

## INTRODUZIONE

La familiarità si presenta come una dimensione costitutiva dell'essere umano, grazie alla quale l'essere umano costruisce la sua identità soggettiva. È proprio nella coniugalità, nella genitorialità, nella filialità, nella fraternità, nella parentalità che l'essere umano acquisisce una propria identità personale, un'identità che potremmo finire "relazionale"<sup>1</sup>, peculiare dunque dell'essere umano. Non è pertanto errato considerare la famiglia la "*struttura istituzionale primaria di identificazione dell'lo e dell'Uomo*"<sup>2</sup>.

Prima di dare inizio alla trattazione è opportuno sottolineare l'impossibilità di delineare a tutto tondo la realtà dell'esperienza familiare, limite oggettivo insuperabile che si aggiunge ai limiti soggettivi di chi scrive. La famiglia in quanto fonte di inesauribili tematiche, sociali, giuridiche e politiche, eccede ogni possibilità di trattazione omogenea ed esaustiva.

Ciò detto, nella trattazione che segue, verrà in primo luogo descritta l'istituzione familiare così come è stata delineata dai nostri Padri costituenti nella Carta Costituzionale, la Legge Suprema del nostro sistema normativo. Già da questo primo capitolo emerge la tendenza, propria del potere politico, "*ad invadere, per regolamentarla, la natura stessa della persona umana*"<sup>3</sup>. Del resto il primo compito delle autorità pubbliche è proprio quello di disciplinare i diversi aspetti della vita dei membri di una società, senza che ciò comporti un autoritario controllo della sfera privata dei sentimenti di ogni individuo, anche se non sono mancate, in passato, esperienze in tal senso. Senza andare eccessivamente indietro nel tempo, si pensi al legislatore fascista e alla sua politica demografica<sup>4</sup>, o al fatto che lo stesso ricorreva alla discriminazione sessuale per sbarazzarsi degli avversari politici, i quali venivano accusati di omosessualità, di conseguenza internati in manicomi o relegati al confino.

---

<sup>1</sup> F. D'Agostino, "*Una filosofia della famiglia*", Giuffrè, Milano, 2003.

<sup>2</sup> F. D'Agostino, "*Una filosofia della famiglia*", cit., p. 243 ss.

<sup>3</sup> A. Palazzo, "*Eros e Jus*", Mimesis, Milano-Udine, 2015, p. 10.

<sup>4</sup> Messa in atto con il Regio Decreto 13 febbraio 1927, n. 124.

È pur vero che, riportando la famosa espressione di un autorevole giurista e storico italiano, Carlo Arturo Jemolo, la famiglia *“appare sempre, se si consenta il simbolo, come un’isola che il diritto può lambire, ma lambire soltanto; la sua intima essenza rimane metagiuridica”*<sup>5</sup>.

Tuttavia, come emergerà in particolar modo dal primo capitolo dell’elaborato, non si può negare la necessità di un diritto di famiglia.

Nei capitoli che seguono ci si soffermerà sulle forme di convivenza che nel corso del tempo si sono affiancate al modello tradizionale di famiglia e che hanno contribuito a creare nelle nostre società una sempre più crescente pluralizzazione delle forme familiari. Verranno illustrate anche le tutele riconosciute a questi nuovi modelli familiari alternativi, tutele conquistate con fatica e la cui negazione comporta inevitabilmente un contrasto con i principi della Costituzione, la quale sembra superare le categorie tradizionali, nel momento in cui parla *“dell’uomo, della sua personalità, di formazioni sociali (art. 2 Cost.), insomma della persona umana, della sua dignità ed il suo sviluppo (art. 3 Cost.)”*<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> A. C. JEMOLO, *“La famiglia e il diritto”*, in Id., *“Pagine sparse di diritto e storiografia”*, Giuffrè, Milano 1957, p. 222 ss.

<sup>6</sup> A. Palazzo, *“Eros e Jus”*, Mimesis, Milano-Udine, 2015, p. 14.

# CAPITOLO I

## “LA FAMIGLIA, IL SUO INGRESSO NELLA COSTITUZIONE E LA SUA EVOLUZIONE NORMATIVA”

SOMMARIO: Premessa. \_ 1. Il lavoro dei padri costituenti: l'articolo 29. \_ 2. Il lavoro dei padri costituenti (segue): l'articolo 30. \_ 3. Il lavoro dei padri costituenti (segue): l'articolo 31. \_ 4. La nuova concezione dell'istituto familiare delineata dalla riforma del 1975.

