

## Capitolo I

# Principi generali

**Sommario:** 1. La l. n. 76 del 2016. – 2. In Italia. Il dialogo tra Corte EDU, Corte costituzionale, Cassazione. – 3. La famiglia nella Costituzione e il suo art. 29. – a. Famiglia, società naturale ... – b. Uguaglianza dei coniugi. – c. Conclusioni. – 4. Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La giurisprudenza delle Corti europee. – 5. I diritti dei minori. Costituzione, convenzioni e Carte europee. – a. Il minore soggetto di diritti. – b. La Costituzione e la Corte costituzionale. – c. Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La giurisprudenza delle Corti europee. – 6. I diritti dei minori. I documenti dell'ONU. – a. Dichiarazione dei diritti del fanciullo. – b. Convenzione di New York sui diritti del bambino. – c. Segue. – d. La Convenzione europea di Strasburgo sui diritti processuali del minore. – 7. La riforma della giustizia familiare e minorile.

### 1. La l. n. 76 del 2016

La l. 20 maggio 2016, n. 76, sull'unione civile tra persone dello stesso sesso e la convivenza di fatto di ugual sesso e di sesso diverso, ha allineato l'Italia alla maggior parte degli Stati europei ed a vari Stati extraeuropei<sup>1</sup>.

Dal punto di vista formale, si tratta di una legge con un unico articolo e ben ... ses-

---

<sup>1</sup> La l. n. 76 ha incontrato subito estremo interesse in dottrina, per le indubbe novità introdotte, seppur preparate dai ripetuti interventi della Corte EDU (e successivamente anche della Corte costituzionale). (Al riguardo, *infra*, I, I, 2, 4). Per un primo riscontro, BLASI, CAMPIONE, FIGONE, MECENATE, OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016; DELL'OSTA, SPADARO, *Unioni civili e convivenze: tutte le novità*, in *Officina del diritto, Il civilista*, 2016, 29; AA.VV., *L'istituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, a cura di Schlesinger, in *Fam. dir.*, 10/2016 (fascicolo monografico); DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Torino, 2016; BUFONE, GATTUSO, WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2017, 325; AA.VV., *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di Sesta, Milano, 2017; AA.VV., *Le unioni civili e le convivenze, Commento alla l. n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; 6/2017; 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017; AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, *Le riforme, I, Legami di coppia e modelli familiari*, a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, Milano, 2019; AA.VV., *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, a cura di Patti, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, Bologna, 2020; AA.VV., *Unione civile e convivenza di fatto*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, Milano, 2022; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, a cura di M. Bianca e Sirena, Milano, 2023, 331; FIGONE, MONTALCINI, *Coppie omogenitoriali nel contesto nazionale e internazionale*, Milano, 2024.

santanove commi. È nota la ragione, per così dire politica: la necessità di rendere meno complicato l'iter di approvazione e il voto di fiducia. Ma resta indubbiamente un attentato ... all'estetica giuridica, che sembrava confinato alle leggi economiche, di bilancio, comunitarie, caratterizzate da pochi articoli e centinaia di commi. E pensare che la legge, disciplinando il rapporto tra soggetti privati in materia familiare, avrebbe potuto essere inserita nello stesso codice civile!

La legge appare piuttosto accurata ed approfondita, nella prima parte, sull'unione civile tra persone dello stesso sesso, che in Italia continueranno a soffrire il divieto del matrimonio, assai più superficiale e lacunosa, nella seconda parte, sulle convivenze di fatto. La disciplina dell'unione è molto simile (anche se non mancano significative differenze) a quella del matrimonio, più di quanto forse si potesse prevedere, dall'atto al rapporto, dal regime della nullità al contenuto degli obblighi nascenti dall'unione, dai rapporti patrimoniali alle vicende dello scioglimento, ai rapporti successori, ecc. Si tratta, all'evidenza, di una vera e propria famiglia tra persone dello stesso sesso, ma di famiglia, seppur meno regolata e caratterizzata da più limitati obblighi e diritti reciproci, si dovrebbe parlare anche per la convivenza di fatto del medesimo o di diverso sesso.

Tuttavia chi cercasse nella normativa in esame il termine "famiglia, famiglie", magari di fatto, rimarrebbe deluso, nonostante il termine sia stato ampiamente utilizzato per indicare genericamente coppie di fatto, dalla giurisprudenza e dottrina, anche quella più recente (*infra*, III, I, 2. c; III, IV, 2). Si parla di "unione", un termine che ha poco a che fare con il diritto privato e segnatamente con quello di famiglia, assai usato peraltro nelle fonti comunitarie e in quelle di qualche Paese (ad es. la Germania), evidentemente per non urtare la sensibilità di parti avverse al riconoscimento giuridico di coppie dello stesso sesso, e di convivenza (ma non di famiglia) di fatto<sup>2</sup>. In apertura della legge, si precisa che l'unione civile, composta da due persone dello stesso sesso (maggiorenni, in assenza di vincolo matrimoniale o di altra unione civile) è formazione sociale ai sensi degli artt. 2-3 Cost., luogo dunque di svolgimento e arricchimento della personalità, nel pieno godimento dei diritti inviolabili dell'individuo, fondato sull'uguaglianza dei componenti e senza discriminazione alcuna (anche di sesso o di orientamento sessuale). (Al riguardo v., più ampiamente, *infra*, II, I, 1, 3).

