

# Diritto e famiglie in Italia: una convivenza problematica

di Anna Rosa Favretto

## I.

Se intendiamo comprendere alcune tra le principali caratteristiche della relazione che intercorre tra gli ambiti familiari ed il diritto statale, possiamo innanzitutto osservare come l'immagine di famiglia presente nella legislazione italiana sia frammentata ed abbia confini incerti.

A proposito della nozione di famiglia, ad esempio, Puleo (1989; 8), sgombrando il campo da presunte certezze, sostiene che essa non è una nozione giuridicamente costante. Ciò non soltanto per le sue variazioni storiche ma anche, e soprattutto, per la «molteplicità di significati e [...per la] diversa ampiezza con cui la famiglia e i rapporti familiari sono considerati dal legislatore in relazione ai diversi istituti, persino nell'ambito della stessa materia».

Frammentarietà, incertezza di confini e molteplicità di significati provengono, di fatto, dalla pluralità di orientamenti espressa dalle leggi e dalla giurisprudenza anche per quanto riguarda i principi ispiratori e le linee guida utilizzati.

Per la legge italiana, ad esempio, è contemporaneamente considerata famiglia sia la «società naturale» legittima in quanto fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.), sia l'insieme di persone legate da un vincolo, parentela, affinità, adozione, tutela, o da vincoli affettivi, se coabitanti o con residenza abituale nello stesso comune (secondo lo spirito dell'art. 4 DPR 223/1989, Nuovo Regolamento Anagrafico, recepito anche in sede di rilevazioni ISTAT).

\* Presentato dall'Istituto di Sociologia.

In altre parole, stabilita una forma familiare ritenuta parametro fondamentale, vengono di fatto ammesse e considerate «famiglie» molte altre manifestazioni delle relazioni familiari che pur non possiedono il requisito costituzionale fondante della legittimità.

Analoga pluralità si evince osservando l'enunciazione e le caratteristiche applicative del principio di eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi.

Com'è noto la Costituzione italiana (art. 29) prevede la possibilità di porre una limitazione a tale principio a salvaguardia dell'unità familiare.

Mentre la legislazione e la giurisprudenza successive alla carta costituzionale hanno per lungo tempo privilegiato l'applicazione di tale limitazione, disponendo quasi esclusivamente a sfavore della donna coniugata, il nuovo diritto di famiglia (1975) ha sostanzialmente accolto e reso operativo il principio di eguaglianza dei coniugi.

Tuttavia questo preciso indirizzo legislativo, sancito anche attraverso l'attuale orientamento giurisprudenziale, non è ancora presente in molti altri ambiti. Si pensi ad esempio, all'attuale parzialissimo riconoscimento del contributo dato alla produzione del patrimonio familiare da parte delle donne casalinghe (si tratta di una quota della liquidazione maturata dal coniuge durante gli anni di matrimonio) in sede di soluzione del rapporto coniugale e alla definizione, stabilita con la riforma della legge sul divorzio del 1987, del presupposto del bisogno come criterio rilevante per l'erogazione dell'assegno di mantenimento (criterio assistenziale).

Tale rilevanza esclude, di fatto, il principio compensativo, ossia il principio secondo il quale il coniuge che ha svolto lavoro casalingo debba in qualche modo essere rimborsato per il contributo dato alla famiglia durante il matrimonio (Barbagli, 1990).

Nella nostra legislazione, dunque, l'immagine di famiglia fondata su una coniugalità paritaria convive con l'immagine di famiglia la cui unità è possibile salvaguardare anche al prezzo del mantenimento di qualche forma di disuguaglianza tra i coniugi.

Anche la centralità della salvaguardia della famiglia legittima ottenibile attraverso deroghe ai principi di uguaglianza, pur essendo stata molto attenuata con la riforma del 1975, è ravvisa-

bile nella nostra legislazione attraverso le norme che riguardano i figli naturali. È noto che con l'andare del tempo, la legislazione si è manifestata sempre più favorevole alla formale e sostanziale parificazione tra i figli «legittimi» e quelli «naturali». Ma tale uguaglianza incontra ancora oggi delle limitazioni. Da un lato, gli articoli 29 e 30 della Costituzione presentano, a questo proposito, alcune ambiguità: la protezione della famiglia pare infatti riferirsi a quella considerata legittima, nonostante che l'interesse dei figli, anche di quelli nati al di fuori del matrimonio, sia considerato comunque degno di tutela. Dall'altro lato, nonostante la riforma del 1975 abbia sancito il principio di uguaglianza tra i figli comunque concepiti, evidenti limitazioni sono rintracciabili nel riconoscimento dell'esistenza di un unico legame di parentela legittimo di cui è titolare il figlio naturale, legame che lo unisce formalmente al genitore che lo ha riconosciuto ma che lo esclude, in virtù dell'art. 258 c.c., dai rapporti di parentela con tutti i congiunti del genitore stesso.

