

UNIVERSITA' DEGLI STUDI "ROMA TRE"
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA
CORSO IN GIURISPRUDENZA



TESI DI LAUREA

in

Diritto di Famiglia

Le Genitorialità Sociali

Relatore: Chiar.mo
Prof Andrea Zoppini

Laureanda:
Francesca Romana Grassi

Anno Accademico 2005 - 2006

*A Laura
E a tutte le Persone che ho Incontrato
e hanno orientato la mia Strada
Alla mia Famiglia Allargata
..e a chi mi ha Atteso e mi Attende ancora..*

Sommario

INTRODUZIONE	4
1 IL RUOLO DELL'INTERESSE DEL MINORE NELL'ARTICOLAZIONE DEI MODELLI GENITORIALI.....	8
1.1 La trasformazione della famiglia: dall'unità all'articolazione dei modelli	8
1.2 Il valore della persona e la funzionalità della famiglia	12
1.3 “Interesse superiore del minore”	15
1.3.1 Lo sviluppo della personalità del minore e la funzionalità della potestà	24
1.3.2 L'interesse del minore ad una “genitorialità piena”	26
1.3.2.1 Il principio dell'imitatio naturae	26
1.3.2.2 Il diritto del minore ad avere due genitori	27
1.3.2.3 L'eterosessualità delle figure genitoriali	32
1.3.2.4 Il requisito dell'età dei genitori e l'eccezione al principio di imitatio naturae	36
1.3.3 L'interesse del minore ad un ambiente idoneo al suo sviluppo	39
1.3.4 L'interesse del minore (alla propria) ad una famiglia.....	48
2 LA FUNZIONE GENITORIALE DEGLI ASCENDENTI.....	58
2.1 Cenni storici sul ruolo dei nonni nei rapporti familiari.....	58
2.2 Il diritto dei minori all'amore dei nonni	60
2.2.1 La rilevanza del ruolo dei nonni nella vita dei nipoti	60
2.2.2 Rilevanza giuridica dei sentimenti	66
2.3 Il riconoscimento del diritto di visita in favore dei nonni.....	72
2.3.1 Il diritto di visita in prospettiva comparatistica	72
2.3.2 Il “diritto di visita” dei nonni nell’ordinamento italiano	78
3 ALTRE IPOTESI DI GENITORIALITÀ SOCIALI.....	97
3.1 Trasformazione della famiglia e nuovi modelli familiari	97
3.1.1 Principio di solidarietà e principio di socialità in funzione dello sviluppo della personalità	105
3.2 Le nuove figure genitoriali	109
3.2.1 Il rispetto delle relazioni familiari di fatto del minore in ambito europeo	112
3.2.2 Le famiglie ricomposte e il riconoscimento degli interessi in gioco	115
3.2.2.1 L’art. 44 della legge sull’adozione nazionale alla luce della legge e della discrezionalità dei giudici nell’ordinamento inglese	132
3.2.2.2 La legge francese 4 marzo 2002 e il riconoscimento del rapporto tra il minore e il terzo	148
3.2.3 La genitorialità nelle coppie omosessuali	153
3.2.3.1 Riconoscimento delle coppie omosessuali	153
3.2.3.2 Riconoscimento della genitorialità omosessuale.....	159
3.3 Conclusione	166
BIBLIOGRAFIA	171

INTRODUZIONE

Parlare oggi di famiglia comporta farsi spazio nel grande mare di convinzioni e di conoscenze a diversi livelli, sociologico, psicologico, giuridico. Prendere infatti una posizione richiede di sapere con certezza quali ne sono gli effetti sui soggetti protagonisti delle vicende, in questo caso, familiari, interpretarne i bisogni e scegliere la via del diritto che possa tutelarli nel miglior modo possibile.

Parlare oggi di famiglia, richiede, più di ogni altro tempo, di capire e di riconoscere la complessità dei propri valori cristiani, etici, morali e di trasfonderli in un unico contenitore, quello del diritto.¹ Richiede di comprendere l'altro e la diversità da sé, di abbracciare una cultura in continuo cambiamento, di non fermarsi a guardare le cose solo dal proprio punto di vista,² della propria cultura appunto, delle proprie tradizioni e delle proprie convinzioni, ma di dare significato alla realtà che ci circonda, non con il fare paternalistico di chi ha la verità tra le mani,³ ma, come fratelli,

¹ V. M. Cattaneo, *Persona e stato di diritto*, Giappichelli - Torino, p. 25, «il motivo ultimo e fondamentale per cui morale e diritto stanno sullo stesso versante, hanno un'origine comune – al di là delle specifiche differenze – sta soprattutto nel fatto che lo scopo finale delle norme di entrambi è – deve essere – la protezione della libertà e della dignità della persona umana»

