

Parte I

**MATRIMONIO
E REGOLAMENTAZIONE
DEI RAPPORTI**

La famiglia e il matrimonio

1.

di Annamaria Fasano

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Il matrimonio: profilo storico. – 3. La famiglia, fenomeno sociale in continua evoluzione. – 4. Il rapporto di coniugio. – 5. Il diritto alla realizzazione personale e la tutela della famiglia. – 6. Le donne, le pari opportunità e la famiglia.

Introduzione

1.

La famiglia è una “struttura relazionale umana fondamentale attraverso la quale (con essa o contro di essa, ma comunque mai senza riferimento ad essa) ogni soggetto riceve (o, se si preferisce conquista) la sua identità soggettiva personale (...) la possibilità di essere se stesso fin dal principio, perfino contro coloro che l’hanno generato”¹.

La qualità della vita e la sfera emozionale sono espressioni estranee al diritto, che non possono assumere rilievo nelle norme giuridiche e nei testi normativi. Eppure oggi è frequente parlare di relazioni affettive e di sfera intima del soggetto e, soprattutto, è diventato frequente leggere nelle sentenze il rilievo riconosciuto dall’ordinamento a questi aspetti sommersi del “valore uomo”. Nell’ambito del contesto familiare i singoli hanno diritto a realizzarsi, ad esprimersi, a sviluppare la loro personalità (art. 2 Cost.), in

¹ F. D’AGOSTINO, *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 188. Per un approfondimento: G. ALPA, *La famiglia nel nuovo diritto*, Zanichelli, Bologna, 2002; M. BESSONE, *La famiglia nel nuovo diritto*, Zanichelli, Bologna, 2002; C.M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia. Le successioni*, Giuffrè, Milano, 2001; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2002; A. D’ANGELO, *La famiglia nel nuovo diritto*, Zanichelli, Bologna, 2002.

una parola al “benessere”, espressione essenziale dell’evoluzione completa ed integrata della personalità umana.

Il diritto del singolo trova riconoscimento nei valori costituzionali, anche se il sistema normativo non ha ancora registrato pienamente la necessità di tutela delle relazioni affettive che esprimono il vissuto emozionale della società familiare ed il momento in cui si esplica e si realizza la personalità del singolo. Garantire il singolo all’interno della società familiare significa consentire lo sviluppo organico e completo della sua personalità.

La dottrina evidenzia come sia difficile riuscire normativamente ad assicurare ad ogni componente della famiglia (soprattutto ai soggetti deboli) la tutela dei diritti riconosciuti dalla Costituzione e dallo stesso ordinamento giuridico.

Come si dirà nel prosieguo, alcuni autori hanno parlato di processo di “privatizzazione” della famiglia, volendo evidenziare il rilievo che oggi assume la regolamentazione dei rapporti dei coniugi, secondo i principi propri della autonomia negoziale. Il nuovo modello di “matrimonio”, così come emerge dal diritto vivente e dalle sentenze delle corti, esprime un concetto della famiglia molto diverso da quello radicato in passato e come tutelato e garantito dal sistema. Le difficoltà maggiori nate in questi anni sono scaturite proprio da questa tendenza alla *depubblicizzazione o privatizzazione* di taluni aspetti della disciplina del matrimonio, soprattutto per superare alcune rigidità e vincoli del regime matrimoniale tra coniugi e dal processo di *degiuridificazione* di altri aspetti del rapporto coniugale, facendosi riferimento a quelli di natura personale, che tendono a sfuggire ad un assoggettamento ai precetti legali e ad essere sempre più affidati alle scelte autonome e consensuali degli interessati.

Il matrimonio: profilo storico

2.

La famiglia e il matrimonio rivestono sicuramente ruoli di fondamentale importanza in qualsiasi organizzazione sociale.

Nel matrimonio riposa il fondamento della famiglia. Nella nostra tradizione culturale il concetto di famiglia coincide con quello di matrimonio. Il matrimonio come fondamento della famiglia viene in considerazione con gli artt. 29 Cost. e 12 Conv. Europea Diritti dell’Uomo.

La famiglia non è un’organizzazione di individui naturale, ma semplicemente un istituto storicamente e socialmente condizionato, maturato nel corso dei tempi.

