



Conferenza Nazionale della Famiglia  
Firenze, 24-26 maggio 2007

## FAMIGLIA E DIRITTI

Francesco Paolo Casavola

### Preambolo

Prima di entrare nell'analisi dell'ordinamento familiare vigente, occorre ricordare i percorsi che nel dibattito in Assemblea costituente condussero alla formulazione della definizione costituzionale della famiglia, senza peraltro far cadere una cesura che dimentichi il modello della famiglia potestativa romana, la cui influenza sulle codificazioni moderne è stata percepibile fino a quando la soggettività del gruppo familiare è stata ricondotta alla figura del *paterfamilias*.

L'uscita dalla suggestione ideologica del capo della famiglia è stata possibile con la formula della società naturale fondata sul matrimonio e sulla eguaglianza dei coniugi.

La consistenza storica e non metastorica della istituzione familiare è indispensabile premessa metodologica per valorizzarne il significato etico da cui prende luce il sistema della sua regolazione giuridica.

1. Nel 1950, in una conferenza tenuta nell'Università di Trieste, uno dei più eminenti romanisti europei, Max Kaser, rilevava nella assenza di definizioni della famiglia nelle legislazioni moderne la dissoluzione storica della famiglia come ordinamento dotato di propria originaria soggettività, titolare di diritti e capace di produrre autonomamente diritto<sup>1</sup>. Famiglia è solo il nome di una cerchia di persone tra loro vincolate da matrimonio o da parentela, le relazioni interindividuali prevalendo sulla configurazione unitaria dell'organismo collettivo.

Un anno prima, nell'Università di Catania, Arturo Carlo Jemolo aveva posto la questione della natura metagiuridica della famiglia, della assenza di una definizione (e della non definibilità) giuridica della famiglia<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> M. KASER, *La famiglia romana arcaica*, in *Conferenze romanistiche* (Trieste 1950) 39-62 (= *Annali Triestini* 20 [1952] 43-64).

<sup>2</sup> A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania* 3 (Jovene, Napoli, 1949) 3-22 (estr.).

Proprio nel giro di quel quinquennio, tra il 1946 e il 1950, il tema della definizione giuridica della famiglia aveva avuto una forte accensione nel dibattito interno all'Assemblea Costituente italiana.

Come è noto, diversamente da pressoché tutte le carte costituzionali contemporanee, quella italiana contiene all'art. 29, che apre il titolo II dedicato ai *Rapporti etico-sociali*, una definizione della famiglia quale «società naturale fondata sul matrimonio». L'espressione «società naturale» era già contenuta nell'art. 23 del Progetto di costituzione, in un contesto tuttavia assai lontano per ispirazione e significato da quello del definitivo art. 29. Recitava il 1° comma del progetto: «La famiglia è una società naturale: la Repubblica ne riconosce i diritti e ne assume la tutela per l'adempimento della sua missione e per la saldezza morale e la prosperità della nazione».

Non si deve dimenticare che gran parte dei concetti che si combinarono in questa formulazione, pur nella selezione di opposte ideologie, proveniva dalla componente cattolica dei padri costituenti. L'esigenza stessa di una definizione costituzionale della famiglia era viva tra i cattolici e trovava invece indifferenza e talora opposizione nei rappresentanti politici delle altre due grandi culture italiane, marxista e liberal-democratica. I cattolici la confortavano con l'esempio della costituzione irlandese,

stabilizzata nel 1937, emanata «in nome della SS. Trinità»<sup>3</sup>, che all'art. 41, 1° comma, dichiarava: «Lo Stato riconosce la famiglia come il gruppo primordiale naturale e fondamentale della società e come una istituzione morale investita di diritti inalienabili e imprescrittibili, anteriori e superiori ad ogni legge positiva». E al 2° comma: «A questo scopo lo Stato garantisce la protezione della famiglia nella sua costituzione ed autorità, in quanto base necessaria dell'ordine sociale e indispensabile al benessere della Nazione e dello Stato»<sup>4</sup>.

Nella seduta del 30 ottobre 1946 della Prima Sottocommissione dell'Assemblea Costituente, i due relatori Corsanego, democristiano, e Leonilde Iotti, comunista, proposero rispettivamente una definizione, il primo, di questo tenore: «lo Stato riconosce la famiglia come l'unità naturale e fondamentale della società, con i suoi diritti originari inalienabili e imprescrittibili concernenti la sua costituzione, la sua finalità e la sua difesa»; la seconda di quest'altro: «Lo Stato riconosce e tutela la famiglia, quale fondamento della prosperità materiale e morale dei cittadini e della Nazione»<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Le costituzioni europee* (Edizioni di Comunità, Milano, 1954) 396-418.

