

Michele Sesta

*La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali**

SOMMARIO: 1. La funzione sociale della famiglia nel pensiero tradizionale dei giuristi – 2. La funzione sociale della famiglia nella Costituzione – 3. Dalla famiglia alla persona – 4. Procreazione e funzione sociale della famiglia

1. *La funzione sociale della famiglia nel pensiero tradizionale dei giuristi*

In questi anni appare fortemente accentuata la tensione tra le funzioni di natura spiccatamente sociale storicamente assegnate dal diritto alla famiglia e la diversa prospettiva incentrata piuttosto sulla tutela dei diritti degli individui che la compongono¹. Prospettiva, quest'ultima, già delineatasi a seguito della Riforma del 1975, che, pur volendo attuare una dimensione comunitaria della famiglia, ha finito invece per favorire la 'libertà' dei singoli².

Venendo alla funzione sociale, balza evidente come, rispetto a contesti quali quelli del diritto di proprietà, dei contratti, del lavoro e dell'impresa, – ove il ricorso alla clausola generale della funzione sociale ha inteso mitigare l'originaria spiccata vocazione individualistica che li caratterizzava – con riguardo al diritto di famiglia il suo ruolo è stato decisamente differente ed anzi, a ben vedere, del tutto opposto, avendo le finalità sociali dell'istituto rappresentato proprio la giustificazione della compressione delle libertà individuali dei singoli membri del consorzio.

* Il lavoro è destinato agli studi in onore di Giovanni Furguele.

¹ In argomento M. SESTA, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, II, 1998, p. 811; P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in G. FERRANDO – M. FORTINO – F. RUSCELLO (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, (dir. P. Zatti), I.1, *Famiglia e matrimonio*, II ed., Milano 2011, p. 22; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità ad oggi*, in «Rivista di diritto civile», 2013, pp. 1043 e 1287; ID., «Famiglia» e «famiglie» in Europa, *ivi*, p. 7.

² Sulla dialettica tra le molteplici prospettive G. FURGUELE, *Libertà e famiglia*, Milano 1979, *passim*, in part. p. 109 ss.

Non v'è dubbio, infatti, che da epoche remote e sino ad ora, la famiglia abbia rappresentato un'istituzione³, la cui funzione sociale è stata costantemente riconosciuta, enfatizzata e mai messa in dubbio. Nel pensiero tradizionale dei giuristi – che del resto rifletteva l'esperienza sociale dei tempi (da poco e non interamente) trascorsi – la famiglia costituisce la prima forma di società, nata al fine di soddisfare le esigenze primarie della persona, dalla nascita alla morte e la base della più ampia società civica e statale: essa quindi assolve una essenziale funzione sociale che, nel pensiero di alcuni studiosi, vale addirittura ad attrarre il diritto di famiglia nell'orbita del diritto pubblico⁴.

Già Cicerone sentenziava «nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae»⁵. Nel pensiero dell'Arpinate, la finalità sociale della famiglia ne costituisce l'essenza stessa ed è quella di costituire addirittura il fondamento della società civica e di preparare la persona a svolgere i compiti richiesti dallo Stato.

Il passo del *De Officiis* – invero ricondotto alla formula *matrimonium seminarium rei publicae*, benché il termine *coniugium* stia qui a significare l'accoppiamento sessuale piuttosto che il matrimonio, reso nel prosieguo del testo medesimo con il vocabolo *connubium*⁶ – riecheggia nel titolo

³ P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in «Rivista di diritto civile», 1988, I, p. 109, spec. p. 117: «con un linguaggio che mutua la parola 'istituzione' non dalla terminologia tradizionale, dove sulla parola pesano ipoteche ideologiche che la rendono ambigua e pericolosa, ma dalle pagine di Ludwig Raiser che vede come istituzioni i momenti fondamentali della vita, quali il possesso, la promessa, il contratto, si vuol ribadire che, labili e precari anche quando si rivelano largamente diffusi e socialmente accettati, comunità e unioni extramatrimoniali sono istituti, mentre il matrimonio, pur contestato e ridimensionato e percorso da inquietudini, rimane l'istituzione».

