



«ARCIPELAGO FAMIGLIA»: DALLA ‘FAMIGLIA DI ELAU’ AL DIRITTO DI FAMIGLIA.

ANNAMARIA GIULIA PARISI

SOMMARIO: 1. Dalle origini allo *jus civile*. — 2. La famiglia, dal medioevo all’età delle codificazioni. — 3. Il modello delineato dalla Costituzione italiana. L’interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali nella sentenza n. 198/2012 della Consulta spagnola. — 4. La famiglia nel prisma delle riforme.

1. Pur non disponendo di prove dirette, Washburn e De Vore collocano nel Pleistocene medio, ossia in un periodo in cui la caccia ad animali di grosse dimensioni si impone come attività economica fondamentale, l’inizio delle prime strutture parentali¹.

È datata invece a 4600 anni fa la più antica testimonianza finora rinvenuta di una famiglia, la famiglia di Elau: anch’essa contribuisce a rafforzare l’opinione di quanti sostengono, in materia, che la monogamia, l’unione di un solo uomo con una sola donna, sia da considerarsi come lo stato naturale della famiglia umana.

La tomba, rinvenuta ad Elau nella Sassonia-Anhalt, in Germania, nel 2005, conteneva i resti di un uomo, di una donna (età stimata: circa trent’anni) e di due bambini di circa 5 e 9 anni. L’analisi del loro DNA ha confermato il legame di parentela familiare suggerito dalle peculiarità della sepoltura: i corpi erano abbracciati fra di loro. Attorno ai loro scheletri sono state deposte le asce e i gioielli che ad essi appartenevano in vita. I ricercatori inglesi e tedeschi delle università di Bristol e di Mainz guidati da Wolfgang Haak osservano che *la loro unione nella morte suggerisce un’unione anche nella vita*.

Dall’esame degli scheletri si è accertato che il decesso dei componenti della famiglia di Elau - e delle altre nove persone i cui corpi ricomposti sono stati rinvenuti nella medesima tomba - è stato causato da una morte violenta.

I lavori nel sito della tomba sono iniziati a partire nel 2005, ma solo nel 2008 la rivista Pnas (*Proceedings of the national academy of sciences*) ha pubblicato i risultati concernenti gli esami svolti sul Dna, la datazione al radiocarbonio e l’analisi delle molecole contenute nelle ossa e nei denti².

¹ Cfr. S. L. WASHBURN e I. DE VORE, *Il comportamento sociale dell’uomo preistorico*, in S. L. WASHBURN (ed.), *Vita sociale dell’uomo preistorico*, trad. it. di F. Saba Sardi, Milano, 1971, pp. 151 ss.

² Quella venuta alla luce a Eulau è la prima famiglia umana di cui si abbia una conoscenza certificata con il test del Dna. Il ritrovamento testimonia anche il forte senso di legame familiare e la *pietas* del seppellitore che ha collocato e ricomposto i cadaveri: ciascun genitore abbraccia frontalmente un figlio, quasi a volerlo proteggere anche nell’aldilà. «Stabilendo il collegamento genetico fra i due adulti e i due figli sepolti assieme - sostiene Wolfgang Haak dell’Università di Adelaide alla guida della ricerca - abbiamo certificato la presenza di un classico nucleo di famiglia nel contesto preistorico dell’Europa centrale. Per quanto ne



La famiglia monogamica e indissolubile, non uno stadio di promiscuità o di agamicità, rappresenta una caratteristica costante nelle fasi più remote della cultura umana, come è dimostrato anche dall'esistenza della monogamia presso gli attuali nuclei umani di cultura più primitiva.

Anche per molti animali superiori, tra i quali un maschio e una femmina si uniscono in una relazione riproduttiva più o meno esclusiva ed accedono a nuove unioni solo quando i figli sono divenuti adulti e del tutto autonomi, la monogamia è una costante: il fatto che nella famiglia umana, per lungo tempo i figli - e quelli che via via nascevano - avevano bisogno delle cure prima, e poi del supporto dei genitori, ha influito sulla durata e sullo stabilizzarsi, negli ominidi, della famiglia monogamica.

Dunque, questo modello originale di famiglia, pur attraverso le variazioni caratterizzanti culture meno primitive e intermedie, quali la poliginia, la poliandria, il concubinato, è divenuto infine un valore etico caratterizzante tutte le culture superiori, anche quelle odierne contrassegnate, peraltro, dall'instabilità dei rapporti matrimoniali³.

Con la nascita dello *jus civile*, nella tradizione romana non v'è traccia di una nozione unica di famiglia nella tipica distinzione tra le due diverse modalità di aggregazione sociale: l'*adgnatio* e la *cognatio*. Il primo dei due istituti, legava nel rapporto di parentela tutti gli individui, *per virilis sexus personas cognatione iuncti*, soggetti allo stesso *pater familias* per *iustum matrimonium*, per *adrogatio*, per *adoptio*, o per *conventio in manum*, prescindendo dunque dal vincolo di sangue, e cessava col venir meno della *patria potestas*. Al contrario la *cognatio* (*cognati appellati sunt quasi ex uno nati, aut quasi commune nascendi initium habuerint*)⁴ era fondata sul legame di sangue, traeva origine da *iustae nuptiae* ed era estesa alla linea femminile e a tutti coloro che non erano più soggetti al vincolo dell'*adgnatio*, vuoi per emancipazione, vuoi per esser usciti da una famiglia per entrare in un'altra⁵.

Una visione unitaria della famiglia si afferma solo in età postclassica, quando scompaiono le differenze tra i due istituti parentali e rileva unicamente lo *ius sanguinis*:

sappiamo, si tratta della più antica prova genetica che lo dimostri e la loro unità nella morte suggerisce l'unità nella vita. Cfr., W. HAAK, G. BRANDT, H. N. DE JONG, CH. MEYER, R. GANSLMEIER, V. HEYD, CH. HAWKESWORTH, A. W. G. PIKE, H. MELLER, K. W. ALT, *Ancient DNA, strontium isotopes and osteological analyses shed new light on social and kinship organization of the later Stone Age. Proceedings of the National Academy of Sciences* (PNAS; Washington) 47, vol. 105 (25. November), 2008, p. 18226-18231. Adde, W. HAAK, G. BRANDT, H. N. DE JONG, CH. MEYER, R. GANSLMEIER, V. HEYD, CH. HAWKESWORTH, A. W. G. PIKE, H. MELLER, K. W. ALT, *A Stone Age tragedy reveals social structure and organization of the late Neolithic*, *Bulletin de la Société Suisse d'Anthropologie* 14 (1-2), 2008, 11.

³ Per Antolisei, *l'ordinamento della società domestica [...] riposa per una tradizione ultramillenaria sull'attuazione del principio monogamico, che spiritualizza l'unione sessuale, facendo del matrimonio il consortium omnis vitae*,

⁴ Dig., XXXVIII, 8, *unde cognati*, 1, 1.

⁵ Cf.: Gai 1.156: «*Sunt autem adgnati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patru filius et nepos ex eo. At hi, qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt adgnati, sed alias naturali iure cognati*». Ma Ulpiano specifica, quasi enfatizzando il ruolo del *pater familias*: «*...communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellantur*».(Ulp., I. 4 *ad eId.*, D.50.16.195.2).



Giustiniano, infatti, con la Novella 118, elimina ogni residuo di rilevanza giuridica all'*adgnatio* stabilendo che successione *ab intestato* e tutela fossero fondate esclusivamente sulla *cognatio*.

Nella lunga analisi diacronica, la famiglia complessa, composta dai coniugi e da più consanguinei che condividevano la medesima residenza (*famiglia estesa*), strutturata su più unioni monogamiche (anche quelle contratte da figli, parenti coresidenti, servi (*famiglia multipla*), si configura come la tipologia familiare più diffusa nelle culture antiche, principalmente di origine indoeuropea. Prevale in Grecia e a Roma, ove la legislazione romana conferisce all'uomo il ruolo giuridico ed economico di capofamiglia.

La famiglia complessa - estesa o multipla, composta da individui di generazioni diverse imparentati per via maschile e inserita in gruppi sociali più vasti che svolgevano compiti sociali, politici e militari (*sippen*) - prevalse anche presso le popolazioni germaniche che diedero origine alle principali civiltà romano-barbariche.

Con la crisi dell'Impero Romano, il dilagare della barbarie, soprattutto in Occidente, è gravido di effetti e di conseguenze sull'intero ambito dei rapporti umani e, ovviamente, anche su quelli normati dal diritto: gli arimanni, gli uomini dotati di piena capacità giuridica, erano gli uomini liberi, atti a difendere con le armi sé ed altri. Un abisso ora separa le conquiste del diritto e della cultura romana, in termini di valore della persona, dalla visione che valuta l'essere umano in base al prezzo in denaro ammesso e stabilito per legge⁶: quanto lontano è il guidrigildo dalla visione - di Gaio e di Ulpiano - sottesa alla proscrizione della *corporis aestimatio* dell'uomo libero: «*cum liberum corpus aestimationem non recipiat*»⁷, «*quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest*»⁸. Peraltro la *compositio*, realizzata attraverso il guidrigildo, introdotta nell'ordinamento <penale> germanico, poneva fine alle faide originate tra le famiglie dal compimento di un'azione illecita, che si perpetravano in una sorta di catena di vendette tribali, e quindi sembrava già prospettare uno sviluppo comunque positivo della cultura giuridica barbarica⁹.

Il diritto della famiglia in epoca barbarica è strettamente connesso al diritto delle persone, come già nelle *Institutiones* di Gaio il primo libro, dedicato alle persone, conteneva le linee essenziali del diritto di famiglia romano. Tanto, secondo una distribuzione della materia che sarà conservata nel tempo, nelle Istituzioni di Giustiniano e via via nei successivi testi normativi e nelle opere della dottrina giuridica.

Dunque nella civiltà barbarica dell'alto medioevo la nozione di persona assume connotazioni giuridiche consone al comune senso della vita proprio di una cultura in cui è del tutto assente un concetto astratto dell'entità 'essere umano', che veniva considerato

⁶ «*Ille qui homicida est componat ipsum mortuum, sicut adpretiatus fuerit, id est vergild*»: così, al cap. 11, *Edictus Rothari*, in *Germanenrechte*, N. F. *Leges Langobardorum*, ed. Beyerle, Witzzenhausen, 1962.

⁷ Cfr. D. 9,1,3.

⁸ Cfr. D. 9,3,1,5.

⁹ Cfr. A. CAVANNA, *Diritto e società nei regni ostrogoto e longobardo*, in *Magistra barbaritas. I Barbari in Italia*, Milano, 1984, 368 s. *Adde*, ID., *La civiltà giuridica longobarda*, in *I Longobardi e la Lombardia*, Milano, 1978, pp. 18 ss.



sic et simpliciter un elemento del branco e, in mancanza di principi razionali e concezioni dogmatiche, era valutato in base alla forza ed al suo essere *un bene economico che proviene da un dato sangue e lo tramanda*¹⁰.

2. Nella civiltà barbarica che, dopo il crollo della romanità, *con prepotente forza espansiva* dilaga in occidente, l'individuo, come figlio, padre, avo, è via via, per tutta la sua vita inserito in un gruppo, che può essere il nucleo chiuso costituito essenzialmente dai genitori e dai figli sotto l'autorità del padre e, alla sua morte, sotto il governo della madre eventualmente titolare dell'usufrutto, o del figlio maggiore.

Molti hanno inteso stabilire un parallelo tra la famiglia germanico-longobarda e la famiglia di origine romana che nell'alto medioevo conserva pur sempre le sue caratteristiche fondamentali; soprattutto vengono accostati il potere assoluto del *pater familias* e l'autorità del capo della famiglia di origine germanica. Taluno¹¹ discorre di poteri *in sostanza del tutto equivalenti*; si assimila la nozione di *manus* alla *Munt* germanica, alla quale parimenti si connette il *mundio* longobardo; si discorre della potestà universale del capo su persone e cose quale *forza unificatrice della famiglia e anima del gruppo domestico*¹². In realtà, anche dagli editti longobardi - che attestano l'applicazione del *mundio* limitatamente alle donne - rileva la "netta distinzione concettuale" tra il potere del pater, del marito, del patrono, poteri che possono far capo allo stesso soggetto, e si diversificano quanto a oggetto e destinatari¹³.

La comunità familiare era governata da un potere che tutelava la sua unità attraverso le vicende che coinvolgevano i suoi membri; i figli, divenuti atti alle armi, acquistavano piena capacità giuridica e la libertà di lasciare la famiglia paterna per costruire il proprio destino¹⁴.