Come si diceva, generalmente analoga (seppur con alcune significative differenze) a quella del matrimonio-rapporto, è la disciplina dell'unione civile, contenuta nella l. n. 76 (ma non è previsto il rapporto di affinità né la separazione legale). Vi è pure una norma di chiusura (art. 1, comma 20), per cui le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e quelle contenenti le parole "coniuge, coniugi" o termini equivalenti, presenti nelle leggi e atti avente forza di legge, regolamenti, atti amministrativi, contratti collettivi, si applicano ad ognuna delle parti dell'unione civile, tranne che per quelle del codice civile (dove quindi l'equiparazione deve essere esplicitata) e della legge sull'adozione n. 184 del 1983 (ma "resta fermo quanto previsto e consentito" da quella legge: espressione alquanto sibillina che ha dato luogo tra l'altro a successivi e significativi interventi giurisprudenziali) (*infra*, IV, I, 1; 6. b, c).

---

<sup>2</sup>Per un'analisi sull'evoluzione del termine, cfr., già, DOGLIOTTI, voce *Famiglia di fatto*, in *Dig. civ.*, VIII, Torino, 1992, 187; ID., voce *cit.*, *ivi*, Agg., Torino, 2003, 705; ID., voce *cit.*, *ivi*, Agg. online, 2004-2019, Torino-Assago, 2020.

L'art. 1, comma 36 fornisce una definizione sufficientemente chiara di "convivenza di fatto": le parti di essa sono due persone di sesso diverso o del medesimo sesso, maggiorenni, unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza materiale e morale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità, adozione, matrimonio o unione civile<sup>3</sup>. La legge introduce un catalogo di diritti dei conviventi di fatto, di cui si tratterà nella Parte terza di quest'opera (*infra*, III, II, 3). Basti qui osservare che se tale catalogo aggiunge indubbiamente qualche posizione nuova (la partecipazione all'impresa familiare; la permanenza nella casa di abitazione per un certo tempo dopo la morte del convivente; un diritto alimentare, se, allo scioglimento del rapporto, uno dei *partner* si trovi in stato di bisogno; la previsione di un contratto di convivenza volto a regolare i rapporti patrimoniali della loro vita in comune), esso appare assai lacunoso rispetto all'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale di questi ultimi decenni. Non potendosi ritenere che il legislatore abbia voluto ridurre assai gravemente le posizioni attive dei conviventi, già riconosciute anteriormente dalla giurisprudenza e da alcuni specifici interventi normativi (*infra*, III, I, 3; IV, III, 2), deve necessariamente affermarsi che il complesso dei diritti e doveri dei conviventi, indicato dalla l. n. 76 del 2016, non è certo esaustivo<sup>4</sup>.

Nessun riferimento, infine, è contenuto nella legge ai figli di parti dell'unione civile o di conviventi di fatto di ugual sesso, come se quest'eventualità non esistesse. Una giurisprudenza, assai ampia e consolidata, ha dimostrato il contrario, indicando che, con l'adozione, la fecondazione assistita, e, con alcuni limiti, la maternità surrogata (ma al riguardo, sulle diverse posizioni, v. *infra*, IV, I, 1, 6), possono esservi sicuramente figli di coppie dello stesso sesso, con una delle più rilevanti manifestazioni, di questi ultimi decenni, del diritto "vivente" (*infra*, IV, I, 6, b, c).

## 2. In Italia. Il dialogo tra Corte EDU, Corte costituzionale, Cassazione

Nell'ultimo decennio anteriore alla l. n. 76, si era assistito, anche in Italia, ad una notevole accelerazione, fino a qualche tempo prima, per certi versi impensabile, verso una nuova disciplina delle coppie dello stesso sesso nonché di quelle eterosessuali, fuori del matrimonio. Anche il contesto internazionale era molto mutato: ormai la grande maggioranza degli Stati europei aveva una normativa sulle coppie di fatto, di sesso diverso e (in genere anche) dello stesso, e una disciplina era ormai presente in America

---

<sup>3</sup> Al riguardo, tra i primi contributi sulle convivenze di fatto nella l. n. 76, cfr. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie) di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, 879; BLASI, *La disciplina delle convivenze omo ed etero affettive*, in AA.VV., *La nuova regolamentazione*, cit., 182; QUADRI, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze*, in *Corr. giur.*, 2016, 255. Sul punto specifico, RUSCELLO, *Le convivenze di fatto tra famiglia e relazioni affettive di coppia*, in *Fam. dir.*, 2018, 1156; BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, *ivi*, 2016, 923; LENTI, *Convivenze di fatto, gli effetti: diritti e doveri*, *ivi*, 2016, 935 ss. Per più ampi riferimenti v. *infra*, III, I, 1, nota 1.

