittima), qual è il decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11 (convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38), che ha introdotto, con il nuovo art. 612-*bis* c.p., il reato di atti persecutori e modificato l'art. 342-*ter* c.c.; o, ancora, la legge 19 febbraio 2004, n. 40, sulla procreazione medicalmente assistita e la legge 8 febbraio 2006, n. 54, sull'affido condiviso, che ha modificato l'art. 155 c.c. ed introdotto gli artt. 155-*bis*-155-*sexies* c.c.⁹.

Oltre a ciò, e alle numerose discussioni politiche e sociali, meritano un cenno i numerosi progetti di legge in materia di convivenza *more uxorio* o, più recentemente, di unioni omosessuali; le proposte di modifica della disciplina relativa alla separazione e al divorzio, nonché in materia di invalidità matrimoniale; o, ancora, di riforma del cognome familiare; di equiparazione della filiazione legittima e naturale in un unico *status filiationis*¹⁰; nonché un particolare richiamo merita il più ampio ed organico progetto di riforma del diritto di famiglia che, a distanza quindi di 35 anni dalla riforma del 1975, è stato presentato nel luglio 2010 (d.d.l. del Senato n. 2263) con l'intento di procedere ad una revisione complessiva del diritto di famiglia, con particolare riferimento al te-

⁸ Con la recente legge 12 luglio 2011, n. 112, è stata istituita a livello nazionale l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza al fine di assicurare la piena attuazione e la tutela dei diritti delle persone minori, conformemente a quanto previsto dalle convenzioni internazionali.

⁹ Per un approfondimento sulle singole tematiche del diritto di famiglia si rinvia, tra i molti, a A. Zaccaria (ed.), *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, Cedam, 2011²; G. Autorino Stanzione (ed.), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico pratico*, I, II, III, IV, Torino, Giappichelli, 2011²; G. Bonilini - G. Cattaneo (eds.), *Il diritto di famiglia*, I, II, III, Torino, Utet, 2007²; P. Zatti (ed.), *Trattato di diritto di famiglia*, I, II, III, IV, V, VI, VII, Milano, Giuffrè, 2002.

¹⁰ Di particolare rilevanza è il disegno di legge del Senato n. 2805, come approvato dalla Camera dei deputati il 30 giugno 2011, riguardante le *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, ora assegnato alla 2° Commissione permanente (Giustizia).

stamento biologico, alla parentela (anche naturale), al rapporto tra matrimonio civile e matrimonio religioso, al matrimonio tra persone dello stesso sesso, al cognome della moglie e dei figli, ai rapporti tra separazione e divorzio, alla mediazione familiare, all'assegnazione della casa familiare, alle modifiche sull'affido condiviso, alla solidarietà post matrimoniale, alle unioni libere e alle intese di solidarietà, alla filiazione, alla procreazione medicalmente assistita, all'adozione, alla responsabilità genitoriale, tutto nella prospettiva di un adeguamento del diritto alle nuove esigenze sociali attraverso il riconoscimento sempre più incisivo ed effettivo dei principi di libertà e di uguaglianza tra i diversi soggetti che possono partecipare ad una realtà familiare o parafamiliare.

Quanto schematicamente illustrato ci permette di sottolineare come si sia passati da un modello familiare dai connotati fortemente giuspubblicistici (tendente cioè a garantire la stabilità della convivenza familiare attraverso l'indissolubilità del matrimonio, la disuguaglianza tra i coniugi, la discriminazione della filiazione nata fuori del matrimonio) – un modello che esprime, secondo il pensiero di Cicu, l'idea di una funzione sociale che nello Stato ha l'istituto della famiglia¹¹ e che, pur progressivamente attenuandosi, si è mantenuto sino alla riforma del 1975 –, ad un diverso modello di impostazione privatistica, nel quale maggiore spazio è attribuito alla sfera di autonomia (anche patrimoniale) dei membri della famiglia e alla loro autodeterminazione, alla sfera dei sentimenti, alla sfera interiore e alla tutela dei diritti inviolabili dell'individuo, in un'ottica poliedrica di riconoscimento e valorizzazione di quelli che sono i principi della nostra Carta costituzionale, anche attraverso l'apertura, nel diritto di famiglia, alle regole di diritto comune¹².