² V. Adorno, *Dopo Auschwitz*, p. 330: «Pensa solo chi non accetta passivamente ciò che è da sempre dato; dall'uomo primitivo che riflette su come proteggere il suo focherello dalla pioggia o su dove possa andare a rimpiazzarsi dinnanzi al temporale, fino all'illuminista che elabora la teoria di come l'umanità sia uscita dalla sua minorità, di se stessa colpevole, attraverso l'interesse per l'auto-conservazione»

³ V. T. Pitch, *I diritti fondamentali*, p. 37ss. «[...] giacché i diritti appartengono alla storia di una cultura specifica anche nel senso che appartengono ad una tradizione culturale che ha una propria antropologia, una propria concezione della natura umana, di ciò che significa (dovrebbe significare) essere umani. Oggi, da “noi”, l'antropologia implicita nella cultura dei diritti viene messa a dura prova non soltanto da antropologie e tradizioni esplicitamente diverse, per esempio quelle di alcune culture extraeuropee proprie di gruppi di immigrati, ma anche dalla sua stessa tendenza alla moltiplicazione e all'estensione [...]. L'universalizzazione incontra due ostacoli, distinti, ma intrecciati. Il primo è di natura etico – politica, e si riferisce all'implicita attribuzione di superiorità alla cultura matrice dei diritti [...]. Vi è presente un *paradosso etico: possiamo noi, facendo riferimento ad una cultura che prescrive l'uguale rispetto per tutti, non importa quanto differenti da noi [...] proporre (o, più spesso imporre) questa cultura stessa agli altri?*; il secondo è di natura, per così dire, pratica, o strategica, e si riferisce alla possibilità stessa di esportare in modo convincente [...] un'antropologia particolare»

cercando, attraverso uno sforzo empatico, di metterci nei panni dell'altro,⁴ cercando insieme delle risposte alla vita, attraverso la concretezza degli strumenti che abbiamo a disposizione, tenendo sempre presente come fine ultimo, l'amore per l'uomo e il rispetto della sua dignità.⁵

⁴ V. Comitato Italiano UNICEF (a cura di), Quaderni per l'Educazione allo Sviluppo n. 6, *Diritto all'uguaglianza diritto alla differenza*, Edizioni Anicia, 1991, «Gulliver ci appare, invece, di fronte alla varietà dei mondi e delle società "altre" che incontra, l'espressione di un'antropologia critica che guarda i mondi diversi, le sconcertanti strutture sociali, gli imprevedibili costumi con cui viene in contatto, attraverso una moralità certamente risentita ma senza presunzioni "gerarchiche". Quella realtà immaginaria anzi è volutamente descritta premendo il pedale di una risonanza "eccessiva", proprio perché meglio si possa cogliere la *relatività* che soggiace alla apparente oggettività e certezza delle società "normali". Dalla *conoscenza critica*, che è anzitutto consapevolezza razionale delle ragioni dell'"altro", si sviluppa allora un senso di effettiva parità tra gli esseri (nel caso di Swift, non necessariamente umani). Questa è la condizione perché si produca una vera *cultura del rispetto e della solidarietà*, il senso cioè che tutti gli esseri hanno diritto a che le verità in cui credono siano rispettate purché essi rispettino quelle degli altri, che la loro realtà sociale per quanto ci possa apparire strana e ripugnante rappresenta la ragione della loro coesione e sopravvivenza, che la loro cultura anche se ci appare mal comprensibile non è per questo necessariamente inferiore o da combattere. Cultura del rispetto e della solidarietà, dunque, non come irriflessa pulsione affettiva o autogratificante abbandonarsi al santo martirio del contatto con l'inferiore, ma ferma consapevolezza di una parità fra interlocutori diversi, senza abdicare alla propria cultura e alla propria tradizione. Se da questa solidarietà nasceranno poi anche amicizia, affetto, reciproco scambio, tanto meglio: ciò che è essenziale è lo sforzo di cogliere la molteplicità del reale con lucida tensione conoscitiva. L'alternanza, l'opposizione, ma soprattutto la confusione tra tolleranza e rispetto sono, ancor oggi, una realtà diffusa e radicata. La convinzione che il giusto coincide con il "nostro" convincimento, la certezza della naturalità/normalità della maggioranza, continuano a perpetuare l'immagine con chiunque non coincida con i nostri introiettati stereotipi come quella di un nemico o - nel caso migliore - di un essere negativo e imperfetto che deve essere "aiutato" a divenire come "noi"».