⁴ Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1953³, 2, p. 584, il quale esplicitamente afferma che la famiglia debba assolvere una funzione sociale, corrispettiva alla garanzia che lo Stato le accorda: «la famiglia ha a sua volta il dovere di adeguare la sua attività alla funzione sociale che le è propria». Al riguardo si vedano le argomentate critiche di P. RESCIGNO, *L'autonomia delle formazioni sociali nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Persona e comunità*, III, Padova 1999, p. 59, il quale osserva che «rimane l'innegabile 'sfondo' ideologico che ha le sue radici nella concezione 'pubblicistica' dell'istituto familiare».

⁵ M.T. CICERONE, *De Officiis*, libro 1, § 54.

⁶ CH.T. LEWIS – CH. SHORT, *A Latin Dictionary*, Clarendon Press, Oxford 1879 (= Oxford 1958), *ad v.* Questa particolare visione della famiglia appare soprattutto centrale nell'ideologia augustea anche se è certamente molto più antica. Oltre che alle puntuali ricerche di G. RIZZELLI, «*Stuprum*» e «*adulterium*» nella cultura augustea e la *lex Iulia de adulteriis* (Pap. 1 adult. D. 48,5,6,1 e Mod. 9 diff. D. 50,16,101 pr.), in «Bulettno dell'Istituto di Diritto Romano», 90 (1987), pp. 355-388, si può qui rinviare alle recenti

della prolusione tenuta da Antonio Cicu negli anni Venti per inaugurare quell'insegnamento bolognese del diritto civile che avrebbe impartito per trent'anni⁷; in essa, sviluppando argomenti già trattati nella monografia *Il diritto di famiglia* del 1914⁸, egli prende le mosse proprio dall'aforisma ciceroniano appena menzionato – che designa la famiglia quale cellula del corpo sociale, monade, nucleo irriducibile, unità organica, base, pietra angolare della società – per evidenziare il nesso tra società domestica e società politica, fra famiglia e Stato. Cicu sottolinea come la società familiare si differenzi dalle altre società di diritto privato che scaturiscono da un atto di autonomia privata. In esse, infatti, è garantita la libertà e l'autonomia di decidere del proprio interesse che, anche ove sia comune, resta sempre apprezzabile e tutelato nella dimensione individuale del privato. Diversamente, nella famiglia l'interesse di ciascun componente assume una valenza di interesse superiore, che trascende quello dei singoli individui, atteso che l'elemento su cui i rapporti familiari si fondano è quello del *dovere* e non quello del *diritto*. A differenza del contratto, il matrimonio si caratterizza per la sussistenza di un unico interesse superiore degli sposi che assorbe tutti gli altri interessi individuali siano essi contrapposti o comuni⁹.

Più in generale può dirsi che, nella visione dominante tra gli studiosi sino agli anni Cinquanta, pur nel panorama delle variegate posizioni dottrinali, la disciplina giuridica della famiglia, contrassegnata com'era dalla potestà maritale e patria, appariva fortemente 'funzionalizzata' alla tutela d'interessi 'superiori' ed ultraindividuali, cioè alle esigenze della società e dello Stato¹⁰.

2. La funzione sociale della famiglia nella Costituzione

Anche nella Costituzione la funzione sociale propria della famiglia, peraltro apertamente svincolata da prospettive statualistiche ed anzi ad

e assai suggestive considerazioni svolte da M. Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2015³, p. 191 ss.

⁷ A. CICU, *Matrimonium seminarium reipublicae*, in «Archivio giuridico», 85 (1921), p. 111, ora in *Scritti minori di Antonio Cicu: Scritti di teoria generale del diritto. Diritto di famiglia*, vol. 1, Milano 1965, p. 199.