Questo mutamento di impostazione esegetica ha sollevato una nuova e diversa problematica, concernente l'individuazione degli ambiti e dei limiti di autonomia da riconoscersi ai singoli soggetti nei diversi contesti familiari, il che ha contribuito, tra plausi e critiche, anche alla nascita e allo sviluppo di quella che, più recentemente, è stata definita la nuova frontiera della responsabilità aquiliana, ossia quella della responsabilità endofamiliare. L'ingresso della responsabilità civile ha segnato una nuova prospettiva d'indagine dei rapporti familiari, la cui massima espressione è data dal superamento dell'idea di un'autonomia e di una autosufficienza della disciplina familiare e dalla riconfigura-

¹¹ Com'è noto la teoria istituzionale della famiglia rinvia le proprie origini nel pensiero di Antonio Cicu, del quale si veda A. Cicu, *Il diritto di famiglia: teoria generale*, Roma, Athenaeum, 1914; A. Cicu, *Principi generali del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* (1955), pp. 1-15.

¹² Per un inquadramento generale si veda G. Giacobbe, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 52 (2006), 4, pp. 481-502.

zione del rapporto fra la comunità familiare e i diritti dei singoli, la cui dignità e personalità, se violate, devono essere tutelate anche secondo le regole dell'illecito civile¹³.

Il panorama legislativo

Questo breve (e per ciò stesso incompleto) *excursus* storico – dato che l'*iter* è stato molto più complesso ed articolato rispetto alla sintesi che si è ora presentata, dovendo risultare essa funzionale alla sola individuazione di taluni punti fondamentali che hanno caratterizzato questo percorso –, ci ha permesso di tratteggiare l'evoluzione che ha interessato la famiglia e soprattutto i ruoli che la donna ha nel tempo acquisito, nonché di enucleare, sebbene sempre per punti nodali, le principali norme di diritto positivo che disciplinano oggi le aggregazioni familiari, sicché ora possiamo procedere col definire più nel dettaglio i contenuti cui l'art. 23 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 (*Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*) rinvia, là dove esso, per quanto concerne le pari opportunità nei rapporti familiari, richiama proprio la disciplina del Codice civile.

Con particolare riferimento all'attuale contesto socio-giuridico è opportuno allora sottolineare nuovamente come con la riforma del 1975 si sia attuata quell'uguaglianza giuridica e morale tra i coniugi che ha trovato un puntuale riferimento normativo nei vigenti artt. 143, 144 e 147 c.c. (nonché nell'art. 316 c.c. per quanto concerne la potestà genitoriale – non più qualificabile quale patria potestà – e, secondo una più recente terminologia, meglio identificabile con l'espressione responsabilità genitoriale), sicché si può oggi affermare in primo luogo, e tralasciando per il momento l'art. 143-*bis* c.c., che il rapporto di coniugio è un rapporto basato sull'uguaglianza, un'uguaglianza che si esplica sia nel momento decisionale che attuativo dell'indirizzo familiare concordato. Funzionali a questa diversa configurazione della famiglia sono anche il regime patrimoniale primario (con le diverse soluzioni, rispetto al passato, che ora si prospettano in merito al problema della rilevanza esterna delle obbligazioni assunte da un coniuge per le necessità familiari) e il regime patrimoniale secondario (quale distinto momento distributivo delle ricchezze familiari), come risulta, per quanto concerne quest'ultimo regime, soprattutto dall'analisi dell'isti-

¹³ Sull'illecito endofamiliare, tra i molti, si veda M. Sesta (ed.), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, Utet, 2008; P. Cendon (ed.), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, I, II, III, IV, Padova, Cedam, 2004; M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Famiglia, persone e successioni*, 7 (2011), 1, pp. 14-22.

tuto della comunione legale, basata sull'uguaglianza delle quote e sulla parità nell'amministrazione dei beni, essendo ad entrambi i coniugi riconosciuto il potere di disporre in modo disgiunto per gli atti di ordinaria amministrazione. Ancora non si può non ricordare la disciplina sull'impresa familiare (art. 230-*bis* c.c.), in forza della quale si è passati da una presunzione di gratuità del lavoro (soprattutto femminile) ad un principio di solidarietà comportante il riconoscimento anche di diritti patrimoniali. E diverso è anche il regime della separazione legale, specie se con addebito, risultando inoltre indifferente che la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio sia posta in essere dal marito o dalla moglie, laddove – come già osservato – in passato una diversa rilevanza era stata attribuita all'adulterio dell'uomo rispetto a quello della donna.