⁵ Per una ricognizione approfondita del concetto di persona e di dignità umana v. M. Cattaneo, *Persona e stato di diritto*, cit. Riportiamo qui alcune parti del testo che ci sembrano più rilevanti: « [...] è significativo che Boezio sottolinei l'applicabilità del termine "persona" sia agli uomini sia a Dio [...] E' implicito, in questa equazione, il riferimento al testo della Genesi, dove è detto che Dio ha creato l'uomo a propria immagine e somiglianza (genesi, I, 26- 27); nella definizione boeziana di persona si ha in tal modo la fondazione religiosa dell'idea di dignità umana, che ha la sua ragione d'essere nella "scintilla divina" (gottesfunken) presente nell'uomo», e ancora parlando di Pico della Mirandola «nella sua opera intitolata proprio De Hominis Digitate [...] egli sottolinea in modo assoluto la libertà dell'uomo data da Dio, svincolata dal resto della natura; secondo Pico, Dio ha detto ad Adamo di non avergli dato né una particolare dimora, né una particolare immagine, né un particolare compito; tutto deve essere scelto liberamente da lui [...] l'uomo potrà per sua scelta degenerare e scendere fino agli esseri inferiori, o salire, rigenerandosi, fino alle creature superiori, divine [...] Pico afferma che noi uomini dobbiamo fare sì che, essendo stati posti in una posizione d'onore, non ci abbassiamo al livello dei bruti. Nel pensiero di Pico della Mirandola, dunque, la dignità dell'uomo si fonda sulla sua "eccellenza" nel mondo delle creature, si identifica con l'esercizio della libertà datagli da Dio, con la libera discussione filosofica, la quale permette, in quanto tale, di meglio far emergere la verità: un motivo questo, che verrà proclamato con particolare forza dal liberalismo posteriore». E ancora, secondo Beccaria «non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l'uomo cessi di essere persona, e diventi cosa» fino ad arrivare a Kart e alla sua «seconda formulazione dell'imperativo categorico [...] che impone il dovere di rispettare l'umanità come fine – e di non trattarla mai come mero mezzo – sia nella persona propria sia nella persona altrui [...] nel pensiero di Kant vi è una precisa attribuzione di una dignità alla persona umana». Per una riflessione sul concetto di dignità v. M. L. Pavia, *La dignité*

Una dignità che trova radici ormai consolidate nelle carte internazionali⁶ e nella Costituzione del nostro ordinamento, e in ragione della quale si attribuiscono diritti e tutela degli stessi.

Ed è appunto in nome di questa dignità che, nella società odierna, vengono rivendicati diritti e doveri alla base di rapporti che, non riconosciuti ancora giuridicamente, hanno un consenso ormai generale, ma non universale, da parte della società stessa.⁷

Si tratta di rapporti dovuti in alcuni casi alla scomposizione e ricomposizione di nuovi nuclei familiari (come nel caso delle famiglie cd. ricostituite), a rapporti dovuti alle nuove tecnologie (come nel caso della procreazione artificiale), a rapporti dovuti al riconoscimento di rapporti prima negati (come nel caso di famiglie omosessuali) o anche semplicemente a rapporti già esistenti, ma ai quali manca un vero e proprio riconoscimento giuridico (come nel caso dei rapporti parentali che vanno al di là del piccolo nucleo familiare). Questi rapporti che chiameremo con il termine di “genitorialità sociali”, sono rapporti instaurati tra un adulto e un minore, rapporti solidi e stabili, rapporti che si fondano su una relazione affettiva, di convivenza.

Nuovi modelli familiari che si sono venuti a creare in “opposizione” a quella che è definita dal nostro ordinamento “famiglia legittima”, ossia la famiglia fondata sul matrimonio, e che hanno comportato un nuovo modo di “sentire” e di intendere i rapporti ad essi sottesi.

Rendere giustizia a quella che oggi è una realtà così articolata e complessa, dare dignità alle singole comunità familiari, comporta valutare i diritti dei singoli e semmai la necessità di ridisegnare le basi dei loro rapporti, riconoscendoli o non riconoscendoli giuridicamente.