La famiglia longobarda è dunque caratterizzata da grande coesione, talché, alla morte del genitore, i figli, come si è detto possono restare nella casa paterna condividendo patrimonio e beni, sotto l'autorità del figlio maggiore. In genere le donne erano escluse dall'amministrazione familiare, salvo che una disposizione del marito non attribuisse alla vedova - sotto la *conditio viduitas* - un diritto di usufrutto sui beni del

¹⁰ Cfr., P. M. ARCARI, *Idee e sentimenti politici dell'Alto Medioevo*, Milano, 1968, p. 404.

¹¹ Cfr. J. GRIMM, *Deutsche Rechtsaltertümer*, I, Leipzig, 1922, 617; *adde*: E. CORTESE, *Per la storia del mundio in Italia*, in *Riv. it. sc. giur.* III sr., 1955-56, IX-X, p. 326.

¹² Cfr. E. CORTESE, *Per la storia del mundio in Italia*, *cit.*, p. 328. Di diverso avviso invece, tra gli altri, KROESCHELL, *Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht* (*Göttinger rechtswissenschaftliche Studien*, 70), Göttingen, 1968, 37.

¹³ Cfr. E. CORTESE, *Per la storia del mundio in Italia*, *cit.*, p. 335.

¹⁴ I figli, dopo aver abbandonato la casa paterna, potevano tuttavia essere chiamati a condividere le decisioni anche patrimoniali riguardanti la famiglia; inoltre, connessa anche al dovere di solidarietà che coinvolgeva tutti i membri del gruppo era la responsabilità collettiva in caso di offese e danni arrecati a un componente della famiglia, da cui sorgeva l'obbligo della vendetta, attenuato poi grazie alla *compositio* prevista dall'editto di Rotari.



defunto. In tal modo la madre, osservando l'obbligo di castità e conservandosi fedele al marito morto, spesso diveniva la vera *gubernatrix* della famiglia, che restava unita sotto la sua direzione.

A questo nucleo più ristretto, che costituiva in origine la fraterna¹⁵, tipico istituto della società feudale e della prima età comunale, che lasciava il patrimonio indiviso e da amministrare in comune, si affiancavano gruppi parentali estesi, la *sippe*¹⁶ e la *fara*. La *fara* che comprendeva i discendenti da un capostipite comune, nella sua evoluzione si riduceva in nuclei ancora più ristretti, costituiti da famiglie patriarcali i cui membri erano sottoposti al padre. La famiglia si costituiva tramite il matrimonio.

Successivamente, grazie al progressivo e reciproco avvicinarsi di famiglie di origine longobarda e famiglie di discendenza romana e grazie ai matrimoni misti vengono a contaminarsi gli istituti dell'uno e dell'altro diritto, con una commistione di termini e di concetti. Per il glossatore Carlo di Tocco¹⁷ l'allontanamento volontario del figlio divenuto atto alle armi e con piena capacità giuridica veniva qualificato - erroneamente - come emancipazione, e analogamente i Romani assimilavano le consuetudini barbariche.

¹⁵ La fraterna sorge in una società ancora primitiva come naturale portato del nucleo familiare, fondata sulla consuetudine, per i fratelli, di restare uniti dopo la morte del padre; costituiva il primo tipo della società presso i Greci e tra i Romani, da questi identificata nella *societas omnium bonorum*. La fraterna per analoghe circostanze storiche e sociali risorge nel Medioevo, durante l'epoca germanica e, successivamente, nell'epoca feudale e nella prima età comunale.

Un particolare tipo di fraterna è tipica della società feudale: essa non è volontaria, bensì dipende dall'unità legale del feudo, poiché i fratelli debbono costituire un consorzio per l'esercizio dei diritti feudali che spettano alla *domus*, al casato, ai discendenti del primo investito, quando non vi sia diritto di primogenitura.

¹⁶ La Sippe (protogermanico: *Sibbja*; antico alto tedesco: *Sippia*; antico nordico: *Siffar*: termini il cui significato è famiglia) costituisce la prima istituzione su cui si reggeva la società germanica antica. Non è quindi casuale la derivazione del nome dalla dea Sif, sposa del dio Thor e dea della casa. La Sippe più precisamente indicava un *nucleo sociale di individui che si riconoscevano nella discendenza da un antenato comune*, quindi una sorta di gruppo familiare allargato, l'appartenenza al quale vincolava fortemente, reciprocamente i suoi membri, talché ciascun individuo annientava le proprie esigenze, subordinandole al superiore interesse collettivo che si identificava nella crescita del benessere della Sippe stessa. Da qui l'obbligo giuridico che l'uomo germanico avvertiva intensamente, in caso dell'uccisione di un parente, di vendicare con il sangue la perdita del familiare: obbligo che si manifestava nella tipicità della faida, sostituita a partire dal 643, con l'Editto di Rotari, dal *virgild*.

All'interno della Sippe obblighi e prerogative tra uomo e donna nel matrimonio si equilibravano sostanzialmente, tanto che anche in guerra le mogli condividevano il destino dei mariti: ne conseguiva una struttura sociale che non si connotava né in senso strettamente patriarcale né matriarcale.

¹⁷ Carlo di Tocco, gl. *In sinu* ad Lomb. II, 14, 19, ed. Venetiis 1537, rist. anast. Torino, 1964, 122. Carlo di Tocco, nel suo *Apparatus alla Lombarda* (1537), rivela lo sforzo tenace del civilista della scuola di Bologna di inserire nelle categorie romanistiche il diritto longobardo. L'opera fu considerata come la glossa ordinaria di quel testo legislativo e gli procurò rinomanza altissima, particolarmente nell'Italia meridionale.



Dopo il Mille il costituirsi dei Comuni e l'evolversi della struttura politica ed economica della società coinvolge e modifica in parte ruolo e funzioni della famiglia. Si affermano le grandi casate che acquistano, gestiscono il potere politico ed economico e si adoperano per conservarlo e trasmetterlo alle successive generazioni. Similmente si trasforma la struttura della famiglia degli altri ceti: contadini e artigiani fondano sull'unità familiare l'organizzazione dell'attività da trasmettere a «figli d'arte» e parimenti ha significativo sviluppo la famiglia mercantile. Se nella famiglia artigiana il capofamiglia è anche il maestro, intorno al mercante è necessaria la presenza di un insieme di persone legate strettamente da vincoli di sangue: la contiguità tra persone e luoghi della vita familiare e dell'attività lavorativa è essenziale per l'organizzazione della rete di rapporti sociali ed economici che ne costituisce il supporto. Non a caso nel Medioevo, durante l'epoca germanica e successivamente nell'epoca feudale e nella prima età comunale, ricompare la fraterna, e ciò accade soprattutto tra i rustici e i mercanti. Infatti, proprio le opportunità della coltivazione agricola e dei patti fondiari conducono alla frequente formazione di *fraternitates*: sono numerosi i documenti relativi a *libelli* (il testo medievale più antico è del 681)¹⁸; *precaria*; enfiteusi; *et cet.*, nei quali il titolare originario assegna per tre generazioni, spesso per 29 anni, un podere a un coltivatore e ai suoi discendenti, i quali, come ben si comprende, hanno tutto l'interesse di rimanere uniti.

Nel tempo stesso, nelle città dell'area italiana si risvegliavano i traffici e si costituivano imprese commerciali o industriali, che offrivano anch'esse ai figli dell'iniziatore l'opportunità di rimanere uniti per non perdere i vantaggi di un nome già noto, della rete di rapporti con la clientela, del credito accordato alla ditta. Ne deriva la comparsa, a Venezia, del particolare istituto della *fraterna compagnia*, nella quale i fratelli e i loro discendenti mantenevano in comunione beni e interessi. Il termine stesso che lo specifica è significativo della consuetudine familiare che lega i suoi componenti: *compagnia* è la *communio ad eundem panem et vinum*, fondamento del convivere domestico¹⁹.

Nel 1300 compare ancor più chiaramente la nozione di famiglia allargata a quel *complesso unitario di persone discendenti, attraverso le generazioni, da un comune capostipite*. Più specificamente, Alberico da Rosate identificava la famiglia nell'istituzione estesa a più

¹⁸ *Libellus* o livello indicava in genere un documento o un atto scritto, senza riguardo alcuno al suo contenuto, giuridico o no. In senso più specifico fu l'appellativo dato nel Medioevo alla particolare figura di contratto agrario, diffusissimo in Italia, attraverso il quale un concedente dava una terra in godimento a un ricevente o livellario, per un certo periodo di tempo, a determinate condizioni e dietro un compenso concordato. Il contratto nella sua denominazione fa riferimento all'atto scritto (*i. e. libellus*) col quale chi desiderava ottenere la concessione della terra faceva la sua petizione. (Cfr., in tema, C. CALISSES, *Le condizioni della proprietà territoriale studiate nei documenti della provincia romana dei secoli VIII, IX e X*, in *Arch. della R. Soc. rom. di stor. patr.*, VII e VIII, 1884-85; adde, A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, I, 2^a ed., Torino 1896, 195; IV, 2^a ed., 1893, 297 ss.; S. PIVANO, *I contratti agrari in Italia nell'alto Medioevo: precaria e livello, enfiteusi, pastinato e parzionaria, masseria e colonia, usufrutto vitalizio,...*, Torino 1904; F. SCHUPFER, *Precarie e livelli nell'alto Medioevo*, in *Riv. it. per le sc. giurid.*, XL, 1905.)

¹⁹ In Francia, ancor oggi, nelle consuetudini del Beauvoisis, si parla di coloro che rimangono uniti *au même pain et pot*.



generazioni e rami, laddove *proles masculina* e *divitiae* costituivano gli strumenti attraverso i quali salvaguardare i valori tipici della *familia*: la *dignitas* e la *memoria*²⁰.

È significativa la trasformazione che, negli stessi secoli, la nozione di famiglia subisce in Francia: si passa da una concezione per così dire orizzontale, anteriore al X secolo, in cui erano sfumati e flessibili i limiti del gruppo parentale, ad un concetto di famiglia - con particolare riferimento alla quella aristocratica - a struttura verticale, in cui il patrimonio si trasmette dal padre al maggiore dei figli e di cui si può redigere la storia, tracciandola nello schema di un albero che ha nelle radici l'avo fondatore da cui si sono originati la potenza e l'onore della razza²¹.

Il medesimo modello di famiglia potente è presente anche in Italia, come si evince dallo scritto di Leon Battista Alberti che - proveniente da una ricchissima casata mercantile poi disgregatasi - celebra nei suoi scritti il mito di una istituzione forte e unitaria che si propaga attraverso le generazioni²².

Peraltro, la famiglia codificata a Bologna dagli Statuti del popolo del 1287 è un gruppo composto dai vari membri che si solito potevano convivere nella casa: *patres, fratres, filios legitimos et naturales, sorores, matres, uxores et nurus*²³; il gruppo è solitamente più ristretto con riferimento alle famiglie di ceti modesti che risiedevano nei centri urbani.

In pieno Umanesimo coesistevano in Italia, due tipi di famiglia, quella formata dai consanguinei che vivevano sotto lo stesso tetto sottoposti all'autorità del *pater familias* e un gruppo parentale composto da più rami che, con riferimento a tutti i discendenti dal comune capostipite, usufruivano ancora del nome d'origine.

Il gruppo parentale sovente, per motivi economici, poteva allargarsi e costituire un vero e proprio consorzio familiare, che si dotava di statuti, organi e capi. Ciò poteva avvenire anche grazie all'annessione di famiglie non congiunte alle altre da uno stretto vincolo di parentela: tanto accadeva a Firenze ove si riscontrano vere e proprie consorterie familiari (i Donati, i Frescobaldi...), a Pistoia, a Genova, ove erano stanziate in contrade a sé riservate e dotate anche di fondaci, torri di difesa, chiese...²⁴.

²⁰ ALBERICO da Rosate, *Comm. ad D. 50, 16, 195, 2 de verb. signif. l. pronuntiatio § familiae*, Lugduni, 1545, 249v-250r; adde, ID, *Commentariorum de statutis libri IV*, II. 107, in *Tractatus Universi Iuris*, II, Venetiis, 1584, 41rb.

²¹ Cfr. G. DUBY, *Medieval Marriage: two Models from twelfth Century France*, Baltimore-London, 1978; adde, G. DUBY, *Mâle Moyen Age: de l'amour et autres essais*, Paris, 1988, trad. it. *Medioevo maschio: amore e matrimonio*, Roma-Bari, 1988, p. 132.

²² Cfr. L. B. ALBERTI, *I libri della famiglia*, Torino, 1969.