Spostandoci poi sul versante del rapporto di filiazione, innovativi risultano gli artt. 147 e 148 c.c. in combinato disposto con l'art. 316 c.c., essendo ora l'esercizio della potestà congiunto, esercizio congiunto della potestà genitoriale che ha fatto il suo ingresso anche nella fase patologica del rapporto tra i genitori con la nuova disciplina – cui si è fatto in precedenza cenno – sull'affido condiviso, con la quale si è cercato di superare, nell'ottica del riconoscimento del diritto del minore alla bigenitorialità, la concezione dell'affido esclusivo, pur risultando esso ad oggi ancora attuabile (sebbene in via d'eccezione), così come estrema importanza deve essere attribuita al superamento dell'impostazione discriminatoria nei confronti della filiazione naturale.

Peraltro, almeno seguendo quello che è l'orientamento prevalente, ancor oggi vi sarebbero talune norme ove il principio costituzionale di uguaglianza risulterebbe contraddetto, anche se per una corretta valutazione sarebbe necessario considerare con estrema cautela le *rationes* e i connotati di dette discipline, analisi che in questa sede purtroppo non è possibile affrontare.

Solo per citare alcune delle più rilevanti criticità in materia, possiamo rinviare, da un lato, alla regola sul cognome della moglie, che, ai sensi dell'art. 143-*bis* c.c., aggiunge al proprio il cognome del marito, nonché alla regola sul cognome familiare da trasmettere ai figli (siano questi legittimi, adottivi o naturali), che, sebbene numerosi siano i progetti di legge di modifica e diversa sia la disciplina presente in altri ordinamenti anche a noi vicini, nel nostro ordinamento segue ancora il principio della prevalenza del patronimico, secondo una millenaria tradizione. Il tema – come è facilmente intuibile – si articola necessariamente tra il riconoscimento del nome quale diritto inviolabile dell'uomo e l'opportunità di individuazione del nucleo familiare¹⁴.

¹⁴ Sull'argomento si è espressa, in più occasioni, la Corte costituzionale, la quale con l'ordinanza 27 aprile 2007, n. 145 (in *Giur. it.* [2008], 3, pp. 585-589) ha ribadito, nella sostanza, l'orientamento già manifestato nella celebre sentenza 16 febbraio 2006, n. 61 (in *Giust. civ.*,

Per altro verso, il richiamo è all'attribuzione, ai sensi dell'art. 316, 4° comma, c.c., al padre del potere di adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili in caso di incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio, che, secondo il prevalente orientamento, è norma eccezionale, retaggio della secolare patria potestà.

Peraltro, doveroso è quantomeno accennare ad altre disposizioni normative che riservano alla sola donna determinati diritti, in ragione di peculiari situazioni e in considerazione del necessario temperamento e bilanciamento tra diversi principi e valori costituzionalmente protetti, tra cui il diritto alla salute (art. 32 Cost.) e il principio di libertà personale (art. 13 Cost.). Al riguardo basti pensare al diritto di procedere all'interruzione volontaria della gravidanza, entro o dopo i primi novanta giorni, previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194, diritto riservato alla sola donna, senza che rilevi una diversa volontà del marito o del convivente, risultando solo eventuale una loro audizione e comunque senza effettivo valore, tanto che la posizione del padre è degradata a mero interesse; o ancora, nell'ambito della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita, almeno secondo un certo orientamento interpretativo, alla possibilità per la sola donna di rifiutare o revocare il consenso, nel caso di fecondazione dell'ovulo in vitro con successivo impianto in utero, dopo la fecondazione e prima dell'impianto, mentre all'uomo la possibilità di revoca sarebbe permessa solo sino al momento della fecondazione (art. 6, 3° comma, legge 19 febbraio 2004, n. 40).