E ancora, limitazioni a tutela della famiglia «legittima» sono rintracciabili nell'accezione della riserva, a favore dei figli legittimi, del diritto di commutazione dei beni ereditati (art. 537 c.c., grazie al quale «i figli legittimi possono soddisfare in denaro o in beni ereditati la porzione spettante ai figli naturali che non si oppongano») e nella norma riguardante l'inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima del genitore che lo ha riconosciuto in costanza di matrimonio. Tale inserimento viene subordinato, infatti, all'art. 252 c.c., il quale richiede che sia espresso il consenso del coniuge del genitore «naturale» e dei figli legittimi, se conviventi e con un'età superiore ai 16 anni.

È evidente che la pluralità di immagini della famiglia offerta dal diritto statale è, almeno in parte, frutto della molteplicità di logiche (Commaille, 1986) presenti nella regolamentazione dei rapporti familiari.

La molteplicità delle logiche concorrenti, e talvolta confliggenti, nel diritto statale, è ulteriormente evidenziabile se confrontiamo le espressioni di tutela degli interessi individuali, fondamento della nostra legislazione, con le espressioni di tutela della comunità familiare (es.: artt. 143 e 181 c.c.), dei bisogni della famiglia (es.: artt. 167 e 168 c.c.), delle sue esigenze (es.: artt. 144 e 145 c.c.).

Esistono dunque, per il nostro ordinamento, interessi familia-

ri da tutelare in via prioritaria rispetto a quelli degli individui facenti parte della famiglia?

Puleo (1989) ricorda l'esistenza, a questo proposito, di almeno due differenti logiche interpretative utilizzabili per comprendere l'ambiguità della lettera della legge. Autorevoli studiosi hanno infatti sostenuto che, pur appartenendo il diritto di famiglia al diritto privato, esiste un interesse della famiglia superiore a quelli dei suoi singoli componenti, e che l'attività di coloro che sono legati a vincoli familiari debba essere principalmente rivolta all'interesse della famiglia stessa.

Viceversa altri studiosi ritengono che la logica ispiratrice di tutte le norme riguardanti la famiglia sia rivolta al conseguimento dell'interesse dei singoli grazie all'ausilio che può offrire la famiglia stessa, considerato che, per le nostre norme fondamentali, essa ha il compito di favorire lo sviluppo della personalità dei suoi membri.

De Luca (1994, 463-4), ricostruendo i termini della controversia interpretativa, ha recentemente sostenuto: «Più che, quindi, sul concetto di «famiglia» e sui diritti dell'istituzione familiare, il punto di vista si è concentrato sulle persone che della famiglia fanno parte e sui loro diritti [...] non ritenendosi ammissibile una limitazione di tali garanzie di tutela in omaggio ad un preteso interesse superiore dell'istituzione familiare».

Ricostruendo i principi filosofici ispiratori delle due antitetiche posizioni, si rintraccia da un lato l'impostazione «istituzionalistica», di derivazione hegeliana, che si caratterizza per l'assunto della prevalenza del nucleo sui singoli componenti, per la regolazione interna fondata sul principio della gerarchia tra coniugi e tra genitori e figli, per la collocazione dell'istituto familiare nella sfera pubblicistica, rendendolo così funzionale ad interessi ancora superiori, ossia a quelli dello stato. D'altro lato si rintraccia l'impostazione «individualista», di derivazione illuminista, la quale si caratterizza per la valorizzazione dell'interesse individuale realizzabile anche attraverso l'istituto familiare e per la conseguente sua piena collocazione nella sfera privatistica (Lillo, 1994).

Le immagini di famiglia rimandate dal nostro diritto, che pur si ispira nella sostanza a questa seconda impostazione, indicano comunque l'esistenza di una oscillazione tra l'uno e l'altro modo di intendere.