### PREMESSA

#### *Una nuova carta costituzionale per la neonata Repubblica*

Il 2 giugno del 1946 rappresenta un indiscusso tassello della nostra storia nazionale e rispetto ad essa nessun italiano può rimanere indifferente, si tratta infatti della data che segna la caduta del Regno d'Italia e sancisce la nascita della Repubblica Italiana.

Alla neonata Repubblica occorreva dare necessariamente una Costituzione, dal momento che lo Statuto Albertino si presentava ormai antiquato e difficilmente conciliabile con la nuova forma istituzionale, scelta per il Paese dagli Italiani con il Referendum del 2 giugno 1946. Il delicato quanto essenziale compito di redigere il testo costituzionale venne affidato all'Assemblea Costituente, formata da 556 deputati, e più recisamente 207 provenienti dalla Democrazia Cristiana, 104 dal Partito Comunista Italiano, 115 dal Partito Socialista Italiano, 9 dal Partito d'Azione, 41 dal Partito Liberale Italiano. I rimanenti vennero suddivisi in altre formazioni, tra cui il Partito dell'Uomo Qualunque e il Partito Repubblicano. Non essendovi un progetto di Costituzione, dal momento che l'Assemblea era l'unica titolare dell'iniziativa, venne nominata una Commissione, incaricata di redigere il progetto di quella che poi è divenuta la nostra legge fondamentale. La Commissione era

composta da 75 dei 556 deputati dell'Assemblea, scelti proporzionalmente tra tutti i gruppi parlamentari, ed era presieduta dall'on. Ruini; essa fu divisa poi in tre Sottocommissioni: la prima , presieduta dall'on. Tupini, si occupò dei diritti e dei doveri dei cittadini; la seconda, presieduta dall'on. Terracini, si dedicò all'organizzazione costituzionale dello Stato, riservando i problemi relativi al potere esecutivo e a quello giudiziario a due apposite sezioni ; la terza, presieduta dall'on. Ghidini, delineò i caratteri economico-sociali della Costituzione. Terminato il lavoro della Commissione, che durò fino al gennaio del 1947, l'Assemblea, dopo una discussione generale su tutto il progetto, procedette a un esame particolareggiato delle disposizioni e alla loro approvazione definitiva, dopo un'ulteriore discussione generale e la votazione dei numerosi emendamenti presentati agli articoli proposti dalla Commissione. La Costituzione entrò in vigore il primo gennaio 1948, con un decreto firmato dal Capo Provvisorio dello Stato, Enrico De Nicola, segnando un punto di partenza di un cammino completamente nuovo per il nostro Paese.

### *1. Il lavoro dei padri costituenti: l'articolo 29.*

*“La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.*

*Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.”*

I Padri Costituenti elessero come criterio guida la valorizzazione dell'essere umano inteso come *persona in relazione*. Del resto l'uomo si conosce quale ente-in-relazione, per cui, fuori dalla relazione si può dire l'uomo non è<sup>7</sup>. I Costituenti rifiutarono pertanto l'ideologia individualistica, il considerare gli esseri umani come singoli individui separati e isolati gli uni dagli altri. Ne rappresenta una chiara dimostrazione l'art. 2 Cost., che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo non solo come

---

<sup>7</sup> S. Cotta, *“Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenologia giuridica”*, Giuffrè, Milano, 1991.

singolo, ma anche nelle formazioni sociali ove *“si svolge la sua personalità”*. All’intera Carta Costituzionale viene data un’impostazione relazionale, tutelando i “rapporti (termine ovviamente non casuale, come del resto ogni altro termine del testo costituzionale) civili “, i “rapporti etico-sociali “, i “rapporti economici”, i “rapporti politici“, ecc. Tale impostazione emerge fin dai lavori preparatori, come dimostra l’ordine del giorno del 9 settembre 1946, presentato nella II Sottocommissione dall’onorevole Dossetti, e del quale si riportano i suoi punti salienti: *”La sottocommissione, esaminate le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell’ uomo, esclusa quella che si ispira a una visione soltanto individualistica; esclusa quella che si ispiri ad una visione totalitaria, la quale faccia risalire allo Stato l’ attribuzione dei diritti dei singoli e delle comunità fondamentali; ritiene che la sola impostazione veramente conforme alle esigenze storiche, cui il nuovo statuto dell’ Italia democratica deve soddisfare, è quella che:*