La complessità nel ragionare di queste cose, sta nel fatto che entrare fisicamente e poi giuridicamente nell’intimità della famiglia, dei rapporti familiari o parafamiliari, insomma, entrare nell’intimità dei rapporti tra

de la personne humaine, 2002

⁶ Dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 alla Convenzione di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 1950

⁷ Le stesse favole che si raccontano ai bambini, come ad esempio “Pinocchio”, “Il libro della giungla”, “Cappuccetto Rosso”, riflettono una morale aperta ai rapporti genitoriali fondata sul reciproco affetto e sulla cura del minore, non rientrante unicamente negli schemi della famiglia legittima.

privati, non è così facile: comporta un'ingerenza che non è sempre semplice da gestire, in equilibrio tra la libertà e i poteri dei singoli e il dovere di tutela degli stessi da parte della società e dello Stato, garante della dignità e dello sviluppo di questi; tesi tra l'etica di una verità relativa e il sentire assoluto di questa; significa dover dire ciò che è giusto e ciò che è sbagliato, rischiando di creare ulteriori pregiudizi ai soggetti più deboli, entrando nel merito dei loro affetti.

Con questa tesi non vogliamo arrivare a dare una risposta necessariamente positiva al riconoscimento giuridico di questi, ma semplicemente mettere in evidenza la difformità tra due realtà: quella sociale e quella giuridica; evidenziare la tutela che a questi rapporti oggi come oggi viene riconosciuta, direttamente e indirettamente, attraverso una disciplina positiva o attraverso un'interpretazione analogica e estensiva di normative esistenti che si riferiscono ad ulteriori rapporti, o attraverso sentenze, decreti o ordinanze della giurisprudenza, prendendo in considerazione la titolarità e l'esercizio della potestà genitoriale ; evidenziare le problematiche che ricorrono nella mancanza di un tale riconoscimento e quelle che potrebbero ricorrere nel caso di un eventuale riconoscimento. Questa analisi verrà affrontata, tenendo sempre presente il centro di questi rapporti e del rapporto genitoriale in generale: il minore, il suo superiore interesse come criterio di orientamento, e i suoi diritti; l'orientamento di ordinamenti stranieri che in questo senso hanno imboccato già la strada del riconoscimento giuridico; e si terrà presente come elemento discretivo e rappresentativo di cambiamenti già avvenuti all'interno del nostro ordinamento, la famiglia di fatto e gli istituti dell'adozione e dell'affidamento, sottolineando come, in alcune circostanze, si realizzi l'intervento e l'ingerenza dello Stato nel nucleo familiare.

1 IL RUOLO DELL'INTERESSE DEL MINORE NELL'ARTICOLAZIONE DEI MODELLI GENITORIALI

1.1 *La trasformazione della famiglia: dall'unità all'articolazione dei modelli*

Prima di trattare il nostro argomento, è bene che si comprenda, attraverso una breve ricostruzione del processo di trasformazione della famiglia, la relatività delle istituzioni familiari, ossia come i modelli della famiglia e della sua regolazione occorra leggerli con riferimento al contesto storico - politico nel quale s'inscrivono.

La famiglia nel codice del 1942, affondava le sue radici nella codificazione napoleonica. L'idea portante, ascrivibile a Napoleone stesso, era quella di una famiglia plasmata sul modello dello Stato, sicché a uno Stato forte doveva corrispondere una famiglia fortemente costituita. Tra lo Stato e la famiglia si instaurava una connessione stretta e alla famiglia venivano assegnate una rilevanza politica e la funzione di allevare i futuri cittadini.⁸

In questa regolazione giuridica, la figura dell'uomo assumeva una supremazia a dir poco totale, vista la condizione della donna caratterizzata dall'incapacità giuridica e politica. Per quanto riguarda la patria potestà invece, pur continuando ad essere improntata su una gerarchia familiare, presupponeva al contempo, un controllo pubblico sul suo esercizio, infatti questa, essendo intesa come un "potere - dovere" per il conseguimento di fini pubblici, qualora questi fini non fossero stati raggiunti, lo Stato avrebbe potuto sostituirsi alla famiglia.

Ancora, con il regime fascista, si intese accentuare fortemente l'intervento sulla famiglia, intervento che va comunque inquadrato nella politica volta a costruire uno Stato etico e sociale di stampo totalitario, nel quale le esigenze individuali erano destinate a piegarsi a quelle dello Stato stesso e ai suoi

⁸ V. V. Pocar - P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, 2001, Laterza, p. 7

obiettivi.⁹ La famiglia, quindi, a partire dagli anni Trenta, venne ad essere lo strumento principale nell’edificazione dello stato totalitario,¹⁰ al fine di crescere i “nuovi” italiani e le “nuove” italiane, educandoli alla “nuova” morale fascista.