Ciò è evidente in relazione alla sfera di autonomia mantenuta dalla famiglia rispetto alla regolazione statale (ovvero, concessa da quest'ultima). A questo proposito Alpa (1993, 263) sostiene che l'oscillazione è il prodotto dell'azione contrastante di una spinta all'autonomia della famiglia, che la induce a sottrarsi ad interventi pubblici che si presentano sotto molteplici aspetti, quali la raccolta di dati statistici, gli obblighi fiscali, le rilevazioni anagrafiche, l'intervento del giudice nel sociale, e di una spinta all'intervento statale, dovuto «ora a ragioni autoritative, ora a ragioni perequative». E ciò perché il principio di autonomia della famiglia, intesa come istituto e come formazione sociale, carattere che le deriva dal riconoscimento costituzionale di «società naturale» precedente al riconoscimento statale, confligge necessariamente, per lo meno in via di principio, con la volontà della legislazione di tutelare gli interessi dei singoli soggetti. Non a caso, infatti, illustri commentatori sentono la necessità di affermare che, a causa della sua peculiarità relazionale che la dota di forte autonomia, la famiglia è una comunità poco suscettibile all'opera di regolazione da parte dello stato (Rescigno, 1980).

## II.

La pluralità delle immagini di famiglia rimandata dal nostro diritto, accennata attraverso gli esempi precedenti, offre l'opportunità di riflettere su alcune importanti questioni di carattere teorico che riguardano il più generale rapporto tra il diritto e le famiglie.

Non è possibile, in questa sede, trattare in modo esaustivo un argomento di così vasta portata. Accennerò qui soltanto ad alcuni tra quelli che mi paiono essere i problemi più evidenti della loro importanza fondante.

Innanzitutto è bene evidenziare l'esistenza di una contraddizione di fondo (Wolgast, 1989), a mio avviso irrisolvibile in via teorica ma componibile soltanto praticamente per mezzo di aggiustamenti parziali e mai completamente soddisfacenti. Si tratta, come è emerso nel paragrafo precedente, della difficoltà per la cultura giuridica occidentale, che ha accettato tra i suoi

principi giuridici fondanti il «diritto delle persone», di tutelare contemporaneamente i diritti degli individui e gli interessi di una comunità relazionale quale è la famiglia, posto che tali interessi esistano e che siano chiaramente individuabili.

Infatti, quando viene riconosciuto come prevalente il diritto delle persone, si introduce il riconoscimento dell'esistenza di possibili conflitti tra interessi diversi espressi dai singoli soggetti in ambito familiare.

Storicamente si sono determinate due possibili modalità per il trattamento di questi conflitti: l'una, di tipo autoritario, che individua in una gerarchia interna all'ambito familiare o in figure autoritative esterne ad essa, coloro ai quali viene demandato la supposta soluzione dei conflitti; l'altra, di tipo comunitario ed egualitario, che presuppone l'esistenza di una continua negoziazione circa le soluzioni offerte in ambito familiare ai possibili conflitti.

Com'è noto, la nostra attuale legislazione consente in via generale, fatte salve alcune eccezioni, il trattamento di tali conflitti per via gerarchica nei rapporti generazionali tra genitori e figli minori.

Per quanto riguarda i rapporti tra i coniugi, che devono necessariamente, secondo la legge, ispirarsi a criteri di eguaglianza e di concordia, il ruolo giocato dal riconoscimento degli interessi individuali non consente di ritenere che la soluzione negoziale interna alla famiglia sia sempre e comunque praticabile. In caso di conflitto, infatti, è ammesso il ricorso ad una valutazione esterna: si tratta dell'intervento a carattere non decisorio di un giudice (artt. 145, 316 c.c.), che può essere richiesto dagli stessi coniugi.

Queste brevi considerazioni fanno comprendere non soltanto quanto nel terreno del diritto di famiglia siano presenti principi (Alpa, 1993) talora poco conciliabili, ma anche come in esso sia evidenziabile la continua commistione tra «miti» e realtà, tra essere e dover essere (Freeman, 1984).

Ecco che si apre una seconda grande questione: in che modo si strutturano le relazioni tra le leggi dello stato e le famiglie, tra il dover essere espresso dalla normativa statale e l'esistenza quotidiana delle famiglie?

Nel fornire risposte ad una questione così centrale, i percorsi di analisi proposti dagli studiosi si sono differenziati notevol-

mente, esplorando ambiti contigui che riguardano in modo particolare le modalità di intervento dello stato, i confini tra «pubblico» e «privato», la critica di tale distinzione, la pluralità delle regolazioni che intervengono nella vita familiare, la produzione di norme da parte delle famiglie stesse.