²³ Cfr. A. GAUDENZI, *Statuti del popolo dell'anno 1287*, in *Statuti del popolo di Bologna del secolo XIII: gli ordinamenti sacrali e sacratissimi colle riformazioni da loro occasionate e dipendenti ed altri provvedimenti affini*, Bologna, 1888, p. 137.

²⁴ Sul tema, cfr. J. HEERS, *Le clan familial au Moyen Âge. Etude sur les structures politiques et sociales des milieux urbains*, Paris, 1974; adde, D. OWEN HUGHES, *Ideali domestici e comportamento sociale: testimonianze della Genova medievale* in CH. E. ROSEMBERG (a cura di), *La famiglia nella storia*, Torino, 1979, pp. 151 ss.



La famiglia era fondata sul matrimonio religioso, ma con una divaricazione emblematica, come si vedrà, con riguardo alla imprescindibilità del libero consenso degli sposi previsto dal diritto canonico.

Nel passaggio all'età moderna la composizione della famiglia si differenzia nelle sue due strutture, quella ristretta - formata da padre, madre e figli - e quella più ampia, comprendente più generazioni.

Mentre i giuristi si adoperavano per ovviare alla sostanziale indeterminatezza della composizione che si diversificava tra le varie famiglie - si discorre di famiglia contentiva prossima, più ristretta, e di famiglia remota o remotissima, più ampia - acquista importanza pregnante il patrimonio, ovviamente con riguardo alle famiglie agiate o aristocratiche.

Nel Rinascimento l'elemento patrimoniale acquista tale rilevanza da incidere in modo determinante sul destino dei suoi componenti²⁵: il *pater familias* struttura il suo potere su quello di un sovrano e pretende dai figli rispetto e la più totale e incondizionata obbedienza.

Rileva come anche i matrimoni fossero combinati e più che mai finalizzati all'accrescimento del potere economico - e sovente politico - della casata, nella più totale noncuranza delle aspirazioni dei nubendi.

Come testimoniano anche le espressioni contenute negli accordi matrimoniali dell'epoca, le trattative potevano aver luogo e concludersi nell'ignoranza dei futuri coniugi, senza riguardo per i loro sentimenti: l'amore era citato, nei patti, ma era sempre e soltanto l'affetto e l'amicizia che univa le rispettive parentele. Così, in un atto conservato tra le fonti d'archivio salernitane risalenti al XVI secolo si legge testualmente che esso è concluso da *«tutti li parenti suoi voluntera, per star in bona amicitia fra loro e non per innamoramento de loro giovani, né per forza alcuna, ma per la bona amicitia che fra di loro sempre è stata»*; e altrove: *«il tutto, l'hanno trattato li padri d'ambe le parti amorevolmente fra loro»*, e *«tutto è passato d'accordo non tanto di loro (gli sposi), quanto delli loro prossimi»*²⁶.

Più esplicitamente taluno - citando le medesime fonti d'archivio salernitane - esplicita: *«il matrimonio "d'amore" è il matrimonio concluso in una perfetta concordia tra le due famiglie o addirittura tra i due gruppi interessati, anche se gli sposi non si sono mai incontrati»*²⁷.

Ma nei ceti in cui minore era il peso del lignaggio la scelta del coniuge era più libera, se si tien conto, invece, che in alcuni contratti matrimoniali stipulati a Genova tra artigiani è spesso addirittura assente il padre dei nubendi; mentre è documentato il caso di una donna - appartenente sempre alla categoria degli artigiani - che, consapevole del valore essenziale che aveva per la dottrina della chiesa il libero consenso dei coniugi e

²⁵ Cfr., G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto ipertestuale*, 1995.

²⁶ Cfr., G. DELILLE, *Classi sociali e scambi commerciali nel salernitano: 1500-1650 circa*, in "Quaderni Storici", 33, 1976, pp. 983 ss.

²⁷ Cfr. G. DI RENZO VILLATA, *o. loc. ul. cit.*, che precisa: *L'amore passione che faceva lasciare casa e genitori per una donna era oggetto di scandalo e di vergogna e, perseguito dall'autorità civile e religiosa, era sottoposto a riprovazione sociale perché implicava la violazione delle regole tacite ed espresse di comportamento su cui si fondava l'ordine dell'epoca.*



rivendicando il diritto di scegliersi lo sposo, ricorreva al sacerdote per ricusare il marito che la famiglia voleva imporle.

Per il diritto canonico infatti il matrimonio era valido a condizione che - in assenza di impedimenti - poggiasse sul mutuo consenso, anche nel caso di sposi minorenni e privi dell'assenso dei genitori e nelle ricorrenze di matrimoni clandestini in cui la sola condizione necessaria di validità era la presenza degli sposi, che nel matrimonio religioso fungevano anche da officianti.

Nel XVI secolo la Chiesa, nel fermento suscitato da luterani e calvinisti, che consideravano quest'ultima tipologia di 'nozze di fatto' apertamente contraria alla volontà e al potere paterno, dietro le pressioni di funzionari civili e delle famiglie potenti - soprattutto francesi e spagnole - che chiedevano l'esplicita dichiarazione di nullità di detti matrimoni e l'imposizione di regole che stabilissero l'obbligo del consenso dei genitori e dei limiti minimi d'età per gli sposi, intervenne nella materia e nel Concilio di Trento rese obbligatoria, per la validità del matrimonio, la presenza alla sua celebrazione del parroco e di almeno due testimoni. Contemporaneamente venivano stabilite le precise modalità delle pubblicazioni, anche se non era esplicitata una conseguenza della loro omissione.

Tra il XVII e il XVIII secolo l'affermarsi del pensiero giusnaturalistico, focalizzando l'attenzione sul suo momento costitutivo e sull'instaurarsi di rapporti parentali, poneva le basi per l'elaborazione di un nuovo modello di famiglia.

Grozio fondava l'origine della famiglia sul libero consenso dei coniugi, che quindi era determinante anche per la sua trasformazione o il suo scioglimento, ma con la procreazione si instauravano tra i componenti un insieme di diritti e doveri reciproci che appartenevano ed erano regolati esclusivamente dal diritto naturale. Il diritto naturale che scaturiva dalla filiazione era la fonte anche del potere di entrambi i genitori, non più del solo *pater familias*²⁸.

Dunque fondato sul diritto naturale era anche il dovere del padre di provvedere alle necessità di figli legittimi e naturali: in contrasto con l'orientamento discriminatorio dominante nella società del tempo, con antesignana modernità Grozio sosteneva che il diritto naturale non distingueva affatto tra le due categorie di figli²⁹.

²⁸ E' il momento degli interventi di riforma realizzati nel campo del diritto di famiglia e delle successioni: presso ogni Comune sono creati e affidati a pubblici ufficiali i Registri dello stato civile, ove annotare le nascite, le morti, i matrimoni, i divorzi, e tutto ciò che concerne appunto lo *status* civile dei cittadini; se ne sottrae dunque la competenza ai parroci, che in precedenza avevano provveduto alla conservazione di tali dati nei registri parrocchiali. Il matrimonio non è più un vincolo di natura religiosa e indissolubile: esso è ora considerato a tutti gli effetti come un contratto di diritto civile, con la conseguenza che è celebrato da pubblici ufficiali; inoltre, il matrimonio religioso non ha effetti per lo Stato: perché produca effetti civili è necessario sposarsi in Comune. Come tutti i contratti il matrimonio può, poi, essere sciolto.

²⁹ Cfr., GROZIO, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. V, ed. Lugduni Batavorum, 1919.



Diversamente Hobbes riconosceva nella famiglia il modello dello Stato: entrambi gli istituti, infatti, si basano sul principio di autorità; il potere dei genitori si fonda sul diritto del più forte³⁰.

Samuel von Pufendorf aderisce in parte al pensiero di Grozio, in quanto riconosce nel patto una fonte costitutiva del diritto privato. Per Pufendorf dunque anche i rapporti familiari hanno una natura contrattuale, in quanto la società coniugale si configura come un rapporto consensuale finalizzato all'incremento della specie. Anche i rapporti tra padre e figli hanno tale natura, e presuppongono il tacito consenso dei figli all'esercizio della *potestas* da parte del genitore³¹.

Anche per il suo allievo Thomasius la società coniugale trae fonte dal diritto naturale in quanto costituita in base al mutuo consenso, ma derivava altresì un regime di divieti dalle leggi divine e umane che imponevano, ad esempio, l'indissolubilità del matrimonio e la soggezione della moglie al marito. Tali obblighi erano in contrasto con i principi del diritto naturale che escludevano *in facto* la supremazia del marito e ammettevano non solo lo scioglimento del matrimonio, ma anche la poligamia e l'incesto.

Nel rapporto tra genitori e figli il Thomasius vedeva infatti concretizzarsi la *teoria del diritto come comando*³², in quanto tale specifico rapporto non si fondava sul consenso reciproco, bensì traeva origine da precetti vincolanti che costituivano obbligazioni, come l'obbligo di educare per il genitore e l'obbligo di obbedienza da parte dei figli, indipendentemente dal consenso dei destinatari degli obblighi stessi³³.

John Locke invece restaura l'*ordine naturale della famiglia*³⁴: se i giusnaturalisti precedenti avevano, in qualche modo, giustificato il potere dominante del padre, per Locke la famiglia naturale è anteriore e indipendente dallo Stato ed il potere spetta in ugual misura a ciascuno dei due genitori, perché parimenti responsabili della procreazione. Entrambi i genitori, dunque, hanno uguali diritti e doveri verso la prole, e non nel proprio interesse, ma nell'interesse esclusivo dei figli. Proprio in virtù di tale

³⁰ HOBBS, *De cive*, IX, 7, 254, 258, in *Opera philosophica quae latine scripsit omnia*, a cura di Molesworth, London, 1839-1845; *ID.*, *Leviathan*, II, XX, 185 ss., in *English Works*, a cura di Molesworth, London, 1839-1845.

³¹ S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, VI, I, ed. Francofurti et Lipsiae, 1744. *Adde*: V. FIORILLO, *Tra egoismo e socialità. Il giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, Napoli, 1992.

³² La teoria che riduce il diritto a un complesso di comandi coattivi emanati dall'autorità sovrana fu fortemente contestata da Hart (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961), che poneva, invece, alla base del giusnaturalismo, dei principi di condotta universalmente riconosciuti - indispensabili per la stessa sopravvivenza dell'umanità -, da lui definiti *contenuto minimo del diritto naturale*. In argomento, per tutti, cfr. A. FALZEA, *Ricerche di Teoria Generale del Diritto e Dogmatica Giuridica*, Vol. II: *Dogmatica Giuridica*, Milano, 1997; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e Positivismo giuridico*, Roma-Bari, 1963; G. CARCATERA, *Dal giurista al filosofo*, Torino, 2007.

³³ C. THOMASIIUS, *Institutiones jurisprudentiae divinae*, lib. III, c. II, §§ 1-3, 35, 49, 105, 115-122, 200-213, 168-172, 220-247, 21, 81, ed. Halae 1730, rist. anast. Aalen, 1963; *ID.*, *De crimine bigamiae*, §§ XXII-XXV, in *Dissertationes Academicae*, I, pp. 291 ss.; *ID.*, *De concubinato*, § IX, in *Dissertationes Academicae*, III, p. 710.

³⁴ Come afferma Solari: cfr. G. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale*, cit., p. 29.



scopo, il potere genitoriale per Locke era per sua stessa natura temporaneo e destinato a cessare quando i figli avessero raggiunto l'età della ragione, fossero ormai capaci di provvedere a se stessi e di gestire la propria libertà. È ancor più notevole e più rispettosa dell'interesse dei figli la convinzione in base alla quale il matrimonio era da considerarsi indissolubile fino a quando non venissero realizzati gli scopi matrimoniali, tra i quali erano prevalenti i doveri verso i figli, talché il vincolo poteva essere sciolto solo dopo che i genitori avessero adempiuto completamente al loro compito verso la prole.

Ma le conquiste della visione antipatrica di Locke non terminano qui: il rapporto tra i coniugi era improntato all'uguaglianza, e tra i fini dell'unione non vi era solo la procreazione, il mantenimento e l'educazione dei figli, bensì anche *la costruzione di una solidale comunione di affetti in base alla quale offrirsi assistenza e scambievole aiuto*.

Questa illuminata concezione influirà anche sul *droit intermédiaire*, quando il legislatore rivoluzionario procederà all'emanazione di una serie di norme di carattere settoriale, per dare attuazione alle riforme annunciate con la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino e per rendere effettiva la tutela dei diritti in essa contenuti³⁵, ma avrà realizzazione, peraltro parziale, nel nostro ordinamento solo con la riforma del diritto di famiglia del 1975³⁶.