Si trattava di una politica volta a privilegiare il ruolo maschile nel mondo del lavoro e a ricondurre la donna alla sfera domestica, togliendola «dalla sfera dei rapporti privati, familiari, definendolo innanzitutto come un ruolo sociale, e perciò bisognoso sia di controlli che di sostegni sociali».¹¹

Nella legislazione dello Stato fascista si delineava con evidenza un modello volto non a tutelare la famiglia, bensì a «porla sotto tutela», nel senso che la protezione dei componenti della famiglia non era rivolta ad affermare i loro diritti individuali, bensì a tutelare, ciascuno secondo il suo specifico status, i membri di una collettività considerata vitale per il mantenimento dello Stato stesso.

Il progetto di edificazione di un ordine familiare di stampo antindividualistico, volto a omologare le identità e le aspettative dei componenti delle famiglie a modelli d’identità imposti, ai quali per di più era affidato un ruolo portante nell’organizzazione della politica del regime, rimase incompiuto. Le famiglie tendevano a volgersi verso nuovi modelli, più rispondenti all’autonomia delle donne e degli uomini.¹²

Infatti, questo modello di famiglia, fondato sulla gerarchia degli status, ha subìto nel nostro Paese, dal dopoguerra in poi, un processo di profonda trasformazione, con notevoli discrasie tra il piano giuridico e quello sociale.

La regolazione giuridica della famiglia poi, viene profondamente riformata dalla legge 23 maggio 1975, n. 153, nello stesso arco di tempo, tra la fine degli anni Sessanta alla metà degli anni Settanta appunto, in cui quasi tutti i Paesi dell’Europa Occidentale andavano riformando le legislazioni familiari, seguendo, nei tratti essenziali, linee comuni e convergenti.

In particolare, il cambiamento che l’ha preceduta, ha favorito l’instaurarsi di

⁹ V. V. Pocar - P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, cit., p. 18

¹⁰ V. C. Dau Novelli, *Famiglia e modernizzazione in Italia fra le due guerre*, Ed. Studium, Roma, 1994, p. 103

¹¹ V. C. Saraceno, *Le donne nella famiglia: una complessa costruzione giuridica 1750 - 1942*, in M. Barbagli, D. I. Kertzer (a cura di), *Storia della famiglia italiana*, il Mulino, Bologna, 1992, p. 125

¹² V. V. Pocar - P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, p. 23

un modello delle relazioni familiari e di coppia caratterizzati dall'intimità e dall'affettività. Infatti, pur mantenendosi la ripartizione dei ruoli secondo un modello di status, vengono poste le premesse di relazioni improntate alla reciprocità e alla solidarietà affettiva, declinando il momento istituzionale e venendo in primo piano «l'interiorità delle relazioni interfamiliari».¹³

Inoltre, la riforma che ha introdotto il divorzio nel 1970, ha ristretto l'ingerenza della sfera pubblica in quella privata, col riconoscimento dell'autonomia delle scelte dei coniugi e del carattere negoziale del matrimonio.

La stessa ingerenza invece, nei panni del Tribunale per i minorenni, oltrepassa il confine delle mura domestiche, venendogli attribuiti poteri molto ampi nel controllo del corretto esercizio della potestà genitoriale, non più per verificare la sua conformità ad un supposto modello "normale" di relazioni familiari, ma per garantire che questo risulti conforme all'interesse del minore.¹⁴

L'avvento della società industriale di massa ha creato condizioni umane e sociali di larga mobilità e determinato una marcata frattura tra vita e lavoro, ingenerando l'instaurarsi di un sistema produttivo di tipo nuovo, che non ha più nella famiglia il suo centro di gravità e tuttavia dalla famiglia esige una organizzazione dei rapporti personali e patrimoniali che per essere funzionale e omogenea al sistema si presenti il più possibile libera, aperta e paritaria senza ripartizione predeterminata di funzioni e con ruoli fungibili e interscambiabili tra i coniugi.¹⁵

Con gli anni Ottanta, questo modello di famiglia fondato sulle relazioni affettive e sulla mobilità dei singoli al suo interno, si evolve verso quello della c.d. famiglia post - moderna d'impronta individualistica, nella quale, sulle aspirazioni alla felicità di coppia, tendono a prevalere le aspirazioni alla felicità dei singoli individui nella coppia.¹⁶

Un individualismo che è fondato sulla convinzione del diritto degli individui a diventare sé stessi, sviluppando la propria intima natura. E, infatti, essa

¹³ V. L. Roussel, *Mariage et divorce, Contribution à une analyse systématique des modèles matrimoniaux*, Population, VI, 1980, p. 1029

¹⁴ Concetto che, successivamente, avremo modo di vedere meglio.