La famiglia romana non si esprimeva in questi termini, non essendo sicuramente fondata sul matrimonio, ma sulla *patria potestas*.

Si pensi che nel diritto romano classico il matrimonio sembrava disciplinato da regole morali e dal costume, e non da norme giuridiche. Infatti, si poteva divorziare liberamente senza forme solenni e mancavano forme giuridiche per la celebrazione delle nozze² (anche se a Roma spesso si utilizzavano cerimonie nuziali). Secondo il diritto dell'antica Roma il matrimonio era basato esclusivamente sul consenso dei nubendi e non prevedeva forma particolarmente solenne.

La concezione moderna del matrimonio si esprime tenendo conto della tradizione romanistica e della regolamentazione del diritto canonico. Come si è detto in diritto romano il *consensus facit nuptias* riassume la struttura del matrimonio.

La volontà effettiva e continua di essere marito e moglie fonda il vincolo coniugale, tanto che il divorzio si realizza nel momento in cui il consenso degli sposi viene meno. Questa tendenza è andata sempre più attenuandosi, diffondendosi, invece, un indirizzo di "giuridicizzazione" della famiglia.

La Chiesa si serve del concetto romano fondato sul consenso, ma reimposta il rapporto esprimendolo in termini di solennità, conseguentemente la concezione consensualistica ne risulta profondamente modificata. Secondo il diritto canonico il matrimonio è un vincolo indissolubile, pertanto il consenso non rappresenta un sostegno permanente del vincolo. Una volta manifestato il consenso, gli sposi sono indissolubilmente legati e non possono svincolarsi.

Con il Concilio di Trento del 1563, il processo di regolamentazione del

² L'idea moderna del matrimonio si forma sul solco di una tradizione di diritto romano e diritto canonico. In diritto romano l'unione matrimoniale è fondata esclusivamente sulla volontà dei nubendi. Per i giuristi classici il consenso deve essere interpretato come la volontà effettiva e continua di essere marito e moglie. Manca qualsiasi forma di celebrazione e sussiste la totale libertà di modi e di motivazioni per il divorzio. Per un approfondimento si rinvia ai seguenti autori: R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, Giuffrè, Milano, 1951; E. VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano*, Roma, 1961; E. VOLTERRA, voce *Matrimonio (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXV, Milano, 1975, p. 726 ss.; J. GAUDEMET, *Il matrimonio in occidente*, 1987, trad. it., SEI, Torino, 1989, p. 22 ss. Per una sintesi, v. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 154 ss.; M. BALESTRI FUMAGALLI, voce *Matrimonio nel diritto romano*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, vol. XI, Torino, 1994, p. 317. Per approfondimento cfr. E. VOLTERRA, voce *famiglia (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 723 ss.

matrimonio si completa con la precisa indicazione di forme legali necessarie per la celebrazione di un matrimonio valido³.

Per molto tempo il matrimonio viene regolamentato secondo le norme della Chiesa Cattolica e lo Stato rivendica il diritto alla disciplina del rapporto.

La Chiesa ritiene, secondo la tradizione romana, che il consenso sia il fondamento del matrimonio, ma sostenuto da regole sacramentali. Secondo la Chiesa il matrimonio è soprattutto un sacramento, rappresentando l'unione con Cristo. Dopo la riforma, inizia il processo del tramonto del "monopolio" della Chiesa cattolica sulla materia matrimoniale⁴.

Lo Stato rivendica il suo diritto a disciplinare il vincolo matrimoniale. Ciò avverrà solo con la Rivoluzione Francese. Infatti, grazie alla Rivoluzione Francese si verifica l'allontanamento dalle regole canoniche per una disciplina statuale. Il codice civile francese provvederà a disciplinare il rapporto matrimoniale secondo i principi dell'ordinamento.

I rapporti tra Stato e Chiesa nel tempo diventano tesi, ma la forza dello Stato si impone sulla base della duplice natura del matrimonio, visto sia come sacramento, sia come contratto. Il matrimonio viene, infatti, definito "contratto naturale".

Nel nostro paese questo processo si realizza solo nel 1865, momento in cui il matrimonio rappresenta l'unica forma di vincolo valido per tutti i cittadini.