- 1. riconosca la precedenza sostanziale della persona umana(intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali)rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella;*
- 2. riconosca ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale; anzitutto in varie comunità intermedie disposte secondo una naturale gradualità(comunità famigliari, territoriali , religiose, ecc.) e quindi, per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, nello Stato;*
- 3. che per ciò affermi l’ esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato”.*

La Famiglia si presenta come una fondamentale forma di socialità e può essere classificata tra le prime strutture sociali che valorizzano la persona come persona in relazione<sup>8</sup>. Essa è il germe primo della società e il fattore più efficace della civiltà; è promotrice dello sviluppo economico e contribuisce alla costruzione della società, infatti è in grado di assicurare al meglio l’equilibrio inter-temporale ed inter-

---

<sup>8</sup> Tale importanza è fortemente ribadita da A. Cicu, *“Il diritto di famiglia. Teoria generale”*, Roma, 1914, ristampa con lettura di M. Sesta, Bologna, 1978.

generazionale.

La famiglia può ritenersi un'istituzione idonea a prendersi cura dei bambini, dei malati e degli anziani, a trasmettere valori culturali e a contribuire a preservare dalla criminalità e dalla violenza.

Lo Stato è chiamato ad affiancare la famiglia, riconoscendola quale istituzione non solo sul piano giuridico teorico, proclamando la garanzia istituzionale costituzionalmente riconosciuta, ma anche sul piano degli interventi concreti, mediante azioni positive.

Le disposizioni da cui ricavare linee guida al fine di definire la natura e la rilevanza giuridica della famiglia e i limiti di intervento del legislatore in materia sono collocate nel secondo titolo ("Rapporti Etico – Sociali") della prima parte della Costituzione, relativa ai "diritti e doveri dei cittadini ". Tali disposizioni sono gli articoli 29, 30, 31, che verranno analizzati più nel dettaglio a breve.

La scelta dei padri costituenti di inserire la famiglia nella Costituzione non è da ritenersi affatto una scelta scontata, piuttosto un'importante novità. Tale previsione andava infatti contro tutta la nostra tradizione costituzionale e legislativa.

Lo Statuto Albertino, concesso dal re Carlo Alberto di Savoia il 4 marzo 1848 e poi divenuto la prima costituzione dello stato italiano, aveva sempre ignorato la famiglia. Lo Stato liberale aveva tutelato la famiglia ma l'aveva relegata nel codice civile (1865), quindi nella sfera del diritto privato, riservando una particolare attenzione agli aspetti patrimoniali derivanti dal matrimonio.

Il regime fascista aveva abbracciato una concezione pubblicistica della famiglia, ma questa veniva subordinata ai fini propri dello Stato, addirittura imponendo ai genitori di educare la prole conformemente al "*sentimento nazionale fascista*", oltre che ai "*principi della morale*"<sup>9</sup>.

I nostri costituenti, profondamente innovativi, si discostarono da tali precedenti e riconobbero la famiglia come realtà originaria e preesistente allo Stato, una comunità naturale costituita dall'unione tra un uomo e una donna, che si fanno portatori di reciproci diritti e doveri attraverso il matrimonio. L'aggettivo "naturale" sembrerebbe riferirsi ad un'unione eterosessuale, ma si tratta in realtà di una versione criticata e

---

<sup>9</sup> Art. 147, codice civile del 1942, nel testo originario: "*Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligazione di mantenere, di educare e di istruire la prole. L'educazione e l'istruzione devono essere conformi ai principi della morale e al sentimento nazionale fascista.*"

non da tutti condivisa, in quanto “naturale” è un concetto troppo vago per avere una qualsiasi utilità morale o giuridica.

L'istituzione familiare è stata poi inserita nell'ambito dei “rapporti etico- sociali”, in modo da sottolineare la funzione di promozione e sviluppo della persona umana che le è propria.

La scelta di inserire norme sulla famiglia nella Carta Costituzionale fu tuttavia preceduta da un animato dibattito, causato, oltre che dalla delicatezza del tema, anche dall'eterogenea composizione dell'Assemblea Costituente. In essa infatti si fronteggiavano gli esponenti dei tre grandi partiti di massa, ossia della Democrazia Cristiana (per citarne alcuni Alcide De Gasperi, Aldo Moro, Oscar Luigi Scalfaro), del Partito Socialista di Unità (Pietro Nenni e Sandro Pertini), del Partito Comunista Italiano (Giorgio Amendola e Palmiro Togliatti), poi anche esponenti di formazioni minori tra cui l'Unione Democratica (i liberali, tra i quali Benedetto Croce e Luigi Einaudi), il Partito Repubblicano Italiano (Ugo La Malfa) e il Partito d' Azione ( Piero Calamandrei).