¹⁵ V. V. Scalisi, la "famiglia" e le "famiglie", in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*, p. 272

¹⁶ V. F. de Singly, *Sociologie de la famille contemporaine*, Nathan, Paris, 1993, p. 89

viene intesa come «centrata sulla rivelazione dell'individuo, della sua identità in seno ad una rete familiare elettiva in cui ha un posto privilegiato il principio di autonomia».¹⁷

E, proprio in nome di questa ricercata felicità e del principio di autonomia, sempre più sono andati a dissolversi rapporti consolidati nel tempo, dando spazio a quelli c.d. liquidi,¹⁸ rapporti caratterizzati principalmente dall'instabilità. L'individualizzazione delle relazioni familiari infatti, si esprime anche nella configurazione sempre più contrattualistica che ha assunto il matrimonio, inteso ora come un impegno dal quale ci si può ritirare non solo quando si matura il convincimento di essere ingiustamente trattati o offesi dal partner, ma anche, se possiamo dire con un po' di sarcasmo, quando viene percepito come un ostacolo insormontabile al perseguitamento del proprio personale progetto identitario.¹⁹

Questo cambiamento sociale ha favorito la nascita di nuovi nuclei parafamiliari differenti dalla famiglia legittima.

Infatti, sebbene una pluralità dei tipi delle strutture familiari è sempre esistita nei fatti, diverse sono divenute le motivazioni del loro formarsi e del loro significato sociale. Per esempio, se una volta il secondo matrimonio

¹⁷ V. J. Commaille, C. Martin, *Les enjeux politiques de la famille*, Paris, Bayard Editions, 1998, p. 38

¹⁸ V. D. Messinetti, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 2, 2005, p. 144 «In questa tensione continua e costante verso l'altro, inteso non già come altra polarità del rapporto relazionale, affettivo, sentimentale, familiare, bensì come oggetto da conquistare, l'uomo perde la sua dimensione tipica di animale sociale per divenire un essere che, seppure costantemente proiettato in nuovi rapporti e nuove avventure affettive, appare profondamente isolato, vittima del suo ego unilaterale; il quale lo porta a temere che ogni nuova relazione, se approfondita, possa privarlo della libertà relazionale che egli oramai sente assolutamente necessaria per la sua felicità. In tali condizioni nasce il mito del single, e cioè dell'essere umano maturo libero da relazioni familiari assorbenti ed escludenti»

¹⁹ Riprendendo la categoria weberiana del disincanto si può dire che «cadute le Certeze ci si inoltra in un mondo “senza incanto”, de-sacralizzato, svuotato, impoverito, empiricizzato, ma anche frantumato, svuotato, impoverito, come pure però, reso più libero, più liberamente percorribile, da vivere come avventura e come possibilità. Il Disincanto deprime e libera insieme. Fa nascere un nuovo io: che non vuole essere rassicurato, bensì assicurato nella sua libertà, che è anche libertà di errore, di sbandamento, di erranza. Inaugura una nuova condizione antropologica e sociale, ma anche cognitiva. Una condizione inedita, si è detto, ma anche difficile. [...] Reclama nuovi parametri per il soggetto, la cultura, la progettazione esistenziale: un soggetto costruttore di sé e del proprio senso, a partire [...] dal suo essere contrassegnato da libertà, angoscia, progetto e responsabilità; una cultura [...] capace di bordeggia e accompagnare questo “stare in mezzo ai flutti” dell'esistenza e della storia [...] una progettazione esistenziale che è accoglienza di un destino e di un naufragio, come pure di accordi reciproci, di patti da rispettare, di impegno a costruire - senso nel nihil dell'esistenza», in F. Cambi, *Manuale di filosofia dell'educazione*, Laterza, 1999, p. 167

avveniva in conseguenza di una vedovanza, oggi le “famiglie ricostituite” sono una delle possibili forme familiari successive a un divorzio, al pari delle famiglie monogenitoriali. Ugualmente, le convivenze o famiglie di fatto, possono rappresentare, a differenza che nel passato, un valore autonomo e un’alternativa al matrimonio e le stesse, anche dove non sono prese in considerazione dalla regolazione giuridica, non hanno più un riscontro sociale negativo e anzi, al contrario, possono trovare una certa istituzionalizzazione sociale.²⁰

Si è così venuto a delineare un passaggio dal singolare al plurale della famiglia, sia nel senso di «un’accettazione della diversità della realtà sociale» sia nel senso di «un maggior relativismo verso tutti i modelli» e del «convincimento che gli attori sociali sono capaci di inventare nuove regole del gioco».²¹