Autorevole dottrina ha affermato che "la disciplina del matrimonio civile costituisce uno dei postulati della laicità dello Stato moderno. Con ciò non si intende sacrificare la libertà della Chiesa e dei credenti ma, piuttosto

³ Con il Concilio di Trento si afferma il principio di regolamentazione del matrimonio da parte del diritto canonico e nello stesso tempo termina il dominio della Chiesa sulla materia matrimoniale che viene disciplinata anche dallo stato.

⁴ Con la riforma inizia il processo di secolarizzazione del matrimonio. Negli Stati protestanti, per prima l'Olanda nel 1580, il matrimonio civile viene istituito come mezzo per tutelare le minoranze religiose, anche quella cattolica, le quali, non avendo un'organizzazione riconosciuta dallo Stato, non avevano la facoltà di celebrare unioni legalmente riconosciute, ed ha rappresentato, quindi, espressione di tolleranza religiosa nei confronti di confessioni la cui condizione era inferiore. Il monopolio ecclesiale viene messo in discussione non solo dalla Riforma, ma anche dalla comparsa dei grandi Stati moderni, che in quegli anni stavano elaborando una disciplina civile in parte parallela, in parte differente da quella della Chiesa. Il sovrano non osa interferire con il vincolo matrimoniale, di cui rispetta la natura sacramentale, ma interviene su diversi punti della disciplina matrimoniale. G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, in *Famiglia*, 2001, 4, p. 939.

sto, assicurare a tutti i cittadini eguale possibilità di costituire una famiglia legittima al di fuori di rapporti confessionali”⁵. Lo Stato italiano, infatti, prende le distanze dal fenomeno religioso, che rimane una realtà dei credenti. Il principio dell’indissolubilità del vincolo, postulato della religione cattolica, non viene recepito dall’ordinamento, che esclude comunque ogni contrasto con i principi religiosi. La previsione della possibilità di porre fine agli effetti civili del matrimonio concordatario, non si pone come una realtà estranea ai principi religiosi ed etici che riguardano l’intimo dei nubendi. I principi costituzionali che presiedono ai rapporti tra Stato e Confessioni religiose sono improntati alla distinzione degli ordini ed al rispetto della reciproca sovranità ed indipendenza⁶.

La disciplina del matrimonio viene regolamentata dall’art. 34 dell’accordo recepito nell’ordinamento italiano dalla legge n. 810 del 1929, che segna la fine del matrimonio civile obbligatorio introdotto dal codice civile del 1865 e che carica la riforma di un evidente significato confessionista. Nel testo viene esplicitato l’intento di “ridonare all’istituto del matrimonio” “dignità conforme alle tradizioni cattoliche del popolo” e di riconoscere al “sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili”, mediante la trascrizione nei registri comunali. Il sistema cambia con l’accordo del 1984. Il nuovo testo contenuto nell’art. 8 dell’Accordo del 18 febbraio 1984, reso esecutivo in Italia con la legge 25 marzo 1985, n. 121, pur facendo riferimento ai “matrimoni contratti secondo le

⁵ Cfr. G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, cit., p. 2.

⁶ In tema di matrimonio concordatario, lo Stato italiano, attraverso il concordato con la Santa Sede, non ha inteso recepire la disciplina canonistica del matrimonio, limitandosi invece a riconoscere al matrimonio contratto secondo il diritto canonico, e regolarmente trascritto, gli stessi effetti di quello celebrato davanti all’ufficiale dello Stato civile, ferma restando la regolamentazione di tali effetti, anche quanto alla loro permanenza nel tempo, secondo le norme del proprio ordinamento. Resta, con ciò, ribadito il principio del primato della legge nazionale nella regolamentazione degli effetti civili del vincolo coniugale. Logico corollario di siffatto principio è l’esclusione della configurabilità di un contrasto della legge sul divorzio con l’art. 34 del concordato con la Chiesa cattolica del 1929 e quindi anche con il nuovo concordato del 1985. Né nel nuovo regime di non indissolubilità del vincolo coniugale è ravvisabile il contrasto con i diritti fondamentali della Chiesa cattolica, in quanto la previsione della possibilità di porre fine agli effetti civili del matrimonio concordatario non spiega alcuna incidenza sul vincolo religioso, la cui permanenza non è affatto posta in discussione, e, pertanto, non reca *vulnus* all’esplicazione dei convincenti etici e religiosi del contraente contrario al divorzio.