Per quanto riguarda le modalità di intervento, Saraceno (1988) riassume efficacemente le principali linee guida del dibattito contemporaneo. Esso appare caratterizzato da un duplice filone d'analisi che vede lo stato come colonizzatore della vita familiare, intrusivo al punto da svuotare la famiglia delle sue principali funzioni, come quelle educative e d'assistenza; ovvero, all'opposto, tendente a sovraccaricare funzionalmente la famiglia stessa, che si trova impegnata in una sorta di adeguamento continuo alle prestazioni richieste dagli enti e dai servizi che implementano il dettato della legge.

E ancora, l'autrice ricorda una diversa linea di pensiero che individua lo stato come risorsa per la tenuta dei legami familiari e, soprattutto, per la tutela dei soggetti più deboli, considerate le disparità di potere e di accesso alle risorse presenti internamente ed esternamente alle famiglie.

Il rapporto tra diritto e famiglie è esplorabile, secondo altri studiosi, soprattutto in termini «di confini», e si esplicita nei dibattiti relativi ai limiti che possono essere attribuiti all'intervento dello stato nelle famiglie (Freeman, 1984).

Questi studiosi tentano dunque di individuare le questioni attraverso le quali il tema dei «confini» diviene esplicito: ad esempio, la presunta natura strettamente privata delle coabitazioni, l'autonomia che può/deve essere accordata ai genitori nella cura e nell'educazione dei figli o agli ex-coniugi nel trattare i loro reciproci rapporti, e così via.

Il tema dei rapporti tra leggi dello stato e famiglie può essere trattato secondo un'ulteriore prospettiva, ossia attingendo alla lettura critica della tradizionale divisione tra pubblico e privato proposta da alcune studiose femministe (Rose, 1987).

In particolare, queste studiose sostengono che accettando acriticamente questa distinzione si finisce per mascherarne la natura convenzionale ed il modo attivo che lo stato assume nella sua «costruzione»: essendo dotato di forte potere definitorio, lo stato stabilisce attraverso le sue leggi quali relazioni ritenere appartenenti alla famiglia e quali non considerare rilevanti per tale

appartenenza. Ne costituiscono un esempio le relazioni affettive tra omosessuali le quali, nella quasi totalità degli stati europei, non sono considerate relazioni di tipo «familiare», con le dovute conseguenze ai fini successori, ai fini dell'accesso ai benefici assistenziali, ecc.

La distinzione maschera inoltre le disparità di potere esistenti internamente alla famiglia ed i loro effetti. La famiglia, come ho già avuto modo di precisare, non è una istituzione dotata di personalità giuridica; è composta di singoli «soggetti di diritto» aventi interessi talvolta confliggenti ed aventi quote di potere differenti. Essa non può, dunque, essere considerata come una unità monolitica, contrapposta o contrapponibile in sé allo stato o una semplice unità destinataria degli interventi del legislatore attraverso l'opera dei servizi.

Secondo queste studiosi, infine, la distinzione tra pubblico e privato maschera l'influenza degli operatori giuridici e sociali nel veicolare ed imporre alcuni modi ritenuti corretti e desiderabili per coprire in modo adeguato determinati ruoli familiari: moglie/marito; madre/padre, figlio/figlia, ecc.

Il superamento della dicotomia pubblico/privato come categoria centrale nell'analisi del rapporto tra diritto statale e famiglie ci viene anche dalla prospettiva pluralistico-giuridica, attraverso la quale si è rilevato come lo stato, nelle sue determinazioni reali, non sia univoco in sé ma molteplice. Esso agisce attraverso molteplici agenzie che sono autorizzate, nella pratica, a seguire logiche e criteri di orientamento differenti.

Inoltre, per quanto le definizioni relative alle famiglie offerte dal sistema giuridico statale siano centrali ed importanti, esse non sono sempre dominanti (Glendon, 1989). Le regolazioni che intervengono in ambito familiare sono plurime: vi sono quelle economiche, quelle del mercato, quelle della pubblica amministrazione, quelle religiose, ecc.

La legge è, dunque, soltanto uno degli elementi di regolazione della vita familiare.

A partire da questa considerazione Commaille (1986) sostiene l'esigenza di abbandonare una concezione del rapporto tra diritto e famiglie fondata sull'esistenza di una relazione di causazione semplice.

Esiste, infatti, una pluralità di logiche regolative sociali accanto ad una pluralità di logiche normative prodotte dallo stato.