«E ciò in quanto è certamente oggi da considerarsi valore fondamentale della persona l’interesse a disegnarsi le proprie relazioni oggettive e sentimentali come meglio crede, ma sono altresì da considerarsi valori fondamentali alcuni diritti che l’ordinamento tradizionalmente riconosce alla persona e che non devono rimanere schiacciati dalla logica e dalle dinamiche delle relazioni liquide».²²

1.2 *Il valore della persona e la funzionalità della famiglia*

Certo la famiglia legittima rimane il tipo regolato anche nel diritto di famiglia riformato e costituisce pur sempre un valore dell’ordinamento. Essa tuttavia ha cessato di porsi quale indice automatico o criterio per sé stante di disvalore di situazioni o rapporti di tipo familiare costituitisi al di fuori dello schema o del modello della famiglia legittima.²³

²⁰ Compromessa tra natura e cultura, la famiglia implica dunque un riconoscimento sociale dei legami esistenti tra gli individui che la compongono, v. C. Lévi - Strauss, *Storia della famiglia*, 1, Mondi lontani, 1986, p. 11

²¹ V. F. de Singly, *Comment définir la famille contemporaine*, in *Solidarité Santé*, 4, 1993, p. 33 ss.

²² Davide Messinetti, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., p. 145

²³ Gli studi antropologici hanno messo in luce la diversità della concezione della famiglia attraverso gli spazi e il tempo, dimostrandoci così che «l’organisation que nous connaissons ne doit pas être considérée comme une évidence, mais comme une construction sociale», in S. Henneron, *La notion de famille en droit positif français*, Thèse, Université de Lille II,

«Secondo una proposta interpretativa del contenuto dell’art. 29 Cost., questo andrebbe inserito nel quadro delle istanze etico sociali tipiche del momento storico nel quale la Costituzione è stata emanata: la formulazione verbale della disposizione di cui all’art. 29 Cost. rappresenterebbe la cristallizzazione degli interessi allora emergenti, con la conseguenza che, mutato il contesto sociale, ed emergendo interessi di natura diversa, il dato testuale dovrebbe essere riletto alla luce dell’emergere di nuove tipologie di rapporti sociali, in funzione delle quali dovrebbe essere definito il nuovo modello giuridico di famiglia».²⁴ Si rende così necessario il superamento del «riferimento ad un atto costitutivo come criterio rilevante per la determinazione di una disciplina del vincolo familiare».²⁵

L’idea che tra i sociologi si fa avanti è quella di una “famiglia relazionale”, un’idea che risale in embrione a Emile Durkeim, il quale aveva intuito che il tratto distintivo della tendenza evolutiva, che caratterizzava già allora la famiglia del suo tempo, era quello di essere incentrata assai più sulle persone che sulle cose, comportando un indebolimento dei vincoli posti dalla cerchia domestica, da un lato, come abbiamo detto prima, per la crescita dell’individualismo, nel senso che vengono rafforzate l’autonomia dei singoli e le loro differenze, e, dall’altro lato, per l’instaurarsi di relazioni di carattere affettivo che costituiscono, in sostituzione del patrimonio familiare, il fondamento ultimo della famiglia stessa.²⁶

Nella legge di riforma è mutato il modo stesso di intendere la famiglia. Quasi portando a compimento un processo d’ispirazione illuministica, il nuovo diritto ha realizzato il passaggio dalla famiglia quale valore in sé o struttura portatrice di valori in sé, alla *persona umana*, non solo come fine diretto e immediato della tutela giuridica ma anche come ragione giustificativa stessa della rilevanza dell’istituzione familiare.²⁷ La famiglia diviene un ente regolato *per* la vita e lo sviluppo dei suoi membri.²⁸ Come

2002, n. 5

²⁴ V. G. Giacobbe, Il modello costituzionale della famiglia nell’ordinamento italiano, in *Familia*, n. 4-5, 2006, p. 486. Contra questa dottrina è lo stesso A.

²⁵ V. N. Lipari, *Riflessioni sul matrimonio a trent’anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, a cura di G. Frezza, Milano, 2005, e in *Riv. Trim. Dir. proc. civ.*, 2005, p. 717

²⁶ V. V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, cit., p. 114 ss

²⁷ V. V. Scalisi, *La "famiglia" e le "famiglie"*, cit., p. 273

²⁸ V. A. C. Moro, *L’adozione speciale*, p. 22 ss., aveva esplicitato che, con l’art. 2 Cost. si

talé, secondo alcuni autori, essa assume valore per il diritto *solo* in quanto strumento di promozione e crescita della personalità individuale e in vista del conseguimento di una più alta qualità della vita.²⁹

È proprio con la riforma del diritto di famiglia del 1975 quindi, che i valori scelti dal costituente, non sono più espressione di un astratto soggetto economico ma si riconoscono nella stessa persona in quanto tale, sì che la centralità della persona diviene essa stessa il valore che l'ordinamento presceglie.³⁰

Questi valori vengono a far parte quindi, anche del diritto di famiglia.