Tuttavia, nella penisola italiana, nel secolo dei lumi e fino alla codificazione, la famiglia naturale di Locke sarà più che mai un'utopia, mentre inutilmente si levavano le parole di Cesare Beccaria³⁷ o dell'abate Alfonso Longo³⁸ a contrastare, stigmatizzandole,

³⁵ Le riforme che dopo il 1789 modificarono radicalmente, in Francia, il diritto di famiglia - rilevante, in particolare quella del 20-25 settembre 1792 - attuavano, la "dichiarazione dei diritti degli sposi, dei padri, dei figli, dei genitori" auspicata in seno alla Costituente, nella seduta del 5 agosto 1790, da M. Gossin: *...Après avoir rendu l'homme libre et heureux dans la vie publique, il vous restait à assurer sa liberté et son bonheur dans la vie privée. Vous le savez, sous l'ancien régime, la tyrannie des parents était souvent aussi terrible que le despotisme des ministres; souvent les prisons de l'Etat devenaient des prisons de famille. Il convenait donc, après la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de faire, pour ainsi dire, la déclaration des droits des époux, des pères, des fils, des parents....*cfr. *Archives parlementaires*, 1^{re} série (Paris 1867 ss.), XVII, pp. 617 s.

³⁶ Sulla riforma del diritto di famiglia del 1975 cfr., diffusamente e autorevolmente, G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, 2^a ed., Torino, 2003. *Adde*, ID., *La filiazione. La potestà dei genitori. Gli istituti di protezione*, in G. AUTORINO, *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico di diritto di famiglia*, V, Torino, 2007.

³⁷ Così Cesare Beccaria criticava l'organizzazione familiare del suo tempo: «Queste funeste ed autorizzate ingiustizie furono approvate dagli uomini anche più illuminati ed esercitate dalle repubbliche più libere, per avere considerato piuttosto la società come un'unione di famiglie, che come un'unione di uomini. Vi siano centomila uomini, o sia ventimila famiglie, ciascuna delle quali è composta di cinque persone, compresovi il capo che la rappresenta: se l'associazione è fatta per le famiglie, vi saranno ventimila uomini e ottantamila schiavi; se l'associazione è di uomini, vi saranno centomila cittadini e nessuno schiavo. Nel primo caso vi sarà una repubblica, e ventimila piccole monarchie che la compongono; nel secondo lo spirito repubblicano non solo spirerà nelle piazze e nelle adunanze della nazione, ma anche nelle domestiche mura, dove sta gran parte della felicità o della miseria degli uomini». Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § 26, Milano, 1984, p. 80.

³⁸ Membro dell'Accademia dei Pugni, *crogiolo delle idee tra le più ardite dell'illuminismo lombardo* (così G. Di Renzo Villata, *Persone e famiglia...*, cit., 45), l'abate Alfonso Longo sulle colonne del *Caffè*, nelle sue



le inveterate consuetudini che rendevano di fatto schiavi le donne e i figli e sacrificavano ogni altro interesse alla conservazione del patrimonio familiare: talché, se negli stessi anni, e precisamente nel 1784, in Lombardia Giuseppe II introduceva il matrimonio civile (peraltro ancora celebrato davanti al parroco che svolgeva quasi un ruolo di pubblico ufficiale)³⁹, e Leopoldo II di Toscana attribuiva alla *competenza privativa dei Tribunali secolari* tutte le cause concernenti gli effetti civili del matrimonio, altri Stati italiani ribadivano vecchi privilegi e vecchie strutture⁴⁰. Così le *Costituzioni estensi* sanzionavano severamente le nozze tra persone di diversa estrazione e condizione (il c.d. matrimonio di *disparaggio*) e punivano anche “i padri, e le madri, o gli altri parenti”, che “coll’opera, col consiglio, od anche con la semplice connivenza” a tali unioni consentivano⁴¹.

Osservazioni su i fedecommissi, condannava la consuetudine dei ceti più alti della società di concentrare le ricchezze del gruppo familiare nelle mani di uno solo, con gravi lesioni degli interessi dei figli esclusi dalla successione sui beni fedecommissari: «Ma qual mai si è lo scopo de' fedecommissi, delle primogeniture, de' maiorascati? Quello, dirammisi, di conservar ricca ed illustre una famiglia. Che così si ragioni da un vecchio imbevuto di pregiudizi, che crede di rivivere nella sua discendenza e pascesi nell'idea di veder perpetuata la sua linea, non deve far istupore; ma poco importa alla pubblica felicità che tal famiglia conservi eternamente ricca, anzi molto importa che le ricchezze accumulate passino di mano in mano, circolino nello Stato e siano il premio dell'industria d'un negoziante, più utile alla società che mille nobili sfaccendati». E mentre quasi preconizzava un tempo a venire in cui la famiglia sarebbe riorganizzata secondo principi di uguaglianza nell'interesse di tutti, non solo dei suoi componenti, ribadiva: «Abbandonansi da ridicole leggi alla miseria i cadetti in una casa dove siavi primogenitura e rendonsi vittima alla felicità del primogenito. E questo dirassi mantener la casa in lustro? Pel nome di casa credo doversi intendere non solo il primogenito, ma i membri tutti d'una famiglia. E per lustro d'una casa io intendo gli agi e le ricchezze distribuite nei componenti della casa. ... Allora solo dovrassi chiamare una famiglia ricca ed illustre quando una facoltosa sostanza sia, più egualmente che si può, distribuita ne' membri della famiglia; quando tutt'i fratelli siano messi in istato di vivere comodamente, di scegliersi ciascuno una sposa e di dare alla patria de' cittadini». (A. LONGO, *Osservazioni su i fedecommissi*, in «*Il Caffè*», 1764-1766, Milano, 1993, pp. 119 s.)

³⁹ Cfr. Editto di Giuseppe II del 30-7-1784, con ordine di esecuzione 17-9-1784, in *Gridario Stato di Milano, dal 1727 al 1794*, VI, n. 171, §§§ 1, 37, 45-50. L'istituzione del matrimonio civile, *rectius*, del *matrimonio considerato in se stesso e come contratto civile*, lo sottoponeva alla cognizione di giudici laici, i quali avevano la competenza di decidere *privativamente* sulle controversie relative ai casi di nullità, al mancato consenso paterno per i minori di vent'anni (poi, dal 1793 per i minori di 24 anni), alla mancanza del consenso dei superiori per i militari...Peraltro, con singolare disinvoltura, si confermava l'indissolubilità anche del matrimonio-contratto, che quindi non poteva sciogliersi finché erano in vita *ambidue li coniugi*. Si stabiliva il regime del divorzio consentito solo ai non cattolici. Quanto alla separazione «della tavola e del letto», poteva essere pronunciata dal giudice laico solo in presenza di colpa grave o per volontà concorde dei coniugi e previa l'acquisizione del parere del parroco, che aveva l'obbligo di sentire i coniugi e di tentare la riconciliazione ponendo in atto *tutti li mezzi possibili della persuasione*.

⁴⁰ Cfr. Legge toscana 30-10-1784, in *Codice della toscana legislazione*, XVII, Siena, 1785, p. 127.

⁴¹ In caso di *disparaggio*, per il *medesimo importante oggetto del decoro delle famiglie e del pubblico e privato interesse* il Duca di Modena così stabiliva: «Qualunque nobile si accaserà con persona, il cui matrimonio, per la di lei vile e bassa condizione apporti disonore e vitupero a se ed alla sua famiglia, non solamente tale nobile incontrerà la Nostra disapprovazione, ma inoltre ci riserviamo a dare contro di lui quei provvedimenti che secondo le circostanze de' casi crederemo opportuni e convenienti». E similmente: «L'uomo poi, o la



In Francia precorrevano l'intervento del Legislatore della Rivoluzione - tra gli altri - Rousseau⁴², Diderot⁴³, Voltaire, che pur considerando il matrimonio un'istituzione necessaria ed anzi salutare, in quanto *il miglior antidoto contro i cattivi costumi*, ritenevano tutti indispensabile una riforma della famiglia che andava sottratta al potere patriarcale e religioso. Per lo stesso Voltaire era indispensabile separare le due sfere di rilevanza concernenti l'istituto, quella civile e quella religiosa, in quanto, data la diversità di culti praticata dai Francesi, era contrario alla libertà di coscienza riservare alla chiesa cattolica la disciplina del matrimonio⁴⁴.

Quanto ai rapporti tra i coniugi, si persisteva nel considerare necessaria - pure condannandone gli abusi - l'autorità del marito, capo della famiglia, basandola sulla pretesa *naturale superiorità* dell'uomo sulla donna. Il padre dunque conservava i suoi poteri nei confronti della moglie e dei figli, ma questi ultimi dovevano restare soggetti al padre solo per il tempo in cui avevano bisogno di lui: è il pensiero di Rousseau, che vede nella famiglia la più antica di tutte le società e la sola naturale⁴⁵. Fuori dal coro, Condorcet definiva, un abuso - *tout court* - l'autorità maritale.

Se in Francia il vecchio sistema del diritto di famiglia veniva riformato fin dal 1789, in Italia le Repubbliche giacobine rifiutano gli ordinamenti civili degli Stati precedenti e redigono nuove Costituzioni: in esse, nell'ambito del diritto di famiglia, vengono limitati i diritti personali dei membri delle casate già regnanti e in genere le distinzioni di nascita; viene strutturato lo stato civile e sistemata la disciplina della successione, mentre alla famiglia si affida il compito dell'educazione patriottica e democratica della prole, essenziale per lo Stato-nazione. In qualche caso, come nell'ordinamento repubblicano

donna, di disuguale, infima e vile condizione, che avranno l'ardire di contrarre tali matrimoni o prestarvi l'assenso incorreranno in una pena afflittiva ad arbitrio Nostro, ed alla medesima pena soggiaceranno pure i padri e le madri o gli altri parenti che vi concorreranno coll'opera, col consiglio, od anche con la semplice connivenza». Cfr., *Codice di leggi e costituzioni per gli Stati di Sua Altezza Reale*, l. II, tit. XIII, Modena, 1771, 278-285. *Adde*, sul tema, L. SPINELLI, *La regolamentazione del matrimonio nel Ducato di Modena nei secoli XVIII e XIX*, in *Arch. giur.* «F. Serafini», CLXXV, VI s., XLIV, fasc. 1-2, 1968, p. 565.

⁴² Cfr. J. J. ROUSSEAU, *Emile*, liv. I, in *Oeuvres complètes*, t. IV, Paris, 1965, p. 258.

⁴³ Diderot pone a fondamento della famiglia il matrimonio (*Le père de famille*, in *Oeuvres complètes*, Paris, 1980, pp. 191 ss.). Nel suo *Dictionnaire* definisce il matrimonio quale unione coniugale volontaria di uomo e donna liberi finalizzata alla generazione dei figli (cfr. *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, article «Mariage», t. X, Neufchastel, 1765, 103). Peraltro aggiungeva che il matrimonio poteva conseguire pienamente i suoi effetti naturali e civili indipendentemente dalla cerimonia religiosa. Egli ammetteva il divorzio, ma, in presenza di figli, lo subordinava al compimento della loro educazione ed alla previsione del loro mantenimento. Ben diversamente, Rousseau proprio sulla presenza dei figli fondava l'indissolubilità del matrimonio (cfr. *Emile et Sophie ou les solitaires*, lettre I, in *Oeuvres complètes*, t. IV, Paris, 1969, 881-911).

⁴⁴ Cfr., VOLTAIRE, voce *Lois civiles et ecclésiastiques*, in *Dictionnaire philosophique*, ed. Garnier-Flammarion, Paris, 1964, p. 269.

⁴⁵ Cfr. J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat social ou Principes du Droit Politique*, I, 2, a cura di Derathé, in *Oeuvres complètes*, III, éd. Gallimard, Paris, 1964, p. 52.



del Piemonte del 1796, compare la prima - ed isolata - attestazione in favore del divorzio della storia italiana.

Nel 1804 il *Code Napoléon* diviene legge in tutta la penisola ed in gran parte d'Europa. Una vera rivoluzione - foriera di effetti di lungo periodo - investe il diritto familiare. Sull'idea cara a Napoleone di una famiglia solida in un solido Stato e col sacrificio, di fatto, dei principi di libertà e uguaglianza proclamati dalla Rivoluzione, si rafforza considerevolmente la potestà paterna e maritale, e seppure il modello di riferimento è sostanzialmente individualistico ed è basato sulla libera scelta del coniuge, in quanto con la maggiore età o in seguito a divorzio ognuno è libero di seguire il proprio destino, la figura del marito e del padre domina su tutte. Talché la moglie senza il di lui consenso non può fare donazioni né alienare, ipotecare o acquistare; è soggetta al dovere di obbedienza ed all'obbligo di coabitare e seguire il marito ovunque fissi la sua residenza⁴⁶. Il potere del padre incide pesantemente anche sulla vita dei figli che non possono lasciare la casa paterna o viaggiare senza la sua autorizzazione. Tale potestà è rafforzata da ulteriori poteri correttivo-repressivi: il padre, in ipotesi di cattiva condotta, può punire fisicamente e chiedere l'arresto e la detenzione dei propri figli.

