

Famiglia come istituzione e posizione dei figli nel diritto italiano dopo la recente riforma.

[JACOPO ALCINI (*)]

SOMMARIO: 1. I margini. – 2. Derive socio-giuridiche e possibili rimedi.

1. La riforma della filiazione è stata accolta con entusiasmo dagli operatori giuridici, pur con qualche imbarazzo⁽¹⁾, in considerazione del fatto che l'immutato art. 29 Cost. sostiene ancora la primazia della famiglia matrimoniale⁽²⁾.

Sarebbe stato dunque più coerente procedere ad una revisione della Costituzione, piuttosto che intervenire con una legge ordinaria.

La dottrina evidenzia in negativo il fatto di aver perso un'altra occasione per una revisione più incisiva sugli aspetti ad esempio, della disciplina unitaria del cognome dei figli⁽³⁾.

Il decreto filiazione è divenuto l'occasione per violare alcuni principi della legge delega, modificando *in peius* la l. 54/2006 sull'affidamento condiviso⁽⁴⁾. Sembrerebbe quindi palese l'illegittimità di tale normativa per ecces-

(*) Università degli Studi di Perugia, dottorando di ricerca.

(1) M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 7 ss. Per l'analisi della riforma si veda A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2015; A. SASSI, *Stato di figlio e diritti fondamentali nei sistemi italiano ed europeo*, in questa *Rivista*, 2014, p. 113 ss.

(2) R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione. Atti del convegno di Assisi. 24-25 maggio 2013*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 50.

(3) M. TRIMARCHI, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 226.

(4) Cfr. E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 477.

so di delega, che ben potrà essere accertata da una pronuncia della Corte Costituzionale. Nel d.lgs. 154/2013 fa ingresso il nuovo art. 337-ter c.c. (*Provvedimenti riguardo ai figli*) e da un lato si rafforza il potere del giudice nell'affidamento dei figli sino all'arbitrio, dall'altro si introduce «la corresponsione di un assegno periodico» così istituzionalizzando il principio di un versamento periodico quale unico strumento di sostentamento per il genitore prevalente. Il successivo art. 337-quater c.c. (*Affidamento a un solo genitore e opposizione all'affidamento condiviso*) completa poi l'ampliamento della potestà dell'organo giudiziario, ignorando la *ratio* della l. 54/2006 di giungere all'affidamento esclusivo solo per gravi motivi⁽⁵⁾. Infine la portata dirompente dell'art. 337-sexies c.c. (*Assegnazione della casa familiare e prescrizioni in tema di residenza*) ove è sancito che «*In presenza di figli minori, ciascuno dei genitori è obbligato a comunicare all'altro, entro il termine perentorio di trenta giorni, l'avvenuto cambiamento di residenza o di domicilio*»⁽⁶⁾. La mancata comunicazione obbliga al risarcimento del danno» che legittima, ma soprattutto incentiva, il cambio di residenza senza alcun accordo ma unilateralmente, con l'unica formalità di avvisare entro trenta giorni l'altro genitore. Tale ultima circostanza, sicuramente incisiva per l'equilibrio del figlio, andrebbe invece concordata ed eventualmente accettata solo ove strettamente necessaria per il benessere del nucleo familiare (ancorché disgiunto) e per il minore.

Tutti plaudono alla novella in tema di filiazione, anche se nella sostanza e forse inconsapevolmente, costituisce un ulteriore *vulnus* alla famiglia fondata sul matrimonio⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, p. 242.

⁽⁶⁾ Cfr. A. FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014, p. 113 ss.

⁽⁷⁾ Secondo G. CASABURI, *Novità legislative in tema di affidamento e di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio*, in *Foro it.*, 2013, c. 85, il modello legale di famiglia fondata sul matrimonio sarebbe un obsoleto “convitato di pietra”. M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., p. 11: «(...) di famiglia legittima pare oramai non sia più dato parlare, né con riguardo ai profili personali, né a quelli patrimoniali. Si pensi al caso di un genitore coniugato, padre o madre di figli nati nel matrimonio, che generi un figlio fuori del matrimonio. I suoi figli – tra loro fratelli consanguinei o uterini – vantano verso il padre o la madre ed i loro parenti identici diritti, sia di natura personale – cura, mantenimento, crescita in famiglia, istruzione, educazione – sia di

Il legislatore volle inserire la distinzione tra figli naturali e figli legittimi, in ossequio al principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., per il quale situazioni uguali devono essere disciplinate in modo identico e situazioni differenti in modo diverso⁽⁸⁾. Il nostro ordinamento giuridico conservava uno *status* differente tra figli legittimi e naturali proprio per ribadire che l'unico istituto giuridico riconosciuto per la nascita e la crescita dei figli era il

carattere patrimoniale e successorio. Ai figli nati fuori del matrimonio il genitore non potrà in alcun modo opporre la compatibilità dei suoi doveri nei loro riguardi con l'adempimento degli obblighi nei confronti dei figli matrimoniali, né sul piano qualitativo – in termini di tempo e assiduità della cura – né tantomeno sul piano quantitativo delle risorse messe a disposizione, poiché, come si è detto, il figlio «entra», *pleno iure*, nella famiglia del proprio genitore.». P. SCHLESINGER, *Il d.lgs. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 444: «La riforma che si è compiuta con il D.Lgs. n. 154/2013 incide altresì sullo stesso ruolo del matrimonio come elemento fondativo della famiglia quale struttura giuridica. L'affermazione della procreazione come presupposto esclusivo e sufficiente del rapporto giuridico di parentela consegna definitivamente all'archeologia giuridica le parole che Antonio Cicu poteva enunciare come piana constatazione dell'assetto esistente, osservando che lo stato di figlio naturale “Non si collega ad uno stato di famiglia, perché manca il matrimonio, unica fonte, nel nostro diritto, della famiglia”. Oggi, al contrario, esiste un'entità familiare fondata su uno *status filiationis* unitario e su relazioni di parentela tra il figlio e i gruppi parentali di ciascuno dei genitori (portando a rilevanza autonoma anche l'interesse del figlio, già riconosciuto dalla Legge n. 54/2006, al rapporto con gli ascendenti e i componenti del gruppo parentale del genitore); con la differenza che, nel caso di filiazione fuori del matrimonio, difetta proprio quello che costituisce l'architrave della struttura familiare, ossia un rapporto giuridicamente regolato tra i genitori. Il che sicuramente introduce un elemento di crisi rispetto all'idea, che ancora permeava l'impianto della riforma del 1975, della sussistenza di una “doppia figura genitoriale” come contesto proprio della procreazione e ci pone innanzi una realtà non sovrapponibile al modello di famiglia tracciato dagli artt. 29 e 30 della Costituzione, accentuando il processo di pluralizzazione dei modelli familiari, che pare indirizzarsi verso un regime di “atipicità” da molte parti segnalato e sintetizzato nell'evocativa formula di “arcipelago familiare”».

⁽⁸⁾ M. PALMARO, *Incesto legale, ultima frontiera*, in *Il Timone*, gennaio 2013, p. 12. U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Napoli, 1965, p. 86: «In questa materia la disparità di trattamento s'impone, perché a diversità di situazione formale corrisponde sostanzialmente una diversità di esigenze da tutelare. Il diverso trattamento non ha quindi per scopo una discriminazione a danno dei figli naturali, bensì ha di mira, sia pure con la conseguenza indiretta di favorire i figli nati in costanza di matrimonio, la tutela dell'onore e della dignità sociale della donna coniugata (*honor matrimonii*) nonché la tutela dell'unità familiare».

matrimonio, inteso come situazione di vita stabile e non precaria⁽⁹⁾. D'altra parte la filiazione naturale riceveva adeguata tutela a livello costituzionale⁽¹⁰⁾. Invero la famiglia veniva considerata fino a non pochi decenni fa, il centro di sviluppo della dignità della persona. Alcuni autori si spingevano a riconoscerla come cellula dotata di soggettività privata di diritto costituzionale⁽¹¹⁾, vera e propria persona giuridica di natura morale con diritti e obblighi non patrimoniali costituzionalmente garantiti⁽¹²⁾. La formula del legislatore costituzionale (art. 30 Cost.) fa riferimento alla «società naturale» come sinonimo di organismo non statale, sintesi tra il matrimonio (rapporto giuridico) ed il vincolo familiare (rapporto di fatto)⁽¹³⁾.

Secondo autorevoli studiosi, la famiglia sarebbe «la vera società concreta tra tutte le società»⁽¹⁴⁾, al punto che non vi può essere famiglia senza matri-

⁽⁹⁾ U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, cit., p. 16: «La continuità della famiglia di realizza anzitutto attraverso il matrimonio, che ne rappresenta – per norma costituzionale – il fondamento. (...) Anzitutto, l'unità non va intesa in senso strettamente formale: infatti, l'unità formale finisce per coincidere con la continuità della famiglia, che si articola – come si è accennato – attraverso la vincolatività del rapporto coniugale e la permanenza del rapporto di filiazione. L'unità della famiglia va intesa, invece, in senso sostanziale, cioè come unione d'affetti e di sentimenti, che è alla base della vita in comune (*ménage*) e viene garantita attraverso norme che – pur quando sembrano in potenziale conflitto con i diritti dei singoli alla dignità, alla libertà e alla eguaglianza – realizzano invece un adeguato proporzionamento tra gli interessi di cui il singolo è portatore rispettivamente in quanto tale e in quanto parte del *ménage*. (...). Al di fuori del gruppo, il principio dell'unità sostanziale della famiglia si rivela altresì in conflitto con l'esigenza di tutelare la filiazione naturale. Ma, anche in questo caso, il conflitto è potenziale e la Costituzione espressamente sancisce – come si vedrà – la necessità di un coerente temperamento».

⁽¹⁰⁾ U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, cit., p. 27: «Si intuisce pertanto che la Costituzione non rappresenta rispetto alla filiazione naturale un semplice criterio di interpretazione (come accade, in gran parte, per la filiazione legittima), ma assume addirittura un esplicito valore di rottura con la legge ordinaria se questa non assicuri ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale».

⁽¹¹⁾ P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 14

⁽¹²⁾ U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, cit., p. 14.

⁽¹³⁾ U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, cit., p. 23. V. anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia*, Milano, 2014, p. 31.

⁽¹⁴⁾ A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, II, Padova, 2002, p. 96.

monio, riconoscendo le altre unioni tra uomo e donna come convivenze⁽¹⁵⁾.

Non sembra che il concetto di famiglia possa dirsi tramontato, anzi esso costituisce, nonostante le evoluzioni intrinseche che hanno portato l'istituto dal modello patriarcale al modello paritario della *partnership*⁽¹⁶⁾, un dato permanente⁽¹⁷⁾ nella legislazione europea, al contrario, ad esempio, del divorzio⁽¹⁸⁾.

Anche la distinzione tra filiazione legittima e naturale costituiva una costante secolare nella storia del diritto civile.

Già nell'antica Roma si distinguevano:

- a) i *fili legitimi* (nati da due soggetti sposati), i quali si distinguevano ulteriormente in *iusti* (nati dal *iustae nuptiae*, matrimonio regolare e legati al padre da *adgnatio*, cioè vincolo di parentela) ed *iniusti* (nati da un matrimonio irregolare, ai quali è riconosciuta la *cognatio* con il padre);
- b) i *liberi naturales* (nati da persone non sposate), distinguibili in *liberi naturales* in senso stretto (nati dal concubinato) e *liberi spurii* o *vulgo quaesiti* (nati da unioni irrilevanti per il diritto come le relazioni incestuose). A questi ultimi è riconosciuta la sola *cognatio* con la madre ed i rispettivi parenti⁽¹⁹⁾.

Alcune recenti sentenze della Cassazione⁽²⁰⁾ risentono ancora oggi dell'in-

⁽¹⁵⁾ A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, II, cit., p. 102.

⁽¹⁶⁾ M. BARBAGLI, D.I. KERTZER (a cura di), *Storia della famiglia in Europa*, Milano, 2001, p. 122.

⁽¹⁷⁾ Per la nozione di permanenza si veda A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, I, cit., p. 2 ss.; A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, 2008, p. 5: «(...) la prima funzione della scienza giuridica è quella di individuare valori sia del passato che del presente, espressi dalle esigenze dell'uomo associato nella comunità locale, nazionale e internazionale».

⁽¹⁸⁾ A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, II, cit., p. 101. Cfr. anche M. BARBAGLI, D.I. KERTZER (a cura di), *Storia della famiglia in Europa*, cit., p. 149 ss.

⁽¹⁹⁾ M. TOCCI, *Il diritto del matrimonio e della filiazione nell'antica Roma*, Civitavecchia, 2002, p. 89 ss. Cfr. anche F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, Bologna, 1964, p. 68.

⁽²⁰⁾ Per la permanenza degli obblighi di potestà genitoriale in capo ai genitori anche dopo il raggiungimento della maggiore età dei figli, secondo un modello conforme a quello della società romana, si veda Cass., 3 aprile 2002, n. 4765, in *Dir. e fam.*, 2002, p. 310. Per la

flusso di questa illustre e rispettata tradizione giuridica, alla quale i legislatori europeo ed italiano avrebbero il dovere morale di ispirarsi⁽²¹⁾.

concezione della famiglia italiana come società naturale fondata su vincoli affettivi e non su legami esclusivamente giuridici, come quella romana, si veda Cass., Sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3060.

⁽²¹⁾ Assai ampia è stata la produzione di scritti relativi al tema del diritto romano ed europeo. In generale, muove la dottrina la preoccupazione che la formazione di un futuro diritto uniforme possa essere affidata alla sola burocrazia di Bruxelles – attenta a profili di ordine economico, ma inidonea ad avvalersi di categorie e linguaggio giuridico appropriati – o, nella migliore delle ipotesi, alla giurisdizione delle Corti europee, senza l'apporto di una scienza giuridica, che sia degna della nostra grande tradizione. In particolare, l'idea che un nuovo *ius commune* possa essere edificato sulla base del diritto romano, ponendo fine alle tendenze neumanistiche proprie del secolo appena trascorso, ed attingendo alle lezioni esemplari sia della tradizione romanistica medievale e moderna sia della Pandettistica, ha ispirato l'indagine di numerosi studiosi, che, dapprima in Germania, ben presto anche altrove, si sono interrogati circa il metodo più opportuno da adottare per il perseguimento di un simile obiettivo, destinato, secondo le intenzioni, a ricomprendere financo l'esperienza del *common law* inglese. La soluzione per lo più accolta è "storico-comparatistica" o della "doppia-comparazione", secondo la quale il nuovo giurista europeo sarebbe anzitutto chiamato a procedere all'analisi delle similitudini e delle differenze esistenti fra i vari ordinamenti nazionali, o fra le discipline da essi dettate per singoli istituti, specie del diritto privato (c. d. macro e micro comparazione sincronica), per poi rinvenirne, nell'esperienza giuridica precodificatoria, un nucleo comune (c.d. comparazione diacronica), utile ad ispirare opzioni dalla valenza armonizzante. A questo indirizzo sono riconducibili R. ZIMMERMANN, *Usus Hodiernus Pandectarum*, in *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin, 1991, p. 61 ss., ID., *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, in *Juristenzeitung*, 47, 1992, p. 8 ss.; ID., *Diritto romano e unità giuridica europea*, in *Studi di storia del diritto*, I, Milano, 1996, p. 1 ss.; C. CASTRONOVO, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 737 ss.; C.A. CANNATA, "Usus hodiernus pandectarum", *common law, diritto romano olandese e diritto comune europeo*, in *SDHI*, 57, 1991, p. 383 ss.; ID., *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo*, in *Studi G. Impallomeni*, Milano, 1999, p. 41 ss.; ID., *Cuiusque rei potissima pars est*, in *Diritto romano attuale*, 6, 2001, p. 157 ss.; R. SCHULZE, *Gemeineuropäisches Privatrecht und Rechtsgeschichte*, in *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, 1993, p. 71 ss.; G. PUGLIESE, *Aspetti del "diritto comune europeo"*, in *Studi G. Gorla*, Milano, 1994, p. 1092 ss.; R. KNÜTEL, *Römisches Recht und Europa*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2, 1994, p. 244 ss.; ID., *Diritto romano e "ius commune" davanti a Corti dell'Unione Europea*, in *Ricerche F. Gallo*, III, Napoli, 1997, p. 538 ss., tra i più radicali nel sostenere, già oggi, la perdurante attività del diritto romano comune; H. WAGNER, *Réminiscences du droit romain dans le droit de la Communauté Européenne*, in *RIDA Suppl.*, 41, 1994, p. 230 ss.; P. CERAMI, *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*, in *Annali*

Addirittura il diritto dell'antica Grecia distingue i figli γνήσιοι (legittimi) e νόθοι (nati da unioni irregolari e privi del diritto di cittadinanza)⁽²²⁾ e persino in epoca posteriore, il diritto barbarico mantiene tale *summa divisio*⁽²³⁾. Paradossalmente nel medioevo la parentela, anche naturale, era sempre fonte di legame e forza all'interno dei diversi *clan* e consorterie⁽²⁴⁾, giungendosi persino al riconoscimento di una parentela volontaria o inventata⁽²⁵⁾. Quest'ultima comportava un vero e proprio mutamento dello *status* della persona interessata ed era caratterizzata da cerimonie particolari. Un esempio si può riscontrare nel rituale del battesimo, laddove diventare padrino e madrina comportava la formazione di un legame stretto con la famiglia del bambino, foriero di doveri e diritti, ancorché consuetudinari.

Negli ordinamenti magrebini attuali, con i quali siamo portati a confrontarci a causa della massiccia immigrazione, si constata la assoluta irrilevanza della filiazione naturale e la esclusiva regolazione di quella legittima. I tratti principali della famiglia musulmana sono la coesione e la gerarchia, per cui solo il marito, capo della famiglia, ha il diritto di disconoscere i figli⁽²⁶⁾.

La dottrina islamica riconosce l'*al – walad lilfirāsh* (figlio del letto) come appartenente al padre con una serie di presunzioni, che secondo la scuola

Palermo, 43, 1995, p. 201 ss.; H. KÖTZ, *The Common Core of European Private Law*, in *European Rev. Priv. Law.*, 5, 1997, p. 549 ss.; W. SIMSHÄUSER, *Zur Bedeutung des römischen Rechts in einer europäischen Rechtsordnung*, in *Bürgerliches Gesetzbuch 1896-1996*, Heidelberg, 1997, p. 119 ss.; A. GAMBARO, *Iura et leges nel processo di edificazione del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 993 ss.; L. LABRUNA, "Ius europaeum commune", in *Quaestiones Iuris. Festschrift J.W. Wolf*, Berlin, 2000, p. 157 ss.; R.C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, Bologna, 2003, p. 147 ss., che esprime peraltro scetticismo sulla possibilità di elaborare un vero e proprio codice europeo; L. VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 53 ss.

⁽²²⁾ E. OTTOLENGHI, *Il principio politico nella storia della filiazione naturale*, Torino, 1903, p. 27. V. anche U.E. PAOLI, *Diritto attico*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, p. 303 ss.

⁽²³⁾ L.S. VILLANUEVA, *Diritto barbarico*, in *Dig. it.*, Torino, 1898-1901, p. 841.

⁽²⁴⁾ M. BARBAGLI, D.I. KERTZER (a cura di), *Storia della famiglia in Europa*, Milano, 2001, p. 357 ss.

⁽²⁵⁾ M. BARBAGLI, D.I. KERTZER (a cura di), *Storia della famiglia in Europa*, cit., p. 387.

⁽²⁶⁾ F. UCCELLA, *La filiazione del diritto italiano e internazionale*, Padova, 2001, p. 539.

dei malikiti è relativa, mentre secondo gli hanafiti è assoluta⁽²⁷⁾.

La legittimità si desume da tre elementi (matrimonio, concepimento, nascita) che concorrono a dimostrare lo stato di figlio, unitamente alla prova risultante dagli atti dello stato civile. Altri mezzi di prova sono il possesso di stato e la prova testimoniale. Vi sono poi le azioni di stato: reclamo, contestazione e disconoscimento (in quest'ultima ipotesi il figlio disconosciuto resta figlio della madre)⁽²⁸⁾. Nel caso di concorso nella successione tra figli legittimi e naturali, vi è la tendenza a favorire i primi, nonostante i diritti consuetudinari africani non prevedano diseguaglianze. La filiazione naturale non è definita dalla legge ed è classificata come legame giuridico tra figlio e genitori non uniti in matrimonio né tra loro né con un terzo. Per il relativo accertamento sono sufficienti il riconoscimento, il possesso di stato e l'atto di nascita⁽²⁹⁾.

2. La riforma della filiazione potrebbe apparire come la cartina di tornasole di una disgregazione etica ancora prima che giuridica⁽³⁰⁾.

Il che è riconducibile a due fattori, di cui il secondo è corollario del primo: *a)* il pensiero relativista e nichilista; *b)* la frammentazione sociale⁽³¹⁾.

Relativismo e nichilismo rappresentano il risultato di pensieri filosofici che hanno impregnato l'intero sistema occidentale, compreso il pensiero giuridico.

Il relativismo consiste nel non riconoscere alcuna posizione dotata di una validità universale, sia essa religiosa, giuridica, etica e morale. Il relativismo è negazione dell'assoluto in qualsiasi forma, è la presa d'atto che ogni impostazione socio-culturale è artificiosa, quindi fallibile in ogni momento o comunque non superiore moralmente o tecnicamente ad altre.

⁽²⁷⁾ F. CASTRO, *Diritto musulmano*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1990, p. 306.

⁽²⁸⁾ F. UCCELLA, *La filiazione del diritto italiano e internazionale*, cit., p. 542.

⁽²⁹⁾ F. UCCELLA, *La filiazione del diritto italiano e internazionale*, cit., p. 545 s.

⁽³⁰⁾ N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra le deche di Tito Livio*, 1813, p. 71: «Perché, così come gli buoni costumi, per mantenersi, hanno bisogno delle leggi; così le leggi, per osservarsi, hanno bisogno de' buoni costumi».

⁽³¹⁾ A. SCOLA, *La sfida contro individualismo e frammentazione sociale*, in *Sole 24 ore*, 24 marzo 2012, p. 1; Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Roma-Bari, 2006, pp. 95, 103, 134, 144; ID., *Vite di scarto*, Roma-Bari, 2005, pp. 120, 153 ss.

Il relativismo da un lato può condurre ad avere il massimo rispetto nei confronti di posizioni avverse (in quanto queste hanno lo stesso valore di quelle relativiste), ma dall'altro può portare a una pericolosa degenerazione, per cui non esistendo una gerarchia, qualsiasi precetto esiste e si impone, ma può essere rispettato ed infranto allo stesso tempo, in quanto non veridico né certo nella sua essenza⁽³²⁾.

Il nichilismo⁽³³⁾ porta al massimo grado il pensiero relativista. Per il nichilismo non esistono realtà o verità, ma solo forme conoscitive di un mon-

⁽³²⁾ Significativo in tal senso L. GALANTINI, M. PALMARO, *Relativismo giuridico. La crisi del diritto positivo nello Stato moderno*, Milano, 2011, p. IX, secondo cui: «Il relativismo si presenta in una dimensione negativa e in una dimensione positiva. Nella sua versione negativa, il relativismo si offre come antidoto al fanatismo. Si moltiplicano a vista d'occhio, ormai da diversi anni, le critiche a qualsiasi forma di pensiero unico o di pensiero forte (dai monoteismi religiosi alle diverse forme, possibili e immaginabili, di ontologia e di metafisica). Invitando il pensiero a rinunciare a qualsivoglia fondamento veritativo, il relativismo offre altrettanti prospettive di libertà. È la riproposizione moderna della tentazione sofistica contro la quale Socrate si trovò a combattere per tutta la sua vita. Rinunciare a credere in un unico Dio non significa, ci ha spiegato Chesterton, liberarsi da ogni illusoria credenza, cioè non credere più a nulla, ma all'opposto mettersi nella condizione di credere a qualsiasi cosa: se ci vengono meno criteri veritativi attraverso i quali giudicare la realtà, tutta la realtà nel suo complesso da insieme di fatti diviene ambito di interpretazioni innumerevoli, insindacabili e quindi arbitrarie. (...) Nella sua versione positiva, il relativismo si propone come un pragmatico funzionalismo: è irrilevante che le cose, le scelte, gli affetti siano veri, l'importante è che funzionino. (...) Molto spesso, peraltro, ciò che viene presentato, o che ama presentarsi come relativismo, è ben altra cosa: è una forma di pensiero accomodante, tollerante, debole, che non riesce a spingersi al di là della superficie del problema; un pensiero (adattando ad esso le forti parole di Hegel) accidentale, che si appoggia a questi o quegli oggetti, a queste o a quelle relazioni, a questi o a quei pensieri della coscienza imperfetta, come l'accidentalità lo consente; un pensiero che si compiace di allontanarsi dall'essere delle cose... Il pensiero debole non rinuncia del tutto, quindi, a pensare a partire da principi (nel nostro caso dal principio di giustizia), ma li percepisce non solo come problematici (non potrebbe essere altrimenti), ma – il che è invece scorretto – come sfocati ed esistenzialmente irrilevanti e quindi non riesce a consolidare (né vorrebbe farlo) nessuno dei principi cui può accidentalmente far riferimento, anche quando li ritenga suggestivi ed interessanti». Cfr. anche L. PALAZZANI, *Diritto, etica e religione*, in *Studia bioethica*, II, 3, 2009, p. 6.

⁽³³⁾ A titolo esemplificativo: L. SANTANGELO, *Il nichilismo e nuove possibilità*, in *Segni e comprensione*, 2008, p. 60: «Rimanda a un atteggiamento intellettuale e morale disincantato, frustrato e depresso, per il quale ogni sforzo di dare un senso alla vita è destinato a non trovare una risposta, bensì il nulla». M. HEIDEGGER, *Il nichilismo europeo*, Milano, 2003, p. 46.

do a-centrico, che non vede più né Dio né l'uomo protagonisti⁽³⁴⁾. In tale prospettiva si afferma una forma opinabile di giustizia, travolta da un divenire che non consente di affermare alcuna verità trascendentale oltre al momento in cui si manifesta⁽³⁵⁾. Il pensiero è separato dall'essere e non trova più nell'essere il tornaconto della propria veridicità. L'esistente è solo una parentesi tra due realtà del non-essere (l'essere ancora ed il non essere più), implicando l'impossibilità di affermare verità eterne⁽³⁶⁾ e la conseguente destrutturazione di qualsivoglia valore⁽³⁷⁾.

Il sistema capitalistico della produzione, che sul nichilismo si è sviluppato, trova così la propria cieca legittimazione e totale giustificazione, con la strumentale mercificazione dei rapporti umani e l'asservimento del diritto alle logiche economiche. Ciò ha comportato la delegittimazione della famiglia ed il transito da una famiglia tradizionale e prolifica ad una famiglia non sessuale e non consanguinea (c. d. comunità sociale) con il conseguente ato-

⁽³⁴⁾ F. DAL POZZO, M. RONCORONI, *Filosofia, giustizia, diritto*, Torino, 2001, p. 434.

⁽³⁵⁾ A. DONATI, *Globalizzazione e antiumanesimo*, Roma, 2007, p. 15.

⁽³⁶⁾ A. DONATI, *Globalizzazione e antiumanesimo*, cit., p. 12 ss.

⁽³⁷⁾ L. GALANTINI, M. PALMARO, *Relativismo giuridico. La crisi del diritto positivo nello Stato moderno*, cit., p. 64 s.: «Il diritto è in crisi soprattutto per effetto del pensiero debole. Nichilismo e relativismo hanno saturato l'atmosfera della civiltà postmoderna, liberando i loro dubbi anche nel territorio della legge positiva e delle dottrine che ne sono a fondamento. Molti ritenevano che il positivismo giuridico avrebbe realizzato un modello giuridico totalmente separato da elementi extra-giuridici, puro, secondo l'accezione di purezza cara ad Hans Kelsen. Questa logica meramente formale ha funzionato quando si è trattato di espellere dall'orizzonte del diritto la morale classica, la legge naturale e i suoi postulati fondamentali. Ma subito dopo gli Stati hanno dovuto riempire quel vuoto angosciante con nuovi valori e nuovi contenuti, che hanno orientato i sistemi giuridici nella direzione opposta ai suoi stessi antichi principi. Alcuni passaggi epocali hanno segnato questa trasformazione, essenzialmente di impronta permissiva: la legalizzazione del matrimonio divorziabile, con conseguente creazione di un nuovo istituto, che ha solo fittiziamente conservato la denominazione di matrimonio; la legalizzazione dell'aborto, in palese violazione al principio generale che vieta e punisce l'uccisione dell'innocente; la legalizzazione della fecondazione artificiale e degli esperimenti manipolatori sugli embrioni, ulteriore violazione dei diritti dei più deboli; la legalizzazione dell'eutanasia, come certificazione del principio di disponibilità della vita umana, in contrasto con la tradizionale distinzione fra diritti disponibili (quelli sulle cose, come i diritti patrimoniali) e diritti indisponibili (quello alla vita e alla libertà individuale)».

mismo individualista (emancipazione della donna, individualità del reddito, autonomia economica)⁽³⁸⁾.

Ne consegue l'inevitabile frammentazione della società in piccoli atomi individuali, eterogenei quanto ad estrazione sociale, sesso, lingua, religione e razza, senza più radici, che tuttavia interagiscono nella condivisione di obiettivi professionali, passioni o gusti omogenei. Si tratta di una società avente una struttura tribale⁽³⁹⁾ e multiculturale, caratterizzata da una anarchia strisciante e dalla progressiva scomparsa del ceto medio, che vive in una sorta di eden consumistico senza ideologie ed appiattito su stereotipi artificiali⁽⁴⁰⁾.

Da quanto illustrato ne potrà scaturire in futuro un parallelo diritto della famiglia di stampo tribale, ove la stessa nozione di matrimonio tende gradatamente a scomparire, lasciando spazio alla sola convivenza⁽⁴¹⁾ e ad aggregati di individui non necessariamente presieduti da un solo “capo-gang” ma nemmeno assemblati in forme organizzative elementari (come l'obsoleto consiglio di famiglia).

Fino ad oggi le tipologie familiari potevano essere così inquadrare:

- a) nucleari, formate da una sola unità coniugale, sia completa (marito e moglie con o senza figli), sia incompleta (madre vedova oppure padre vedovo con figli);
- b) senza struttura, prive di unità coniugale, formate cioè da persone con altri rapporti di parentela (ad esempio: fratelli non sposati) o conoscenti;
- c) estese, con una sola unità coniugale e uno o più parenti conviventi (ad esempio: il padre del marito o la sorella della moglie);

⁽³⁸⁾ A. DONATI, *Globalizzazione e antiumanesimo*, cit., p. 142.

⁽³⁹⁾ Si veda a tal proposito: M. MAFFESOLI, *The time of the tribes*, London, 1996; B. COVA, V. COVA, *Tribal marketing: the tribalisation of society and its impact on the conduct of marketing*, in *European Journal of marketing*, vol. 36, 2002, pp. 595-620; B. COVA, *Il marketing tribale*, Milano, 2003; G. FABRIS, *Societing. Il marketing della società postmoderna*, Milano, 2008. Per la nozione di neotribù si veda B. COVA, A. GIORDANO, M. PALLERA, *Marketing non convenzionale. Viral, guerrilla, tribal, e i 10 principi fondamentali del marketing postmoderno*, Milano, 2007, p. 14 s.

⁽⁴⁰⁾ G. MASSIMO, *Dal ceto medio alla società tribale*, in *Corr. della sera*, 20 giugno 2008, p. 44. Cfr. F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 2010, p. 343.

⁽⁴¹⁾ Per un'ampia disamina cfr. R. BASSETTI, *Contratti di convivenza e di unione civile*, Torino, 2014.

- d) multiple, con due o più unità coniugali, cioè verticali (marito, moglie, figlio e moglie del figlio) ed orizzontali (ad esempio: due o più fratelli che vivono con le rispettive mogli ed eventualmente i figli);
- e) complesse, quando si considerano insieme le estese e le multiple⁽⁴²⁾.

A ciò si potrà aggiungere la famiglia tribale o *gang*, formata da parenti, affini e conoscenti, tutti conviventi, che raggruppi le famiglie senza struttura e complesse.

Si immagina, ad esempio, una coppia (eterosessuale oppure omosessuale) unita in un rapporto informale, promiscuo ed occasionale, a semplice richiesta immediatamente risolubile, aperta alla poligamia, alla fecondazione eterologa ed all'eutanasia, che abbia figli propri (naturalmente anche incestuosi) ed adottivi di qualunque tipo, compresi gli animali⁽⁴³⁾.

A livello strettamente patrimoniale, superati gli istituti civilistici classici, si potrebbe teorizzare la possibilità per i membri più anziani di destinare dei fondi ovvero delle rendite per il sostentamento dei componenti i gruppi della *gang*, anche per il caso di eventuali faide tra gli stessi, con possibilità di costituzione *inter vivos* oppure *mortis causa*. Tali fondi potrebbero comprendere sia denaro, che beni mobili o immobili in regime di comunione a mani riunite.

In ambito successorio sarebbe verosimile, una volta scomparse le forme testamentarie ed estinta la categoria de legitimari, ipotizzare una sorta di auto – diseredazione (auto - esclusione) da parte di colui o coloro che si ritengono già soddisfatti in vita, con la eventuale possibilità di rinuncia (rappresentazione volontaria) a favore dei discendenti, qualora vi siano.

L'alternativa a tale quadro potrebbe essere rappresentata *de iure condendo*: a) dalla riscoperta del diritto naturale; b) dal principio di affettività⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ P. LASLETT, *Famille et ménage*, in *Annales*, 4-5, 1972, pp. 34-54.

⁽⁴³⁾ Dopo l'introduzione dei delitti contro il sentimento degli animali (Titolo XI-bis inserito nel Libro II c.p. con l. 189/2004) che precede i delitti contro la famiglia, ci si aspetta una tutela in sede civile, con riconoscimento di eventuali *status* per i medesimi.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione. Atti del convegno di Assisi. 24-25 maggio 2013*, cit., p. 80, secondo cui le relazioni affettive di

Il diritto naturale postula l'esistenza di un insieme di valori insiti nella natura umana, i quali si presentano come oggettivi, eterni ed immutabili nel tempo⁽⁴⁵⁾ e si sostanziano in una serie di precetti⁽⁴⁶⁾ presenti nella coscienza comune della nostra società (ad esempio: la reciprocità, il criterio di corrispondenza e di proporzionalità degli scambi, l'imparzialità e l'equità⁽⁴⁷⁾). Tale diritto si pone come dover-essere (dovere in senso morale) rispetto al dovere di natura, inteso in senso fisico, naturalistico e meccanicistico⁽⁴⁸⁾. Con esso si esprime un'esigenza di giustizia ideale che si sostanzia in norme che lasciano ai destinatari la libertà di obbedire o trasgredire⁽⁴⁹⁾. I precetti del diritto naturale, preordinati anche alla protezione della famiglia⁽⁵⁰⁾, posso essere utili per colmare le lacune del diritto positivo⁽⁵¹⁾ ovvero integrarle, non escludendo possibilità di variazioni nel caso in cui le necessità sociali lo esigano⁽⁵²⁾. Una prospettiva dunque, che favorisca la riscoperta dell'istituto matrimoniale e la concezione paidocentrica del diritto di famiglia⁽⁵³⁾, coniugando gli interessi del minore con le sue esigenze affettive concrete⁽⁵⁴⁾.

un minore di fatto instaurate nei confronti di un nucleo familiare prevalgono sulle logiche giuridiche e formali.

⁽⁴⁵⁾ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano, 2008, p. 38.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. A. DONATI, *Diritto naturale e globalizzazione*, Roma, 2007, p. 245, che distingue precetti positivi (onorare Dio, vivere secondo ragione, onorare i defunti, rispettare i genitori, proteggere la comunità di appartenenza, respingere l'ingiustizia con la forza della giustizia) e negativi (non insidiare il prossimo, non uccidere, non avvantaggiarsi a spese altrui, non commettere adulterio, non dire falsa testimonianza).

⁽⁴⁷⁾ F. DAL POZZO, M. RONCORONI, *Filosofia, giustizia, diritto*, cit., p. 332.

⁽⁴⁸⁾ F. DAL POZZO, M. RONCORONI, *Filosofia, giustizia, diritto*, cit., p. 331.

⁽⁴⁹⁾ F. DAL POZZO, M. RONCORONI, *Filosofia, giustizia, diritto*, cit., p. 336.

⁽⁵⁰⁾ A. DONATI, *Diritto naturale e globalizzazione*, cit., p. 275.

⁽⁵¹⁾ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Bari, 2011, p. 143.

⁽⁵²⁾ A. DONATI, *Diritto naturale e globalizzazione*, cit., p. 277.

⁽⁵³⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, 2ª ed., Milano, 2013, p. 547.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione. Atti del convegno di Assisi. 24-25 maggio 2013*, cit., p. 95.