Sullo sfondo dell'analisi ora svolta particolare rilevanza è stata attribuita alla famiglia legittima, fondata sul matrimonio, ma un'evoluzione si è avuta anche con riguardo a quella diversa aggregazione familiare che è la convivenza *more uxorio*: partendo da una considerazione in negativo (anche sotto il profilo terminologico l'espressione a lungo impiegata è stata quella di concubinato), si è giunti, nel tempo, al riconoscimento del rilievo costituzionale di detta formazione sociale nell'ambito dell'art. 2 Cost., e, sotto il profilo della ricostruzione giuridica delle attribuzioni patrimoniali tra i conviventi (specie a favore della donna), si è passati da una valutazione in termini di donazione remuneratoria (art. 770, 1° comma, c.c.) ad una in termini di obbligazione naturale *ex art.*

56 [2006], I, pp. 1124-1127), ove il giudice delle leggi, pur prendendo atto che il sistema di attribuzione del cognome al figlio legittimo è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, oramai non più in sintonia con le fonti sovranazionali, aveva affermato che la questione è manifestamente inammissibile, essendo compito del legislatore ridisegnare il sistema in senso costituzionalmente adeguato. Si vedano, inoltre, più recentemente, anche con riferimento al criterio di attribuzione del cognome al figlio naturale, Cass. 3 febbraio 2011, n. 2644; Cass. 29 maggio 2009, n. 12670, in *Foro it.*, 134 (2009), cc. 3009-3012; Cass., ord., 22 settembre 2008, n. 23934, in *Giur. it.* (2009), 6, pp. 1391-1396.

2034 c.c., così svincolando il contributo economico destinato al *ménage* familiare dalla connotazione, ad esso in precedenza attribuito, di remunerazione per prestazioni di natura sessuale (ed evitando, per altro verso, la nullità delle attribuzioni medesime per difetto di forma).

Una sempre maggiore attenzione, anche legislativa, è stata poi rivolta ai soggetti che partecipano ad una famiglia non fondata sul matrimonio, come si deduce da alcuni interventi legislativi il cui ambito applicativo anche ad essi si estende, come ad esempio in materia di ordini di protezione contro gli abusi familiari (artt. 342-*bis* e 342-*ter* c.c.), o in materia di procreazione medicalmente assistita (v. art. 5, legge 19 febbraio 2004, n. 40) o, ancora, in materia di affido condiviso (v. art. 4, legge 8 febbraio 2006, n. 54).

Ma – come ben sappiamo – se talune tutele sono state riconosciute al convivente in quanto soggetto, nell’ottica, dunque, di una sempre maggiore tutela dei diritti inviolabili della persona, ancora nessuna disciplina è stata offerta in Italia per la coppia convivente o la famiglia di fatto, o per le convivenze omosessuali, impregiudicata permanendo l’impossibilità di una applicazione analogica o estensiva delle norme previste per la famiglia legittima anche a queste aggregazioni familiari¹⁵.

A tutte queste brevi considerazioni che riflettono un certo orientamento giuridico, considerazioni le quali permettono di comprendere meglio come la posizione della donna nei diversi contesti familiari abbia trovato un riconoscimento sempre più accentuato e tendente all’affermazione dei diritti della sua personalità, fa riscontro, talvolta, un sentire sociale e culturale che è sotto certi profili ancora ancorato al passato, a concetti che sono legati ad un’impostazione ideologica che vede nella donna un soggetto debole e che ad essa attribuisce nella famiglia necessariamente un ruolo subalterno e marginale. Ma il diritto, come si è ricordato, è un mare che può solo lambire l’isola familiare, sebbene per essa oggi si schiuda una nuova prospettiva in considerazione del processo di integrazione nell’Unione europea.

¹⁵ Per l’inapplicabilità delle norme in materia di famiglia legittima si è più volte pronunciata anche la Corte costituzionale: in particolare si veda Corte cost., 14 aprile 1980, n. 45; Corte cost., 29 gennaio 1998, n. 2; Corte cost., 13 maggio 1998, n. 166; Corte cost., 14 novembre 2000, n. 491.