La famiglia legittima è rafforzata dal *Code*, che pone in posizione di subordine la famiglia naturale, mentre assegna diritti assai limitati ai figli che lo stesso Napoleone definiva *bastardi*, verso il cui riconoscimento *la società non nutre alcun interesse*⁴⁷.

Nondimeno il *Code* offre diverse tutele in ambito di rapporti patrimoniali: decreta la fine del sistema dell'erede unico migliorando la condizione successoria dei figli cadetti, indipendentemente dal loro essere maschi o femmine e legittimi o naturali, purché riconosciuti e già titolari di un diritto agli alimenti prima della morte dei genitori⁴⁸.

Il *Code Napoléon*, pur rappresentando un forte punto di rottura nella nostra esperienza giuridica, costituiva tuttavia un modello per i giuristi italiani intenti ad elaborare un ordinamento per il nuovo Stato unitario: essi ne assimileranno i fondamenti e la struttura generale, integrandola con modifiche ispirate ai principi liberali.

Con il Codice Pisanelli del 1865⁴⁹, simbolo dell'unificazione italiana anche legislativa, anche nell'ambito del diritto di famiglia viene superata la frammentazione delle legislazioni in vigore negli Stati preunitari, seppure a prezzo di taluni compromessi. Il Codice del 1865 introduce nel territorio del Regno il matrimonio civile che, di struttura

⁴⁶ Cfr., *Code civil des Françaises, Livre premier, Titre V - Du mariage* -, art. 214: *La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre par-tout où il juge à propos de résider: le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état*; art. 215: *La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de bien*; art. 217: *La femme, même non commune, ou séparée de bien, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit*. La fonte è il sito dell'Assemblée nationale, *Code civil des Françaises, édition originale et seule officielle, Paris, de l'Imprimerie de la République, An XII 1804*.

⁴⁷ Già nel *Code Napoléon*, era contemplata l'esclusione *des enfants nés hors mariage, d'un commerce incestueux ou adultérin*. Cfr., quanto alla filiazione, le *Livre premier, Titre VII - De la paternité et de la filiation*.

⁴⁸ Ex artt. 756 -758.

⁴⁹ Approvato e pubblicato con il r.d. 2358/1865.



laica e liberale, si fonda tuttavia sull'indissolubilità del vincolo; si conferma la competenza dello Stato riguardo ai rapporti familiari, ma, al costo di grandi rinunce da parte delle donne lombarde⁵⁰, viene stabilita nella famiglia l'autorità e l'indubbia supremazia del marito su moglie e figli.

Talché, pur confermando i reciproci doveri di fedeltà, coabitazione e assistenza, non esiste tra i coniugi parità di diritti e di obblighi, in quanto, ad esempio, l'adulterio della donna viene giudicato e punito in modo diverso da quello del marito ed è necessaria l'autorizzazione maritale nelle questioni economiche che interessano la moglie, anche se limitatamente agli atti di straordinaria amministrazione⁵¹.

In effetti, al marito compete l'intera gestione del patrimonio, comprensivo della dote e dei beni personali della moglie nonché di quelli derivanti dalla comunione dei beni, e ciò al fine di salvaguardare le sostanze e la sicurezza economica dell'intera famiglia.

Con maggiore liberalità rispetto al Code, la potestà sui figli spetta ad entrambi i genitori, ma in caso di disaccordo è indiscutibile la preminenza della volontà del padre su quella della madre⁵².

Peraltro la patria potestà, ex artt. 220, 310 e 311 cod. civ. 1865, in contrasto con la stessa tradizione piemontese che la voleva perpetua, cessava con la maggiore età, con l'emancipazione o con il matrimonio del figlio.

Notevole la conclusione del Guardasigilli, nella Relazione al Codice: *Noi abbiamo... imitato il senno dei padri nostri, i quali pensarono sempre di fortificare nei Governi liberi la famiglia come contrappeso e correttivo all'esercizio delle libertà politiche*⁵³.

⁵⁰ Nel Lombardo - Veneto dal 1816 era applicato il Codice austriaco, che riconosceva alla donna la capacità di agire e la potestà negoziale non sottoposta all'autorizzazione maritale, pur con qualche limite (§§ 192, 198). Anche il figlio, con la maggiore età - a ventiquattro anni - era libero dalla patria potestà (§ 172), salvo ricorso, motivato, del padre ai giudici. Tra l'altro, l'ABGB, al § 16, riconosceva all'uomo dei diritti innati (*angeboren Rechte*), e al § 59 sanciva, anche se in via generale, la libertà religiosa, pur con talune limitazioni (come il divieto di contrarre matrimonio tra cristiani e non; il divorzio concesso ai non cattolici e agli ebrei ma precluso ai cattolici...): la diversità religiosa non incideva sui diritti privati.

⁵¹ Nel progetto originario del Codice in realtà non era prevista alcuna autorizzazione per la moglie da parte del marito: lo stesso Pisanelli anzi così ne sottolineava l'effetto negativo, nella sua Relazione: «Se la concordia regna tra i coniugi, tutti gli atti saranno regolati per consiglio comune; ma se vien meno la pace domestica, l'autorizzazione diventa un'arma di violenza nelle mani del marito; la moglie cercherà rifugio nei tribunali, e l'ultima scena di questa disposizione della legge sarà la separazione dei coniugi» (cfr. *Codice civile del Regno d'Italia: col confronto coi codici francese, austriaco, napoletano, parmense, estense, col regolamento pontificio, leggi per la Toscana e col dritto romano: corredato delle relazioni fatte alla Camera elettiva ed al Senato e di un sunto completo e preciso di tutte le discussioni parlamentari e delle diverse commissioni legislative: arricchito di osservazioni note e supplementi* / per cura [di] D. GALDI, Napoli, 161 ss.). Malgrado le obiezioni di Pisanelli, il testo fu definitivamente approvato nella stesura da lui contestata.

⁵² Il Guardasigilli ricordava come il Relatore del *Code*, quanto ai motivi del voto sulla patria potestà, spiegava che ogni famiglia era una piccola repubblica di cui padre e madre sono i capi naturali, e a sua volta asseriva: «Noi amiamo meglio raffigurarci nella famiglia il vero tipo di una piccola monarchia, di cui il padre è sovrano» (cfr. *Codice civile... per cura di D. GALDI, cit., p. 305*).

⁵³ Cfr. *Codice civile... per cura di D. GALDI, cit., p. 315*.



Il Codice Pisanelli, pur realizzando il rafforzamento della famiglia borghese - per la cultura liberale fondamento dello Stato unitario - tien conto, dunque, dei principi introdotti dalla Rivoluzione concretizzando, per i giuristi del tempo, un accettabile compromesso tra concezione tradizionale della famiglia e laicità. Esso in effetti fu così apprezzato da esser integrato e sostituito solo dal Codice Civile del 1942⁵⁴: si parlò di “mezzo secolo senza riforme”, proprio per la conseguente resistenza del legislatore avverso sue eventuali innovazioni e aggiornamenti.

In tema di diritto di famiglia, il d. l. lgt. 16 novembre 1916, n. 1688 peraltro limitava al sesto grado la successione tra i parenti⁵⁵, dal Codice Pisanelli ammessa fino al decimo grado (art. 742)⁵⁶. Alle successioni vacanti era chiamato lo Stato.

Era intervenuta *pour cause* la modifica in senso restrittivo dei gradi di parentela ammessi alla successione, in quanto, fin dalla promulgazione del codice Pisanelli, all'interno delle famiglie composte da più nuclei familiari era iniziato un processo di scissione che, accentuandosi progressivamente, aveva portato al declino delle grandi famiglie patriarcali, talché la norma prendeva atto del graduale prevalere della famiglia nucleare⁵⁷.

In realtà l'esigenza di una riforma del Codice del 1865 si era prospettata già all'indomani della prima guerra mondiale, con l'esigenza di una regolamentazione dei rapporti privati che tenesse conto dei nuovi assetti tra le classi sociali: nel 1923 fu approvata una legge di delega al Governo, finalizzata alla stesura di nuovi codici - civile, di procedura civile, di commercio e per la marina mercantile -. La Commissione reale all'uopo istituita lavorò fino al 1937 a un progetto per la compilazione dei primi tre libri

⁵⁴ Il Codice del 1865 venne riformato con r.d. del 16 marzo 1942 n. 262 ed entrò in vigore il 21 aprile dello stesso anno, sostituendo da questa data i libri separati del Codice stesso che erano stati singolarmente approvati con vari regi decreti (a cominciare dal n. 1852/1938, per il libro I). Il nuovo Codice civile è più complesso dell'antico, perché vi è ricompresa la materia propria dei precedenti Codice civile e di commercio. Nel Codice, in cui molti principi che si applicavano in materia di commercio sono stati estesi a tutto il diritto privato, è prevalsa la concezione unitaria, per cui il Codice civile, assorbendo il Codice di commercio, regola tutti i settori dell'attività dei privati. Con il d.lgs. n. 287/1944 sono state eliminate dal Codice alcune norme che erano espressione di concezioni politico-sociali superate, come la Carta del lavoro premessa al Codice del 1942. Il sistema del Codice civile è stato integrato da alcune leggi e decreti legislativi che negli ultimi decenni sono particolarmente aumentati di numero, inserendosi in alcuni casi, con la tecnica della novellazione, nell'impianto del Codice stesso - così è avvenuto, ad es., con la l. 151/1975 sulla riforma del diritto di famiglia; con la l. 6/2004 sull'amministrazione di sostegno; con la l. 55/2006 sul patto di famiglia, *et cet.* -, in altri casi affiancandosi invece al Codice civile, come si è verificato con la l. 898/1970 sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio.

⁵⁵ Venivano esclusi i cc.dd. *die lachenden Erben*, gli eredi che sono parenti così lontani del defunto da poter ridere della sua morte (!).

⁵⁶ Il *Code Napoléon*, in realtà, aveva ammesso la successione fino al dodicesimo grado: cfr. *Livre III, Titre I – Des successions*, Sect. IV, art. 755, 1: *Les parents au-delà du douzième degré ne succèdent pas*.

⁵⁷ Cfr. P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, 1974, pp. 181 ss.



del codice civile (persone e famiglia; cose e diritti reali; successioni e donazioni), oltre che ad un nuovo codice di commercio⁵⁸.

Il libro sulle persone e sulla famiglia entrò in vigore il 1° luglio 1939, quello sulle successioni il 21 aprile del 1940. Seppure l'impianto della disciplina nel settore del diritto di famiglia rimaneva in prevalenza invariato, ne era infranta l'unitarietà formale in quanto, tra l'altro, il matrimonio veniva ad essere regolato, oltre che dalle norme del nuovo Codice civile, anche dalle leggi del 1929 successive al Concordato con la Santa Sede che, in evidente contrasto con l'ispirazione laica e liberale del legislatore del 1865⁵⁹, disciplinavano anche gli effetti civili del matrimonio religioso.

Il diritto di famiglia, tra l'altro, veniva talora ad intersecare il complesso della legislazione assistenziale: al momento della sua introduzione, l'istituto dell'affiliazione veniva collocato nel libro I, Titolo XI, ove - in maniera organica ed omogenea - veniva regolamentata la materia dell'infanzia abbandonata.

Nella normativa riformata e integrata si consolidava tuttavia l'unità della struttura familiare sotto l'egida dell'autorità del padre; nel contempo era potenziata la vigilanza della pubblica autorità sulla vita familiare con la facoltà di intervento in tema di tutela e di esercizio della patria potestà

La giustificazione dell'intromissione più incisiva da parte dello Stato in ambito familiare era da taluno già ravvisata nell'esigenza di salvaguardare efficacemente la famiglia come gruppo di interesse superiore e trascendente rispetto all'interesse individuale dei suoi singoli componenti⁶⁰. Di conseguenza, l'autorità del capofamiglia consentiva assai breve spazio alla libertà o all'autonomia di moglie e figli.

Dopo la caduta del regime, dal 1944 decadono le norme connesse alla sua concezione: nell'ambito del diritto di famiglia, dall'art. 147 c. c. che sancisce il dovere dei due coniugi di mantenere, educare ed istruire la prole, viene cancellata l'espressione «al sentimento nazionale fascista».