Una prima discussione riguardò l'opportunità (per l'orientamento di minoranza, l'inopportunità) di disciplinare con regole nuove una materia tradizionale, da sempre estranea alla Costituzione dello Stato e già ampiamente disciplinata dal codice civile. Stabilita l'opportunità, se non la necessità, di una disciplina costituzionale dell'istituto familiare, l'Assemblea Costituente lavorò intorno a tre temi principali. In primo luogo la definizione di famiglia e il suo rapporto con lo Stato. Nei lavori della prima Sottocommissione si confrontarono due tesi: la prima, di orientamento cattolico, optava per l'introduzione nel testo costituzionale di una definizione di famiglia; la seconda invece, sostenuta dalle forze laiche e marxiste, riteneva sufficiente un generico richiamo ai diritti della famiglia, senza però fornire una definizione dettagliata del contenuto dell'istituto. L'on. Ruggiero fece infatti notare che la Costituzione non dovesse dare definizioni degli istituti. A tal proposito intervenne l'on. Aldo Moro nel corso dell'adunanza plenaria del 15 Gennaio 1947. In particolare egli sottolineò:

*“... non è affatto una definizione, anche se ne ha la forma esterna, in quanto si tratta in questo caso di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di una delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita. Escluso che qui naturale abbia un significato zoologico ed animalesco, o accenni ad un legame puramente di fatto, non si vuole dire con questa formula che la famiglia sia una società creata al di fuori di ogni vincolo razionale ed etico. Non è un fatto, la famiglia,*

*ma è appunto un ordinamento; non si vuole escludere che la famiglia abbia un suo processo di formazione storica, né si vuole negare che vi sia sempre un più perfetto adeguamento della famiglia a questa razionalità nel corso della storia, ma quando si dice società naturale in questo momento storico si allude a quell'ordinamento che, perfezionata attraverso il processo della storia, costituisce la linea della vita familiare. Quando si afferma che la famiglia è una società naturale, si intende qualche cosa di più dei diritti della famiglia. Non si tratta soltanto di riconoscere i diritti naturali alla famiglia, ma di riconoscere la famiglia come società naturale, la quale abbia le sue leggi ed i suoi diritti di fronte ai quali lo Stato, nella sua attività legislativa, si deve inchinare”<sup>10</sup>.*

Egli riassunse così il pensiero della maggioranza che chiedeva l’inserimento della formula “società naturale” e che alla fine fu quello che si impose. L’art. 29,1°c., recita infatti: *“La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”*. Con l’espressione “società naturale” si è voluto porre un limite tra l’autonomia della famiglia e il potere di intervento dello Stato, che è tenuto a rispettare l’assetto naturale e tradizionale della famiglia stessa. Una diretta conseguenza di quanto detto è il diritto - dovere dei genitori di istruire e educare i figli (art.30Cost). Tale espressione non comporta invece il riconoscimento della personalità giuridica, contrariamente all’erroneo pensiero di alcuni tra cui l’on. Condorelli, che aveva infatti proposto di sostituire la formula con “comunità originaria”, affermando: *“la famiglia non è una società ma una comunità, in quanto la società ha una base volontaria o contrattuale; la comunità invece ha una propria base naturale ... La famiglia non è soggetto di diritto ... non è un ente giuridico ... Il mio emendamento non si sposta affatto dal pensiero della Commissione ma vuole essere soltanto una precisazione tecnica”<sup>11</sup>*. A fronte di tali considerazioni, l’on. Tupini a nome della Commissione, al fine di eliminare ogni dubbio e ambiguità, ribadì che “società” sta per “comunità”; “naturale” sta per “originario”<sup>12</sup>. In questo modo si ribadì anche il distacco dalla vecchia concezione fascista e la portata profondamente innovativa della costituzione; come ricordò l’on. La Pira infatti *“lo Stato fascista...aveva come suo fondamento la teoria giuridica che tutti i diritti sono creati e concessi dallo Stato, che può ritirarli in qualunque momento. Negando questa teoria, si vuole affermare che lo Stato non fa che riconoscere e tutelare dei diritti anteriori*

---

<sup>10</sup> Seduta del 15 gennaio 1947, in A.C., p. 102.

<sup>11</sup> Seduta del 23 aprile 1947, in A.C., p. 3276.

<sup>12</sup> In A.C., pagg. 3274-5.



*alla Costituzione dello Stato, che sono diritti dei singoli, delle società o comunità naturali*<sup>13</sup>.