⁸ A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma 1914, ristampa con lettura di M. Sesta, Bologna 1978.

⁹ CICU, *Il diritto di famiglia*, cit. nt. 8, *passim*.

¹⁰ M. SESTA, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da Tarello, VI, Bologna 1976, p. 419 ss., in part. pp. 443 ss.; P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale*, Milano 2011, *passim*.

esse manifestamente ostile, è di tutta evidenza. Ciò emerge, anzitutto, dalla stessa collocazione delle relative disposizioni nell'ambito dei rapporti etico-sociali, nonché dal tenore complessivo dell'articolo 29, che, a ben vedere, sembra riecheggiare il noto passo ciceroniano¹¹. Esso, infatti, singolarmente appare quasi rispecchiarsi nella formula della Costituzione che, appunto, riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Non può sfuggire come il termine natura – intorno al quale tanto si era dibattuto in sede di Assemblea costituente – campeggi proprio nell'aforisma ciceroniano, così come ivi compaia un esplicito riferimento alla società e – nella parte finale del passo – anche al matrimonio. Al punto che sembra che il Costituente abbia proprio parafrasato il più volte menzionato passo del *De Officiis*. Si osservi, invero, che Cicerone si riferisce anche ai *communa omnia*, così giungendo ad affermare che la famiglia si fonda, oltre che sul matrimonio, anche sul patrimonio, mentre l'art. 29 Cost. non contiene riferimenti di carattere patrimoniale. In questa prospettiva, si potrebbe pensare che il contenuto dell'art. 42, comma 4, Cost., che menziona, in maniera assai sfumata, la successione legittima – che alla famiglia intimamente si lega –, avrebbe potuto trovare una coerente collocazione in chiusura dell'art. 29 Cost.¹² È poi significativo che il comma secondo dell'art. 29 Cost., nell'enunciare il canone dell'eguaglianza tra gli sposi, ne consenta limitazioni «a garanzia dell'unità familiare», evidentemente proprio in considerazione della funzione sociale che la relazione giuridica coniugale è chiamata a svolgere, così testimoniando emblematicamente la primaria finalità superindividuale riconosciuta dall'ordinamento costituzionale alla famiglia.

¹¹ M. SESTA, *sub art. 29 Cost.*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Milano 2015³, p. 80 ss.; ID., *Persona e famiglia nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M. SESTA – V. CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, p. XV; A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano 2013, p. 30. Per una ricostruzione storica del dibattito che accompagnò la formulazione dell'art. 29 Cost., PASSANITI, *Diritto di famiglia*, cit. nt. 10, p. 503 ss.; FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit. nt. 2, p. 67 ss.

¹² Per una sintesi dei rapporti tra successioni e famiglia cfr. SESTA, *sub art. 42 Cost.*, in ID. (a cura di), *Codice delle successioni e donazioni*, Milano 2011, p. 3 ss., ove si rileva che, nonostante la collocazione della disposizione, nell'ambito della proprietà, «non siano i soli interessi proprietari ad investire a dimensione costituzionale del fenomeno successorio, ma anche i principi solidaristici di natura familiare, i quali si combinano o, più spesso, limitano la libera determinazione del disponente». Per lumeggiare la relazione che sussiste sul piano costituzionale tra vicenda ereditaria e relazioni familiari si è argomentato richiamando l'attività di conformazione della disciplina successoria ai principi costituzionali in materia di famiglia svolta dalla Corte costituzionale a partire dagli anni Sessanta (SESTA, *sub art. 42 Cost.*, cit., p. 7 ss).

Occorre sottolineare come il sostantivo società, che qualifica la famiglia, richiami quello di formazione sociale, cui si riferisce l'art. 2 della Costituzione¹³. Si scorge però un significativo profilo di differenziazione tra il disposto dell'art. 29 Cost. e quello dell'art. 2 Cost.¹⁴, perché mentre quest'ultimo sancisce espressamente la prioritaria tutela dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, che, in quanto tali, ricevono solo una tutela riflessa, l'art. 29 Cost., con specifico riguardo alla famiglia, non enuncia espressamente una consimile protezione dei diritti del singolo. Al contrario, la richiamata previsione di limiti al principio di eguaglianza tra i coniugi – che rifletteva l'originaria declinazione del rapporto coniugale dettata dal codice – sembra suggerire che il Costituente non avesse affatto considerato come prioritaria una consimile prospettiva di tutela individuale¹⁵. La formula costituzionale, nel riconoscere i diritti della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio, sembrava addirittura configurare un centro di interessi distinto da quello dei suoi membri, in qualche modo riecheggiando la teoria organicistica di Antonio Cicu, i cui contenuti del resto furono spesso richiamati, in sede costituente, specie da Giorgio La Pira¹⁶. Di tale concezione, depurata dei profili statalisti e collocata in una prospettiva comunitaria, si rinviene una tarda testimonianza anche nell'articolo 144 del Codice civile, nel quale si precisa che i coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa. Proprio queste ultime, invero, sembrano coincidere con quegli interessi della famiglia che tradizionalmente erano configurati come preminenti rispetto a quelli individuali dei coniugi.

¹³ FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit. nt. 2, p. 82, osserva che «la qualificazione costituzionale della famiglia» è «duplice»: quella di società naturale, che viene esplicitata dal legislatore e quella di formazione sociale che è implicita. L'A. scorge tra di esse un «rapporto, non certo di contraddizione e peraltro nemmeno di perfetta identità» nel quale il concetto di formazione sociale costituisce il *genus* e quello di società naturale la specie.

¹⁴ A. BARBERA, *sub art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1976, p. 50 ss.; A. MORRONE, *sub art. 2 Cost.*, in *Codice della famiglia*, cit. nt. 11, p. 6 ss., in part. p. 39; FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit. nt. 2, p. 72.

¹⁵ C. GRASSETTI, *Principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, I, Firenze 1950, p. 283 ss., in part. p. 291; L. FERRI, *Il diritto di famiglia e la costituzione della Repubblica italiana*, in «Rivista trimestrale di diritto processuale civile», 1962, p. 112 ss. e in part. p. 123. È solo a partire dagli anni Settanta che l'art. 29 è stato collocato in una prospettiva più generale e messo in stretta correlazione con i principi enunciati dagli artt. 2 e 3 della Costituzione. Per una rinnovata lettura dell'art. 29 Cost. M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, cit. nt. 14, pp. 1 ss.

¹⁶ Un'analitica ricostruzione dei lavori della Costituente si legge in PASSANITI, *Diritto di famiglia*, cit. nt. 10, p. 501 ss.

Muovendo dalle disposizioni costituzionali e codicistiche appena richiamate è dunque possibile concludere che l'ordinamento riconosce alla famiglia una natura sociale che la rende unica nel novero degli istituti del diritto privato, nel quale sicuramente il Costituente l'ha collocata. Essa, infatti, è *in re ipsa* chiamata a svolgere una funzione sociale, il che la pone in una posizione distinta rispetto a tutti gli altri istituti privatistici. Istituti ai quali, peraltro, non è estraneo – specie nell'ottica del Costituente – il perseguimento di una funzione sociale accanto al soddisfacimento del diritto soggettivo del titolare.

3. *Dalla famiglia alla persona*

L'analisi della recente evoluzione dell'ordinamento giuridico, determinata da rilevanti e ripetuti interventi legislativi, nonché dal formarsi di orientamenti giurisprudenziali nazionali e sovranazionali, testimonia, tuttavia, che la disciplina giuridica della famiglia – proprio con riguardo alla sua funzione sociale – ha intrapreso un percorso esattamente inverso rispetto a quella degli istituti del diritto patrimoniale, quali la proprietà, il contratto, la responsabilità civile, i rapporti di lavoro e d'impresa. Infatti le regole degli istituti appena menzionati, originariamente concepite in un'ottica esasperatamente individualistica, sono state variamente influenzate e corrette grazie all'applicazione, con modalità costituzionalmente orientata, della funzione sociale, com'è testimoniato dalle Relazioni che mi hanno preceduto. Infatti, mentre nella tradizione dell'istituzione, riflessa nella Costituzione, la famiglia si configurava in sé come società, addirittura titolare di diritti propri riconosciuti dallo Stato, ed era chiamata a svolgere una fondamentale funzione etico-sociale, anche a costo di diseguaglianze tra i soggetti coinvolti, il percorso sviluppatosi, con enorme rapidità specie negli ultimi anni, è nel senso di una sempre maggiore valorizzazione degli interessi individuali dei membri della famiglia, degli individui *uti singuli*, apparentemente a scapito di quelli dell'istituzione familiare nel suo insieme, e, quindi, ridimensionandone la funzione sociale¹⁷.

La vicenda recente, infatti, si caratterizza per l'accentuata privatizzazione del diritto di famiglia, efficacemente sintetizzata nel passaggio «dal casato alla persona», evocato dall'incisivo titolo del libro di Encarna Roca, in cui si lumeggia l'emersione della tutela prioritaria dell'individuo rispetto a quella

¹⁷ M.R. MARELLA – G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari 2014, p. 41 ss.; ZATTI, *Tradizione e innovazione*, cit. nt. 1, p. 22 ss.

dell'istituzione¹⁸. Nell'esperienza italiana, questo fenomeno ha trovato il suo momento fondante nella caduta del principio dell'indissolubilità del matrimonio, poiché il divorzio consente a ciascuno dei coniugi di porre fine alla relazione matrimoniale e di dare corso ad altre famiglie nell'arco della propria vita¹⁹. Ad esso hanno fatto seguito molteplici mutamenti legislativi e giurisprudenziali tra loro eterogenei – questi ultimi spesso ispirati dalla giurisprudenza della Cedu²⁰ –, che hanno profondamente inciso sulla valenza dell'istituto matrimoniale e sul fondamento e sulla fisionomia della famiglia. Si pensi, in primo luogo, alla riforma attuata dalla l. 10 dicembre 2012, n. 219 e dal d. lg. 28 dicembre 2013, n. 154, che ha reso unica la condizione dei figli, disponendo il loro inserimento nelle reti di parentela dei genitori a prescindere dalla sussistenza tra loro del matrimonio (art. 74 c.c. e art. 258 c.c.)²¹, nonché ha generalizzato la regola secondo cui l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta ad entrambi i genitori, indipendentemente dal fatto che tra loro sussistano legami di diritto o di fatto²². I rapporti di filiazione sono stati dunque

¹⁸ E. ROCA I TRIAS, *Familia y cambio social: de la casa a la persona*, Madrid 1999.

¹⁹ La giurisprudenza è giunta ormai da tempo ad affermare l'esistenza nell'ordinamento di un diritto costituzionalmente garantito a porre fine all'unione matrimoniale entrata in crisi (Cass. 9 ottobre 2007, n. 21099, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 4.1 (2008), p. 519 con nota di L. LENTI, *Il criterio per valutare l'intollerabilità della convivenza: la cassazione abbandona le declamazioni ideologiche e disvela le regole operative*. Sulla famiglia ricomposta o ricostituita P. RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in «Familia» 2002, p. 1 ss.; G. BILÒ, *Famiglia ricostituita*, in *Codice della famiglia*, cit. nt. 11, p. 2394; EAD., *I problemi della famiglia ricostituita e le soluzioni dell'ordinamento inglese*, in «Familia», 2004, p. 831; D. BUZZELLI, *La famiglia «composita». Un'indagine sistematica sulla famiglia ricomposta: i neo coniugi o conviventi, i figli nati da precedenti relazioni e i loro rapporti*, Napoli 2012; E. AL MUREDEN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in «Famiglia e diritto» 2016, p. 966 ss.