Una svolta rivoluzionaria, benché non immediatamente compresa, è segnata dalla Costituzione⁶¹: gli articoli più significativi ancor oggi, a quasi settant'anni dalla sua entrata in vigore, sono oggetto dell'interpretazione della Consulta e del dibattito dottrinale.

⁵⁸ I membri delle commissioni che si occuparono della redazione del nuovo Codice Civile appartenevano, per la maggior parte, alla tradizione giuridica liberale: pertanto esso, benché redatto in epoca fascista, non risultò intriso profondamente dell'ideologia del regime, talché alla caduta del fascismo non fu sostituito, come da più parti si reclamava. Le ragioni di questa capacità di riutilizzo sono anche da ricercarsi nelle matrici ideologiche del Codice stesso, che possono definirsi sostanzialmente «borghesi», per cui dimostrò la capacità di essere utilizzato anche all'interno di un regime democratico.

⁵⁹ Per Cattaneo, si era smarrita tanto l'unità formale del testo normativo quanto l'ispirazione unitaria che in precedenza ne stava alla base: cfr. G. CATTANEO, *Il diritto della famiglia*, in *I cinquant'anni del codice civile - Atti del Convegno di Milano 4-6-giugno 1992*, Milano, 1993, I, pp. 140 s.

⁶⁰ Così A. CICU, *Lo spirito del Diritto familiare nel nuovo Codice civile (1939)*, ora in *Scritti minori di Antonio Cicu*, I, Milano, 1965, pp. 147 s.

⁶¹ In materia, cfr. C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana diretto da Calamandrei e Levi*, Firenze 1950, I, pp. 285 ss.



Negli stessi decenni, peraltro, nel settore giungono ad emersione esigenze profonde di rinnovamento che troveranno sbocco dapprima nella legge sull'adozione speciale (1967); successivamente nella legge sullo scioglimento del matrimonio (1970); nella prima grande Riforma del diritto di famiglia - che nel 1975 ha novellato gran parte del primo e parte del secondo libro del codice civile -; negli ulteriori provvedimenti normativi che nei successivi lustri hanno modificato la disciplina delle adozioni e del divorzio, nella seconda grande Riforma in materia di filiazione degli anni 2012/2013.

Da questa intensa attività legislativa indubbiamente scaturisce un regime che rivaluta le persone all'interno della comunità familiare e che, attraverso un'inversione di tendenza che, come detto, tutela più incisivamente l'interesse individuale, adombra l'inverarsi delle affermazioni dei saggi e di quei giuristi che nel cuore o con la ragione, come Locke, avevano già delineato le strutture ragionevoli e naturali della famiglia giusta.

3. Si affermano dunque nuovi modelli istituzionali, ed in particolare quello della famiglia quale "società di uguali, cui ciascun componente (marito/moglie, genitori/figli) conferisce il suo contributo autonomo e responsabile"⁶².

Se la Corte Costituzionale ha a suo tempo ribadito che "nel terzo comma dell'art. 30 della Costituzione per «famiglia legittima» si intende quella costituitasi col matrimonio del padre naturale e composta dal coniuge e dai figli legittimi"⁶³, una decisione della Cassazione meno risalente, ma orientata ad una possibile apertura, ha di contro ribadito che *la tutela delle famiglie si estende al di là del rapporto di coniugio e filiazione*⁶⁴.

Tuttavia, la Consulta, di là da qualche anno, discorrendo di dignità e non di tutela, ribadiva che "L'art. 29 Cost., pur non negando dignità a forme naturali del rapporto di coppia diverse dalla struttura giuridica del matrimonio, riconosce alla famiglia legittima una dignità superiore in

⁶² Cfr. M. BESSONE, *La famiglia nella Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 19, 31. Adde, M. DOGLIOTTI, *Principi della Costituzione e ruolo sociale della famiglia*, in *Dir. famiglia*, 1977, 1488 ss.

⁶³ Cfr. C. Cost., 14-4-1969, n. 79, in *FI*, 1969, I, 1033: *Nel terzo comma dell'art. 30 della Costituzione per "famiglia legittima" si intende quella costituitasi col matrimonio del padre naturale e composta dal coniuge e dai figli legittimi. È, quindi, costituzionalmente illegittimo l'art. 467 c.c., limitatamente alla parte in cui esclude dalla rappresentazione il figlio naturale di chi, figlio o fratello del "de cuius", non potendo o non volendo accettare l'eredità o il legato, non lasci o non abbia discendenti legittimi, in riferimento all'art. 30, terzo comma, della Costituzione. Nella Costituzione, invero, non è riposto un astratto "favore" per i figli naturali (riconosciuti o dichiarati) da tradursi soltanto ad opera della legge ordinaria in tutela concreta nel contenuto e nei limiti: la garanzia dei diritti del figlio naturale è, invece, tutta spiegata nel terzo comma, prima parte, dell'art. 30 Cost. per il caso in cui non urti con gli interessi dei "membri della famiglia legittima": vale a dire che l'intervento del legislatore occorrerà solo per conciliare la protezione del figlio naturale coi diritti di costoro. Ne deriva che per l'ipotesi in cui non sussista una famiglia legittima, una legiferazione speciale non è necessaria: infatti il figlio naturale gode già, in virtù dell'art. 30 Cost., di un'ampia protezione alla quale il legislatore ordinario è vincolato, diversamente da quanto accade per altre materie. E tale diritto di rappresentazione del figlio naturale non viene meno anche quando sussista il coniuge del cosiddetto rappresentato: infatti tra il figlio naturale e tale coniuge non v'è contrasto d'interessi da conciliare (ex art. 30 della Costituzione), dato che questi, a differenza dal figlio naturale o dai discendenti legittimi, non può subentrare per rappresentazione al proprio coniuge.*

⁶⁴ Cass., 24 febbraio 1981, n. 1115, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 745.



ragione dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività di diritti e doveri che nascono solo dal matrimonio” [C. Cost., 26 maggio 1989, n. 310 (pd. 12035)].

Ma un anno dopo la Corte, nella pluricommentata decisione del 12 aprile 1990, n. 184, specifica, altresì, che il 3° comma dell’art. 30 Cost. integra un duplice significato, il primo dei quali esprime “una regola di equiparazione dello *status* di figlio naturale (riconosciuto o dichiarato) allo *status* di figlio legittimo, nei limiti di compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima costituita dal matrimonio del genitore con persona diversa dall’altro. In questo senso «l’art. 30 si riferisce ai rapporti tra genitori e figli, e non a quelli dei figli tra loro (sent. n. 76 del 1977)». Quanto al secondo significato, concernente i rapporti tra il figlio naturale e i parenti del genitore che ha effettuato il riconoscimento, la norma costituzionale non impartisce un comando immediato di parificazione, *ma si pone come «norma ispiratrice di un orientamento legislativo a favore dei figli naturali (sent. n. 55 del 1979), la quale esclude che al limite di efficacia del riconoscimento indicato dall’art. 258 c. c. possa attribuirsi valore assoluto».*

Infine, e con maggiore chiarezza, la Consulta ha sottolineato come l’art. 29 Cost., che individua il fondamento della famiglia nel matrimonio e che certamente esprime la volontà dell’Assemblea costituente di evidenziare come la «famiglia» ivi contemplata possedesse «dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere», non si pone in contrasto con l’affermazione secondo cui *i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere «cristallizzati» con riferimento all’epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell’ordinamento, ma anche dell’evoluzione della società e dei costumi.* (C. Cost. 15 aprile 2010, n. 138).

Rileva, in comparazione, la sentenza con la quale il *Tribunal Constitucional* nel 2012 ha confermato la legittimità della scelta del legislatore ritenendo che rientrasse nella di lui competenza e discrezionalità legiferare in materia, e quindi respingendo le censure concernenti la violazione degli artt. 32 e 34 Cost., che sanciscono, rispettivamente, il diritto dell’uomo e della donna di contrarre matrimonio (*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*) ed il dovere dello Stato di tutelare la famiglia in generale ed in particolare i figli⁶⁵. Nell’occasione, il *Tribunal* si esprime in favore di una interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali.

Il *recurso de inconstitucionalidad* era in relazione con la *Ley* 13/2005 che, composta di un articolo unico, aveva inciso profondamente sul diritto di famiglia e, per alcuni, sul dettato costituzionale, aggiungendo all’art. 44 del *Código Civil* un secondo comma: “*el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de*

⁶⁵ *Tribunal constitucional*, sentenza n. 198/2012 del 6 novembre 2012, in *Boletín Oficial del Estado* [BOE], 28 de noviembre de 2012, pp.168 ss.



diferente sexo”, che di fatto rendeva il matrimonio accessibile indistintamente e con i medesimi effetti alle coppie *same sex* ed a quelle eterosessuali.

Per gli estensori del ricorso, la *ley* 13/2005, così intervenendo, aveva di fatto ‘snaturato la nozione di matrimonio’, trasformando una *institución con unos contornos tan definidos y universales* in una *institución polisémica, borrosa y disponible*.

Per la Consulta spagnola il contenuto delle garanzie costituzionali non va interpretato alla luce del criterio storico, bensì va ridefinito in armonia con la coscienza sociale: diversamente, se così non fosse, tutte le Costituzioni sarebbero destinate a dissolversi in un processo di allontanamento proprio da quella realtà che esse dovrebbero disciplinare. Dunque, dette garanzie non tutelano un contenuto predeterminato una volta per tutte, bensì la conservazione di un’istituzione in termini riconoscibili secondo l’immagine che di essa si riflette nella consapevolezza sociale in ogni tempo e luogo.

Lo stesso concetto di “*garantía institucional*” concede un margine di discrezionalità al legislatore ordinario nel modularne, in concreto, il contenuto, salva la preservazione del suo “nucleo essenziale valoriale” valido attraverso il trasmutare dei tempi. Il ‘nucleo essenziale’ - che permane immutabile attraverso il mutare dei tempi e delle circostanze - della nozione matrimonio costituzionalmente garantita è da individuarsi, per la Corte, nel concetto per così dire ‘neutro’ di *comunidad de afecto que genera un vínculo*, o *sociedad de ayuda mutua entre dos personas con idéntica posición que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar*, e tale nucleo non risulta intaccato né alterato dalla legge 13/2005. Talché, l’apertura operata tramite legge ordinaria al matrimonio tra persone dello stesso sesso viene a configurarsi come un’opzione ammissibile che non altera, bensì integra ed amplia la *garantía institucional*.

L’interpretazione della Costituzione in una prospettiva evolutiva, ribadisce la sentenza, è strettamente connessa al concetto di *cultura jurídica*, intesa questa non in senso letterale come l’insieme delle nozioni che formano il giurista, ma piuttosto come l’opportunità di arricchire l’interpretazione letterale, sistematica, originalista dei testi giuridici attraverso l’*observación de la realidad jurídicamente relevante*. Da tale realtà emerge che le democrazie occidentali hanno elaborato strumenti normativi che attribuiscono diritti alle coppie *same sex*, il che evidenzia la tendenza crescente a riconoscere che il matrimonio tra persone dello stesso sesso si integra nella istituzione matrimoniale ed è una realtà suscettibile di essere assunta nella cultura giuridica spagnola.

Per la Corte, il diritto fondamentale al matrimonio è un diritto a *titolarità* individuale, non ad *esercizio* individuale, data la necessità del mutuo consenso e la serie di ulteriori diritti *ope legis* ad esso collegati: la *Ley* 13/2005, aprendo l’accesso all’istituto del matrimonio anche alle coppie omosessuali, ha inciso non sul contenuto del diritto a contrarre matrimonio, ma solo sul regime di esercizio, senza pregiudicare l’analogo diritto già precedentemente riconosciuto alle coppie eterosessuali.

Talché il legislatore ordinario, nella piena equiparazione della coppie eterosessuali e omosessuali di fronte alla possibilità di contrarre matrimonio, ha individuato



un'opzione costituzionalmente compatibile, rispettosa del contenuto essenziale del diritto e coerente con la promozione della persona umana, considerata singolarmente o all'interno *de los grupos en que se integra*, che è l'obiettivo dell'art. 9.2 *Const. Esp.*

Tuttavia rileva come, in precedenza, lo stesso *Tribunal Constitucional* aveva definito il matrimonio *entre un hombre y una mujer* come un *derecho constitucional que genera ope legis una pluralidad de derechos y deberes*, laddove ribadiva che *el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes*⁶⁶.

4. Con l'entrata in vigore, il 7 febbraio 2014, del d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, *Revisione delle disposizioni in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*⁶⁷, si completa la nuova disciplina sulla filiazione introdotta dalla l. 10 dicembre 2012, n. 219, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*.

La legge 219/2012 aveva già operato, con l'art. 1 che ha novellato il codice civile⁶⁸, una triplice innovazione: la costituzione del rapporto di parentela basato su qualsiasi forma di filiazione⁶⁹ anche fuori dal matrimonio - artt. 74 e 258 c. c. nuova formulazione-; l'unicità dello *status* di figlio - specialmente, artt. 315 e 315 *bis* c. c. -; la nuova disciplina del riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio - artt. 251 e 276 c. c. Più specificamente, l'innovato art. 74 c. c. precisa ora che il vincolo di parentela con la famiglia dei genitori è il medesimo al di là delle modalità dell'acquisizione della filiazione, dentro o fuori del matrimonio⁷⁰.

In realtà, la legge n. 219/2012 e il decreto attuativo 28 dicembre 2013, n. 154, pur essendo focalizzati sull'introduzione dello stato unico di figlio - di cui all'art. 315 c. c. -, realizzano una Riforma di portata ben più ampia che incide profondamente sull'intera materia familiare⁷¹.

⁶⁶ *Tribunal constitucional*, sentenza n. 184/1990. Nello stesso senso, anche *Tribunal constitucional*, sentenza n. 47/1993.

⁶⁷ In G. U. 8 gennaio 2014, n. 5.

⁶⁸ L'art. 1, comma 10, con norma immediatamente precettiva, dispone: «È abrogata la sezione II del capo II del titolo VII del libro primo del codice civile». Tra i principi e criteri direttivi della delega relativa alle modifiche del Titolo VII del codice civile è sancito anche quello relativo all'abrogazione delle «disposizioni che fanno riferimento alla legittimazione». L'immediata abrogazione dell'istituto indica che l'unicità dello stato, ad ogni effetto, anche successorio, si determina immediatamente all'entrata in vigore della legge, senza alcuna necessità di attendere i decreti delegati.

⁶⁹ Ma già Checchini ribadisce, nel 1992, che la parentela è una qualifica giuridica connessa con l'attribuzione di uno stato di filiazione. Cfr. A. CHECCHINI, *Della parentela e dell'affinità*, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi, Sub artt. 74-78*, I, Padova, 1992, p. 395.

⁷⁰ *Si afferma il legame di parentela tra le persone che discendono da uno stesso stipite in ogni ipotesi di filiazione, nata nel e fuori del matrimonio*: G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. Giur.*, 4, 2013, p. 525.

⁷¹ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2014,



Autorevolmente⁷² si è ribadito come il legislatore abbia ben delineato le due dimensioni fondamentali degli istituti trattati, intervenendo sia sul piano della valenza socioculturale, sia su quello della tecnica giuridica, definendone meticolosamente limiti, tutele, modalità ed effetti, nella sistematicità delle scelte normative: nei sei articoli della legge 219/2012 sono infatti individuati alcuni chiari principi essenziali.

Tramite i due provvedimenti citati si è attuato un processo che, traendo origine dal dettato costituzionale - lo stesso art. 2 della legge n. 219/2012 afferma l'intento di voler "eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi, nel rispetto dell'art. 30 Cost." - affida all'esecutivo il compito di modificare stabilmente, senza lasciare *rechtsfreier Raum* e conseguente libertà d'intervento ad ulteriori, successivi provvedimenti, tutta la normativa in vigore per renderla coerente con il principio affermato. D'altro canto, il decreto legislativo n. 154/2013, composto di 108 articoli, come si è detto completa e attua la riforma della filiazione basata sull'unicità dello stato giuridico di tutti i figli *senza aggettivi*⁷³ con riguardo alla loro nascita, e senza attribuire alcuna qualificazione al rapporto naturale tra genitori e figlio, con attenzione unicamente al rapporto biologico di filiazione.

La riforma del diritto di famiglia del 1975 che aveva attuato la parificazione tra i figli non aveva inciso sulla struttura della normativa concernente la filiazione, che restava diversificata con riguardo al rapporto esistente tra i genitori, secondo che fossero, oppure no, uniti nel vincolo matrimoniale: talché rispettivamente si disciplinava la filiazione legittima e quella 'naturale' (precedentemente 'illegittima')⁷⁴. Quest'ultima a sua volta era ripartita in filiazione naturale riconosciuta o giudizialmente dichiarata, e filiazione non riconosciuta e irriconoscibile. La stessa distinzione perdurante tra i modelli di filiazione legittima e filiazione naturale di fatto giustapponeva tra loro con maggior distacco ed evidenza il modello di famiglia fondata sul matrimonio e le forme di convivenza familiare o *more uxorio* diffusissime nella società attuale.

La preesistente prospettiva in tema di filiazione viene superata in toto dalla nuova Riforma, generata dalla acquisita consapevolezza dottrinale della necessità di superare tali divaricazioni, e il *core* ed emblema della nuova disciplina e della teorica ad essa sottesa è l'art. 315 c. c. rubricato «Stato giuridico della filiazione», che stabilisce - non senza solennità - che «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico».

L'art. 2, l. n. 219/2012 definisce l'enunciato dell'art. 315 c. c. un principio, *tout court*, come ad auspicarne l'integrazione con il portato degli artt. 29 e 30 Cost. - e a

⁷² P. SCHLESINGER, *Il D. Lgs. N. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2014, 443 ss.

⁷³ L'espressione è di V. CARBONE, *Il d. lgs. n. 154/2013 sulla revisione delle disposizioni vigenti in tema di filiazione*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2014, p. 448.

⁷⁴Cfr., sul tema, ben esaurientemente, G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit.; *adde*, ID., *La filiazione*. in G. AUTORINO, *Trattato teorico-pratico di diritto di famiglia*, V, cit.



modificarne i complessi ed articolati equilibri -, quasi che il legislatore ordinario ne proponga una rilettura⁷⁵.

Non è senza rilevanza che il legislatore della nuova Riforma nell'enunciato dell'art. 315 inglobi la nozione di *status*, da più parti e in più occasioni al centro di riflessioni dottrinali e già efficacemente definito come *rapporto che lega giuridicamente la persona ad una comunità, e strumento tecnico che traduce la situazione di un soggetto in relazione all'ambiente ed alla comunità in una condizione stabilmente rilevante per il diritto*. Talché, al conseguimento dello *status* di figlio, l'individuo - in virtù delle previsioni degli artt. 315, 74, 258 c. c. - *diventa parente delle persone che partecipano allo stipite da cui discendono i suoi genitori ed entra a far parte della loro famiglia*, indipendentemente dal fatto che sia stato concepito, oppure no, nel matrimonio⁷⁶.

Dunque, nel flusso dello sconvolgimento apportato dal legislatore della Riforma - con audacia pari alla fermezza - nella struttura consolidata della disciplina dei rapporti familiari, peraltro sottoposta alle molteplici sollecitazioni provenienti dalla dottrina, dall'interprete e dal contesto, viene di fatto riconosciuta e sancita la completa identità tra famiglia matrimoniale e famiglia non matrimoniale⁷⁷.

D'altro canto la procreazione, come rapporto naturale che la biologia non qualifica in alcun modo, trova nuovo accoglimento nel mondo del diritto, che la fa propria senza attributi o distinzioni: le risorse della scienza nel campo del DNA consentono di garantire (o di escludere) il rapporto biologico genitoriale senza ulteriori prove o

⁷⁵ M. SESTA, *Stato unico di filiazione...*, cit. p. 2.

⁷⁶ Così, testualmente, M. SESTA, *op. loc. ul. cit.*

⁷⁷ «... il figlio si trova inserito in due famiglie, quella paterna e quella materna, tra loro non comunicanti, grazie al vincolo di affinità. Poiché l'affermazione dell'unicità dello stato - salva sempre la formazione del corrispondente titolo dello stato di filiazione - è incondizionata, così come lo è quella che fa scaturire il vincolo di parentela dalla mera discendenza biologica, nei casi di filiazione adulterina ed incestuosa si producono conseguenze assai peculiari. Nella filiazione adulterina, il figlio diventa fratello (unilaterale) del figlio matrimoniale di ciascuno dei genitori, zio dei figli dei fratelli e così via, con le conseguenze alimentari e successorie. Inoltre, in base a quanto disposto dall'art. 316 c. c., egli è soggetto alla responsabilità dei genitori, che l'esercitano congiuntamente, in parallelo con quella che ciascuno di loro si trovi, eventualmente, ad esercitare col proprio coniuge nei riguardi del figlio matrimoniale. È vero che ciò poteva già accadere in forza delle disposizioni in tema di affidamento condiviso, ma - quantomeno secondo l'interpretazione che era parsa preferibile - l'esercizio congiunto della potestà era previsto solo a seguito di un provvedimento giudiziale emesso in sede di separazione, divorzio o di rottura della convivenza. In base alle nuove disposizioni, il genitore coniugato, se non vuole incorrere in responsabilità, dovrà quindi relazionarsi col figlio concepito fuori dal matrimonio ed inevitabilmente anche con l'altro genitore «naturale» col quale condivide, di norma ed indipendentemente dalla convivenza, la responsabilità genitoriale ex art. 316 c.c. In queste ipotesi, tenuto anche conto di quanto disposto dal novellato art. 252 c. c., si crea una sorta di triangolazione di rapporti, considerato che un genitore può trovarsi tenuto a condividere la funzione genitoriale con il coniuge ed anche con uno o più soggetti con i quali abbia generato figli, e ciò indipendentemente dalla sussistenza di convivenza». Cfr. M. SESTA, *Stato unico di filiazione...*, cit., pp. 4 ss.



ammissioni e senza dover ricorrere a presunzioni, come tali già radicate nel diritto romano⁷⁸ o nel diritto canonico⁷⁹.

Per di più, la nozione giuridica di parentela non coincide, *tout court*, col rapporto di procreazione, in quanto la relazione di parentela può costituirsi anche in assenza di consanguineità - laddove si discorre di parentela civile⁸⁰ -, mentre ha un ambito più ristretto di quello della consanguineità biologica, nelle ipotesi di filiazione non riconosciuta, non riconoscibile o non giudizialmente dichiarata⁸¹.

Talché il legislatore ha inteso adeguare la regolamentazione dei rapporti di filiazione alle mutate sensibilità sociali dominanti, avvalorate peraltro dal contributo della legislazione sovranazionale aperta all'ascolto del minore⁸². Le Convenzioni di New York e di Strasburgo, la Carta di Nizza citata nella *Relazione illustrativa* della Commissione Bianca unita allo schema di decreto delegato, privilegiano certamente l'interesse del figlio *che ha diritto ad una famiglia*⁸³: la riforma attuata realizza l'obiettivo della piena equiparazione degli effetti della filiazione dentro e fuori del matrimonio⁸⁴, col conseguente instaurarsi di rapporti di parentela col gruppo familiare genitoriale, come si è detto, produttivi di effetti anche in ambito patrimoniale e successorio⁸⁵.

La rinnovata disciplina ha dunque riformato radicalmente la struttura dei rapporti familiari, allontanando l'istituto della genitorialità e della parentela dal matrimonio, infrangendo una tradizione più che millenaria che vedeva nel matrimonio stesso di quella *ineludibile presupposto*⁸⁶. L'aver posto la procreazione biologica a presupposto esclusivo e sufficiente della parentela *tout court* infrange l'essenzialità del ruolo del matrimonio quale base della famiglia intesa come struttura giuridica: e ciò ben in contrasto con le affermazioni di chi, negli anni Cinquanta, escludeva che lo stato di figlio naturale potesse essere connesso ad uno stato di famiglia, poiché mancava il matrimonio, «unica fonte,

⁷⁸ *Mater semper certa est, pater numquam.*

⁷⁹ Cfr. can. 1115, Codex Iuris Canonici 1917: §1. *Pater is est quem iustae nuptiae demonstrant, nisi evidentibus argumentis contrarium probetur.* §2. *Legitimi praesumuntur filii qui nati sunt saltem post sex menses a die celebrati matrimonii, vel intra decem menses a die dissolutae vitae conjugalis.*

⁸⁰ D. BARILLARO, *Della parentela e dell'affinità*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 74-78*, Bologna-Roma, 1974, p. 442; M. ESU, *La parentela e l'affinità*, in *Tratt. Rescigno*, 2, I, 2^a ed., Torino, 1999, p. 749.

⁸¹ Cfr., in materia, non senza note di acuta originalità, M. G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e "terzo genitore": le esperienze francese e italiana*, in *Fam. e dir.*, 2, 2012. Adde, Id., *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010.

⁸² Cfr. V. CARBONE, op. cit., 451. Quanto alle norme di diritto sovranazionale basti ricordare le Convenzioni di New York e di Strasburgo e la Carta di Nizza citata nella *Relazione illustrativa* della Commissione Bianca unita allo schema di decreto delegato.

⁸³ Già la l. 149/2001 sanciva, nel nostro ordinamento, il diritto del minore alla propria famiglia.

⁸⁴ Permangono differenze riguardo all'accertamento della filiazione e alla costituzione dello *status* di figlio, peraltro *unico*.

⁸⁵ Nell'ambito della successione intestata, la Consulta, per sua parte, più volte chiamata a pronunciarsi, ha rimesso al legislatore la regolamentazione della successione *mortis causa*.

⁸⁶ Cfr. P. SCHLESINGER, op. cit., p. 444.



nel nostro diritto», di quella⁸⁷. Oggi con rivoluzione copernicana è sullo *status* unitario di figlio e sulle relazioni familiari tra il figlio e i gruppi parentali di ciascuno dei genitori che si fonda una nuova, 'liquida' e versatile istituzione, che più che famiglia sembra, sovente, farsi 'arcipelago'⁸⁸. Talché il matrimonio, architrave del modello tracciato dagli artt. 29 e 30 Cost. ancor più la disgrega, nel momento che si subordina all'interesse della persona-figlio il rapporto coniugale, privilegiare il quale sarebbe talora svantaggioso e contrasterebbe proprio con l'interesse del minore.

Tuttavia, *a contrario*, occorre interrogarsi anche del danno può derivare al figlio, dall'indebolimento di un sistema di relazioni giuridiche quale è stato finora la più salda e consolidata delle formazioni sociali ove deve svolgersi, liberamente e compiutamente, la sua personalità⁸⁹ nonché dalla 'morte' della famiglia coniugale che appare nei fatti ineludibile⁹⁰.

Affinché il giovane (in termini di diritto) 'figlio senza aggettivi' possa restare indenne dalle conseguenze - non tutte prevedibili - della disintegrazione del modello unico familiare, *rectius*, dalla pluralizzazione dei modelli di famiglia ormai in atto, è logico e ragionevole attendersi, come dopo ogni decostruzione e senza indulgere in una ulteriore, deleteria inerzia progettuale, un intervento altrettanto deciso che ristruttururi quella opportunamente, anche adeguandola alle trasformazioni - già in atto - del sentire sociale che incidono sulla prassi e sulla consuetudine, perché come osserva taluno acutamente, solo una dinamica familiare forte, ricostruita legalmente *con sollecitudine e intelligenza*, può garantire il necessario equilibrio sociale sottraendolo alla dannosa precarietà⁹¹.

Allo stato attuale, peraltro, all'unicità della condizione di figlio si contrappone l'eterogeneità delle modalità di costituzione e di accertamento dello stesso rapporto di filiazione, e l'unitarietà del regime giuridico su cui è ora impostato il rapporto genitore-figlio sottende, tuttavia - in un capovolgimento di prospettiva - le diverse condizioni e particolarità che connotano, di volta in volta, la struttura concreta della famiglia, *vel potius delle famiglie*, dei rapporti parentali che intersecano più fulcri o più fuochi in cui si collocano, nella fissità dominante del nuovo *status*, i figli.

Tra l'altro, gli artt. 74 e 258 c. c., appartenendo al gruppo delle disposizioni già entrate in vigore dal 1.1.2013, hanno inciso con effetto immediato sul contenuto e sull'applicazione di tutte le norme che presuppongono la nozione di parentela nella sua

⁸⁷ A. CICU, *La filiazione*, in *Trattato Vassalli*, rist., III ed., Milano, 1969, p. 9.

⁸⁸ Cfr. F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, pp. 509 ss.

⁸⁹ Art. 2 Cost.: *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*

⁹⁰ Art. 2 Cost.: *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*

⁹¹ Cfr. F. D'AGOSTINO, *Famiglia, è il tempo per tornare a costruire*, editoriale, in *Iustitia*, 1, 2014, p. 3.



nuova accezione, anche di quelle la cui formulazione non è stata direttamente modificata dal legislatore della Riforma 2012/2013⁹².

Assumono in tal modo rilevanza, per taluno *tacitamente*, le relazioni familiari ristrutturate nelle famiglie allargate o ricomposte, nelle quali convivono figli di precedenti unioni e della nuova unione o i figli eventualmente adottati: all'atipicità del modello familiare che si prospetta fa comunque da contraltare la conquista valoriale della centralità della filiazione, cui approda il lungo processo culturale iniziato come si è detto ben prima della riforma del 1975, teso alla tutela dei diritti e dell'interesse del singolo ben più che all'interesse collettivo del gruppo⁹³. Processo che con una circolarità inattesa sembra ricongiungersi al tradizionale fondamento del *matrimonium sacramentum*, laddove il *core* è la procreazione, sia come *intentio*, sia come capacità, sia come condizione della stessa esistenza del vincolo coniugale.

Se dunque oggi non si può più discorrere di famiglia, bensì di *famiglie*, l'unico termine che resta pressoché univoco appare proprio il matrimonio, che pure non può ridursi a mero *vestmentum*, a *forma statica e astratta*⁹⁴: anche in tale prospettiva il legislatore italiano ha affrontato l'annosa problematica del riconoscimento del rapporto che unisce le coppie omosessuali, giungendo solo ora e attraverso contrasti comunque irrisolti, per il tramite della legge 20 maggio 2016, n. 76, alla *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, affrontando nello stesso provvedimento anche la *disciplina delle convivenze*.

Il legislatore, dimidiato tra l'opinione *nutrita ma risalente* che considera l'art. 29 Cost. un ostacolo insormontabile per il riconoscimento di modelli familiari diversi da quello unico e legittimo e una contraddizione in termini anche l'espressione 'famiglia di fatto' (che *confonde il fatto con il diritto*) e l'interpretazione evolutiva del dettato costituzionale, disponibile ad accogliere i mutamenti sociali che hanno coinvolto, nel tempo, la vita affettiva di coppia, è giunto al riconoscimento delle unioni civili e delle convivenze di fatto peraltro adombrando il tentativo - a parere di chi scrive, per lo più infruttuoso - di confinarne la disciplina in una sorta di apparente ghetto giuridico-relazionale. Infatti ha disegnato tra i partner un rapporto esclusivamente bilaterale, negandone ogni capacità espansiva per il tramite dell'instaurarsi di rapporti familiari di parentela anche adottiva, intervenendo persino nel *core* dell'*affectio* e del rapporto solidale, sottacendo dell'obbligo di fedeltà tra i conviventi e disponendo che la stessa 'comunione di vita' possa dissolversi anche unilateralmente e *ad nutum*, al di fuori di ogni valutazione giudiziale mirante a salvaguardare un vincolo meritevole di tutela o la parte economicamente più debole.

⁹² Cfr., M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI, *La riforma della filiazione: aspetti personali, successori e processuali: l. 10 dicembre 2012, n. 219*, Bologna, 2013, pp. 117 ss.

⁹³ Cfr. P. SCHLESINGER, *Il D. Lgs. N. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2014, p. 445.

⁹⁴ L'espressione è tratta da V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 5, 1043.



Tanto, nell'impegno teso a negare il carattere familiare soprattutto alle unioni *same sex*, che solo per via giudiziaria - leggasi condanna della Corte EDU e decisioni della Consulta che il 15 aprile 2010 includeva anche l'unione omosessuale fra le formazioni sociali tutelate, ex art. 2 Cost., dall'ordinamento⁹⁵ - erano formalmente inserite nell'alveo delle comunità sociali funzionali allo sviluppo libero e armonico della persona umana.

Non può non ipotizzarsi, almeno per qualche momento, che talune concessioni - inutili, persino, quanto contraddittorie - costruite nella determinazione di distinguere al massimo le unioni civili dall'istituto familiare siano state finalizzate, in realtà, semplicemente a *non épater le bourgeois*, negando l'indubbia connotazione dell'istituto regolato. Tanto può essere evidente già nel pleonastico riferimento, nel solenne enunciato del comma 1, all'art. 2 Cost. che diversifica la 'formazione sociale' di cui all'art. 2 dalla famiglia legittima fondata sull'art. 29 Cost., e ciò senza porre mente al rapporto di contenente e contenuto che collega comunque i due articoli della Carta fondamentale. La famiglia, per il medesimo assunto dell'art. 29, è una *naturalis societas*, riconducibile come ogni altra formazione sociale di tipo familiare all'enunciato dell'art. 2 Cost. in quanto luogo del *Sein* connesso a quella peculiare esperienza esistenziale fondata - in senso costitutivo ed esclusivo - sul *consortium totius vitae*, sulla comunione materiale e spirituale che lega, in un rapporto partecipativo e solidale, i suoi componenti. Seppure, indubitabilmente, la famiglia disegnata dall'art. 29 Cost è anche il luogo del *Sollen*, del *dover essere* in cui si originano le norme che disciplinano le relazioni che sorgono all'interno di essa quasi alla stregua di ordinamento non scevro di originarietà, mobile e concreto, indissolubilmente connesso al *continuum* dello storico variare dell'esperienza della vita associata.

All'ampio dibattito sull'art. 29 Cost. che nel corso dell'assemblea costituente portò alla dizione che accomuna in sé famiglia, società naturale e matrimonio, sulla base del riconoscimento della preesistenza dell'istituzione familiare rispetto allo Stato e non della subordinazione di questo ad un ordine giuridico di diritto naturale, corrisponde specularmente il variegato dibattito dottrinale che oggi può sintetizzarsi essenzialmente nella duplice visione di chi legge il testo come società *di diritto* naturale, talché la famiglia è il portato di un ordine naturale pregiuridico, immutabile, astorico e non derogabile dal diritto, e quella più condivisibile incardinata nella connessione con il duplice disposto degli artt. 2 e 29 Cost., nella quale società naturale diviene sinonimo di formazione sociale che riceve tutela dall'ordinamento in quanto *idonea a svolgere le funzioni ad essa assegnate, legate all'esistenza e allo svolgimento della personalità dell'individuo*⁹⁶.

Dalla prima prospettiva sono scaturite la struttura gerarchica della famiglia, la compressione delle libertà fondamentali dei singoli componenti, le discriminazioni nei confronti della filiazione naturale, assunte dal legislatore quali espressioni *dell'ordine*

⁹⁵ Nella già citata sentenza n. 138/2010, la Corte costituzionale ribadiva che

⁹⁶ Per l'attenta analisi cfr. M. G. STANZIONE, *Filiazione e genitorialità. Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, soprattutto pp. 30 ss.



naturale della famiglia, nell'arbitraria e fallace astrazione di questa dall'evoluzione storica delle relazioni endofamiliari e dei modelli di famiglia che nella società via via si registrano.

L'interpretazione sistematica dell'istituto familiare quale fenomeno sociale e quale fenomeno giuridico ha indotto invece a riconoscerne i mutamenti di strutture e funzioni e a renderlo immune da condizionamenti datati di ordine istituzionalistico, nella prospettiva costituzionale e solidaristica di formazione sociale funzionalizzata all'esclusivo, libero esplicarsi della persona umana, valore apicale dell'intero ordinamento.

La legge regolatrice delle unioni civili e delle convivenze è certo uno dei più importanti e rivoluzionari eventi della storia del Diritto di famiglia italiano⁹⁷, e fa da *pendent* alla Riforma del 2012/2013 che ha istituito lo stato unico di filiazione: se quest'ultima disciplina epocale ha allargato a dismisura i confini in cui si esplicano i rapporti socio-giuridici incentrati sul soggetto 'figlio senza aggettivi', la legge 76/2016 detta una disciplina il più possibile semplice e positiva sulla dimensione del rapporto di coppia, ma certamente meno chiara o del tutto silente in relazione ai connessi, ineludibili e pregnanti rapporti parentali.

Rileva, peraltro, *ictu oculi*, che l'intersezione che di fatto si verifica tra le due riforme è produttiva di ulteriori discrasie e problematiche, afferenti altresì, sostanzialmente, ancora al rapporto di filiazione.

Il legislatore della legge n. 76/2016 ha colmato una lacuna normativa offrendo doverosa risposta alle sollecitazioni - da più parti e con varia intensità - da tempo sorte nel variegato contesto socio-giuridico attinente alla dimensione famiglia, ma *minus dixit quam oportuit*, a fronte del magma dei nuovi diritti e delle nuove istanze tuttora in attesa di una improcrastinabile regolazione, di riconoscimento e di ordine.

⁹⁷ Cfr., B. DE FILIPPIS, in *Quot. Giurid.*, 13 maggio 2016.