Pertanto l'istituto della famiglia si presenta come un istituto pregiuridico, ossia posto prima ed indipendentemente da alcun intervento del legislatore e che costituisce un'istituzione naturale: la famiglia nasce spontaneamente con la presenza degli uomini, e prima che lo Stato le assegni uno statuto giuridico. Essa è naturale *“in quanto è originaria, ossia non sorge per deliberazione d'una autorità politica esterna ad essa e quindi in virtù di leggi eteronome, ma per esigenza propria delle persone”*<sup>14</sup>.

Pertanto l'appartenenza all'istituzione famiglia avviene per nascita, non per libera scelta: è proprio questo a sancire il carattere metagiuridico della struttura familiare, che trova la sua origine nel matrimonio.

Il primo comma dell'art.29 rappresenta una sintesi tra due divergenti orientamenti espressi in sede di Assemblea Costituente. Il primo, di stampo giusnaturalista riconosce alla famiglia diritti originari, essa infatti preesiste allo Stato, che non può “creare” diritti della famiglia, ma solo riconoscerli e tutelarli. Secondo l'altro invece, non si possono anteporre allo Stato altre formazioni sociali, dotate di propri ordinamenti giuridici.

La dottrina, ormai univoca nel ritenere che la famiglia rientra tra le formazioni sociali previste dall' art.2 Cost., si trova divisa sul carattere da attribuire all'ordinamento familiare, se sovrano o semplicemente autonomo. Secondo la tesi giusnaturalistica, riconoscendo l'esistenza di uno *ius naturale* della famiglia, il suo ordinamento risulta avere caratteri di sovranità e alla famiglia viene attribuito un proprio e esclusivo potere normativo.

Secondo la tesi autonomistica (o normativistica), invece, il Costituente ha voluto presentare la famiglia come una formazione sociale, privilegiata attraverso l'attribuzione di un potere di autonomia per circoscrivere i poteri del futuro legislatore relativamente alla sua regolamentazione. Tale potere però non comprende anche un potere normativo esclusivo che sottrae la famiglia all'ordinamento statale. Significativo a riguardo è il richiamo ai limiti posti dalla legge a garanzia dell'unità familiare, che implicherebbe una disciplina legislativa del “vincolo familiare”. Alla famiglia viene dunque riconosciuto un ambito di autonomia delimitato da norme, e

---

<sup>13</sup> Seduta del 11 marzo 1947, in A.C., p. 1984.

<sup>14</sup> S. Cotta, *“Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenologia giuridica”*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 128.

non una sovranità originaria ed esclusiva. Gli stessi principi generali dell'ordinamento negano la possibilità di un riconoscimento di sovranità non espressamente previsto da una disposizione positiva sulle fonti di produzione normativa.

Al di là dello scontro tra queste due posizioni si è ritenuto che con la formula "società naturale" si volessero riconoscere dal punto di vista giuridico, oltre che i freddi e anonimi vincoli giuridici, anche i forti e saldi legami affettivi e sentimentali che uniscono i membri di una famiglia.

Si tratta perciò di un ordinamento *sui generis* e tra le particolarità ad esempio vi è la possibilità di prevedere obblighi senza corrispettivo e diritti di ricevere senza obbligo di restituzione.

Vi è poi un'ulteriore impostazione storicistica, secondo cui il concetto di famiglia, come ogni concetto giuridico, dipende dal contesto sociale e culturale, del quale va assolutamente tenuto conto: relatività e storicità sono caratteri imprescindibili. Di conseguenza a diversi momenti storici e a diversi contesti sociali e culturali corrispondono diversi modelli di famiglia. Non si può adottare un unico modello, astratto e immutabile, di famiglia. L'art.29 viene perciò classificato come una norma cornice, il cui contenuto va di volta in volta modificato e aggiornato.

Al di là dei diversi ordinamenti il valore del riconoscimento costituzionale dei diritti della famiglia può in un certo senso ritenersi necessario, tutelando la Costituzione una serie di diritti e libertà dei singoli che sarebbero sembrate essere inconciliabili con i diritti e i poteri assorbenti della famiglia: la libertà personale, di soggiorno, di fede religiosa, di pensiero troverebbero limiti inammissibili, se la Costituzione stessa non prevedesse tali limiti.

Secondo una diversa opinione invece, tale riconoscimento ha carattere funzionale: lo Stato riconosce alla famiglia il diritto di svolgere in modo indipendente i propri compiti; la famiglia, d'altro canto, si impegna a conformare l'attività svolta alla funzione sociale che le è propria.

Tra i diritti della famiglia vi sono: la libertà di formare una famiglia, implicante il divieto per il legislatore di prevedere indiretti condizionamenti, il diritto alla conservazione della famiglia, ossia il divieto di sciogliere il matrimonio senza la volontà di almeno un coniuge, il diritto all'autonomia nell'educazione dei figli e nell'organizzazione pratica e patrimoniale. Tali diritti non vengono attribuiti alla famiglia come soggetto autonomo e separato dai suoi singoli membri, non esiste infatti un distaccato interesse della famiglia superiore a quello pieno e libero dello sviluppo delle persone che la

compongono. La famiglia non è né un ente, né una persona giuridica, né un soggetto di diritto.

Proseguendo con l'analisi dell'art.29, possiamo affermare che la famiglia tutelata dalla Costituzione è quella fondata sul matrimonio, posto perciò come atto giuridicamente indispensabile per formare una famiglia legittima e come elemento distintivo di questa rispetto a una convivenza *more uxorio* o altri modelli di famiglia, privi di stabilità e certezza, oltre che della reciprocità di diritti e doveri, a cui solo il matrimonio può dare vita.

Richiamare il matrimonio, istituto giuridico proprio del diritto positivo, sembrerebbe in contrasto con la formula "società naturale". Riconoscendo un unico modello di famiglia e scartando gli altri possibili, paradossalmente la Costituzione riconosce come naturale unicamente la famiglia legittima, cioè quella derivante da un ordinamento positivo, monogamica e fondata sul matrimonio. Vi è chi ha arginato il problema sostenendo che non si può adottare un unico modello cristallizzato, essendo la famiglia dotata dei caratteri della relatività e della storicità<sup>15</sup>. Anche se la famiglia legittima riveste una posizione costituzionale di privilegio, tramite le previsioni dell'art.29,1°c., e 30, 3°c., la Costituzione ritiene comunque tutelabili la convivenza *more uxorio* e altri modelli di famiglia in qualità di "formazioni sociali" (art.2Cost.), astrattamente idonee allo sviluppo della persona umana.

Altro tema affrontato fu quello dell'indissolubilità del matrimonio. Il testo della Commissione faceva seguire alla parola "matrimonio", la parola "indissolubile". Venne però posta la questione<sup>16</sup>, se lo Stato dovesse occuparsi di una materia di competenza della Chiesa e se non venisse violato l'art. 7 Cost.<sup>17</sup>, dal momento che l'art.34 del Concordato prevede che lo Stato si impegni a riconoscere per tale materia la disciplina del diritto canonico. Dunque la materia risultava essere regolata dal diritto canonico.

Tuttavia secondo l'opposta tesi di minoranza, l'art.29 riguardava esclusivamente il matrimonio civile, essendo l'indissolubilità del matrimonio religioso già garantita

---

<sup>15</sup> P. Rescigno, "Manuale di diritto privato", Ipsoa, Milano, 2000, p. 307.

L. Campagna, "Famiglia legittima e famiglia adottiva", Milano, 1961, p. 51 e ss.

<sup>16</sup> Questione posta dall'on. De Vita nella seduta del 13 aprile 1947.

<sup>17</sup> Art. 7 Cost. "Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani. I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale."

dall'art.7, che aveva cristallizzato il Concordato nella Costituzione. Tra coloro invece contrari all'inserimento del principio di indissolubilità vi era l'on. Maria Maddalena Rossi, esponente del partito Comunista, secondo cui, inserendo tale principio, non si teneva conto di casi che il legislatore ordinario si sarebbe comunque trovato ad affrontare, quali la condanna all'ergastolo, pene infamanti a carico di uno dei coniugi, il ritorno in patria dei reduci che trovavano l'onore familiare distrutto. Essa dichiara: *“Dal punto di vista religioso abbiamo dato ormai tutte le garanzie [...] affrontiamo oggi questo problema da un altro punto di vista, dal punto di vista politico e sociale”*<sup>18</sup>. L' on. Corsanego, a nome della Commissione, aveva risposto di non chiedere affatto l'indissolubilità per motivi religiosi, bensì *“per motivi civili, per un criterio sociale, perché si abbia un'indissolubilità per tutti”*<sup>19</sup>. Continuava dicendo che i casi particolari (ergastolano ecc) erano sì meritevoli di tutela, ma il caso singolo non poteva essere a tal punto pregiudizievole per quel bene comune che il legislatore deve sempre tener presente e che spesso si trova a dover prevalere sulla così detta felicità dell'uomo.

Alla fine venne approvato, con 194 voti favorevoli contro 191 contrari, l'emendamento dell'on. Grilli, per la soppressione della parola “indissolubile” dopo “matrimonio”, non tanto perché il principio non era allora condiviso, venne piuttosto richiamata l'incompetenza della legge costituzionale a regolare la libertà dello scioglimento del matrimonio, riservando dunque la questione del divorzio al legislatore ordinario.

Il resto è storia. Classificare il matrimonio come patto indissolubile costituisce un alto valore morale e sociale e pone la fedeltà come fondamento della vita coniugale. Tale concezione, tuttavia, difficilmente può essere accolta in una legge statale se non è condivisa dai costumi sociali. Ed è proprio quello che è avvenuto in Italia, dove con la legge 1°dicembre 1970, n. 898 è stato introdotto il divorzio. Si tentò poi di abolire la legge sottoponendola a un referendum popolare abrogativo, i cui esiti però la confermarono, con il 59,1% dei voti favorevoli all'abrogazione, contro il 40,9%.

Un ultimo tema fu quello relativo al principio di eguaglianza tra i coniugi, da contemperare all'esigenza di garantire l'unità familiare. Il 2°c. dell'art.29 recita: *“Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti*

---

<sup>18</sup> Seduta del 21 aprile 1947, in A.C., p. 3169.

<sup>19</sup> In A.C., p. 3229.

*stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare*”, dove l’eguaglianza morale rappresenta un *quid pluris* rispetto all’eguaglianza dei coniugi nella sua accezione giuridica e formale.

Il programma costituzionale di emancipazione familiare della donna non si esaurisce nella previsione del principio di parità, che inevitabilmente impone l’abolizione delle norme incompatibili con esso, ma richiede la parità tra marito e moglie anche nei rapporti personali e patrimoniali; ad attuare tale programma ha provveduto, nel 1975 il legislatore riformando profondamente la disciplina familiare<sup>20</sup>.

La scelta dei Padri Costituenti di inserire nel testo costituzionale il principio di eguaglianza tra i coniugi, posto come nuovo fondamento dell’istituto matrimoniale, deriva dal processo di democratizzazione, che stava coinvolgendo l’Italia in quegli anni e che non poteva non trascinare nel suo vortice anche la famiglia. Tale scelta però non fu subito accolta all’unanimità dall’Assemblea Costituente: la concezione di una famiglia fondata sul principio di autorità era ancora ampiamente diffusa e sentita nella società dell’epoca. La donna, posta in un piano di parità, avrebbe perso il suo ruolo di “*angelo del focolare*”<sup>21</sup> e la sua funzione etica nella famiglia. Si riteneva poi che questa nuova impostazione si ponesse in contrasto con quella antica adottata dal codice civile, fondata prevalentemente sul principio di autorità. L’affermazione del principio di parità venne favorita da due determinanti fattori sociali, fortemente rivoluzionari: la graduale emancipazione della donna e la nuova funzione del matrimonio. Infatti dal passaggio da un’economia agricola a una industriale, venne meno la funzione sociale ed economica del matrimonio, gli aspetti relativi al lavoro e alla realizzazione professionale divennero aspetti della vita individuale da svolgere, in misura sempre maggiore, all’esterno. La famiglia, nell’immaginario collettivo, iniziò ad essere concepita come luogo degli affetti e di espressione della personalità del singolo; una concezione che peraltro trova riscontro anche nel testo costituzionale, dove l’art.2 tutela le formazioni sociali in cui “*si svolge la personalità dell’individuo*”. La famiglia come formazione sociale e luogo della personalità di ognuno, ai sensi dell’art 2Cost, si presenta come una società di eguali, a differenza di quanto avveniva nella tradizione borghese dove la potestà maritale e un ordinamento autoritario assicuravano una famiglia forte in un forte Stato.

---

<sup>20</sup> L. n. 151 del 19 maggio 1975.

<sup>21</sup> Cassazione Penale, sez. IV, 30 settembre 2016, n. 18776, punto 14 del *Considerato in diritto*.

Nel codice napoleonico, assunto come modello nell'opera di codificazione attuata dai paesi europei nell'800, al marito era riconosciuta una posizione istituzionale di "capo della famiglia", la donna doveva prestare obbedienza al marito, in forza della legge "naturale" che pone il marito capo della società coniugale. La soggezione della donna al marito, nei codici della tradizione borghese, era ritenuta un omaggio reso al potere che la proteggeva.

Veniva poi riprodotta anche nella dinamica familiare quella divisione tra classi che fratturava la società, l'uomo raffigurava infatti "il borghese", la donna invece il "proletario".

Su questa linea il codice civile del 1942, che recitava: *"il marito è il capo della famiglia, la moglie ne segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno di fissare la sua residenza"*<sup>22</sup>. L'art. 316 del medesimo codice, disciplinando l'esercizio della potestà genitoriale, assoggettava il figlio alla potestà dei genitori, tuttavia questa poteva essere esercitata solo dal padre; dalla madre solo dopo la morte del padre o nei casi stabiliti dalla legge. Si trattava perciò di una normativa senza dubbio discriminante.

Le conseguenze dell'affermazione del principio di eguaglianza si sono dispiegate in diversi ambiti, in primo luogo esso ha inciso sui rapporti personali tra i coniugi. Una prima conseguenza è stata l'ampliamento dei poteri della donna nella gestione degli affari domestici e nella direzione della casa.

Nonostante la norma fosse collocata nella parte dedicata ai rapporti personali ebbe un'indiscussa incidenza anche sui rapporti patrimoniali.

La disciplina dei rapporti matrimoniali tra i coniugi anteriore alla riforma del 1975 prevedeva la separazione dei singoli patrimoni e una serie di regole da cui era facilmente desumibile il potere, quasi assoluto, di controllo e di amministrazione, esercitato dal marito; il principio di parità, contemplato dalla Carta Costituzionale, creava dunque incompatibilità con il regime patrimoniale della famiglia previsto dal codice civile del 1942.

All'evoluzione della disciplina dei rapporti patrimoniali ha contribuito in modo determinante la giurisprudenza costituzionale, che tra le decisioni degne di essere

---

<sup>22</sup> Art. 144 del codice civile del 1942.

ricordate, ha abrogato il vecchio testo dell'art.145 c.c., nella parte in cui era previsto l'obbligo di mantenimento incondizionato da parte del marito a favore della moglie, a riprova della graduale emancipazione economica della donna<sup>23</sup>.

La Corte Costituzionale, procedendo all'eliminazione delle norme contrarie all'art.29Cost., al fine di rendere concreto ed effettivo il principio di parità, ha dichiarato illegittime le disposizioni del codice penale che punivano l'adulterio della moglie in maniera diversa da quello del marito, adducendo come motivazione il fatto che tali disposizioni non rispondono all'unica *ratio* ispiratrice possibile: l'unità familiare<sup>24</sup>.

La Corte ha consentito, inoltre alla moglie separata incolpevole di non usare più il cognome del marito se da questo ne deriva pregiudizio<sup>25</sup>.

È stato poi dichiarato illegittimo il divieto di donazione tra i coniugi, *“perché fondato sulla presunzione assoluta che il matrimonio crei tra i coniugi uno stato di reciproca ineguaglianza e inferiorità, tale che l'uno rischi di essere costretto dall'altro a spogliarsi dei suoi beni a favore di quest'ultimo”*<sup>26</sup>.

Non conforme alle norme costituzionali è anche la perdita della cittadinanza italiana indipendentemente dalla volontà della donna, in caso di matrimonio con un cittadino straniero.

Continuando con gli esempi, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.18 delle disposizioni preliminari nella parte in cui, in mancanza di una legge nazionale comune ai coniugi, venga applicata quella del marito, in virtù della posizione preminente di quest'ultimo, posizione che è la stessa norma ad attribuire, andando contro l'art.3,1°c., e l'art.29, 2°c., della Costituzione<sup>27</sup>.

L'ondata di innovazioni è stata proseguita dalla riforma del 1975<sup>28</sup>. Tra le principali novità, introdotte dalla riforma e relative ai rapporti patrimoniali tra i coniugi vi è l'introduzione del dovere di contribuzione ai bisogni della famiglia, a carico di entrambi i coniugi e rapportato alle rispettive sostanze e capacità di lavoro

---

<sup>23</sup> Sent. C. Cost. 133/1970; in senso contrario si era espressa C. Cost. 144/1967.

<sup>24</sup> Sentenze della Corte Cost. n. 126 e 127/1968, 147/1969.

<sup>25</sup> Sent. C. Cost. 128/1970.

<sup>26</sup> Sent. C. Cost. .91/1972.

<sup>27</sup> Sent. C. Cost. 71/1987.

<sup>28</sup> L. n. 151 del 19 maggio 1975.