²⁰ I riflessi delle decisioni della CEDU nell'ordinamento interno sono efficacemente descritti da M. BONINI-BARALDI, *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Codice della famiglia*, cit. nt. 11, *Addenda* di aggiornamento alla III ed., Milano 2015, p. 47); P. GIANNITI, *La CEDU e il ruolo delle Corti*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma 2015; J. LONG, *Le fonti di origine extranazionale*, in FERRANDO – FORTINO – RUSCELLO (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., nt. 1, p. 127 ss.

²¹ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in «Rivista di diritto civile», 2014, p. 4.

²² M. SESTA, v. *Filiazione (diritto civile)*, in «Enciclopedia del diritto. Annali», VIII, Milano 2015, p. 445; E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in «Famiglia e diritto», 2014, p. 466; E. AL MUREDEN – M. SESTA, *sub art. 315 bis c.c.*, in *Codice della famiglia*, cit. nt. 11, p. 1150; A. MORACE-PINELLI, *I provvedimenti riguardo ai figli. L'affidamento condiviso*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La Riforma della filiazione*, Padova 2015, p. 687 ss., in part. p. 718 ss.; P. SIRENA, *Il diritto del figlio minore di crescere in famiglia*, *ivi*, p. 119 ss; A.G. CIANCI,

funzionalizzati al perseguimento dell'interesse dei figli, tanto che è stato abbandonato il modello della potestà, sostituito con quello della responsabilità che ben si attaglia allo schema che privilegia l'interesse del minore, che è pur sempre individuale e non suscettibile di sacrificio in nome di un superiore interesse della famiglia²³. In breve, le nuove regole hanno radicalmente modificato la nozione di famiglia legale, che ora non appare più necessariamente fondata sul matrimonio, considerato che i vincoli giuridici tra i suoi membri dichiaratamente prescindono da esso, tanto che, come è stato scritto «sembra esservi una tendenza sempre più forte al superamento del matrimonio come luogo costitutivo degli *status*»²⁴. Sempre con riferimento alla perdita di rilevanza del matrimonio, occorre considerare i successivi interventi legislativi in materia di negoziazione assistita (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modifiche dalla l. 10 novembre 2014, n. 162)²⁵ e di «divorzio breve» (l. 6 maggio 2015, n. 55, *Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi*)²⁶, i quali hanno rimosso e/o attenuato il controllo giudiziale sulla crisi del matrimonio e reso più celere il conseguimento del divorzio²⁷. Da ultimo, la l. 20 maggio 2016, n. 76 ha istituito e regolato l'unione civile tra persone dello stesso sesso ed ha dettato una disciplina delle convivenze di fatto²⁸, mentre rilevanti

La nozione di responsabilità genitoriale, *ivi*, p. 579 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in «Nuove Leggi Civili Commentate», 2014, p. 782 ss.

²³ DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità*, cit. nt. 22, p. 782.

²⁴ G. DALLA TORRE, *Famiglia senza identità?*, in «Justitia», 2012, p. 129.

²⁵ M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in «Famiglia e diritto», 2015, p. 295 ss.; M.N. BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Milano 2015, p. 15 ss.

²⁶ C. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, *La crisi della famiglia*, II, Milano 2015, p. 41 ss.

²⁷ G. OBERTO, *sub art. 3*, l. n. 898/1970, in *Codice della famiglia*, cit. nt. 11, *Addenda di aggiornamento alla III ed.*, Milano 2015, p. 4 ss.

²⁸ M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in «Famiglia e diritto», 2016, p. 881; L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, *ibidem*, p. 919; M. Blasi, *La disciplina delle convivenze omo e eteroaffettive*, in AA. VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino 2016, 182; B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova 2016; G. FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016, 1771; L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in «Famiglia e diritto» 2016, 931; E. QUADRI, «Unioni civili tra persone dello stesso sesso» e «convivenze»: *il non facile ruolo che la legge affida all'interprete*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 893; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, VII ed., Padova 2016, p. 207 e in part. p. 221.

decisioni giurisprudenziali sotto molteplici profili, hanno riconosciuto la rilevanza della figura del genitore sociale e, più in generale, dei legami familiari fondati sugli affetti, anche se vissuti in contesti relazionali non riconducibili allo schema dell'art. 29 Cost.²⁹, o addirittura contrari alle norme di legge³⁰. L'osservazione sistematica delle recenti riforme induce a concludere che, per quanto attiene alla relazione di coppia, si è passati dall'unico modello fondato sul matrimonio ad una pluralità di modelli ben differenziati tra loro, quali il matrimonio, l'unione civile tra persone dello stesso sesso, le convivenze, anagraficamente dichiarate o meno, tra persone etero od omosessuali; mentre, per quanto riguarda i figli, è accaduto esattamente il contrario, atteso che la l. 10 dicembre 2012, n. 219 ha abolito le partizioni che contrassegnavano il rapporto di filiazione a seconda che i genitori fossero, o meno, uniti in matrimonio. Il che, nel suo complesso, rappresenta un rovesciamento della prospettiva costituzionale caratterizzata com'è(r), da un lato, dalla connotazione della famiglia quale istituzione necessariamente fondata sul matrimonio e, dall'altro, dalla differenziazione della filiazione nel e fuori del matrimonio, che – proprio perché destinataria di ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i membri della famiglia legittima – era ontologicamente differenziata da quest'ultima.

Nell'ordinamento attuale, pertanto, l'art. 29 Cost. sembra divenuto un fossile, cioè il resto di un organismo un tempo vivente, mentre il termine 'famiglia' non designa un modello unitario, ma è riferito ad una pluralità di relazioni, la cui natura familiare è data dalla sussistenza di legami di vario genere, quali: vincoli giuridici, come il matrimonio, l'unione civile, la stabile convivenza rientrante nella fattispecie regolata dall'art. 1 comma 36, l. 20 maggio 2016, n. 76, l'affinità, l'adozione; vincoli giuridici e biologici, come la filiazione nel e fuori del matrimonio, purché riconosciuta o dichiarata, e la parentela; vincoli meramente biologici, come la filiazione non riconosciuta. Infine anche i rapporti di fatto, come la convivenza non

²⁹ Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in «Famiglia e diritto», 2016, 1025, con nota di P. VERONESI, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*, con la quale è stata riconosciuta la possibilità di effettuare la c.d. *stepchild adoption* da parte della convivente omosessuale; Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, in «De Jure», che ha attribuito efficacia in Italia all'atto di nascita straniero che indicava come madri di un minore due soggetti di sesso femminile; C. cost. 5 ottobre 2016, n. 225, in «De Jure», che, pur dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 337 ter c.c., ha sottolineato la necessità di garantire una continuità di relazioni con il minore anche con riferimento al rapporto instaurato con il c.d. genitore sociale. Sul punto v. C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e status della persona*, in «Rivista critica del diritto privato», 2015, p. 37.

³⁰ Emblematica sotto questo riguardo la sentenza della CEDU Paradiso e Campanelli C/ Italia.

rientrante nella fattispecie legale definita dall'art. 1, commi 36 e 37, l. 20 maggio 2016, n. 76 o le relazione che si creano nella famiglia ricomposta – in cui i *partner*, coniugati o conviventi di fatto, coabitano insieme ai figli nati da precedenti relazioni e a eventuali figli comuni –, quantomeno con riferimento ad alcuni profili, godono di tutela e, quindi, possono essere ricompresi nell'ambito delle relazioni familiari giuridicamente rilevanti.