Si tratta di comprenderne lo stretto intreccio analizzandone la struttura complessa di causazione ed i molteplici effetti.

La prospettiva pluralistico-giuridica riconosce, infine, l'esistenza e l'importanza di forme normative di grande efficacia prodotte ed utilizzate internamente alle famiglie (Ehrlich, 1977; De Sousa Santos, 1987).

Ed ecco aprirsi, dunque, una serie di ultime importanti questioni: in quale misura le norme prodotte all'interno delle famiglie interagiscono con le altre norme sociali e con le norme statali? Quali sono le caratteristiche di queste interazioni? Quale il grado di influenza reciproca?

È evidente che le risposte a tali questioni dovranno pervenire tanto dalla ricerca teorica quanto dalla ricerca empirica, punto qualificante delle quali sarà l'adozione di una prospettiva sensibile alle variazioni contestuali delle varie fonti definitorie dal punto di vista normativo.

A questo proposito, ed isolando forzatamente le normative familiari e statali all'interno della più complessa rete di causazioni normative indicata da Commaille, penso che un esempio di differenti forme di dominanza sia rintracciabile a partire da quelle che Barbagli (1984) definisce le «strutture» e le «relazioni» familiari.

Infatti per tutto ciò che regola la costituzione, l'ampiezza e la composizione di una famiglia, è ragionevole ipotizzare che attualmente, nei paesi occidentali, le definizioni offerte dallo stato appaiano dominanti anche se non esclusive; a livello delle relazioni familiari, ossia dell'«essere famiglia», è intuitivamente evidente che la regolamentazione dei rapporti di autorità e di affetto tra coloro che si ritengono appartenenti ad una data famiglia è garantita soprattutto dalle norme prodotte dall'ambito familiare stesso. Lo stato interviene, se ritenuto necessario, soltanto a tutela dei più deboli, in caso di conflitti dotati di grande visibilità e qualora uno dei membri della famiglia ritenga opportuno dar voce alle proprie richieste attraverso l'ausilio dell'apparato coercitivo statale.

Diritto e famiglie: si tratta, a ben vedere, di una convivenza problematica espressa efficacemente dalla pluralità di immagini delle relazioni e delle strutture familiari «accettate», e quindi prese in considerazione, che ci rinvia il diritto stesso; espressa

ancora dalla pluralità di logiche che sottendono le immagini di famiglia, logiche di natura normativa sociale e statale, nonché strettamente familiare; espressa infine dalla complessa rete di interazioni tra questi differenti ordini normativi, e dalle loro dominanze continuamente modificabili.

### *Bibliografia*

- G. Alpa, *I principi generali e il diritto di famiglia*, «Il diritto di famiglia e delle persone», vol. XXII, 1993.
- M. Barbagli, *Sotto lo stesso tetto*, Bologna, Il Mulino, 1984.
- M. Barbagli, *Provando e riprovando*, Bologna, Il Mulino, 1990.
- J. Commaille, *D'une sociologie de la famille à une sociologie du droit. D'une sociologie du droit à une sociologie des régulations sociales*, «Sociologie et sociétés», vol. XVIII, n. 1, 1986.
- L. De Luca, *La famiglia oggi*, «Il diritto di famiglia e delle persone», vol. XXIII, 1994.
- B. De Sousa Santos, *State, Law and Community in the Word System: An Introduction*, «Social and Legal Studies», vol. 1, 1992, numero monografico.
- E. Ehrlich, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1976.
- M.D.A. Freeman, «Introduzione», in (a cura di) M.D.A. Freeman, *The State, the Law and the Family*, Tavistock Publications and Sweet and Maxwell, London and New York, 1984.
- M.A. Glendon, *The Trasformation of Family Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1989.
- P. Lillo, *La famiglia nel diritto pubblico*, «Il diritto di famiglia e delle persone», vol. XIII, 1994.
- S. Puleo, *Famiglia. Disciplina privatistica*, voce in *Enciclopedia Treccani Giuridica*, Roma, 1989.
- P. Rescigno, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, Jovene, 1980.
- N. Rose, *Beyond the Public/Private Division: Law, Power and the Family*, «Journal of Law and Society», n. 1, 1987.
- C. Saraceno, *Sociologia della famiglia*, Bologna, Il Mulino, 1988.
- E. Wolgast, *La grammatica della giustizia*, Roma, Editori Riuniti, 1991.