Cass., sent. 17 novembre 2006, n. 24494, in *Guida al dir., Fam. e min.*, 2006, 2.

norme del diritto canonico”, non li qualifica più sacramenti e non legittima un’interpretazione volta ad attribuire al diritto canonico un rinvio formale.

La famiglia, fenomeno sociale in continua evoluzione **3.**

In origine la famiglia era patriarcale, ma con il processo di trasformazione della società da agricola ad urbana, la famiglia diventa nucleare. La famiglia nucleare viene disciplinata nell’ottocento. Si tratta di una famiglia costituita da coniugi e figli, retta dal principio di autorità del marito sulla moglie che ha poteri di direzione del nucleo familiare.

Nella concezione ottocentesca, riflessa nel *code Napoleon*, il matrimonio è un contratto che ha origine dal consenso di due soggetti liberi ed uguali. Si tratta, in realtà, di un contratto molto particolare, che genera uno *status*. La legge stabilisce in modo rigido le condizioni dei coniugi e dei figli.

Nella concezione ottocentesca il marito aveva potere sulla moglie che gli era subordinata⁷. Questo modello di famiglia rimane inalterato anche in Italia fino al codice civile dell’Italia Unita e nello stesso codice civile del 1942. Solo dopo molti anni, il principio di eguaglianza tra i sessi modifica i contorni di questo modello. Si assiste al passaggio dalla famiglia fondata sullo *status* ad una fondata sul contratto, nella quale il consenso di soggetti liberi ed uguali è rilevante non solo nel momento costitutivo, ma anche nello svolgimento del rapporto e nella determinazione della vita familiare.

Nel 1975 si realizza una redistribuzione dei doveri e poteri all’interno della famiglia⁸. Al potere decisionale del marito, cui la moglie si trovava soggetta, si sostituisce un rapporto di uguaglianza e l’uguale esercizio della potestà genitoriale. L’autonomia e l’uguaglianza dei coniugi cede davanti al controllo giudiziale solo nei casi espressamente indicati dal codice, quando è necessario tutelare interessi superiori, quali quelli dei figli. La disciplina

⁷ Si ricorda che Napoleone in un discorso pronunciato innanzi al Conseil d’Etat, si faceva portavoce dei principi che fondavano il codice civile dicendo che la natura aveva fatto la donna differente dall’uomo e che il marito per tale ragione aveva diritto di dire a sua moglie di non fare questo o di non fare quest’altro.

⁸ Il divorzio viene introdotto nell’ordinamento giuridico italiano solo nel 1970, confermato da un referendum popolare del 1974 segna il momento del cambiamento anche in materia matrimoniale. La possibilità di sciogliere il vincolo quando cessa la comunione di vita costituisce espressione di quella privatizzazione del matrimonio, in quanto esprime il riconoscimento di più ampi spazi di autonomia dei coniugi.

dell'accordo che regola i rapporti familiari è espressione di questo processo di privatizzazione della famiglia, con conseguente limitazione dell'intervento pubblico.

Questo nuovo modello si contrappone a quello del passato in cui la famiglia era impostata sullo *status*, in cui l'interesse pubblico prevaleva su quello privato, ove ogni libertà del singolo cedeva di fronte agli interessi ed agli scopi della famiglia. Oggi la realtà familiare assume aspetti diversi, in quanto le esigenze dei singoli assumono rilievo determinante indipendentemente da quelle del nucleo come realtà sociale⁹.

Infatti, la riforma costituisce il passaggio tra due concezioni di famiglia molto diverse tra loro. Si passa dal concetto di famiglia come istituzione a quello di famiglia come formazione sociale¹⁰. La dottrina più autorevole ha ritenuto che la famiglia intesa come "società naturale" debba rientrare a pieno titolo nel novero delle formazioni sociali previste dall'art. 2 Cost.¹¹. L'autonomia riconosciuta alla famiglia non ha un senso diverso da quello che si attribuisce alle altre formazioni sociali, ovvero rispetto alle altre forme di autonomia che la carta costituzionale riconosce. Secondo questo indirizzo, la famiglia è una formazione sociale privilegiata, avente carattere autonomo, anche se non gode di un potere di sovranità esclusivo, in quanto non è sottratta all'ordinamento statale. La famiglia è un valore costitu-

⁹ Una famiglia che il diritto connota con identità forti, costruite su doveri e diritti specifici e prestabiliti sulla base del genere e dell'età, instaurando gerarchie e rapporti di potere prefissati: un modello familiare, quindi, nel quale anche la sfera dell'intimità e degli affetti viene delineata e strutturata dalle medesime identità giuridiche (V. POCAR-P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Laterza, Bari, 1999, p. 5 ss.). Cfr. M. BARBAGLI, *Famiglia e mutamenti sociali*, Il Mulino, Bologna, 1977.

¹⁰ La famiglia intesa come formazione sociale nasce dalla volontà dei singoli che la compongono e da relazione affettive il cui perdurare legittima la durata del vincolo. Per un approfondimento: P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, Bologna, 1987; P. PERLINGERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in ID. (a cura di), *Rapporti Personali nella famiglia*, ESI, Napoli, 1982, p. 38 ss.; S. RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 661 ss.; V. SCALISI, *La famiglia e le famiglie*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Cedam, Padova, 1986, p. 270 ss.; M. SESTA, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, 1, Giuffrè, Milano, 1998, p. 811 ss.

¹¹ Interessanti le seguenti letture sulla famiglia come formazione sociale, finalizzata allo sviluppo ed alla piena realizzazione della personalità, cfr. P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, cit.; S. RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, cit., p. 661 ss.; V. SCALISI, *La famiglia e le famiglie*, cit., p. 270 ss.; M. SESTA, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, cit., p. 811 ss.

zionalmente garantito nei limiti della sua conformità, e non contrarietà, ai valori caratterizzanti i rapporti civili, in particolare al rispetto della dignità umana. Infatti, la Costituzione privilegia la famiglia come “società naturale” nell’accezione di insopprimibile esigenza essenziale alla vicenda umana e, altresì, luogo ove si sviluppa la persona¹². La dottrina ha posto in evidenza come il testo dell’art. 2 si limita a riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell’uomo, cioè diritti individuali, assicurandone la tutela anche all’interno delle “formazioni sociali”, dando di queste una valutazione positiva che si manifesta con il riconoscimento della piena libertà in funzione dei diritti della persona.

L’art. 2 Cost. nasce come espressione di rottura con il regime fascista e con la precedente stagione liberale, entrambi ostili, sebbene con modalità diverse, nei confronti delle formazioni sociali, ma non riconosce certamente a favore di quest’ultime, speciali forme di autonomia nei confronti della Repubblica, o la titolarità di “diritti” al pari della famiglia. Se si legge la carta costituzionale non può non rilevarsi che ogni formazione sociale che pretenda determinati benefici o forme di sostegno da parte della comunità non può sottrarsi alla verifica dei suoi fini e della sua rilevanza sociale alla luce del fondamentale criterio del bene comune, che si identifica sostanzialmente sull’effettivo contributo da essa offerto alla comunità in termini di beni e utilità sociali e alla loro conformità ai valori espressi dall’ordinamento.

Recentemente la famiglia è un fenomeno sociale in “contrazione” ma anche in espansione. In “contrazione” perché il modello diffuso è quello della famiglia nucleare, conseguente al cambiamento della società da agri-

¹² Sul punto P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, ESI, Napoli, 1997, p. 188. Secondo P. ZATTI-V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Cedam, Padova, 1995, p. 822, la famiglia è riconosciuta come “società naturale” nel senso che la famiglia non è un gruppo creato dal diritto dello Stato e che trova la sua ragion d’essere solo ed immediatamente nella volontà del legislatore statuale; la famiglia è una società naturale in quanto è una forma del vivere sociale radicata nelle strutture reali della società degli uomini e le sue leggi sono il frutto dell’evoluzione dei rapporti sociali, dell’organizzazione economica e della cultura. Con la regola posta nell’art. 29, la Costituzione riconosce questa realtà e stabilisce un limite alla libertà del legislatore ordinario, il quale è impegnato a rispettare la vita e l’evoluzione della famiglia, sia come istituzione sociale, sia come gruppo. Inoltre, riconoscere la famiglia come società naturale implica che lo Stato, dopo avere stabilito i principi fondamentali che regolano i rapporti familiari, si astenga dall’intervenire a guidare dall’esterno la vita della famiglia. Infatti, la famiglia è un gruppo che trova dentro di sé le regole concrete del suo vivere.

cola ad industriale¹³; in “espansione” perché negli ultimi anni la famiglia è diventata anche allargata, costituita dai componenti di altri nuclei familiari nati a seguito dello sgretolarsi del nucleo originario. In sintesi, ci sono tante famiglie, tante tipologie di aggregati sociali composti da singoli legati da rapporti affettivi, in parte tutelati dall’ordinamento, il cui ruolo si registra soprattutto al momento della patologia del rapporto.

Il rapporto di coniugio **4.**

Nel nostro ordinamento vi è una sostanziale coincidenza tra rapporto di coniugio e matrimonio quale fenomeno regolamentato dal diritto. Il rapporto di coniugio, nella disciplina attuale, è un atto consensuale che si esprime attraverso la volontà degli sposi, manifestata nelle forme solenni della celebrazione su cui lo Stato italiano ha giurisdizione e competenze proprie, anche se concorrenti con quelle della Chiesa Cattolica. Infatti, per effetto degli accordi dell’11 febbraio 1929 intercorsi tra lo Stato Italiano e la Santa Sede, meglio noti come Concordato¹⁴, sono riconosciute espres-

¹³ “Nella famiglia più antica, estesa quanto al numero dei componenti, le diverse generazioni coesistevano sotto la guida del capo, al quale spettavano poteri molto ampi, e pressoché incontrollati, di governo del gruppo parentale e di natura economica; la famiglia rappresentava, ad un tempo, un centro di produzione e di consumo, con una molteplicità di funzioni economiche, e dall’appartenenza ad essa dipendeva la stessa sopravvivenza individuale. Il passaggio ad una società industriale e urbana determina la progressiva emancipazione della famiglia nucleare dal lignaggio, la perdita di funzioni economiche, limitate ora a quelle di consumo e di cura dei soggetti deboli. Ciò non comporta immediatamente l’emancipazione degli individui, perché l’*autoritas* resta salda nelle mani del capo: non più l’anziano del gruppo, ma il marito/padre. È questa famiglia, la famiglia nucleare, ad essere disciplinata dai codici dell’ottocento. Si tratta della famiglia costituita dai coniugi e dai figli, retta sul principio di autorità del marito e padre al quale spettano poteri quasi assoluti di indirizzo e di governo, e rispetto ai quali la moglie ed i figli si trovano in una posizione di totale dipendenza e soggezione sul piano patrimoniale e personale”. G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, cit., p. 939.

¹⁴ La dottrina del Concilio Vaticano II ha chiarito che l’istituto matrimoniale nasce attraverso l’atto con il quale l’uomo e la donna si fanno reciproca donazione della propria coniugalità, “il consenso coniugale ha come oggetto le persone dei nubendi nella loro coniugalità”, cfr. J. PERVADA, *Obligaciones esenciales del matrimonio*, in *Ius Canonicum*, 1991, 61, pp. 59-83. Per un approfondimento cfr. G. DOSSETTI, *La formazione progressiva del matrimonio canonico*, Il Mulino, Bologna, 1954. La dottrina ha cercato di definire l’essenza del matrimonio, per una analisi degli istituti, cfr. M. BIANCA, *Il matrimonio concor-*

samente, ma con effetti diversi, tre forme di matrimonio: quello puramente “Civile”, quello “Religioso Cattolico”, regolato dal Codice *Iuris Canonici*, ed in quanto tale soggetto alla giurisdizione ecclesiastica, e quello “Religioso puro e semplice”, che pur celebrato da un Ministro di Culto, è ammesso e regolato dal Codice civile, ed in quanto tale soggetto alla giurisdizione civile. Per delineare gli aspetti essenziali del rapporto di coniugio, dobbiamo far riferimento alla forma del matrimonio puramente civile¹⁵ che si sostanzia nella solenne unione tra un uomo e una donna e che trova il suo crisma e riconoscimento giuridico non nella celebrazione del matrimonio, ma nella dichiarazione di un Ufficiale di Stato Civile, formalizzata alla presenza di due testimoni. Tale momento deve essere preceduto dalla pubblicazione del proposito dei nubendi, funzionale alla eventuale proposizione di opposizioni da parte di terzi interessati.

L'Ufficiale di Stato avrebbe solo funzione “certificativa” o “ricognitiva” della volontà degli sposi¹⁶, in quanto il matrimonio si esprime attraverso la volontà dei nubendi anche se nei limiti fissati dall'ordinamento, per cui non tollera l'apposizione di termini e/o condizioni. Secondo autorevole dottrina, l'acquisto dello *status* coniugale, qualunque sia la tesi che si intenda seguire sul ruolo svolto nella vicenda costitutiva del matrimonio dal consenso dei nubendi e dalla dichiarazione dell'Ufficiale di Stato Civile, è sempre rigidamente dipendente da una determinazione bilaterale, nata dalla combinazione di un atto di scelta degli sposi e di un atto di intervento dello Stato¹⁷.

datario nella prospettiva civilistica, in *Riv. dir. civ.*, 1986; G. ALPA, *Matrimonio civile e matrimonio canonico: due modelli a confronto*, in *Pol. dir.*, 1988.

¹⁵ L'istituzionalizzazione del rapporto di coniugio non si identifica con la celebrazione, considerato che l'essenza del vincolo, ossia la sua qualificazione giuridica, non si identifica con la celebrazione più o meno solenne del matrimonio ma con l'esistenza di un atto pubblico, conoscibile da parte dei terzi. Cfr. F. FINOCCHIARO, *Del Matrimonio*, artt. 79-83, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1971. L'autore riteneva che: “In vero, la legge matrimoniale, agli artt. 6 e 7, prevede che il matrimonio canonico debba essere preceduto dalla pubblicazione civile e dal rilascio di un apposito certificato di nullaosta da parte dell'ufficiale dello stato civile. Ma la stessa legge matrimoniale, agli artt. 13 e 14, toglie valore a buona parte di queste garanzie formali, ammettendo la trascrizione di matrimoni la cui celebrazione non sia stata preceduta dalla pubblicazione civile o dalla dispensa da essa”.

¹⁶ Cfr. M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, cit., p. 59; interessante sul ruolo certificativo dell'ufficiale di stato civile F. FINOCCHIARO, *Matrimonio*, II, loc. cit.

¹⁷ Cfr. G. CRISEVOLI, *Variazioni e scelte in tema di status*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 183 ss.

Proprio perché espressione di una fattispecie complessa, che vede uniti insieme il momento pubblico e quello privato, lo *status* coniugale è indisponibile (art. 160 c.c.), sottratto ad ogni modifica da parte dei coniugi, modificabile solo per intervento giudiziale. Il rapporto di coniugio è regolato, in modo quasi esaustivo, dal codice civile del 1942, che lo definisce genericamente “unione dell’uomo con la donna per la più intima universale e perpetua comunanza di vita”, e rimarrà in vigore fino al 1975, quando si vedranno affermati i principi consacrati negli artt. 29 e ss. Cost.¹⁸.

Se nel codice civile del 1942 il rapporto di coniugio veniva disciplinato ponendo quale suo obiettivo primario quello della cosiddetta “salvaguardia dell’unità familiare”¹⁹, fino a legittimare in suo nome anche la possibilità, se non l’effettività, di situazioni di disparità di trattamento tra moglie e marito, affermando il ruolo predominante di quest’ultimo e determinando una sorta di “entificazione”²⁰ della famiglia, oggi secondo le più recenti teorie, la famiglia è vista quale società naturale nel cui ambito i componenti godono di pari dignità morale e giuridica e, in ragione dei principi fonda-

¹⁸ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 1991, per un approfondimento sull’importante ruolo svolto dalla Corte costituzionale in questa opera di rilettura delle norme sul matrimonio.

¹⁹ Il concetto di unità familiare, cui fa riferimento l’art. 29 Cost. deve essere intesa in senso giuridico, così come sottolinea la dottrina più attenta considerato che l’unità come patrimonio comune dei sentimenti, idee, abitudini, ed aspirazioni, non è raggiungibile per legge, anche P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull’unità della famiglia*, in ID., *Rapporti personali nella famiglia*, cit., critica l’unità intesa come concordia o amore tra i coniugi, che in quanto tale non può essere certamente perseguito dalla legge.

²⁰ Cfr. M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, artt. 143-148, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 1990. L’autore sostiene che la soggettivizzazione della famiglia è uno strumento da cui ci si difende verso l’esterno, in quanto consente di contrapporre all’altrui potere la maggiore forza costituita dall’unione istituzionalizzata dai singoli. Secondo la dottrina prevalente le esigenze preminenti della famiglia devono essere intese quindi come il momento di sintesi e convergenza, di equilibrio degli interessi facenti capo ai singoli componenti la comunità, in questo senso cfr. L. MENGONI, *Nuovi orientamenti nel matrimonio civile*, in *Jus*, 1980, p. 111; E. RUSSO, *Le idee della riforma del diritto di famiglia*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 1973. Di preminenza degli interessi del gruppo rispetto a quelli dei singoli alla luce delle norme costituzionali parla M. COSTANZA, *Il governo della famiglia nella legge di riforma*, in *Dir. fam.*, 1976, p. 1883, anche se tale affermazione è riferita assenza di precedenti traumatici a concreta situazioni ed a esigenze particolari. Altra dottrina ritiene invece che l’interesse del singolo e quello della comunità si avvantaggiano in modo reciproco ed in maniera altrettanto reciproca decadono, sul punto F. FINOCCHIARO, *Del Matrimonio*, cit.

mentali fissati dall'art. 3 Cost., si giunge a riconoscere a tutti i membri della famiglia una serie di prerogative e diritti, a prescindere dal ruolo che essi svolgono all'interno della famiglia²¹.

I principi ispiratori del rapporto di coniugio sono l'uguaglianza tra i coniugi e la reciprocità dei doveri coniugali²². L'art. 143 c.c. è dedicato al rapporto coniugale prevedendo che con il matrimonio i coniugi acquistano diritti e assumono doveri²³. Tale definizione rimane indefinita a livello legislativo, ma risulta ammettere i cosiddetti "doveri impliciti", ispirati al perseguimento del rispetto delle personalità del singolo secondo il generale dovere di solidarietà (art. 2 Cost.), che impone come limite²⁴ il riconoscimento dei diritti inviolabili del singolo anche nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità²⁵. Tale limite intrinseco è rappresentato dalla libertà individuale e dalla realizzazione dei singoli che ne fanno parte, indipendentemente dal perseguimento di un supremo interesse familiare e delle necessità dell'unità familiare.

²¹ Secondo la dottrina più autorevole si tratterebbe di un'uguaglianza che nasconde il problema assai complesso dei ruoli maschili e femminili nella famiglia. Lo sottolineano: M. BESSONE-G. ALPA-A. D'ANGELO-G. FERRANDO-M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Zanichelli, Bologna, 1995, p. 104. Per un approfondimento cfr. P. BARILE, *Eguaglianza dei coniugi ed unità della famiglia*, in *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, vol. I, Cedam, Padova, 1955, p. 57 ss.; M. BIN, *Rapporti patrimoniali tra i coniugi e principio di eguaglianza*, Utet, Torino, 1971, pp. 71 e 75; U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Morano, Napoli, 1965; S. LENER, *Parità dei coniugi e unità della famiglia*, in *Civ. catt.*, 1966, IV; G.B. FERRI, *Le "eguaglianza tra coniugi"*, in *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Atti di un convegno di Studi (Napoli 14-15 dicembre 1973), Jovene, Napoli, 1975, p. 342 ss.

²² Quindi il rapporto di coniugio si basa su una correlazione tra stessi diritti e medesimi doveri, cfr. P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'unità della famiglia*, cit., p. 18 ss.; M. PARADISO, *I rapporti personali fra coniugi*, cit., sub artt. 143-148; G.B. FERRI, *Le "eguaglianze" tra coniugi*, cit., p. 342 ss.

²³ Cfr. P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato Rescigno*, 3, II, Utet, Torino, 1982, spec. p. 22.

²⁴ È possibile individuare una linea oltre la quale non è consentito andare, rappresentata dal rispetto dei diritti fondamentali di ciascun coniuge; per altri l'ulteriore limite è rappresentato dall'interesse familiare, salvo negare la stessa inderogabilità dei doveri coniugali. Cfr. M. FORTINO, *Diritto di famiglia, i valori, i principi, le regole*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 180 ss.

²⁵ Cfr. P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato Rescigno*, 3, II, II ed., Utet, Torino, 1996, p. 13 ss.