Il passaggio dalla tutela dell'istituzione a quella dell'individuo, attuata – *nonostante* l'art. 29 Cost., testimonia come la forza della legge sia limitata, come anche la vicenda della legge sulla procreazione medicalmente assistita, conferma³¹. Gli approdi delle predette disposizioni, pur nella loro diversa valenza formale e di contenuto, palesano che la legge non ha in sé la forza per conformare ad un modello predeterminato la realtà sociale che intende disciplinare, ma che il diritto – specie il diritto vivente, come applicato e talvolta creato dei giudici – si comporti piuttosto come uno specchio che finisce per riflettere l'immagine di ciò che la mutevole realtà sociale gli pone innanzi: in breve, anziché conformare, esso risulta conformato dalla realtà effettuale. Il che persuade di come lo strumento giuridico, pur nella sua non trascurabile rilevanza, certo non sia sufficiente a dar vita a modelli familiari precostituiti.

4. Procreazione e funzione sociale della famiglia

In conclusione, tornando alla funzione sociale della famiglia e ancora una volta volgendo l'attenzione a quel passo di Cicerone che sembra averla per primo così efficacemente colta e delineata, si può affermare che lo scemare della *vis matrimonii* conduce a concludere che la prima forma di società – che continuiamo a chiamare famiglia – piuttosto che nel matrimonio (ri)trovi oggi il proprio fondamento nella procreazione come del resto avveniva in origine, se è vero che *prima societas in ipso coniugio* [accoppiamento] *est, proxima in liberis*. Una simile lettura appare confermata dalle disposizioni in materia di unicità dello stato di filiazione e di responsabilità genitoriale, atteso che i genitori hanno lo stesso statuto giuridico rispetto i figli indipendentemente dal fatto che siano coniugati e addirittura che convivano; in altri termini, quindi, perché vi sia *giuridicamente* famiglia non occorre il matrimonio, né che vi sia unità della casa e comunanza di beni³².

³¹ M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza e prassi medica*, in «Famiglia e Diritto», 2010, p. 839.

³² SESTA, voce *Filiazione (diritto civile)*, cit. nt. 22, p. 449.

Gli attuali lineamenti della famiglia, pertanto, appaiono radicalmente modificati, al punto che, come è stato condivisibilmente osservato: «la tensione sulla società coniugale permane, ma sembra essersi spostata dal matrimonio alla famiglia, come centro di affetti e di tutela dei figli sino alla completa autonomia patrimoniale spostata sempre più avanti»³³.

Dunque non è più il matrimonio il *seminarium reipublicae*, quanto piuttosto – come ai primordi – il fatto della procreazione; del resto, come è stato scritto con efficacia, «l'indissolubilità del nucleo familiare, uno dei cardini del diritto di famiglia novecentesco nella declinazione italiana, è sopravvissuta al divorzio, ritagliandosi lentamente come risposta pesante ai problemi sollevati dalla leggerezza dei legami sentimentali divenuti flessibili se non informali, un pervasivo spazio culturale e sociologico aggrappato al giuridico rispetto al diritto dei minori alla stabilità affettiva anche all'interno di una post-famiglia resa indissolubile dalla filiazione»³⁴. In altri termini, come ha scritto uno studioso inglese³⁵, l'indissolubilità, in passato riferita al rapporto di coppia, si è trasferita al rapporto genitoriale: il rapporto tra coniugi cessa, ma ove essi siano genitori, non possono non continuare a relazionarsi tra loro per l'assolvimento degli ineludibili compiti di cura dei figli³⁶.

³³ PASSANITI, *Diritto di famiglia*, cit., nt. 10, p. 638.

³⁴ *Ivi*, p. 639.

³⁵ J. EEKELAAR, *The End of an Era?*, in S. KATZ – J. EEKELAAR – M. MACLEAN (edd.), *Cross currents, Family Law and Policy in the United States and England*, Oxford 2000, p. 649 ss.

³⁶ M. SESTA, in M. SESTA – A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit. nt. 25, *La crisi della famiglia*, III, Milano 2016, p. 42 ss.