In questo modo si sottolinea come la famiglia oggi sia diventata un elemento della personalità dell'individuo, in quanto assolve la funzione fondamentale del sostegno identitario dei componenti della coppia e dei loro figli.³¹

Ciò che, in questo caso, eleva la formazione sociale a dignità di famiglia è appunto, la sua idoneità ad assolvere una siffatta funzione sociale ed educativa.³²

Ed è proprio attraverso i legami intimi di affetto e di comunicazione che gli attori sociali possono sviluppare la propria identità individuale più profonda, nel presupposto che la famiglia «costituisca *uno dei mezzi* ideali per essere felici, per realizzare se stessi».³³

La famiglia diventa uno spazio che deve garantire «a ciascuno dei suoi membri, piccoli e grandi, donne e uomini, le condizioni per la costruzione della sua identità sociale e personale. A tal fine, il gruppo familiare deve giungere a conciliare due principi: quello del rispetto degli individui e della loro autonomia e quello della vita comune».³⁴

era «istituzionalizzato il diritto del minore non solo alla vita fisica, ma anche ad una esistenza pienamente umana attraverso un adeguato processo educativo» che sviluppasser e arricchisse adeguatamente la irripetibile personalità individuale e con l'art. 3, 2° co., la nostra carta costituzionale si era assunta l'impegno di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

²⁹ V. ad es. A. Trabucchi, *Natura legge famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1977, I, p. 14

³⁰ Nell'ottica delineata, cfr. P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino - Napoli, 1972

³¹ Cfr. H. Mendras, *L'Europa degli europei. Sociologia dell'Europa occidentale*, Bologna, Il Mulino, 1999

³² V. Scalisi, cit., p. 275

³³ V. F. de Singly, *Sociologie de la famille contemporaine*, cit., p.89

³⁴ V. F. de Singly, J. Commaille, *Les règles de la méthode comparative dans le domaine de la famille. Le sens d'une comparaison*, in Idd. (a cura di), *La question familiale en Europe*, L'Harmattan, Paris, 1997, p. 18 ss.

E in questo, il collegamento con l'art. 2 Cost., che afferma che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni socialiste ove si svolge la sua personalità [...]», esprimerebbe la tutela del *principio personalista* all'interno della famiglia, che, come è stato giustamente osservato, *individua innanzitutto una priorità di valore*: «Se è vero che gli interessi meramente individuali possono e devono essere talora posposti e sacrificati ad interessi collettivi o generali, ciò accade però in un contesto nel quale fine ultimo dell'organizzazione sociale deve essere lo sviluppo delle persone, di ogni singola persona».³⁵

Si è quindi passati ad una concezione “funzionale” della famiglia. La famiglia è quindi, in posizione sott'ordinata e servente rispetto all'individuo, con funzione socializzante e lato sensu educativa, quale spazio ideale e protetto di piena autoespressione e realizzazione della personalità umana nella molteplicità delle sue manifestazioni attive e nella varietà e diversità dei suoi interessi affettivi ed esistenziali.³⁶

1.3 “*Interesse superiore del minore*”

Tra il cambiamento sociale e quello legislativo, avviene il cambiamento di una cultura che vede al centro di tutto il sistema, il bambino.

Prima di tutto, non può essere taciuta, a questo proposito, l'innovazione indotta dalla riforma del 1975, laddove il legislatore ha inteso interrompere la relazione vetrinistica tra filiazione e matrimonio,³⁷ così ripristinando la dovuta coerenza con un dettato costituzionale (art. 30, comma 3, Cost.) univocamente orientato.³⁸

Il rapporto di filiazione sopravvive così, alla rottura del matrimonio o del rapporto dei genitori.

³⁵ V. V. Onida, *Le Costituzioni. I Principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. Amato - A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, I, Il Mulino, Bologna, 1997, in P. Caretti, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 136

³⁶ V. Scalisi, cit., p.274

³⁷ Con l'affermazione del c.d. principio di bigenitorialità della l. n. 54/2006, si opera una netta cesura per quel che concerne i rapporti tra i genitori, da un lato, ed i rapporti tra costoro e i figli, dall'altro.

³⁸ Il principio è in linea con la Convenzione internazionale dei diritti del fanciullo, il cui articolo 18 consacra il principio secondo il quale «la responsabilité de ‘lover l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents», i quali «doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant»