

LA FAMIGLIA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO (*)

SOMMARIO: 1. La famiglia tra astrazione concettuale e pluralità di modelli sociali. — 2. La famiglia nella Costituzione: inconfigurabilità di un interesse superindividuale della famiglia fondata sul matrimonio e rilevanza delle unioni di fatto come formazioni sociali strumentali alla piena realizzazione della persona. — 3. Natura privatistica degli interessi familiari e fondamento negoziale del matrimonio. — 4. La famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio": ambiguità della formula e impossibilità di intenderla nel senso dell'appartenenza della famiglia ad un ordinamento di diritto naturale. — 5. Confutazione della pretesa tutela esclusiva riservata dalla Costituzione alla famiglia fondata sul matrimonio; la parificazione dei diritti e doveri dei genitori nei confronti dei figli "anche se nati fuori di matrimonio" priva il matrimonio della funzione familiare più essenziale. Presenza nell'ordinamento di ipotesi tipiche di rapporti familiari non costituiti dal matrimonio. — 6. *Favor matrimonii* e *favor familiae* nella Costituzione: ragioni e limiti della preminenza accordata alla famiglia fondata sul matrimonio. — 7. Breve disamina della rilevanza delle unioni di fatto nella legislazione vigente e negli orientamenti giurisprudenziali. — 8. L'evoluzione annunciata: compatibilità di una disciplina organica delle convivenze non fondate sul matrimonio con i principi fondamentali dell'ordinamento e considerazioni minime sulla sua opportunità.

1. La famiglia è da tempo stabilmente al centro di profonde preoccupazioni di ordine politico. Per ragioni che sono certamente legate al confronto tra diverse concezioni del mondo e all'acuirsi, con l'intensificarsi dei flussi migratori, del contrasto tra valori religiosi, etici e culturali profondamente divergenti che pongono in discussione l'unicità del modello familiare, ma che sono soprattutto dovute all'incalzare di esigenze più immediate e pressanti, che attengono strettamente alla funzione sociale della famiglia e, in particolare, al tradizionale contributo che essa ha storicamente fornito all'ordine, alla stabilità e all'inclusione sociale e che non sembra più in grado di garantire. Almeno

(*) Il lavoro riproduce, con alcuni adattamenti e l'aggiunta delle note, la relazione tenuta al Convegno "Famiglia o famiglie? Interrogiamo il diritto", svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata il giorno 27 aprile 2007, ed è destinato agli *Studi in onore di D. Messinetti*.

non negli stessi termini di un passato anche non troppo lontano. Ciò a causa del progressivo frammentarsi della struttura familiare. Non v'è dubbio, infatti, che la realtà sociale della famiglia italiana, così come è del resto avvenuto in tutta l'area dei Paesi occidentali, abbia subito, specie negli ultimi decenni, profonde trasformazioni, connotate, secondo le rilevazioni statistiche, da processi di semplificazione, corrispondendo all'aumento del numero di famiglie la diminuzione del numero medio di componenti, ma anche e specialmente da processi di diversificazione, essendo aumentata la varietà delle tipologie familiari. Lo stretto rapporto tra matrimonio e famiglia è, in particolare, andato via via attenuandosi, risultando in costante aumento le convivenze *more uxorio* con o senza figli, le famiglie cosiddette ricostituite, in cui i genitori, uniti o no in matrimonio, hanno figli propri accanto ad altri provenienti da precedenti unioni, e le famiglie monogenitoriali, in cui il genitore convive con uno o più figli legittimi o naturali (1). A ciò si aggiunge il fenomeno della coppia omosessuale, che aspira con intensità crescente ad ottenere un pieno riconoscimento sociale e giuridico.

La varietà di tali situazioni sono da tempo segnalate dagli studi sociologici che, nello scrutinarne le svariate motivazioni di ordine sociale, culturale ed economico, ricavano anche la conferma che la struttura e la funzione della famiglia, quale istituzione storico-sociale, sono destinate a mutare per adattarsi alle dinamiche che involgono la società nel suo complesso, di cui la famiglia è parte integrante (2).

(1) Dall'indagine conoscitiva sulle condizioni sociali delle famiglie in Italia, approvata dalla Commissione Affari sociali e presentata alla Camera dei deputati nell'aprile 2007, risulta inoltre che le nuove forme familiari, comprendenti i *single* non vedovi, le coppie non coniugate o ricostituite e i genitori soli ammontano a circa 5 milioni e duecentomila nel 2005 (23% del totale), rispetto ai 3 milioni e cinquecentomila nel 1995 (16,8%). Si registra, poi, una tendenza alla crescita dei *single* (25,9%) e delle coppie senza figli (19,8%), che si accompagna alla diminuzione delle coppie con figli (39,5%) e delle famiglie estese o multiple (5,1%). Tali trasformazioni hanno comportato un sensibile aumento dei figli nati da coppie di fatto, che, dal 1995 al 2004, sono passati dall'8,1 al 13,7 dei neonati fuori dal matrimonio.

(2) Questa realtà è ben presente nella riflessione dei giuristi più attenti. Avverte, in particolare, F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. SCALISI, Milano, 2004, 521 ss.; che "l'etnocentrismo della cultura giuridica", incentrato "sull'esclusività e la perennità della famiglia fondata sul matrimonio dovrebbe cedere il passo ad una cultura del pluralismo ed a una 'ideologia della neutralità', necessariamente portata a relativizzare e a storicizzare le istituzioni della nostra tradizione e risolutamente impegnata al rispetto tollerante delle tradizioni e delle usanze altre". Ampia attenzione alla famiglia come

L'emersione di nuove realtà sociali costituisce, tuttavia, per il giurista un serio problema, non potendo egli limitarsi a seguirne e ad analizzarne le vicende. Compito precipuo del diritto è, infatti, quello di decidere non dell'essere ma del dover essere, distinguendo ciò che è lecito da ciò che lecito non è, o, meglio, individuando gli interessi meritevoli di tutela, sulla base, evidentemente, in assenza di norme puntuali cui riferirsi, della gerarchia dei valori espressa dall'ordinamento.

Indicazione che, con riferimento all'emergere di nuove forme familiari, implica di necessità una profonda riflessione su quale sia il giusto contemperamento, in un settore così intimo della vita privata e nel contempo di enorme valenza sociale, tra le esigenze dell'individuo e l'interesse generale.

Questione delicata e particolarmente complessa, che da tempo sollecita l'attenzione dei giuristi, ma che diviene naturalmente di stringente attualità ogni volta che sia alle porte un intervento legislativo teso a disciplinare in modo organico i modelli familiari diversi da quelli fondati sul matrimonio. Nell'ambito, peraltro, di una discussione i cui termini essenziali restano sostanzialmente immutati. Il dibattito odierno, in effetti, appare agli addetti ai lavori, e probabilmente non soltanto ad essi, un *déjà vu*, riproponendosi i medesimi argomenti, pro e contro, sviscerati già all'apparire dei primi tentativi di legiferare in materia, che risalgono, quanto meno, al 9 ottobre 1987, data della prima proposta di legge diretta a regolare le convivenze *more uxorio* presentata al Parlamento (3).

La riflessione sul ruolo che la famiglia occupa nell'ordinamento giuridico vigente deve, quindi, inevitabilmente soffermarsi su questioni

fenomeno sociale destinata a mutare con il mutamento complessivo della società di cui è parte è presente nella riflessione di S. ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1983, spec. 7 ss.

Per un'accurata esposizione delle diverse teorie sociologiche rivolte a spiegare i mutamenti della famiglia, v., comunque, A. ARDIGÒ, *Sociologia della famiglia*, in *Questioni di sociologia*, I, Brescia, 1966, 580 ss. Per la letteratura più recente, cfr., fra gli altri, J. GOODY, *La famiglia nella storia europea*, Roma-Bari, 2005; C. SARACENO e M. NALDINI, *Sociologia della famiglia*, Bologna, 2001; J.E. DIZARD e H. GADLIN, *La famiglia minima*, Milano, 1996.

(3) La proposta originò, tra l'altro, un importante convegno organizzato dal prof. A. Marini e svoltosi a Roma il 3 dicembre dello stesso anno dal titolo, eloquentemente interrogativo, *Una legislazione per la famiglia di fatto?* (Napoli, 1988).

ben note, che, per quanto ampiamente approfondite, restano assolutamente irrisolte, continuando ad alimentare contrasti e divisioni.

Scontato, ma necessario al fine della chiarezza del discorso, è, in particolare, ricordare che per lungo tempo l'orientamento dottrinale prevalente circa la rilevanza giuridica della famiglia è rimasto suggestionato dall'idea che l'assenza nel codice civile di una definizione di famiglia fosse dovuta non a mera casualità o dimenticanza del legislatore, ma derivasse da una precisa scelta, quella, cioè, di rinunciare a definire "un istituto che è pregiuridico, che è sorto prima che il concetto di diritto si isolasse da altri concetti affini, un istituto che non è suo, che esso non può dominare, del quale può soltanto regolare certi aspetti". Rimasta celebre è, in particolare, l'immagine della famiglia "come un'isola che il mare del diritto può lambire soltanto", essendo la sua intima-essenza-metagiuridica (4).

Tuttavia, il legislatore ha operato nel tempo interventi incisivi sulla famiglia, che ne hanno profondamente modificato la struttura e la funzione rispetto all'originario modello codicistico. Basti pensare, per tutti, all'introduzione del divorzio, che ha posto definitivamente fine ad ogni possibilità di concepire la famiglia in chiave istituzionale, quale organismo, cioè, portatore di interessi di natura superindividuale, la realizzazione dei quali giustificerebbe il sacrificio degli interessi dei singoli componenti e, in particolare, dei coniugi. Importanti normative di settore sono poi state emanate anche per governare, sia pur non senza incertezze e ritardi, lo spontaneo svilupparsi di esperienze familiari alternative al matrimonio, come dimostra, da ultimo, la regolamentazione del ricorso alla procreazione assistita, consentita anche ai conviventi *more uxorio* oltre che ai coniugi (art. 5 l. 19 febbraio 2004 n. 40).

La rappresentazione della famiglia come un'isola non appare, dunque, più corrispondente alla realtà, dovendosi piuttosto constatare, richiamando un'altra felice immagine (5), che la famiglia è ormai divenuta un arcipelago, anche piuttosto frastagliato e, comunque,

(4) È la celebre similitudine coniata da A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. sem. giur. Univ. Catania*, 3, 1949, 38 ss. L'illustre a. è stato, com'è noto, uno dei più lucidi ed autorevoli esponenti della cultura cattolico liberale e la sua idea di famiglia ricalca chiaramente l'insegnamento del pensiero cattolico, secondo cui la famiglia è parte della creazione divina e, quindi, governata da leggi "naturali" immutabili, che non possono e non debbono essere modificate dal diritto positivo.

(5) Che si deve a F.D. BUSNELLI, *op. loc. cit.*

alquanto esposto all'opera modificatrice delle onde vigorose del mare del diritto (6).

Resta, peraltro, vero che nella legge ordinaria continua ad essere assente una definizione generale di famiglia, assenza che fa il pari con la mancanza di una definizione di matrimonio.

○ Ciò ha indotto, non senza ragioni, ad escludere che il concetto di famiglia abbia una qualche rilevanza giuridica, prendendo l'ordinamento in considerazione soltanto la posizione del singolo nei diversi rapporti familiari di volta in volta disciplinati (7). In effetti, è agevole constatare che ogni qualvolta una relazione familiare assume rilievo giuridico, il legislatore puntualizza i vincoli di coniugio, di parentela o di affinità cui quel rilievo è attribuito. Vi sono, è vero, anche dei casi in cui il legislatore indica esattamente cosa si debba intendere per famiglia. Tali indicazioni, però, sono sempre rivolte a risolvere specifiche questioni e non si prestano, quindi, ad essere estese oltre lo stretto ambito applicativo delle norme che le prevedono. Si rilevano, pertanto, del tutto inidonee ad essere utilizzate per delineare un concetto unitario di famiglia.

Lo conferma l'estrema diversificazione delle definizioni che, di volta in volta, ricorrono. Si consideri, ad esempio, l'ampia nozione di famiglia anagrafica, secondo la quale essa è costituita da un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso Comune, con la precisazione che una famiglia può essere costituita anche da una sola persona (art. 4 l. 24 dicembre 1954 n. 1228; d.P.R. 30 maggio 1989 n. 223), e la si confronti con la ben più ristretta delimitazione dei vincoli familiari rilevanti ai fini della partecipazione all'impresa familiare operata dall'art. 230-bis c.c., secondo cui per familiare deve intendersi unicamente il coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo grado. Si tratta, con ogni evidenza, di indicazioni assolutamente inconciliabili.

2. L'art. 29, comma 1, Cost., tuttavia, riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Secondo una

(6) La rilevanza nell'ordinamento di una pluralità di modelli familiari è puntualmente rilevata da V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, in *La riforma del diritto di famiglia 10 anni dopo. Bilanci e prospettive*, Atti del Convegno di Verona del 14-15 giugno 1985, Padova, 1986, 274 ss.

(7) Cfr., in particolare, A. PINO, *Il diritto di famiglia*, Padova, 1977, 14 ss. In termini analoghi v. anche E. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia e interventi pubblici*, Bologna, 1981, 67.

vasta corrente d'opinione, la formula non soltanto fornirebbe una definizione di carattere generale della famiglia, ma impegnerebbe altresì il legislatore ordinario a non consentire altri modelli familiari (8). Si è, con ciò, al punto nodale della questione, dato che una tale convinzione non soltanto ha costituito e continua a costituire l'ostacolo di ordine tecnico più forte all'introduzione di ogni soluzione normativa di carattere generale in favore delle convivenze etero ed omosessuali, ma ha finora impedito anche la totale parificazione dei figli naturali ai figli legittimi, circostanza certamente ancor più grave (9).

(8) C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto di famiglia*, in *Commentario sistem. Cost.*, diretto da CALAMANDREI e LEVI, Roma, 1950; G. STELLA RICHTER, *Aspetti civilistici del concubinato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1123; A. DE CUPIS, *Il concubinato nel diritto privato*, in *Foro pad.*, 1961, III, 1975; S. PULEO, *Concetto di famiglia e rilevanza della famiglia naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 380 ss., per il quale la formula dell'art. 29 Cost. "esclude sia il riconoscimento della famiglia naturale da cui sorgono vincoli analoghi a quelli che derivano dal matrimonio, ma di natura diversa, sia, ed a maggior ragione, di unioni o famiglie improntate a schemi diversi da quelli del matrimonio, sia infine l'ammissibilità nell'ordinamento giuridico di tipi di matrimonio diversi dal matrimonio previsto dalla Costituzione"; A. TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglia senza famiglia?*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 19 ss.

(9) Difatti, la parificazione dei figli naturali ai figli legittimi fu aspramente combattuta nell'ambito dell'Assemblea Costituente in nome dell'esigenza di difendere la preminenza della famiglia legittima. Particolarmente esplicite sono, al riguardo, le affermazioni dell'on. Umberto Merlin, secondo il quale, "se noi elevassimo i figli illegittimi alla parità, noi abbasseremmo i legittimi, e questo non si può fare se non a patto di danneggiare la difesa della famiglia legittima, l'unica che deve essere riconosciuta" (*Assemblea Costituente, Atti della Commissione per la Costituzione*, Vol. I, *Relazioni e proposte*, Prima sottocommissione, Segretariato della Camera dei Deputati, s.d., 936). Un tale rischio è tuttora avvertito, ritenendo che "la conservazione della distinzione tra la filiazione legittima e la filiazione naturale ha rilievo ordinamentale in quanto, dalla sua negazione [...] segue, o può seguire, la legittimazione delle unioni di fatto, della poligamia, della poliandria, dell'adulterio, della bigamia" (A. DONATI, *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, Padova, 2004, 216). Si suggerisce, quindi, in questa prospettiva, di giungere ad una *interpretatio restrictiva* del comma 1 dell'art. 30 Cost., che parifica i genitori naturali ai genitori legittimi quanto ai diritti e doveri nei confronti della prole, ritenendo che l'adempimento di tali obblighi sia soggetto al limite della compatibilità "con i diritti dei membri della famiglia legittima" previsto dal comma 3 della medesima norma costituzionale (A. DONATI, *op. cit.*, 212). Indicazione, invero, sorprendente ed inaccettabile, trascurando che la Costituzione italiana, come, del resto, ogni Costituzione moderna, è informata al principio fondamentale di eguaglianza "senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali" (art. 3, comma 1), alla luce del quale deve essere superato ogni dubbio interpretativo. È, del resto, evidente che in nome della difesa di un valore astratto, come quello della famiglia fondata sul matrimonio, non

Il problema interpretativo che la norma costituzionale pone è, comunque, complesso. Tuttavia, che essa affermi la rilevanza esclusiva della famiglia fondata sul matrimonio non trovava concordi neppure i Costituenti. È stato, infatti, di recente ricordato (10) che i resoconti dei lavori dell'Assemblea Costituente riportano la dichiarazione di Costantino Mortati, secondo cui il riconoscimento dei diritti della famiglia legittima come società naturale fondata sul matrimonio doveva essere inteso come rivolto non a fornire una definizione esclusiva di famiglia, ma a garantire alla famiglia una sfera di autonomia rispetto ai poteri dello Stato. In questo stesso senso si esprimeva anche Aldo Moro, il quale esplicitamente affermava, sempre secondo quanto riferito dai resoconti dell'Assemblea Costituente, che l'art. 29, comma 1, Cost. non esprime una definizione, ma una determinazione di limiti (11).

Vi sono, comunque, argomenti di ordine sistematico che paiono convincere dell'impossibilità di considerare il riconoscimento costituzionale dei diritti della famiglia fondata sul matrimonio preclusivo della rilevanza di ogni altro modello familiare.

Per quanto la famiglia costituisca indubbiamente il nucleo fondamentale della società, non sembra dubbio che il "valore dei valori" enunciato dalla Costituzione, ai sensi dell'art. 2, non sia la famiglia, ma la persona, titolare, in quanto tale, di diritti fondamentali inviolabili, che devono essere tutelati e garantiti sia come singolo, sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità (12). Ne deriva che

possa essere consentito il sacrificio di un diritto fondamentale della persona come quello dell'eguaglianza di fronte alla legge che, nella circostanza, si lega strettamente al diritto, anch'esso fondamentale, del figlio di ottenere dai propri genitori tutto ciò che occorre a garantire il pieno sviluppo della sua personalità. Di ciò non dubita, fortunatamente, la Corte Costituzionale che, nell'ammettere la possibilità di assegnare l'abitazione al convivente *more uxorio* affidatario dei figli minorenni o che viva con figli maggiorenni non economicamente autosufficienti, ha giustamente avuto modo di affermare che "il matrimonio non costituisce più elemento di discriminazione nei rapporti fra genitori e figli — legittimi e naturali riconosciuti — identico essendo il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri" (Corte cost. 13 maggio 1998 n. 166, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 678, con nota di G. FERRANDO).

(10) V. la Dichiarazione-appello sull'interpretazione dell'art. 29 della Costituzione promosso dalla Fondazione Critica Liberale e firmato da 23 docenti universitari di diritto costituzionale e di diritto privato.

(11) Le opinioni erano, peraltro, assai diversificate, dato che i Costituenti di ispirazione cattolica erano prevalentemente orientati ad ottenere che la Costituzione riservasse una tutela esclusiva alla famiglia fondata sul matrimonio.

(12) È, infatti, opinione largamente condivisa che l'art. 2 Cost. non abbia il

la famiglia, anche quando sia fondata sul matrimonio, non costituisce nella prospettiva costituzionale un fine, ma un mezzo, dipendendo la sua meritevolezza di tutela dall'essere in concreto capace di favorire il pieno e libero sviluppo della personalità dei suoi membri. In quanto questo è l'unico compito che la famiglia è chiamata ad assolvere, essa, nonostante la formulazione letterale dell'art. 29, comma 1, Cost., non può essere ritenuta destinataria di diritti ed interessi propri, distinti da quelli dei suoi componenti (13). La famiglia non è, pertanto, per il diritto un ente collettivo dotato di soggettività giuridica (14), né mai

valore di mera clausola riassuntiva dei diritti e dei correlati doveri contemplati in altre norme costituzionali, ma sia una clausola aperta, che consente di garantire le esigenze essenziali della persona in ogni luogo ed occasione in cui queste si manifestino, anche oltre le ipotesi espressamente previste. V., in questo senso, per tutti, PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 174 s.; nonché, D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 373.

(13) V., al riguardo, quanto già sottolineato da F. VASSALLI, *Lezioni di diritto matrimoniale*, I, Padova, 1932, 28. Nello stesso senso, cfr., fra gli altri, C.M. BIANCA, *Famiglia (diritti di)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, 71; M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi, in Il codice civile, Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1990, 23; nonché A. PINO, *op. cit.*, 7, secondo il quale, "quando la legge fa riferimento all'interesse della famiglia, così come quando fa riferimento ai bisogni, alle esigenze, alle necessità della famiglia, non va ricercato un interesse 'superiore', nel quale si fondono e si confondono gli interessi giuridici e quelli extragiuridici dei singoli componenti o al quale questi ultimi interessi sono subordinati, ma va individuato di volta in volta lo specifico interesse, cui si riferisce la singola disposizione".

(14) Che la famiglia sia accreditabile di una personalità giuridica separata da quella dei suoi membri è generalmente escluso (cfr. C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, I, Milano, 1951, 556 ss.; R. NICOLÒ, *La filiazione legittima nel quadro dell'art. 30 della Costituzione*, in *Democrazia e diritto*, 1960, 8; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965, 37; P. BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1973, 783; P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, in *Saggi di diritto privato*, Padova, 1999, 348 ss.; S. PULEO, *Famiglia: II) Disciplina privatistica in generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, 9; C.M. BIANCA, *op. loc. cit.*). Concorda su ciò anche chi concepisce la famiglia come organismo etico, che esprime un superiore interesse di carattere pubblico, capace di porsi come valore ordinante e, quindi, unificante, la molteplicità dei rapporti familiari. Cfr., al riguardo, A. DONATI, *op. cit.*, 224, secondo il quale "la famiglia si identifica con i suoi membri secondo un ordinamento gerarchico e ipotizzare, al di sopra dei genitori, una persona giuridica di cui i genitori stessi sarebbero le menti ordinanti, non ha alcun senso". Tuttavia, delle due l'una: o l'interesse dei singoli componenti della famiglia è subordinato a quello della famiglia, e allora si concepisce la famiglia come un ente distinto dalle persone che la compongono; o la famiglia è semplicemente la forma che assume la relazione personale che lega i suoi membri, e allora non v'è motivo di intendere la famiglia come un'istituzione ordinata da un

potrebbe in alcun modo divenirlo, venendo, piuttosto, in considerazione semplicemente quale luogo necessario alla realizzazione dei bisogni individuali più profondi ed essenziali e, come tale, giuridicamente tutelato e garantito. Per diritti della famiglia, quindi, non possono che intendersi i diritti dei membri della famiglia stessa, espressi con formula sintetica (15).

○ Sono diritti che attengono a scelte esistenziali, il cui libero esercizio, quindi, deve essere assicurato contro il pericolo di indebite ingerenze da parte dell'autorità dello Stato, secondo quello che è il significato sostanziale più certo attribuibile all'art. 29, comma 1 (16). Salvo, ovviamente, che i rapporti non assumano forme patologiche per cui sia

principio etico superiore di natura pubblicistica. Per la considerazione della famiglia, unitamente agli altri gruppi od enti espressamente previsti dalla Costituzione, come soggetto privato di diritto costituzionale, v. P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 14 ss. Secondo una diversa prospettiva, si è più recentemente suggerito che l'espressione "società naturale" dovrebbe essere intesa nel senso che la famiglia, nonostante la carenza di una propria personalità giuridica, si pone come centro autonomo di imputazione e di riferimento per alcuni diritti. I quali si denominano, appunto, come familiari per il fatto che vengono esercitati nel suo interesse dai suoi componenti *uti socii* e non già *uti individui* e che al tempo stesso si pongono come necessario, od anche soltanto opportuno, limite e temperamento per quelli individuali e spesso individualistici, come, per esempio, le libertà personale, di domicilio, di corrispondenza, di circolazione, di soggiorno, di espatrio, di fede religiosa e di manifestazione del pensiero (P. GROSSI, *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in questa *Rivista*, 2005, 2, 585). È evidente, peraltro, che, da un lato, nessuna norma costituzionale o ordinaria sembra autorizzare la concezione della famiglia come ente dotato di una propria soggettività giuridica e, dall'altro lato, a giustificare il limite posto all'esercizio dei diritti individuali appare sufficiente l'impegno reciproco dei coniugi, assunto con il matrimonio, a porre in essere una comunione di vita materiale e spirituale.

(15) P. BARCELONA, *op. cit.*, 783: "nell'art. 29 Cost., l'espressione diritti della famiglia è semplicemente un'espressione sintetica per indicare i diritti dei singoli nell'ambito della relazione familiare, in quanto 'mancano nella disciplina della famiglia' i tratti caratteristici che esprimono la rilevanza di una attività di gruppo, giacché la famiglia non è assunta come punto di riferimento di un tipo di tutela diversa da quella che la legge appresta ai singoli membri".

(16) Esplicita è, al riguardo, l'opinione dell'on. Aldo Moro, che, in sede di Assemblea Costituente, dichiarava di votare a favore della formula, "poiché essa corrisponde ad un'evidente preoccupazione di ordine politico che da parte del suo gruppo è stata fatta valere e che ha trovato accoglimento da parte della on. Nilde Iotti, preoccupazione che riguarda la lotta contro il totalitarismo di Stato, il quale intacca innanzi tutto la famiglia, per potere, attraverso questa via, più facilmente intaccare la libertà della persona" (*Assemblea Costituente*, cit., 347). Ma sul significato da attribuire alla formula "società naturale" v., più ampiamente, oltre.

a rischio l'integrità fisica, psichica o morale dei componenti del nucleo familiare, ovvero non siano adeguatamente assolti i doveri verso i figli.

3. Da ciò si trae la conferma che la famiglia, pur svolgendo un'essenziale funzione sociale e ancorché fondata sul matrimonio, è un istituto di diritto privato, essendo rivolto a tutelare esclusivamente interessi individuali e non quelli di un ente giuridico collocato in posizione intermedia fra gli individui e lo Stato. Né varrebbe in diverso senso rilevare che gli interessi familiari sono in larga parte interessi indisponibili, poiché tale indisponibilità dipende semplicemente dal fatto che sono interessi fondamentali della persona e non dalla circostanza che sono finalizzati alla realizzazione di scopi di natura pubblicistica. È opportuno ricordare, al riguardo, che gli stessi poteri autoritativi attribuiti ai genitori sui figli, pur costituendo nei loro confronti un dovere, rilevano all'esterno quali diritti soggettivi, opponibili nei confronti dello Stato e di qualunque terzo, essendo posti a garanzia anche della fondamentale libertà di educazione e di istruzione, che, se venisse meno, ogni forma di pluralismo sociale e politico rischierebbe di essere soffocato (17).

Sotto questo profilo, è necessario ulteriormente precisare che, qualunque idea si abbia del matrimonio quale atto giuridico (18), la

(17) Sottolinea che l'indicazione costituzionale del diritto dei genitori di mantenere, educare e istruire la prole (art. 30, comma 1) tutela l'interesse dei genitori ad esercitare la potestà nei confronti dello Stato e dei terzi anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *Famiglia. Successioni*, Milano, 2004, 286. Per più ampie indicazioni, v., comunque, F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Codice civile, Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2006.

(18) Di gran lunga prevalente è, comunque, la convinzione che il matrimonio abbia natura negoziale. Cfr., per tutti, L. BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Milano, 1941, 16 e 93 ss.; A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1961, 44; C. GANGI, *Il matrimonio*, Milano, 1953, 27 ss.; F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, II, Bologna-Roma, 1971, 10, che, precisamente, definisce il matrimonio un negozio di diritto privato a rilevanza sociale. Non manca, tuttavia, chi ritiene il matrimonio un negozio giuridico complesso a struttura plurilaterale, in quanto i suoi scopi e la sua funzione toccano direttamente l'interesse pubblico e si perfeziona con il concorso della dichiarazione dell'ufficiale di stato civile (cfr., in questo senso, sulla scia dell'insegnamento di F. VASSALLI, *Lezioni*, cit., 82, soprattutto, A. TRABUCCHI, *Natura, legge, famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 16 s. Analogamente, cfr. V. PIETROBON, *Sull'essenza del matrimonio civile*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*, cit., 223, il quale osserva che soltanto lo Stato può creare il particolare rapporto giuridico in cui si sostanzia il matrimonio, che, essendo caratterizzato dal diritto

circostanza che la celebrazione richieda la presenza dell'ufficiale di stato civile non vale certamente a far assumere allo Stato diritti e doveri nei confronti degli sposi, non divenendo certamente lo Stato, per il tramite dell'intervento dell'ufficiale di stato civile, destinatario di alcuno degli effetti propri del matrimonio (19). Come, infatti, sottolineato dalla migliore dottrina, la dichiarazione dell'ufficiale di stato civile che le parti sono unite in matrimonio vale come atto di certazione, rivolto, oltre che, probabilmente, a perfezionare dal punto di vista formale la celebrazione del matrimonio (20), a darne pubblica certezza e, dunque, a renderlo opponibile *erga omnes* (21).

Non per questo, peraltro, l'atto di matrimonio può dirsi un atto di diritto pubblico, non essendo i coniugi in alcun modo vincolati al perseguimento di finalità di carattere pubblico. Del resto, la concezione pubblicistica della famiglia rappresenta un'insidia pericolosissima per le libertà individuali, rendendo permeabile quella che è la primaria agenzia educativa agli interessi e ai valori autoritativamente imposti dall'esterno. Non a caso essa è propria dei regimi politici di stampo autoritario, come le vicende storiche anche italiane hanno ampiamente dimostrato. L'idea della famiglia come "prima cellula della Nazione" e, dunque, come "istituto sociale e politico" fu, infatti, come tutti sanno, fortemente sostenuta dal fascismo, il quale, oltre a piegare la famiglia ad esigenze di politica demografica e di tutela della razza, riuscì a far

esclusivo dei coniugi ad avere una vita comune, concerne direttamente anche la generalità dei consociati). Chi, poi, ritiene che la famiglia sia regolata dall'ordinamento al fine della realizzazione di interessi metaindividuali è, ovviamente, indotto a considerare il matrimonio un atto dello Stato (A. DONATI, *op. cit.*, 206), accogliendo integralmente l'indicazione di A. CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914.

(19) Precisa al riguardo che la volontà del celebrante non concorre con quella degli sposi all'assunzione dell'impegno coniugale e la sua dichiarazione "assolve piuttosto una funzione certificativa equiparabile a quella che si riscontra in generale negli atti rogati da un pubblico ufficiale a pena di nullità", C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, 38. In questo stesso senso v., altresì, già A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, cit., 235 s. Diversamente, A. DONATI, *op. cit.*, 202 ss.

(20) Secondo l'opinione prevalente, infatti, in assenza della pronuncia dell'ufficiale di stato civile che le parti sono unite in matrimonio l'atto dovrebbe ritenersi inesistente. Cfr., ancora, F. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 85. Diversamente, sottolineando che l'ufficiale di stato civile non ha il potere di unire in matrimonio, ritiene irrilevante ai fini della validità del matrimonio la pronuncia della formula verbale da parte dell'ufficiale di stato civile che abbia ricevuto le dichiarazioni delle parti, C.M. BIANCA, *op. cit.*, 59.

(21) V., al riguardo, M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 769 ss. Nello stesso senso, C.M. BIANCA, *op. loc. ult. cit.*, che attribuisce all'ufficiale di stato civile una funzione certificativa pubblica.

approvare, ed anche questo è ben noto, l'inserimento nel codice civile di una norma con cui si obbligavano i genitori ad impartire ai figli un'educazione ed un'istruzione conformi "ai principi della morale e al sentimento nazionale fascista" (art. 147, comma 2, c.c., nel testo originario).

Il matrimonio, in ogni caso, è integralmente regolato dal codice civile. Sì che, quando si obietta, come spesso si sente ripetere, che a garantire i diritti dei singoli all'interno delle unioni di fatto basterebbe modificare alcune norme del codice civile senza dover introdurre un nuovo modello familiare, non si tiene adeguatamente conto che il codice civile è, appunto, la *sedes materiae* deputata a regolare i rapporti familiari e l'introduzione di norme volte a disciplinare rapporti familiari diversi da quelli fondati sul matrimonio finirebbe inevitabilmente per incidere sulla stessa nozione giuridica di famiglia.

4. Il problema interpretativo più impegnativo resta, peraltro, quello concernente il significato da attribuire alla qualificazione della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio, formula che costituisce un vero e proprio enigma, se non un evidente *ossimoro*, come pure è stato detto (22).

Secondo la lettura ispirata alla concezione cattolica, per società naturale dovrebbe intendersi propriamente società di diritto naturale (23). Il diritto naturale, tuttavia, evoca un sistema teorico-concettuale difficile, se non impossibile, da delineare in termini univoci, essendo incerto già quale sia la natura stessa dell'uomo (24).

Per Hobbes, ad esempio, nello stato di natura l'uomo sarebbe in una condizione di guerra perenne, al contrario per Pufendorf. Quanto all'individuazione dei singoli diritti o istituti che dovrebbero essere considerati naturali, resta incontestabile l'osservazione che a scorrere le opinioni espresse nel tempo dai giusnaturalisti non è dato rinvenire

(22) R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, 1066.

(23) Questa era, del resto, la ferma convinzione espressa dall'on. La Pira in sede di Assemblea Costituente (*Resoconti Prima sottocommissione*, 6 novembre 1946, 347), il quale, nel motivare il proprio voto favorevole alla formulazione della norma, affermava che con l'espressione "società naturale" si intende "un ordinamento di diritto naturale".

(24) È certo significativo che lo stesso Aldo Moro (*Assemblea costituente, Resoconti Prima sottocommissione*, 6 novembre 1946, 345) ritenesse che il termine "diritto naturale", "così controverso, offra una garanzia costituzionale meno salda di quella contenuta nella formula ['società naturale'] proposta dai relatori".

alcuna affermazione di corrispondenza alla natura di questo o quel diritto a cui non si possa contrapporre il riconoscimento della corrispondenza alla natura del diritto contrario (25). Così è stato, in particolare, per la libertà e la schiavitù, la proprietà individuale e quella collettiva, il dovere di obbedienza all'autorità costituita e il diritto di resistenza (26).

Lo stesso istituto del matrimonio è stato oggetto di accese dispute, non sembrando del tutto sicuro che la poligamia non fosse conforme al diritto naturale (27).

A seguire l'indicazione degli orientamenti giusnaturalistici più recenti (28), inoltre, il diritto naturale sarebbe costituito da una quantità minima di principi che danno origine soltanto ad alcuni diritti fondamentali (diritto alla vita, al nome, alla famiglia) che, pur immutabili, in quanto a contenuto generalissimo, sono suscettibili di riempirsi e specificarsi in vario modo a seconda delle epoche storiche. Prospettiva, questa, che non consentirebbe certamente di chiarire cosa si debba esattamente intendere per famiglia di diritto naturale.

Un modo di ribattere coerentemente ai rilievi espressi, in verità, vi

(25) Si ripete qui quanto osservato da N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1977, 163 ss.

(26) Per una critica che tocca il fondamento etico del giusnaturalismo, che, in quanto ancorato ad una visione unitaria della vita sociale, morale e politica che si pretende immutabile, essendo desunta dalla naturalità fondamentale della legge dell'uomo, contrasta con il pluralismo immanente alla modernità e, dunque, in definitiva, con il principio di libertà e responsabilità che deve guidare l'azione degli individui, v. P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Napoli 2000, *passim*.

(27) Se, in particolare, PUFENDORF (*De iure naturae et gentium*, § 19, 576) non dubita che la poliandria sia contraria al diritto naturale in quanto verrebbe meno la certezza della paternità, esclude che il divieto della poligamia possa essere ascritto al diritto naturale, ritenendolo fondato su ragioni di ordine pratico e, precisamente, sul fatto che la monogamia assicura meglio l'ordine familiare e sociale. Conclusione alla quale giunge dopo aver elencato le ragioni a favore della poligamia e quelle contrarie (§§ 17 e 18). Vale anche la pena rilevare al riguardo che, essendo ormai estremamente facile pervenire alla certezza della paternità attraverso le prove genetiche, l'unica ragione per considerare la poliandria contraria al diritto naturale sembrerebbe venuta meno.

(28) Si fa, in particolare, riferimento alle correnti di pensiero definite neocostituzionaliste. V., al riguardo, *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, a cura di T. MAZZARESE, Torino, 2002. Per una maggiore approfondimento sui termini attuali del confronto tra giusnaturalismo e giuspositivismo, cfr. *Il positivismo giuridico contemporaneo. Un'antologia*, a cura di A. SCHIAVELLO e V. VELLUZZI, Torino, 2005.

sarebbe, potendosi obiettare che il Costituente abbia voluto rifarsi proprio alla legge eterna di ragione, che, secondo Tommaso d'Aquino, esiste nella mente divina e della quale partecipa il diritto naturale innato nell'uomo e i cui interpreti autentici, provenendo il diritto naturale direttamente da Dio, sono, almeno secondo la confessione cattolica, i Vescovi. Così come sostanzialmente affermato dalla recente nota (28 marzo 2007) del Consiglio Episcopale Permanente della Cei concernente la famiglia fondata sul matrimonio e le iniziative legislative in materia di unioni di fatto.

In tal modo l'indicazione della famiglia quale società naturale avrebbe un contenuto chiaro ed inequivoco, rimandando al concetto di famiglia proprio della dottrina cattolica (29). Intesa, tuttavia, in tal modo la nozione di società naturale, essa si porrebbe in insanabile contraddizione con il fondamento posto dalla medesima norma costituzionale nell'atto di matrimonio, risultando paradossale che una società di diritto naturale riposi su un atto giuridico disciplinato dal diritto positivo. A meno che non si voglia sostenere che il matrimonio venga in rilievo quale sacramento. Circostanza che, evidentemente, non può essere ragionevolmente neppure prospettata. Non soltanto in nome della laicità dello Stato pur proclamata dall'art. 7 Cost., ma anche perché altrimenti si dovrebbe ritenere contraria a Costituzione la stessa possibilità di celebrare il matrimonio con il rito civile. Per non parlare del divorzio, la cui costituzionalità è stata, invece, da tempo affermata in termini perentori dalla Corte Costituzionale anche con riferimento al matrimonio c.d. concordatario (30).

(29) Senza dimenticare, peraltro, che anche questa concezione è frutto di un'evoluzione storica. È, infatti, incontestabile che i primi cristiani non avessero un ordinamento giuridico proprio della famiglia e vivessero l'esperienza familiare in assoluta conformità con il costume del tempo. Essi, quindi, si sposavano come tutti gli altri e non avvertivano il bisogno di dare al loro matrimonio un ordinamento giuridico particolare all'interno del generale ordinamento giuridico della società in cui vivevano, specialmente in quella romana. Soltanto quando la Chiesa, dopo Costantino, e precisamente con Giustiniano, acquista una responsabilità di tipo sociale, per cui tutti i momenti della vita sociale vengono gestiti dal clero, incomincia a formarsi un ordinamento matrimoniale cristiano che si è progressivamente affinato fino a trovare la sua più compiuta definizione nel Concilio di Trento e a diventare un modello di ispirazione per molti ordinamenti giuridici civili, compreso il codice napoleonico. Si che la stessa famiglia di ispirazione cattolica, caratterizzata da tutti gli elementi previsti dal codice canonico, appare essa stessa, ad un'osservazione non preconcepita, essere il portato di un'evoluzione culturale e sociale e, come tale, relativo.

(30) La questione di illegittimità dell'art. 2 l. n. 898/1970 in relazione agli artt.

Il matrimonio richiamato dalla norma costituzionale è, dunque, senza alcuna ombra di dubbio, non il sacramento regolato dal codice canonico, ma l'atto giuridico disciplinato dal codice civile. Ne consegue che la famiglia costituita dal matrimonio non potrà che appartenere al diritto positivo e non già al diritto naturale o al diritto confessionale. Da un atto giuridico di diritto positivo non può, infatti, che scaturire un istituto di diritto positivo.

○ Escluso che il concetto costituzionale di famiglia si possa ritenere permeato di giusnaturalismo, la definizione di società naturale sembra allora trovare ragionevole giustificazione unicamente nell'intento del Costituente di sottolineare che la famiglia fondata sul matrimonio è, tra tutte le formazioni sociali, quella più intima ed essenziale alla piena realizzazione della personalità individuale e, come tale, meritevole di una particolare tutela ed attenzione da parte dello Stato, cui è fatto altresì obbligo di rispettare il potere di autodeterminazione dei suoi membri e, in particolare, dei coniugi (31).

5. Resta, peraltro, ancora da verificare se, collegando la famiglia al matrimonio, l'art. 29, comma 1, Cost. abbia in ogni caso voluto affermare che, quale che sia il modello matrimoniale prescelto dal

7, 10 e 138 Cost. è stata, infatti, giudicata manifestamente infondata da Corte cost. 11 dicembre 1973 n. 176, in *Foro it.*, 1974, I, 11, sulla base della considerazione che alla sovranità dello Stato è ascrivibile la disciplina delle ipotesi dirette a far cessare nel proprio ordinamento quegli effetti giuridici che lo stesso Stato ricollega al matrimonio celebrato dinanzi a un ministro di culto cattolico.

(31) Secondo quanto si è già osservato in precedenza: Muovendo, peraltro, dalla considerazione del carattere storicamente e socialmente condizionato dell'istituto familiare, la cui struttura e funzione è destinata ad evolvere e trasformarsi nel tempo, potrebbe anche essere accolta l'idea che l'espressione "società naturale" rivesta carattere meramente recettizio, valendo come riconoscimento da parte del nostro ordinamento di quello che *secundum naturam* s'intende per famiglia in un dato momento dell'evoluzione storica, con particolare riguardo alle peculiari strutture sociali nelle quali la famiglia si inserisce (T. MANCINI, *Eguaglianza tra i coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 223 ss.). Il legislatore costituzionale, in questo senso, riconoscendo la famiglia come società naturale, avrebbe posto una norma in bianco, che rinvia alla concezione di famiglia del momento storico in cui la norma dell'art. 29 è destinata ad operare (M. BESSONE, *La famiglia "società naturale", matrimonio civile e questioni di legittimità del divorzio. In margine ai problemi di interpretazione dell'art. 29, comma 1, Cost.*, in *Temi*, 1975, 284 ss.; E. RUSSO, *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1973, 23).

legislatore, non vi debba essere spazio alcuno per il riconoscimento giuridico di forme familiari ad esso alternative (32).

Come si è detto, ciò sembra dubbio già sulla base dei resoconti dell'attività dell'Assemblea Costituente, dai quali, peraltro, risultano pareri discordi. Qualunque fosse il reale intento dei Costituenti, tuttavia, che la qualificazione della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio non possa essere interpretata come rivolta ad affermare che la famiglia giuridicamente rilevante sia, appunto, esclusivamente quella costituita con il matrimonio, è confermato dalla lettura sistematica delle stesse norme costituzionali che alla famiglia fanno espresso riferimento.

Vale in proposito rilevare, innanzi tutto, che la regolamentazione dei diritti e doveri dei genitori nei riguardi dei figli è collocata al di fuori dell'art. 29, al di fuori, cioè, della norma che si occupa del matrimonio. E ben a ragione, poiché, com'è noto, l'art. 30, comma 1, Cost. individua direttamente nel rapporto procreativo e non nel matrimonio il fondamento dei diritti e doveri nei confronti della filiazione. Secondo la Costituzione, infatti, la cura della prole deve essere assicurata dai genitori allo stesso modo, siano essi coniugati o no. L'indicazione riveste un'importanza fondamentale ai fini del discorso che si sta conducendo, sottraendo di fatto al matrimonio l'esclusività della più essenziale e tipica delle funzioni familiari, quale è certamente quella di provvedere alla cura della prole.

Ne deriva come logica conseguenza che, essendo chiamati i genitori naturali a svolgere le medesime funzioni dei genitori legittimi, al nucleo sociale costituito con i propri figli debba essere necessariamente riconosciuta la qualità di famiglia, meritevole della medesima tutela della famiglia legittima. Se, infatti, il principio è che ai figli nati fuori del matrimonio devono essere assicurate le medesime cure genitoriali previste per i figli nati in costanza del matrimonio, ciò vale inevitabilmente anche per i genitori, ai quali, nell'assolvimento dei propri compiti, deve essere riconosciuta la medesima dignità e tutela a prescindere dalla circostanza che siano o no coniugati. Detto in altri termini, qualunque soluzione legislativa volta ad escludere i genitori naturali da misure di sostegno per la cura della prole previste in favore dei genitori uniti in matrimonio si risolverebbe in una discriminazione a carico degli stessi figli naturali e, pertanto, sicuramente incostituzionale.

(32) Secondo quanto ritenuto da autorevole dottrina. V., al riguardo, le citazioni in nota 8.

nale. Secondo quanto, peraltro, ha avuto modo di precisare in più occasioni la Corte Costituzionale e come mostra ormai di ritenere lo stesso legislatore che ammette alla pratica della fecondazione medicalmente assistita i conviventi *more uxorio* allo stesso titolo dei coniugi (art. 5 l. 19 febbraio 2004 n. 40), giudicandoli, evidentemente, in grado di assicurare l'allevamento e la cura della prole allo stesso modo della famiglia fondata sul matrimonio.

Per le medesime ragioni non sembra lecito dubitare che nei casi in cui la Costituzione individua nella famiglia il presupposto della tutela di diritti fondamentali della persona, il termine famiglia debba essere inteso in senso ampio, come riferito, cioè, anche ai genitori non coniugati (33). È quanto accade, precisamente, nell'art. 34, comma 4, in riferimento al diritto dei capaci e meritevoli di accedere ai gradi più alti degli studi, che la Repubblica è impegnata a rendere effettivo con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze attribuite per concorso; nell'art. 36, comma 1, con riguardo al diritto del lavoratore ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro ed in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa; nell'art. 37, comma 1, nella parte in cui afferma che le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento dell'essenziale funzione familiare della donna e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione, dove la funzione familiare è giustamente collegata alla maternità e non al matrimonio, non potendo certo riposare in tale atto il fondamento della funzione familiare della donna, sempre posto che di un'essenziale funzione familiare della donna si possa a ragione parlare.

Del resto, è ormai diffusa l'opinione che il riconoscimento del figlio naturale dia vita ad una comunità familiare elementare, ma pur sempre tipica, in quanto espressamente regolata dall'ordinamento in termini largamente analoghi al rapporto di filiazione scaturito dal matrimonio (artt. 261 e 317-*bis* c.c.) (34). Opinione che trova un significativo avallo di ordine sistematico, tra l'altro, nel diritto del minore di crescere ed

(33) In questo senso, v. già P. RESCIGNO, *Proprietà e famiglia*, Bologna, 1971, 150.

(34) Cfr., per tutti, ZATTI, *Introduzione*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, I, 1, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO e F. RUSCELLO, Milano, 2002, 38, il quale, nel riservare il termine famiglia di fatto al rapporto *more uxorio*, che nasce dal mero fatto della convivenza condotta come coniugi, opportunamente sottolinea che non "sarebbe giusto invece parlare di famiglia di fatto con riguardo al gruppo formato dal singolo genitore naturale e dai figli con lui conviventi, perché questa è una famiglia legale a pieno titolo, non fondata sul matrimonio ma sulla generazione".

essere educato nella propria famiglia, affermato nell'art. 1, comma 1, della l. 4 maggio 1983 n. 184 concernente l'adozione.

Va poi ricordato che nel codice sono rinvenibili modalità di costituzione di rapporti familiari legittimi alternative al matrimonio (35), del cui contrasto con la previsione dell'art. 29, comma 1, Cost. nessuno ha mai dubitato, né sarebbe lecito dubitare.

Un primo esempio è fornito dalla legittimazione di uno o più figli naturali per provvedimento giudiziale. Per effetto del provvedimento di legittimazione, infatti, i figli conseguono la qualità di figli legittimi (art. 280 c.c.) e, se convivono col genitore, formano con lui una comunità che non è in alcun modo dissimile da quella in cui il genitore sia vedovo o divorziato.

Un'altra ipotesi è offerta dal matrimonio putativo, in quanto la pronuncia di nullità dell'atto di matrimonio non impedisce la legittimità dei figli nel frattempo nati.

Ancora, rientra certamente nell'ambito della nozione di famiglia legittima quella costituitasi sulla base dell'adozione legittimante disposta dopo la morte di uno dei coniugi e, dunque, dopo lo scioglimento del matrimonio, ai sensi dell'art. 25, comma 4, l. 4 maggio 1983 n. 184.

6. Rilevato, quindi, che dalla qualificazione costituzionale della famiglia quale società fondata sul matrimonio non può desumersi ragionevolmente la preclusione al riconoscimento giuridico di famiglie diversamente costituite, ci si deve domandare se, invece, essa possa essere ritenuta rivolta ad esprimere il favore dell'ordinamento per la famiglia costituita dal matrimonio rispetto ad altri modelli familiari, in considerazione, ovviamente, delle maggiori garanzie che, almeno in via ipotetica, dà alla stabilità del rapporto un impegno formalmente e pubblicamente assunto.

L'interrogativo appare meritevole di essere sciolto in senso affermativo. La collocazione della famiglia fondata sul matrimonio in posizione preminente rispetto ad altre formazioni familiari trova, infatti, una puntuale confermata nell'art. 30, comma 3, Cost., il quale, nel garantire alla filiazione nata fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, pone i limiti di compatibilità con i diritti dei "membri della famiglia legittima". Formula che, a veder bene, dimostra la perfetta consapevolezza dello stesso legislatore costituzionale della rilevanza

(35) Lo sottolinea L. CARRARO, *Riflessioni sulla nozione costituzionale di famiglia*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 737.

giuridica di modelli familiari alternativi al matrimonio, ritenendo necessaria, come si è acutamente avvertito, "una aggettivazione che non avrebbe senso qualora famiglia fosse solo quella fondata sul matrimonio" (36).

La preminenza accordata dalla Costituzione alla famiglia fondata sul matrimonio deve, tuttavia, tener conto che l'ordinamento è informato al principio fondamentale di eguaglianza (art. 3 Cost.). Ciò induce, innanzi tutto, a ritenere che in nome dell'esigenza di tutela della famiglia fondata sul matrimonio non può essere giustificata alcuna disparità di trattamento tra figli nati in costanza di matrimonio e figli nati al di fuori che non sia legata all'esigenza di salvaguardare l'unità e la coesione del nucleo familiare legittimo, che non sia giustificata, cioè, dall'esigenza di risolvere i cc.dd. conflitti di lealtà che possono insorgere tra il figlio naturale e i membri di una concorrente famiglia legittima. Come nell'ipotesi, ad esempio, dell'ingresso del figlio naturale nella famiglia legittima del proprio genitore, ipotesi che trova un'appropriata disciplina nell'art. 252 c.c.

Il *favor* costituzionale per la famiglia fondata sul matrimonio deve, poi, tener conto che, come già sottolineato, la Costituzione pone al vertice dei valori la tutela della persona e non delle formazioni sociali. Considerazione, questa, che impone di intendere il limite di compatibilità con le esigenze di tutela della famiglia legittima non come posto a protezione generica della famiglia in quanto istituzione sociale o politica, ma, invece, come diretto a salvaguardare i diritti dei membri della famiglia legittima nell'ipotesi in cui questi diritti risultino esposti al rischio di pretese concorrenti di terzi. Secondo quanto, del resto, espressamente specificato proprio dall'art. 30, comma 3, Cost.

Alla luce dell'ampia portata dell'art. 2 Cost. non sembra, in altri termini, che sia rinvenibile alcun limite al riconoscimento giuridico di rapporti di convivenza che non entrino concretamente in conflitto con un'operante famiglia fondata sul matrimonio (37). Anzi, posto che è

(36) È l'acuta osservazione di L. CARRARO, *op. loc. ult. cit.*

(37) Come ottimamente rilevato, infatti, anche dalla giurisprudenza di legittimità, nella prospettiva delineata, la famiglia viene a "configurarsi — in linea con l'evoluzione sociale — non già come luogo di compressione e mortificazione dei diritti irrinunciabili, ma come sede di autorealizzazione e di crescita segnata dal reciproco rispetto ed immune da ogni distinzione di ruoli, nell'ambito della quale i singoli componenti conservano le loro essenziali connotazioni e ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi o conviventi, come persone, in adesione al disposto dell'art. 2 Cost., che nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo

innegabile l'interesse dell'ordinamento costituzionale a garantire che i genitori naturali assolvano i loro compiti di cura della prole nel miglior modo possibile e che è certamente nell'interesse dei figli quello di crescere nell'ambito della relazione affettiva dei propri genitori, dovrebbe ammettersi che nella Costituzione sia individuabile, oltre ad un *favor matrimonii*, anche un *favor familiae*, nel senso della preferenza che la cura dei figli sia apprestata dai genitori secondo il modello della relazione di tipo coniugale pur quando i genitori non intendano formalizzare il vincolo con il matrimonio (38).

A ben vedere, una tale conclusione resterebbe sostanzialmente vera anche quando si muovesse da un punto di vista opposto a quello fin qui sostenuto e si ritenesse, cioè, che l'art. 29, comma 1, Cost. imponesse di riconoscere come famiglia soltanto quella fondata sul matrimonio. Ciò, infatti, non varrebbe comunque ad escludere la garanzia costituzionale delle convivenze svolte in assenza di matrimonio, in quanto queste andrebbero sicuramente comprese nella previsione dell'art. 2, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo in ogni formazione sociale in cui si svolge la propria personalità (39). Come più volte sostenuto dalla Corte Costituzionale, almeno con riferimento alle con-

sia come singolo che nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità, delinea un sistema pluralistico ispirato al rispetto di tutte le aggregazioni sociali nelle quali la personalità di ogni individuo si esprime e si sviluppa" (Cass. 18 maggio 2005 n. 9801, in *Giur. it.*, 2006, IV, 691, con note di A. FRACCON e di V. CARBONE).

(38) V., in questo senso, F. PROSPERI, *La famiglia non "fondata sul matrimonio"*, Napoli, 1980, 100 ss. In termini analoghi, si era già espresso M. BESSONE, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Rapporti etico-sociali*, artt. 29-34, Bologna-Roma, 1976, 32 ss., parlando, precisamente, di *favor minoris*.

(39) Su tale circostanza vi è ampio consenso in dottrina. Cfr., per tutti, F. PROSPERI, *op. cit.*, 93 ss.; P. PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 1982, 39; F. D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, Milano, 1989, 323 ss., ove ulteriormente si afferma che "tra i 'diritti inviolabili' dell'uomo, richiamati con formula indeterminata dalla predetta norma, può ben essere ricompreso il diritto di convivere ad *modum coniugii*, espressivo di una fondamentale libertà della persona, alla quale, peraltro, è garantito tanto il diritto di formare una famiglia legittima, quanto il diritto di non formarla, cioè la libertà matrimoniale nel suo contenuto positivo e negativo, quanto il diritto di procreare"; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, 146 ss.; V. SCALISI, *op. loc. cit.*; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, 124 ss. Cfr., inoltre, Cass. pen. 31 marzo 1994, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 371, con nota di C. PEYRON, ove si afferma che "la convivenza di fatto costituisce un diritto di libertà tutelato costituzionalmente ex artt. 2, 18 e 29 Cost., e, come tale, di carattere assoluto e tutelabile *erga omnes*".

vivenze *more uxorio* caratterizzate da un sufficiente grado di stabilità (40). Sì che, la convinzione, secondo la quale la norma contenuta nell'art. 29, comma 1, Cost. imporrebbe di riconoscere come famiglia esclusivamente la famiglia fondata sul matrimonio, avrebbe come pratica conseguenza semplicemente che il *nomen* famiglia non potrebbe essere utilizzato per definire le formazioni sociali che assolvano funzioni familiari senza essere costituite dal matrimonio, ma non potrebbe certamente condurre ad escludere la legittimità di interventi normativi tesi a disciplinare tali realtà in modo analogo alla famiglia fondata sul matrimonio, almeno ogni qual volta fosse accertato che esse svolgono in concreto le medesime funzioni di questa e che, quindi, le rendono sotto tal profilo meritevoli di una medesima tutela (41).

7. Del resto, questo è precisamente quanto da tempo sta avvenendo, essendo ormai molto numerosa la serie di disposizioni normative che, sia pur a fini particolari, equiparano la posizione del convivente *more uxorio* a quella del coniuge (42).

(40) Cfr., ad esempio, Corte cost. 18 novembre 1986 n. 237, in *Foro it.*, 1987, I, 2353, la quale ha sostenuto che l'art. 29 Cost. riconosce alla famiglia legittima una dignità superiore a quella della famiglia di fatto, in ragione dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività di diritti e di doveri che nascono soltanto dal matrimonio, ma sottolineando anche che una consolidata convivenza assume rilievo costituzionale in virtù del riconoscimento delle formazioni sociali operato dall'art. 2 Cost. In questo stesso senso v. anche Corte cost. 26 maggio 1989 n. 310, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1782; Corte cost. 3 novembre 2000, n. 461, *ivi*, 2001, I, 295.

(41) V., in questo senso, G. FERRANDO, *Famiglia legittima e famiglia di fatto nella disciplina costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1977, 930; M. DOGLIOTTI, *Sulla qualificazione giuridica della famiglia di fatto: spunti, questioni, prospettive*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 347; P. RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Quaderni del CSM, Roma, 1980, 12; F. PROSPERI, *op. cit.*, 98 ss.

(42) Cfr., a mero titolo esemplificativo e senza pretesa di completezza, l'art. 6 della l. 13 marzo 1958 n. 356, che prevede l'assistenza per i figli naturali non riconosciuti dal padre, caduto in guerra, quando la madre e il presunto padre abbiano convissuto *more uxorio* nel periodo del concepimento; l'art. 30 della l. n. 374/1975, secondo cui il magistrato di sorveglianza può concedere al detenuto condannato e all'internato il permesso di recarsi a visitare un familiare ed un convivente, nel caso di loro imminente pericolo di vita; l'art. 1 della l. 29 giugno 1975 n. 405, sui consultori familiari, dove si precisa che hanno diritto ai servizi assistenziali anche le "coppie"; l'art. 199, comma 3, c.p.p., per il quale la facoltà di astenersi dalla testimonianza compete anche a chi, "pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o come tale abbia convissuto con esso"; l'art. 4 della l. 20 ottobre 1990 n. 302, contenente norme a favore delle vittime del terrorismo, secondo cui l'elargizione a favore dei componenti la famiglia di chi abbia perso la vita per effetto di atti di terrorismo o di

Al nutrito e variegato spettro degli interventi del diritto positivo vanno, poi, aggiunte le numerose aperture in favore dell'assimilazione dell'unione *more uxorio* al rapporto coniugale operate dalla giurisprudenza di vario ordine e grado (43), nonché dalla stessa Corte Costitu-

eversione dell'ordine democratico compete anche "a soggetti non parenti né affini, né legati da rapporti di coniugio, che risultino conviventi a carico della persona deceduta negli ultimi tre anni precedenti l'evento ed ai conviventi *more uxorio*, i quali sono posti dopo i fratelli e le sorelle a carico; l'art. 2 del d.m. 16 marzo 1992 n. 377 (regolamento concernente disposizioni integrative e modificative del d.m. 30 ottobre 1980, avente ad oggetto norme a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata); l'art. 17 della l. 17 febbraio 1992 n. 179, in materia di edilizia residenziale pubblica, a tenore del quale, nel caso di decesso del socio assegnatario di una cooperativa a proprietà indivisa, il diritto di succedere nella qualità di socio e di assegnatario spetta, in mancanza di coniuge superstite, di figli minorenni, di coniuge separato, "ai conviventi *more uxorio* e agli altri componenti del nucleo familiare, purché conviventi alla data del decesso e purché in possesso dei requisiti in vigore per l'assegnazione degli alloggi"; l'art. 2 della l. 25 febbraio 1992 n. 210, come sostituito dall'art. 6 del d.l. 28 agosto 1995 n. 362 (disposizioni urgenti in materia di assistenza farmaceutica e sanità), per il quale, nel caso di morte derivante dalle vaccinazioni o dalle patologie previste dalla legge in parola, hanno diritto ad un assegno reversibile o ad un assegno *una tantum* di lire 150 milioni, nell'ordine, "il coniuge, i figli a carico, il convivente *more uxorio*, i genitori, i fratelli minorenni, i fratelli maggiorenni inabili al lavoro"; l'art. 4 del d.m. 30 giugno 1994, relativamente alla tutela dei conduttori di beni immobili ad uso abitativo, con riguardo alle loro condizioni economiche, nonché alle procedure per la valutazione dei beni immobili da dismettere da parte dell'INPS, dell'INAIL e dell'INPDAP, per cui fa "altresì parte del nucleo familiare il convivente *more uxorio*"; l'art. 3 della l. 1° aprile 1999 n. 91, in materia di prelievi e trapianti di organi e tessuti, che equipara il convivente *more uxorio* non semplicemente al coniuge, ma al coniuge non separato, stabilendo, infatti, che, all'inizio del periodo di osservazione ai fini dell'accertamento di morte, i medici debbano fornire informazioni sulle opportunità terapeutiche per le persone in attesa di trapianto, nonché sulla natura e sulle circostanze del prelievo "al coniuge non separato o al convivente *more uxorio* o, in mancanza, ai figli maggiori di età o, in mancanza di questi ultimi, ai genitori ovvero al rappresentante legale"; gli artt. 342-bis e 342-ter c.c., relativi agli ordini di protezione contro gli abusi familiari, riferita alla condotta "del coniuge o di altro convivente".

(43) Anche a questo riguardo, non possono che darsi indicazioni esemplificative. Tra le decisioni più recenti, v. Cass. 15 marzo 2006 n. 5632, in *Dir. e giust.*, 2006, 25, secondo la quale, "ove un'attività lavorativa sia stata svolta nell'ambito dell'impresa ed un corrispettivo sia stato erogato dal titolare, occorrerà distinguere la fattispecie del lavoro subordinato e quella della compartecipazione all'impresa familiare, senza che possa più avere ingresso alcuna causa gratuita della prestazione lavorativa per ragioni di solidarietà familiare. *Principio questo che può essere esteso anche alla famiglia di fatto consistente in una convivenza more uxorio ove la prestazione lavorativa sia resa nel contesto di un'impresa familiare*". Cfr., inoltre, Cass. pen. 26 ottobre 2005 n. 109, in *Foro it.*, 2006, II, 73, la quale, decidendo in relazione all'ammissione al patrocinio a spese dello Stato

zionale, sia pur in due uniche occasioni, attinenti entrambe all'estensione al convivente del medesimo diritto alla stabilità dell'abitazione attribuito al coniuge (44).

di una coppia convivente, ha stabilito che, ai fini del calcolo del reddito per l'ammissione al gratuito patrocinio, il rapporto di convivenza non si interrompe con lo stato detentivo, in considerazione della "significativa evoluzione sociale, normativa e giurisprudenziale registratasi negli ultimi tempi", finalizzata a dare rilievo sociale e giuridico alla convivenza *more uxorio* e che, pur essendo al di fuori degli schemi legali, esprime comunque caratteri ed istanze analoghe a quelle della famiglia *stricto sensu* intesa. Particolarmente significativa è, poi, la pronuncia del Consiglio di Stato che ha ritenuto illegittimo il diniego della dispensa dal servizio militare, fondato sulla sola irrilevanza della convivenza *more uxorio*, quando l'unico sostegno reddituale della famiglia di fatto, composta dalla convivente *more uxorio* e da due minori, è costituito dal reddito del ricorrente, con cui viene anche pagato il canone di locazione dell'abitazione e che verrebbe meno in caso di svolgimento del servizio militare (Cons. St., sez. III, parere, 9 gennaio 2001 n. 1915, in *Giust. amm.*, 2001, 388). Importante è anche, ovviamente, l'orientamento espresso da tempo in materia di responsabilità civile. Cfr., in particolare, Cass. 28 marzo 1994 n. 2988, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1849, che ha ammesso la risarcibilità, a favore di uno dei conviventi, del danno provocato dal fatto illecito del terzo da cui era derivato il decesso dell'altro convivente, riconoscendo a questi il diritto ad ottenere il risarcimento del danno morale ai sensi dell'art. 2059 c.c. (per un patema analogo a quello che si genera nell'ambito della famiglia legittima) e del danno patrimoniale ai sensi dell'art. 2043 c.c. (per la perdita del contributo patrimoniale e personale apportato in vita, con carattere di stabilità, dal convivente defunto, irrilevante rimanendo, invece, la sopravvenuta mancanza di elargizioni meramente episodiche o di mera ed eventuale aspettativa) purché risulti concretamente dimostrata una relazione caratterizzata da tendenziale stabilità, dalla natura affettiva e parafamiliare che si deve esplicitare in una comunanza di vita e di interessi e nella reciproca assistenza morale e materiale. Per più ampie informazioni in argomento, v. A. AMBANELLI, *Convivenza more uxorio: il risarcimento dei danni per la morte del convivente*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006, 251 ss. La giurisprudenza penale, infine, non esita ad operare un'interpretazione estensiva di una norma incriminatrice come quella che prevede e sanziona il reato di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), ritenendo inclusi nella tutela assicurata dalla disposizione ai familiari anche i componenti della famiglia di fatto, fondata sulla "volontà di vivere insieme, di avere figli, di avere beni comuni, di dar vita, cioè, ad un nucleo stabile e duraturo" (Cass. 10 ottobre 2001 n. 36576, in *Fam. e dir.*, 2002, 135, con nota di E. BERSANI, *Maltrattamenti in famiglia e convivenza "more uxorio"*, dove anche l'affermazione che "l'introduzione del divorzio e il suo largo utilizzo hanno dimostrato che il matrimonio non è più un legame indissolubile ed hanno eliminato, dunque, il presupposto più plausibile per una tutela diversificata dei due rapporti").

(44) Corte cost. 7 aprile 1988 n. 404, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, 518, con commento di S. GIOVE, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 1, della legge sull'equo canone 27 luglio 1978 n. 392, nella parte in cui non prevedeva il convivente *more uxorio* tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione in caso di morte del conduttore e nella parte in cui non prevedeva la successione del convivente *more uxorio* del conduttore nel contratto di locazione, in caso di cessazione

Oltre a ciò, va ancora ribadita l'importanza sotto il profilo sistematico della norma che riconosce ai conviventi *more uxorio* lo stesso diritto di accedere alle pratiche di fecondazione assistita attribuito ai coniugi, in quanto essa dimostra indiscutibilmente che per l'ordinamento la convivenza *more uxorio* è del tutto idonea ad assicurare, analogamente alla famiglia fondata sul matrimonio, l'allevamento e la cura della prole, ad assicurare, cioè, l'assolvimento della funzione familiare più tipica ed essenziale. Alla luce della richiamata disposizione, quindi, il rapporto *more uxorio* non può più ritenersi semplicemente un fenomeno meramente lecito, ma deve essere considerato una realtà meritevole di tutela, tanto che, quando i conviventi abbiano delle difficoltà a realizzare naturalmente la funzione procreativa, la legge riserva loro la medesima attenzione rivolta ai coniugi che abbiano le stesse difficoltà. Indicazione tanto più significativa quando si rifletta che essa è contenuta in una legge che si caratterizza per l'attenta considerazione dell'interesse del figlio che nascerà (v. il Capo III), esclusivamente in funzione del quale si giustificano molti dei penetranti limiti posti al ricorso della fecondazione assistita, come, ad esempio, il divieto dell'inseminazione eterologa (art. 4 l. 19 febbraio 2004 n. 40). Benché desti non poche perplessità che, avendo escluso dal ricorso alla pratica la donna sola, alla coppia di sesso diverso per accedere alle tecniche di fecondazione assistita sia sufficiente dichiarare con autocertificazione di essere conviventi, senza prevedere, a garanzia della serietà e della stabilità della relazione, che la convivenza abbia un minimo di durata.

Sotto altro e più generale profilo, un rilevante interesse riveste il recente decreto di attuazione della Direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (d.lgs. 6 febbraio 2007 n. 30), che, al fine della libertà di circolazione, attribuisce la qualità di "familiare" non solo, com'è ovvio, al coniuge, ma anche al "partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione una unione registrata, sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello

della convivenza, qualora vi fosse prole naturale; Corte cost. 20 dicembre 1989 n. 559, in *Foro it.*, 1990, I, 1465, che ha dichiarato, con analogo argomentazione, l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, commi 1 e 2, l. Reg. Piemonte 10 dicembre 1984, 64, nella parte in cui non prevedeva la cessazione della stabile convivenza come causa di successione del convivente nell'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, ovvero come presupposto della voltura della convenzione a favore del convivente affidatario della prole.

Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante". Questa disposizione, infatti, si conforma alla scelta operata da molti Paesi dell'Unione europea di attribuire all'unione registrata effetti più o meno analoghi a quelli del matrimonio, precisando che da tali unioni scaturiscono vincoli familiari. Anche, ovviamente, quando l'unione registrata concerne persone dello stesso sesso, come da tempo consentito in diversi Paesi dell'Unione europea, in alcuni dei quali, anzi, lo stesso matrimonio non è più precluso a persone dello stesso sesso. Ne deriva, quanto meno, che il riconoscimento giuridico del carattere familiare delle unioni omosessuali non può essere ritenuto contrario all'ordine pubblico, cioè ai principi fondamentali di natura etica e politica caratterizzanti l'ordinamento del momento storico attuale (45), posto che una normativa vigente di derivazione comunitaria prefigura già una tale eventualità (46).

8. In ogni caso, se l'ordinamento vigente ha già provveduto a regolare in più occasioni la convivenza *more uxorio* assimilandola al matrimonio e se tali scelte normative non possono ragionevolmente

(45) V., invece, Trib. Latina, decreto 10 giugno 2005, in *Fam. e dir.*, 2005, 415, con nota sul punto critica di P. SCHLESINGER, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, che ha, pertanto, anche per tale ragione, ritenuto legittimo il rifiuto dell'ufficiale di stato civile opposto alla trascrizione del matrimonio contratto da due cittadini italiani dello stesso sesso in Olanda. Dubbi sulla compatibilità con i principi fondamentali del nostro ordinamento del riconoscimento del carattere familiare alle unioni omosessuali sono stati espressi da parte della dottrina (v., fra gli altri, S. BALLETTI, *Le coppie omosessuali, le istituzioni comunitarie e la Costituzione italiana*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 241 ss.; nonché, F. RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, *ivi*, 2002, 516 ss.). Per la considerazione che il problema dell'omosessualità "appartiene ad una di quelle dimensioni di mera fattualità che caratterizzano l'esistenza umana, che il diritto è impotente a gestire e regolamentare, perché hanno un carattere ed una valenza pregiuridica", v. F. D'AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia*, Milano, 1999, 147. Per una chiara definizione dei termini del problema, cfr., tuttavia, M. SESTA, *Il matrimonio estero tra due cittadini italiani dello stesso sesso è trascrivibile in Italia?*, in *Fam. e dir.*, 2007, 166 ss.; Id., *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano*, in *Famiglia*, I, 2003, 137 ss., ed *ivi* ulteriore bibliografia, nonché la segnalazione di alcune pronunce di giudici italiani che hanno assimilato la convivenza omosessuale alla convivenza *more uxorio*.

(46) Sul processo di integrazione in atto tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, 15 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 265 ss. Confr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 428 s.

ritenersi in contrasto con i principi costituzionali, non si vede perché dovrebbe, invece, giudicarsi incostituzionale una più complessiva e organica disciplina delle convivenze vissute al di fuori del matrimonio che fosse rivolta, in particolare, a precisare i caratteri costitutivi della *fattispecie* e il novero dei diritti e dei doveri ad essa connessi.

Negare a tali formazioni sociali carattere familiare, in ossequio alla formula adottata dall'art. 29, comma 1, Cost., non varrebbe a mutare la sostanza delle cose e finirebbe, come si è detto, per risolversi in una scelta meramente nominalistica. La quale, comunque, avrebbe poco senso, essendo del tutto evidente che l'esigenza di regolamentare i rapporti delle unioni affettive di carattere non matrimoniale si pone proprio in quanto si riconosce che svolgono una funzione analoga a quella del matrimonio.

Sembrerebbe, dunque, che i principi costituzionali in materia di famiglia siano aperti ad una lettura conforme alla previsione dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che prevede il diritto di sposarsi accanto al diritto di formare una famiglia, così implicitamente asserendo che il matrimonio è soltanto una delle possibili modalità costitutive della famiglia. Vero è che la stessa Carta provvede a stabilire che tali diritti "sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio". Se si vuole, però, dare un contenuto sostanziale all'affermazione di principio espressa dalla norma in esame, essa deve intendersi come impegnativa anche per i legislatori nazionali, nel senso che è fatto loro obbligo di garantire entrambi i diritti, ancorché siano liberi di decidere in che modo disciplinarli.

Pare, pertanto, che si possa affermare con ragionevole sicurezza che l'introduzione di una disciplina organica di regolamentazione delle convivenze costituisce un problema di merito, rimesso integralmente alla discrezionalità del legislatore, nel senso che non trova ostacoli nei principi fondamentali dell'ordinamento. I quali, se mai, come si è sottolineato, impongono di privilegiare gli interessi dei componenti della famiglia fondata sul matrimonio nell'ipotesi di conflitto con una concorrente comunità familiare diversamente costituita.

Sull'opportunità di un tale intervento normativo non è, in verità, consentito nutrire troppi dubbi. È del tutto evidente, infatti, che l'inserimento in un quadro sistematico, coerente con le ormai numerose disposizioni che in modo frammentario e disorganico concorrono a

regolare specifici profili della convivenza *more uxorio*, favorirebbe la certezza del diritto e ridurrebbe il ricorso alle aule giudiziarie (47).

Se a tale finalità sia idoneo a rispondere il disegno di legge sui diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi (c.d. Di.Co.) varato dal Consiglio dei Ministri l'8 febbraio 2007, ovvero il disegno di legge a firma dell'on. Cesare Salvi, volto ad introdurre i "Contratti di unione solidale" (cc.dd. Cus) e adottato come testo base dalla Commissione Giustizia del Senato nella seduta del 4 dicembre 2007 (48), questo è

(47) Segnalava già qualche anno fa che la legislazione frastagliata e inorganica prodottasi, nel tempo, in materia di convivenza *more uxorio* ha prodotto un fenomeno piuttosto singolare, se non unico per il nostro ordinamento, rappresentato da una vera e propria sovrapposizione a fonti tecnico-legislative di fonti dottrinali e giurisdizionali, attraverso un processo sempre più simile a quello che si verifica negli ordinamenti di *common law*, con tutte le gravi conseguenze che questo comporta in termini di certezza del diritto, oltre che di armoniosità del sistema, G. CASSANO, *Cenni introduttivi*, in *Manuale del nuovo diritto di famiglia*, a cura di G. CASSANO, Piacenza, 2003, 45.

(48) Il cui testo si ritiene utile qui riportare integralmente:

"ART. 1. (Contratto di unione solidale). — 1. Dopo il titolo XIV del libro I del codice civile, è inserito il seguente:

Titolo XV. - *Del contratto di unione solidale.*

455-bis. (Contratto di unione solidale). — L'unione solidale è un contratto concluso fra due persone, anche dello stesso sesso, per l'organizzazione della vita in comune.

Il contratto di unione non può essere stipulato, a pena di nullità:

- 1) da persona minore d'età;
- 2) da persona interdetta per infermità di mente;
- 3) da persona non libera di stato;
- 4) tra due persone che abbiano vincoli di parentela in linea retta o collaterale

entro il secondo grado, o che siano vincolate da adozione, affiliazione, tutela, curatela o amministrazione di sostegno;

5) da persona condannata per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell'altra o sulla persona con la quale l'altra conviveva. Nel caso di persona rinviata a giudizio o sottoposta a misura cautelare la stipula è sospesa fino a quando non è pronunciata sentenza di scioglimento.

All'unione solidale si applicano le norme in materia di contratti di cui al capo II del libro IV, ivi comprese le cause di nullità previste dall'articolo 1418 e seguenti, nonché le disposizioni delle vigenti leggi speciali in materia di contratti.

455-ter. (Stipulazione del contratto). — Il contratto di unione solidale si stipula mediante dichiarazione congiunta davanti al giudice di pace o ad un notaio competente per il Comune di residenza di uno dei due contraenti.

Qualora l'atto sia stipulato dal notaio, questi deve trasmetterlo entro dieci giorni all'ufficio del giudice di pace competente per territorio per l'iscrizione nel registro di cui all'articolo 455-quater.

La volontà di modificare un contratto di unione solidale in vigore deve essere

tutt'altro discorso, che non può, evidentemente, essere affrontato in questa sede. Salvo rilevare che il "contratto di unione solidale" costituisce una sorta di matrimonio a vincolatività attenuata, essendo gli effetti di natura familiare subordinati al consenso delle parti manifestato in forma solenne e, nel contempo, potendo il rapporto risolversi anche per decisione unilaterale di uno dei contraenti, senza che venga in rilievo alcuna esigenza di protezione della parte debole.

La scelta di rimettere la regolamentazione degli interessi esclusivamente all'autonomia privata finisce, dunque, inevitabilmente per avvantaggiare la parte socialmente ed economicamente più forte, in

espressamente e congiuntamente dichiarata da entrambi i contraenti davanti al giudice di pace o al notaio. L'atto che porta le modifiche deve essere unito al contratto originario.

455-quater. (Registro dei contratti di unione solidale). — I contratti di unione solidale sono trascritti in apposito registro presso l'ufficio del giudice di pace competente a cura del cancelliere entro il quindicesimo giorno successivo alla stipulazione del contratto stesso. Sullo stesso registro sono annotate le variazioni dei contratti di unione solidale.

455-quinquies. (Unione solidale del cittadino all'estero). — Il cittadino è soggetto alle disposizioni contenute nel presente titolo anche qualora sottoscriva un contratto di unione solidale in un Paese straniero secondo le forme ivi stabilite.

455-sexies. (Unione solidale dello straniero nello Stato). — Lo straniero regolarmente soggiornante in Italia che intenda sottoscrivere un contratto di unione, deve osservare le disposizioni di cui all'articolo 116, commi primo e terzo.

455-septies. (Diritti e doveri dei contraenti). — Coloro che hanno contratto un'unione solidale si portano aiuto reciproco e contribuiscono alle necessità della vita in comune in proporzione ai propri redditi, al proprio patrimonio e alle proprie capacità di lavoro professionale e casalingo. Il contratto di unione solidale può prevedere i tempi e i modi della contribuzione di ciascuno.

Salvo diversa volontà espressa, le parti dell'unione solidale sono solidalmente responsabili verso i terzi per i debiti contratti da ciascuno in ragione dei bisogni della vita in comune e delle spese relative all'alloggio.

455-octies. (Regime patrimoniale). — Nel contratto di unione solidale le parti devono indicare se intendono assoggettare alle norme della comunione in generale i beni acquistati a titolo oneroso successivamente alla stipulazione del contratto stesso, anche quando l'acquisto sia compiuto da una sola delle parti.

455-nonies. (Assistenza). — Le parti contraenti hanno reciprocamente gli stessi diritti e doveri spettanti ai parenti di primo grado in relazione all'assistenza e alle informazioni di carattere sanitario e penitenziario.

455-decies. (Agevolazioni e tutele in materia di lavoro). — La legge e i contratti collettivi disciplinano i trasferimenti di sede di parti di unione solidale che siano dipendenti pubblici e privati al fine di agevolare il mantenimento della comune residenza, prevedendo tra i requisiti per l'accesso al beneficio una durata almeno triennale della convivenza.

quanto dotata di maggior potere negoziale. L'obiettivo di fondo di ogni

455-undecies. (*Malattia e decisioni successive in caso di morte*). — In mancanza di una diversa volontà manifestata per iscritto, ovvero di una procura sanitaria, e in presenza di uno stato di incapacità di intendere e di volere anche temporaneo, fatte salve le norme in materia di misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia di cui al libro I, titolo XII, capo I, tutte le decisioni relative allo stato di salute e in generale di carattere sanitario, ivi comprese quelle concernenti la donazione degli organi, sono adottate dall'altra parte di un'unione solidale.

In mancanza di una diversa volontà manifestata per iscritto, tutte le scelte relative al trattamento del corpo e alle celebrazioni funerarie, nei limiti previsti dalle disposizioni vigenti, sono adottate dall'altra parte dell'unione solidale, e in assenza dagli ascendenti o discendenti diretti maggiorenni del soggetto interessato.

455-duodecies. (*Diritto di successione nel contratto di locazione*). — 1. Qualora una delle parti dell'unione solidale sia titolare del contratto di locazione per l'alloggio comune, si applicano in caso di morte le disposizioni dell'articolo 1614.

455-terdecies. (*Risoluzione del contratto di unione solidale*). — Il contratto di unione solidale si risolve nei seguenti casi:

- 1) per comune accordo delle parti;
- 2) per decisione unilaterale di uno dei due contraenti;
- 3) per matrimonio di uno dei due contraenti;
- 4) per morte di uno dei due contraenti.

Nel caso in cui intendano risolvere il contratto di comune accordo le parti rendono una dichiarazione congiunta al giudice di pace presso il cui ufficio è registrata la dichiarazione iniziale o al notaio che ha ricevuto la dichiarazione iniziale.

Nel caso di cui al numero 2 del comma precedente, la parte che intende porre fine al contratto manifesta la propria volontà all'altro contraente per mezzo di una dichiarazione scritta da inviare in copia al giudice di pace presso il cui ufficio è registrato il contratto di unione solidale. Nel caso di cui al numero 3 del comma precedente, la parte che ha contratto matrimonio deve darne comunicazione al giudice di pace presso il cui ufficio è registrato il contratto di unione solidale, allegando il certificato di nascita sul quale è riportata menzione del matrimonio. Nel caso di cui al numero 4 del comma precedente, il superstite invia al giudice di pace presso il cui ufficio è registrato il contratto di unione solidale copia dell'atto di decesso.

È fatta menzione della cessazione degli effetti del contratto a margine di quest'ultimo.

455-quaterdecies. (*Effetti della risoluzione del contratto di unione solidale*). — Gli effetti della risoluzione del contratto si producono, a seconda dei casi:

- 1) dal momento della menzione, a margine del contratto, della dichiarazione congiunta;
- 2) dal novantesimo giorno successivo all'invio della dichiarazione unilaterale di risoluzione all'altra parte e al giudice di pace o al notaio competente;
- 3) dalla data del matrimonio o del decesso di una delle parti.

Nel contratto di unione solidale possono essere stabilite le conseguenze patrimoniali della risoluzione per cause diverse dalla morte.

I contraenti procedono autonomamente alla liquidazione dei diritti e delle obbligazioni risultanti dal contratto. In mancanza di accordo il giudice decide sulle

intervento normativo in materia dovrebbe, invece, essere quello di tutelare chi, essendosi più dedicato al *menage* comune, investendo nella convivenza le proprie risorse economiche e lavorative, risulti maggiormente in difficoltà al momento della cessazione del rapporto. Finalità che, se si volesse effettivamente perseguire, richiederebbe non soltanto l'imposizione di rigidi limiti all'autonomia privata, ma anche di non consentire che ogni vincolo possa essere eluso semplicemente non dando luogo al perfezionamento di un accordo di convivenza.

Senza contare che, legando la tutela della convivenza alla conclusione del relativo contratto, si introduce una forma di vincolo familiare meno stringente di quello matrimoniale, che, da un lato, rischia di porsi quale comoda alternativa al matrimonio e, dall'altro lato, risulta inidonea a risolvere la vera questione posta dal fenomeno della convivenza *more uxorio*, che è quella di dare rilevanza giuridica al mero fatto della convivenza, nel segno della responsabilità e della solidarietà sempre esigibili da chi ha scelto di dar corso ad una comunione di vita

conseguenze patrimoniali della risoluzione del contratto, ivi compreso il risarcimento dei danni eventualmente subiti.

ART. 2. (*Diritti successori*). — 1. L'articolo 565 del codice civile è sostituito dal seguente:

565. (*Categorie di successibili*). — Nella successione legittima l'eredità si devolve al coniuge, ai discendenti legittimi naturali, agli ascendenti legittimi, ai collaterali, agli altri parenti, alla parte di unione solidale dopo nove anni dalla registrazione del contratto e allo Stato, nell'ordine e secondo le regole stabilite nel presente titolo.

2. Dopo il Capo II del Titolo II del libro II del codice civile è inserito il seguente: Capo II-bis. - *Della successione della parte di unione solidale*.

585-bis. (*Concorso della parte di unione solidale con i figli, ascendenti legittimi, fratelli e sorelle*). — Quando la parte di unione solidale concorra con figli legittimi o naturali, con ascendenti legittimi o con fratelli e sorelle anche se unilaterali, ovvero con gli uni e con gli altri, ha diritto ad un quarto dell'eredità.

583-ter. (*Concorso della parte di unione solidale con altri parenti*). — Quando la parte di unione solidale concorre con i parenti di cui all'articolo 572, ha diritto a metà dell'eredità.

583-quater. (*Successione della sola parte di unione solidale*). — Se alcuno muore senza lasciare parenti oltre il sesto grado, alla parte di unione solidale si devolve tutta l'eredità.

ART. 3. (*Modifiche all'articolo 6 della legge 27 luglio 1978 n. 392*). — 1. Al primo comma dell'articolo 6 della legge 27 luglio 1978 n. 392, le parole: 'ed i parenti ed affini' sono sostituite dalle altre: ', i parenti ed affini e la parte di unione solidale'.

ART. 4. (*Disciplina previdenziale*). — 1. In sede di riordino della normativa previdenziale e pensionistica, la legge disciplina i trattamenti da attribuire alla parte superstite dell'unione solidale, stabilendo requisiti di durata minima dell'unione stessa e tenendo conto dei prevalenti diritti dei figli minori o non autosufficienti del defunto".

caratterizzata da un certo grado di stabilità. È ben noto, infatti, che la convivenza *more uxorio* generalmente nasce e si consolida nel tempo come fenomeno assolutamente spontaneo, sorretto unicamente da spinte emozionali ed affettive, che inducono i soggetti coinvolti a vivere la propria esperienza sentimentale giorno per giorno, al di fuori di ogni esigenza di programmazione del futuro e, quindi, senza neppure porsi il problema dell'assunzione di un qualunque impegno formale.

Considerazioni, queste, che consiglierebbero l'adozione di forme autoritative di protezione, volte, cioè, ad imporre il rispetto di uno statuto minimo inderogabile facendo conseguire determinati effetti semplicemente al maturare di un tempo adeguato di durata della convivenza condotta come coniugi. Sul modello delle legislazioni presenti in Europa, in Ungheria, Catalogna, Aragona e, soprattutto, in Svezia (49). In coerenza, del resto, con la natura familiare che deve essere attribuita agli interessi che si esprimono nell'ambito di un rapporto di comunione di vita come quello posto in essere nella convivenza *more uxorio* e, estensivamente, nella convivenza a fondamento affettivo tra persone dello stesso sesso: interessi che, in quanto, appunto, familiari, debbono essere ritenuti in larga misura indisponibili e, conseguentemente, tutelati ovunque essi si manifestino in concreto.

FRANCESCO PROSPERI

(49) Per un ampio panorama delle diverse legislazioni europee in materia di famiglia di fatto v. M. BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Ipsoa, Milano, 2005; S. ASPREA, *La famiglia di fatto in Italia e in Europa*, Milano, 2003.

LA LEGGE N. 194 DEL 1978: "DERIVE" APPLICATIVE DI UNA LEGISLAZIONE DA RIVEDERE

SOMMARIO: I. La disciplina dell'aborto nei diversi sistemi giuridici contemporanei. La normativa previgente in Italia. — I.1. Nozione di aborto, classificazioni, principali orientamenti in materia. — I.2. L'aborto in altri ordinamenti: cenni di diritto comparato. — I.3. Normativa italiana: precedenti. — II. La l. n. 194 del 22 maggio 1978. — II.1. Lineamenti generali. Interruzione volontaria della gravidanza anteriore o successiva ai primi novanta giorni. "Legalizzazione" o "liberalizzazione" dell'aborto? — II.2. Profili di legittimità costituzionale. — II.3. Ultimi sviluppi giuridici e prospettive *de iure condendo*.

I.

I.1. Con il termine aborto si intende l'interruzione volontaria della gravidanza praticata con il proposito di por fine alla gestazione senza far salva la vita del feto. Il vocabolo aborto è sovente abbinato ad un'aggettivazione volta a palesare il motivo per cui si opera l'interruzione di gravidanza: si ha dunque l'aborto terapeutico, che ricomprenderebbe i casi nei quali l'interruzione di gravidanza è dettata da indicazioni cliniche per scongiurare un pericolo alla vita (aborto terapeutico in senso stretto), ovvero alla salute fisica o anche psichica della gestante (aborto terapeutico in senso allargato); accanto all'aborto terapeutico diretto si pone quello indiretto, laddove il fine dell'iniziativa del sanitario non è l'interruzione di gravidanza, ma questa è la conseguenza riflessa di un inevitabile trattamento farmacologico, chirurgico, radiante, cui si deve sottoporre la gestante per la cura di stati morbosi. V'è altresì l'aborto eugenetico, allorquando lo scopo perseguito sarebbe impedire che venga ad esistenza un essere del quale si prevedano anomalie e malformazioni (una diagnosi, peraltro, che presenta tutt'oggi notevoli difficoltà e larghi margini di insuccesso); si parla