<sup>4</sup> Su tale profilo, cfr., in particolare, DOGLIOTTI, voce *Famiglia di fatto*, cit., 189; ID., voce *Famiglia di fatto*, *Agg. online 2004-2019*, cit.; RUSCELLO, *Le convivenze di fatto*, cit., 1160 ss.; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, 631; LENTI, *Convivenze di fatto*, cit., 938; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 369.

(in molti Stati dell'Unione, Canada, Messico, ecc.), ma pure in alcuni Stati dell'Asia e dell'Africa. L'Italia era rimasta quasi sola, senza una disciplina, prescindendo da alcune isolate previsioni disperse e particolari, e per questa ragione fu sanzionata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, organo del Consiglio d'Europa e oggi, in vario modo collegata, pur non facendone formalmente parte, alle istituzioni dell'Europa unita<sup>5</sup> (*infra*, I, I, 4; 5. c). Ma pure si faceva strada, in sempre più numerosi Stati europei e in alcuni americani (del nord e del sud) (*infra*, I, II, 21), il riconoscimento del matrimonio per coppie dello stesso sesso (dunque una famiglia fondata sul matrimonio, non limitata soltanto a coppie di sesso diverso). Quindi, con riferimento al nostro ordinamento, si instaurò un fenomeno di accelerazione, con una circolarità, un dialogo virtuoso tra la Corte EDU e le massime istituzioni giudiziarie italiane: Corte costituzionale e Cassazione, senza il quale probabilmente non si sarebbe giunti alla l. n. 76 del 2016<sup>6</sup>.

Le tappe di questo percorso sono assai note: la Corte costituzionale<sup>7</sup> ritenne inammissibile, in quanto diretta ad ottenere una pronuncia additiva, involgente scelte rimesse alla discrezionalità del legislatore, la questione di legittimità di varie disposizioni del codice civile, nella parte in cui esse non consentivano il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma, nella pronuncia, precisò che l'unione di tali persone rientrava tra le formazioni sociali riconosciute e protette dall'art. 2 Cost., e invitò il legislatore a provvedere. Dichiarò altresì che non potrebbe ritenersi incostituzionale il divieto di matrimonio tra soggetti di ugual sesso (era questa la questione cui la Corte era chiamata direttamente a rispondere), ma, con molta cautela e qualche ambiguità, non affermò che esso sarebbe contrario alla Costituzione: soltanto doveva esservi un intervento normativo, ma non necessariamente, all'apparenza, di revisione costituzionale ...<sup>8</sup>. Di poco successiva, la sentenza della Corte EDU, già ricordata. La Cassazione ha avuto occasione di affermare più di una volta<sup>9</sup> che la diversità di genere tra gli sposi costituisce requisito per l'efficacia del matrimonio in Italia, ma non per la sua giuridica esistenza, richiamando varie disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e unendosi alla richiesta di una disciplina delle unioni dello stesso sesso; la vicenda

<sup>5</sup> Corte EDU 24 giugno 2010, ric. 30141/04.

<sup>6</sup> Esamina, con grande maestria, tale percorso, RESCIGNO, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corr. giur.*, 2012, 861.

<sup>7</sup> Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, 1605. Quanto alla Cassazione, v. nota 9.

<sup>8</sup> La sentenza, a buon diritto "storica", ha suscitato molto interesse in dottrina tra chi vi ha visto l'ammissibilità costituzionale di un matrimonio "omosessuale" (oltre che la piena costituzionalità di un'unione tra persone dello stesso sesso) e chi, invece, l'esclusione costituzionale di tale matrimonio: in diversa prospettiva, tra gli altri, DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale dalla aspirazione al matrimonio al "diritto alla convivenza"*, in *Riv. ass. it. cost.*, 2 luglio 2010; PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010. Il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Studi in onore di Modugno*, Napoli, 2011; ROMBOLI, *La sentenza n. 138 della Corte costituzionale sul matrimonio tra persone omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Riv. AIC*, 2011, 3, 7; CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138/2010*, in *Quad. cost.*, 2010, 361; PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Giur. cost.*, 2010, 3; FERRANDO, *Il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso: dalla discriminazione alla pari dignità*, in *Studi in onore di Iudica*, Milano, 2014, 574.

<sup>9</sup> Cass., sez. un., 15 marzo 2012, n. 4184; Cass. 9 febbraio 2015, n. 2400; *contra*, per l'inesistenza di tali matrimoni, Cons. Stato 26 ottobre 2015, n. 4899.

che aveva dato luogo alla pronuncia della Consulta del 2010, ha poi condotto ad una nuova e rilevantissima sentenza della Corte EDU che ha sanzionato l'Italia per non aver accolto i numerosi richiami a legiferare in materia, affermando che tale omissione, ripetuta nel tempo, comportava una violazione degli artt. 8 e 14 della predetta convenzione<sup>10</sup>.

Il dialogo (questa volta tra Corte costituzionale e Cassazione) è apparso ulteriormente proficuo: la Consulta precisa<sup>11</sup> che la modificazione di sesso di un coniuge comporta automaticamente lo scioglimento del matrimonio, e tuttavia dichiara l'illegittimità degli artt. 2 e 4 l. n. 164 del 1982, nella parte in cui essi non prevedono che la sentenza relativa consenta di mantenere in vita, sull'accordo di entrambi, un rapporto di coppia giuridicamente regolato; la Cassazione<sup>12</sup>, che aveva sollevato la questione di legittimità, dopo la restituzione degli atti, cassa la decisione di merito che aveva ritenuto illegittima la trascrizione "automatica" dello scioglimento del matrimonio, ma ciò fino a quando il legislatore regolamenti, insieme alla convivenza di sesso diverso od uguale, pure tale specifico profilo.

Era dunque la vigilia, anche in Italia, di una nuova normativa in materia.

### 3. La famiglia nella Costituzione e il suo art. 29

A differenza degli statuti ottocenteschi (e in particolare di quello albertino) che si limitavano a regolare il rapporto individuo-Stato, garantendo i diritti del singolo nei confronti del potere pubblico, la Costituzione italiana (come la maggior parte di quelle del '900 e di questo secolo) disciplina anche le relazioni tra i soggetti privati, nei diversi settori in cui essi operano<sup>13</sup>.

Proprio ad apertura del titolo secondo, parte prima, *Rapporti etico-sociali*, la Carta fondamentale offre una puntuale (anche se necessariamente generica) disciplina della famiglia, nelle relazioni interne tra i suoi componenti e nel rapporto con la realtà esterna ad essa<sup>14</sup>.

#### a. Famiglia, società naturale ...

La lettera, per certi versi ambigua, del primo comma dell'art. 29 Cost. (il riferimento alla famiglia, come "società naturale") sembrerebbe richiamare una concezione giu-snaturalistica, e non è mancato chi, nella vigenza dell'originario codice civile, sostene-

---

<sup>10</sup> Corte EDU 21 luglio 2015, nn. 18766/11, 36030/11.

<sup>11</sup> Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170.

<sup>12</sup> Cass. 21 aprile 2015, n. 8097.

<sup>13</sup> Così BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, artt. 29, 30, 31, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1976, 21 ss.; A.M. SANDULLI, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo, Trabucchi, I, Padova, 1992, 3.

<sup>14</sup> Cfr., al riguardo, CATTANEO, *Introduzione*, in *Il diritto di famiglia*, I, *Famiglia e matrimonio*, *Trattato Bonilini-Cattaneo*, Torino, 1997, 16 ss.; e, ancora, ID., *Introduzione* (agg. Dossetti), nel predetto *Trattato*, Torino, 2007, 14 ss.

va che il modello di famiglia, privilegiato dalla Costituzione, fosse quello offerto dalla tradizione storica: matrimonio indissolubile, preminenza della posizione del marito e padre e ... magari discriminazione verso i figli “naturalisti”<sup>15</sup> ...

Com'è evidente, se all'attributo “naturale” si riconosce una valenza giusnaturalistica, è assai difficile stabilire a quale modello “naturale” di famiglia ci si debba riferire: come si giustificava l'esistente (la disciplina del codice civile), parimenti si poteva reclamare una radicale riforma perché più rispondente, appunto, al modello naturale<sup>16</sup>. Una vera e propria *impasse*<sup>17</sup> da cui si può uscire, soltanto, considerando la previsione in esame nel contesto delle altre disposizioni costituzionali: in particolare, l'art. 2, che riconosce e garantisce i diritti del singolo, anche “nelle formazioni sociali” in cui si svolge la sua personalità (e la famiglia costituisce sicuramente una di tali formazioni, e forse la più significativa)<sup>18</sup>.

Compito dell'ordinamento allora non è tanto quello di dare una definizione o proporre un modello di famiglia piuttosto che un altro, quanto di garantire i diritti dei suoi componenti all'interno di essa e richiedere tra loro le necessarie forme di solidarietà<sup>19</sup>. E la questione fondamentale diventa quella di individuare una disciplina che riconosca tali diritti ed imponga i relativi doveri: quella del codice civile, novellato dalla l. 19 maggio 1975, n. 151 (riforma del diritto di famiglia), caratterizzata da una totale uguaglianza dei coniugi, tutela dei figli nati fuori del matrimonio, autonomia dei minori, ecc., appare in tal senso particolarmente adeguata. Ad una struttura autoritaria e gerarchica se ne sostituisce una aperta e comunitaria, cui ciascun familiare conferisce il suo contributo autonomo e responsabile.

Il legislatore costituzionale (e quello della riforma del 1975, nonché delle successive che hanno interessato il nostro ordinamento) non sembra dunque privilegiare un modello di famiglia determinato e precostituito (neppure in ordine alle dimensioni: il co-

<sup>15</sup> Al riguardo, tra gli altri, cfr. DEL GIUDICE, *Sulla riforma degli istituti familiari*, in *Jus*, 1950, 302 ss.; FUNAIOLI, *L'evoluzione giuridica della famiglia italiana al lume della Costituzione*, Firenze, 1951, 92 ss.; ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione repubblicana*, in *Scritti in onore di Cicu*, Milano, 1951, 556. Del resto, in Assemblea costituente, socialisti ed azionisti, soprattutto, avevano accusato il gruppo democristiano di utilizzare l'espressione “società naturale” proprio per giustificare l'indissolubilità del matrimonio (assai significativo l'intervento, ampio ed articolato, del socialista on. Preti, in *Atti dell'assemblea costituente, Discussione sul progetto di Costituzione*, II, Roma, 1948, 2965). Com'è noto, il richiamo all'indissolubilità, dopo essere stato approvato in Commissione, fu successivamente respinto in aula, con un esiguo scarto di voti! Sul punto, cfr., in particolare, BERGONZONI, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Bartole, Bin, *sub art. 29*, Padova, 2008, 303.

<sup>16</sup> Per una serrata critica alle tesi giusnaturalistiche, cfr., ancora, BESSONE, *op. cit.*, 23 ss., ma v. pure A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 7 ss. e CATTANEO, *Introduzione*, cit., 20; precedentemente, già E. RUSSO, *Le idee della riforma*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973, 24.

<sup>17</sup> Lo evidenziano in molti: tra gli altri BIN, *Alle radici di un ossimoro*, in *Studium juris*, 2000, 1066; più recentemente, VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza delle norme*, Milano, 2017, 91; BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1109.

<sup>18</sup> Al riguardo cfr. le pagine, sempre attualissime, di BARBERA, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, *sub art. 2*, Bologna-Roma, 1975, 75 ss.

<sup>19</sup> Così BARCELLONA, voce *Famiglia*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 782 ss.; ma v. già, al riguardo, T. MANCINI, *Uguaglianza tra i coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 220.

dice civile si riferisce ora alla famiglia composta da coniugi, genitori e figli, ora ad una più estesa, secondo l'interesse specifico che si intende tutelare)<sup>20</sup>, rinviando semmai a quello o a quelli che sono presenti o si vanno costituendo e modificando nel tessuto sociale<sup>21</sup>. Ciò che rappresenta l'esatto contrario della tradizionale concezione giusnaturalistica: non un modello assoluto, valido tendenzialmente in ogni tempo e in ogni luogo, ma risultante dal concreto atteggiarsi dei rapporti sociali, ferma sempre l'esigenza sopra ricordata di garantire i diritti del singolo all'interno della famiglia e l'adempimento dei doveri di solidarietà<sup>22</sup>. In tal senso la famiglia finisce per diventare (specchio e) modello per l'intera società, e questo sarebbe il significato della qualificazione "naturale" che la Carta fondamentale ha attribuito alla famiglia<sup>23</sup>.

Nell'introdurre dunque un non-modello di famiglia, viene posto un unico limite: che la famiglia stessa sia fondata sul matrimonio (ma ciò non significava necessariamente che questo dovesse essere indissolubile: la Corte costituzionale e la Cassazione hanno chiarito esattamente la portata della previsione<sup>24</sup>. Ciò, evidentemente, sia

---

<sup>20</sup> Così DOGLIOTTI, voce *Famiglia (dimensioni della)*, in *Dig. civ.*, VIII, Torino, 1992, 174, nonché, ID., voce *Famiglia di fatto*, *Agg. online*, 2004-2019, cit.

<sup>21</sup> Così, tra gli altri, CAGGIA, ZOPPINI, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, *sub art. 29*, Torino, 2006, 606.

<sup>22</sup> In tal senso, DOGLIOTTI, voce *Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 402.

<sup>23</sup> Anche ZATTI, *Familia, Familiae. Declinazione di un'idea*, in *Familia*, 2002, 10, parla di "specchio", trattando del diritto di famiglia che rispecchia e recepisce lo stato delle relazioni familiari. Ma il rapporto è assai complesso: qualche volta è stata l'innovazione normativa ad influire su tali relazioni (si pensi alla riforma generale del diritto di famiglia del 1975); più spesso, peraltro, come osserva l'autore, è il diritto a recepire le relazioni sociali, magari in ritardo (caso emblematico, l'unione civile tra persone dello stesso sesso in Italia).

<sup>24</sup> Una prima questione (mai pervenuta peraltro all'esame della Consulta) si riferiva al matrimonio civile e concordatario: la disciplina del divorzio si sarebbe posta in contrasto con l'art. 29 Cost. che, individuando nella famiglia una società naturale fondata sul matrimonio, avrebbe "costituzionalizzato" la disciplina positiva del matrimonio stesso (ove si prevedeva l'indissolubilità) al momento dell'emanazione della Carta fondamentale. Si contestò peraltro che i costituenti volessero riferirsi al matrimonio come istituto positivo, affermando al contrario che essi ne trattarono come istituzione etico-sociale: in tal senso l'art. 29 Cost. non fisserebbe alcuna disciplina specifica del matrimonio né alcuna qualificazione dei suoi caratteri (e in particolare quindi l'indissolubilità o dissolubilità del vincolo) (Cass. 14 novembre 1975, n. 3828; Id., s.u., 26 aprile 1974, n. 1194, che hanno ritenuto infondata la questione). Altra questione di legittimità, che coinvolgeva l'intero testo legislativo, riguardava una presunta violazione dell'art. 25 Cost., in quanto la legge, applicandosi pure ai matrimoni celebrati prima dell'entrata in vigore di essa, contrasterebbe con il principio dell'irretroattività. Anche tale questione, manifestamente infondata (la legge sul divorzio non attiene all'atto costitutivo del matrimonio e alla sua disciplina, ma ai suoi effetti) non è peraltro mai giunta all'esame dei giudici della Consulta (al riguardo Cass. 28 ottobre 1978, n. 4921; Id. 12 aprile 1974, n. 1025; Id., s.u., 18 aprile 1974, n. 1059). Una questione riguardava invece soltanto i matrimoni concordatari: si sosteneva che, riguardo ad essi, la legge del divorzio si poneva in contrasto con l'art. 7 Cost. che aveva "costituzionalizzato" i Patti Lateranensi (attraverso i quali lo Stato italiano aveva riconosciuto al sacramento del matrimonio, come disciplinato dal diritto canonico – e quindi caratterizzato dall'indissolubilità del vincolo – effetti civili); di ciò era riprova la previsione di una speciale giurisdizione, da parte dell'autorità ecclesiastica, per le cause di nullità di tali matrimoni. Al contrario, la Corte costituzionale (Corte cost. 8 luglio 1971, n. 169; Id. 11 dicembre 1973, n. 176) chiarì che, con i Patti Lateranensi, lo Stato non aveva assunto l'obbligo di non introdurre il divorzio: esso non aveva recepito la disciplina canonica, limitandosi ad assumere il matrimonio canonico, purché regolarmente trascritto, quale presupposto cui venivano ricollegati effetti identici a quelli del matrimonio civile (con l'eccezione esclusiva dell'invalidità, conosciuta dal giudice ecclesiastico, la cui

per un ossequio alla tradizione storica e religiosa, sia perché si è ritenuto di individuare nel matrimonio un efficace mezzo di coesione e di ordine della convivenza sociale<sup>25</sup>. La famiglia fondata sul matrimonio è dunque maggiormente garantita dalla Costituzione, ma il richiamo che si è fatto all'art. 2 e alle "formazioni sociali", indica che altri modelli familiari possono trovare occasione di tutela nel nostro ordinamento<sup>26</sup>. È la problematica della famiglia di fatto che, attraverso una significativa evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, da "situazione di peccato" o, nella migliore delle ipotesi, da fenomeno irrilevante per l'ordinamento, ben prima della l. n. 76, diventa in vario modo, almeno in parte, "immagine della famiglia fondata sul matrimonio", fonte di diritti, obblighi, relazioni tra i suoi componenti e con l'esterno, dapprima di sesso diverso e poi, sempre più decisamente, anche di ugual sesso<sup>27</sup> (*infra*, IV, I, 2. c).

D'altra parte, la Costituzione, al di là della clausola generale dell'art. 2, prevede esplicitamente un'altra possibilità di "famiglia fuori dal matrimonio". L'art. 30 Cost., su cui si tornerà, trattando del rapporto di filiazione (*infra*, IV, I, 5. a, b), indica il dovere, che è anche diritto dei genitori, indipendentemente dal loro *status* (uniti in matrimonio o al di fuori di esso, e oggi pure coppie dello stesso sesso unite civilmente, ovvero conviventi di fatto di sesso diverso o del medesimo), unico e senza distinzioni, di educare, mantenere ed istruire i figli, cui corrisponde necessariamente un preciso diritto di questi. E la previsione ha trovato piena attuazione nella riforma del 2012-2013, e in particolare nel novellato art. 315 c.c., per cui i figli, tutti i figli, hanno il medesimo *status* e, nel successivo art. 315 *bis* c.c., introdotto *ex novo*, ove si afferma il pieno diritto dei figli ad essere mantenuti, educati, istruiti, cui si aggiunge, per la prima volta, un diritto all'"assistenza morale" dei genitori, caratteristico di una comunità familiare non fondata su vincoli formali e coercitivi, ma soprattutto (profilo particolarmente rilevante) sostanziata di affetto<sup>28</sup>.

---

pronuncia doveva essere peraltro resa efficace da quello italiano); dalla separazione dei due ordinamenti, derivava che per lo Stato italiano il vincolo matrimoniale, dissolubile o indissolubile, trovava la sua fonte esclusivamente nella legge civile e da questa era regolato.

<sup>25</sup> Cfr., al riguardo, SCHLESINGER, *L'unità della famiglia*, in *Studi sassaresi*, II, *Famiglia e società sarda*, Milano, 1971, 368 ss.

<sup>26</sup> Così, conformemente, CATTANEO, *Introduzione*, cit., 22. E cfr., pure, GROSSI, *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella evoluzione costituzionale italiana*, in GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2008, 195; SCALISI, *La famiglia nella cultura del nostro tempo*, in *Dir. fam.*, 2002, 706.

<sup>27</sup> Così DOGLIOTTI, voce *Famiglia di fatto*, cit., 187; ID., voce *Famiglia di fatto*, Agg. online 2004-2019, cit.; ROPPO, voce *Famiglia*, III, *Famiglia di fatto*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989; ROPPO, BENEDETTI, *Famiglia*, III, *Famiglia di fatto, postilla di aggiornamento*, ivi, Roma, 1999; precedentemente AA.VV., *La famiglia di fatto* (Atti del Convegno), Montereeggio, 1977; BUSNELLI, SANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, in *Una legislazione della famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, 129 ss.; QUADRI, *Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di regolamentazione*, in *Dir. fam. pers.*, 1994, 288; parlavano di unioni o convivenze (soltanto parafamiliari) G. GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 489; RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teorie (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 753; mentre VERONESI, *Costituzione, "strane famiglie" e "certi matrimoni"*, ivi, 2008, 577, già escludeva un limite costituzionale per il matrimonio omosessuale.

<sup>28</sup> Al riguardo, SESTA, in *Codice della famiglia*, a cura dell'autore, Milano, 2015, *sub art. 30 Cost.*, 94 ss.; DOGLIOTTI, *La filiazione fuori del matrimonio*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2015, 144; ma v. già FERRANDO, *La filiazione, Note introduttive*, in *Trattato Ferrando*, III, Bologna, 2007.

## b. Uguaglianza dei coniugi

Il principio dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi è introdotto nel secondo comma dell'art. 29, seppur entro i limiti stabiliti dalla legge, a garanzia dell'unità familiare. Tale indicazione, indubbiamente connotata da una certa ambiguità, era stata ampiamente utilizzata per giustificare la normativa originaria del codice civile, il principio gerarchico e la netta supremazia maritale<sup>29</sup>. Ancora una volta, la previsione va collocata nel contesto delle altre norme costituzionali: l'art. 2, già ricordato, che introduce la garanzia dei diritti fondamentali, sicuramente anche all'interno della famiglia, l'art. 3, ove si esclude disparità di trattamento in ragione del sesso, e l'art. 30, che, come si vedrà *infra* I, I, 5. a, b, sancisce il principio di uguaglianza dei genitori, anche nel rapporto con i figli, senza neppure prevedere in tal caso alcun limite a garanzia dell'unità familiare.

L'assetto tradizionale, gerarchico e autoritario, della famiglia è palesemente contraddetto dal secondo comma: la regola, nel governo dell'istituzione familiare, diventa l'uguaglianza, con parità di poteri e responsabilità<sup>30</sup>. Talora si è ritenuto che il riferimento ad essa (non solo giuridica, ma anche morale) sia una ridondanza, un'espressione vuota, nella migliore delle ipotesi una previsione soltanto programmatica. Al contrario, assai opportunamente, la norma chiarisce che, ai fini di una più efficace tutela dei diritti e della dignità della donna, non è sufficiente la proclamazione di una mera uguaglianza formale, la quale deve accompagnarsi all'affermazione, più impegnativa, complessa ed articolata, di una sostanziale (e in tal senso dovrebbe soprattutto intendersi l'attributo "morale": un'applicazione seppur indiretta del disposto dell'art. 3, comma 2, che impegna la Repubblica a rimuovere ogni ostacolo di ordine economico-sociale che impedisce lo sviluppo della persona umana)<sup>31</sup>. In tal senso, come si vedrà, la scelta operata dall'attuale disciplina del codice civile di privilegiare il regime patrimoniale della comunione, piuttosto che la separazione dei beni tra i coniugi, indica con chiarezza la volontà del legislatore di pervenire da un'uguaglianza formale, ad una sostanziale, che comporta, tra l'altro, una redistribuzione del reddito all'interno della famiglia (al riguardo, v., peraltro, *infra*, II, III, 3. a).

Se, come si è visto, la comunità familiare è luogo privilegiato dello sviluppo della personalità dei suoi membri, e vanno comunque garantiti i diritti fondamentali dei singoli anche all'interno di essa, è evidente che la difesa dell'unità ad ogni costo, magari ricorrendo a vincoli coercitivi, che si traducano, tra l'altro, in una limitazione del principio di uguaglianza, appare in netto contrasto con il quadro di riferimento finora delineato<sup>32</sup>. Semmai l'unità si potrebbe più proficuamente ed efficacemente

---

<sup>29</sup> Cfr., in particolare, ancora DEL GIUDICE, *Sulla riforma*, cit., 305; e v. pure GRASSETTI, *I principi costituzionali in materia familiare*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, a cura di Calamandrei, Levi, Firenze, 1948, I, 285 ss.

<sup>30</sup> Così, già durante i lavori preparatori, RODI, in *Atti dell'Assemblea costituente. Discussioni sul progetto di Costituzione*, II, Roma, 1948, 2958; GRASSETTI, *I principi costituzionali*, cit., 288.

<sup>31</sup> Cfr., al riguardo, BESSONE, *Eguaglianza "morale" fra coniugi e condizione giuridica della donna*, in *Riv. not.*, 1975,727; A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 25 ss.

<sup>32</sup> Così DOGLIOTTI, voce *Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*, cit., 389.

realizzare, garantendo proprio l'uguaglianza sostanziale (e non solo formale) tra i coniugi, in una prospettiva di generale solidarietà tra essi, in ogni settore della vita familiare<sup>33</sup>.

Tuttavia il collegamento tra le limitazioni dell'uguaglianza dei coniugi e le esigenze di unità della famiglia esiste e ad esso, seppur ridimensionato, è necessario comunque attribuire qualche valenza, ma con l'intesa che la previsione non possa costituire una giustificazione ad una rinnovata supremazia maritale. Eventuali limitazioni potrebbero riguardare, senza alcuna discriminazione, tanto la posizione della moglie che quella del marito, e l'esigenza di unità familiare andrebbe garantita più per prevenire una rottura della solidarietà che per inseguire rare ed improbabili riconciliazioni: in quest'ambito particolarmente ristretto, si potrebbe ipotizzare una norma che attribuisse maggior potere decisionale al coniuge il quale, per la sua posizione e capacità, fosse in grado di scongiurare una crisi familiare o comunque di garantire più efficacemente l'esigenza di unità della famiglia (sempre nel pieno rispetto della dignità della persona e dei suoi diritti fondamentali)<sup>34</sup>. E il principio di parità coniugale non può che essere il medesimo nelle formazioni sociali (e in particolare la "famiglia") cui fa riferimento l'art. 2 Cost., all'interno delle quali devono essere riconosciuti e garantiti i diritti inviolabili dell'individuo. Ciò che peraltro emerge da quanto si è finora osservato, è l'esistenza di una famiglia – è necessario ribadirlo – non come in passato talora si affermava<sup>35</sup>, quale ente superiore, con propri caratteri ed interessi differenti, e talora contrapposti a quelli dei suoi componenti, ma una comunità di eguali, i cui interessi coincidono con quelli dei singoli componenti, tra loro coordinati, armonizzati e sostanziali di solidarietà e d'affetto, comunità in cui ciascun soggetto conferisce il suo apporto autonomo e responsabile.

Riguardo al comma 1 dell'art. 29, la Corte costituzionale ha assunto, fino a tempi abbastanza recenti, un atteggiamento assai rigido, escludendo, salvo qualche limitata eccezione, ogni assimilazione, anche su questioni specifiche e circoscritte, della famiglia di fatto (ancorché eterosessuale) a quella "fondata sul matrimonio" (al riguardo v. ampiamente *infra*, III, I, 4. e). Al contrario, sul comma 2, sull'eguaglianza dei coniugi, dopo un'iniziale cautela, essa intervenne decisamente, interpretando la norma, in stretto collegamento con l'art. 3; dichiarò incostituzionali varie disposizioni che costituivano odiose discriminazioni fra coniugi e tra genitori, nel governo della famiglia, contribuendo così alla preparazione della riforma generale del 1975 (se, in un primo momento, la Corte escluse l'incostituzionalità dell'art. 559 c.p. che sanzionava l'infedeltà della

---

<sup>33</sup> Al riguardo, BESSONE, in *Commentario*, cit., 42 ss.; e v. pure ZATTI, *Introduzione*, in *Trattato diretto dall'autore*, I, Milano, 2011, 25; RESCIGNO, *Ascesa e declino della società pluralista. Le società intermedie*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1996, 3, 29.

<sup>34</sup> Sul punto cfr. FERRANDO, *L'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in *I diritti della donna*, a cura di Graziani, Corti, Milano, 1996, 85; PROSPERI, *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 846; G. GIACOBBE, *Eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi e rapporti familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 899.

<sup>35</sup> Nell'ambito della dottrina italiana, d'obbligo il riferimento a CICU, *Lo spirito del diritto familiare. Discorso inaugurale all'Università di Macerata nel 1913*, Macerata, 1914, oggi in *Scritti minori*, Milano, 1965, I, 1, 124 ss.