<sup>4</sup> B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Le costituzioni europee* cit., 414.

<sup>5</sup> Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, I Sottocommissione, seduta del 30 ottobre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. VI (Camera dei Deputati, Segretariato Generale, Roma 1970) 631.

Sono individuabili in queste definizioni, entrambe dipendenti dal testo irlandese, due nuclei concettuali, quello della «naturalità» della famiglia, e quello della «fondamentalità» sua per la prosperità (nel testo irlandese: «il benessere») della Nazione.

Sulla «naturalità» della famiglia cominciarono subito a contrapporsi due diverse accezioni: una biologico-sociale, «naturale associazione umana», in una formula proposta da Togliatti; l'altra giusnaturalistica, di «entità naturale preesistente ad ogni stato dell'uomo», vera e propria «società di diritto naturale», in una dizione caldeggiata insistentemente dal presidente Tupini<sup>6</sup>.

Quanto alla «fondamentalità» per la prosperità materiale e la saldezza morale della Nazione o del popolo italiano, Moro obiettò che la famiglia va tutelata in sé stessa non per la prosperità della Nazione, e Tupini rilevò che quel rapporto di mezzo a fine riecheggiava «formule più o meno materialistiche, delle quali si fece abuso in regime fascista»<sup>7</sup>.

Tuttavia l'espressione «società di diritto naturale» fu sostituita dall'altra «società naturale», essendo il termine «diritto naturale» controverso,

---

<sup>6</sup> I Sottocomm., sed. del 30 ottobre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori* cit., 635; sed. 5 novembre 1946, *ivi*, 640; sed. 6 novembre 1946, *ivi*, 644. Val la pena di ricordare come naturalità e fondamentalità vengano espressamente richiamate nella definizione della famiglia contenuta nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo, approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea generale dell'O.N.U.: «La famiglia è l'elemento naturale e fondamentale della società ed ha diritto alla protezione della società e dello Stato».

<sup>7</sup> Sed. del 30 ottobre 1946, *ivi*, 635; sed. del 5 novembre 1946, *ivi*, 641.

come sottolineò l'on. Moro<sup>8</sup>. Ma nella lotta contro il totalitarismo di Stato, la formula «società naturale» aveva un significato puntuale, come ancora Moro ebbe a chiarire: «Dichiarando che la famiglia è una società naturale, si intende stabilire che la famiglia ha una sua sfera di ordinamento autonomo nei confronti dello Stato, il quale, quando interviene, si trova di fronte ad una realtà che non può menomare né mutare; inoltre, quando si parla di società naturale si ammette quasi sempre l'esistenza di un vincolo, di carattere religioso e giuridico il quale consacri l'unità organica della famiglia»<sup>9</sup>.

Nella seconda metà dell'aprile 1947 l'Assemblea discusse il progetto preparato dalla Prima Sottocommissione. Nella vasta disparità di opinioni, ne vanno ricordate alcune. Innanzi tutto una prima, di diffidenza verso la formula «società naturale» letta come «contrapposizione allo Stato di un altro ordinamento, con conseguente disconoscimento allo Stato della potestà di disciplinare normativamente un'altra sfera, riservata all'autonomia familiare»<sup>10</sup>.

Una seconda, che, fondando sulla teoria della pluralità degli ordinamenti come elaborata dal Santi Romano, conduceva a leggere la famiglia società

---

<sup>8</sup> Sed. del 6 novembre 1946, *ivi*, 645.

<sup>9</sup> Sed. del 6 novembre 1946, *ivi*, 647.

<sup>10</sup> Si v. la discussione della sed. antim. del 17 aprile 1947, in *La Costituzione nei lavori preparatori* cit., vol. II, spec. 950.

naturale come formazione sociale con «possesso di diritti anteriori alla legge positiva, diritti che lo Stato riconosce e garantisce»<sup>11</sup>.

Una terza, contraria alla definizione della natura originaria della famiglia in Costituzione, chiama esplicitamente in causa la teoria politica della famiglia romana, ente preesistente alla formazione dello Stato, formulata da Pietro Bonfante, perché, se pur essa raccoglieva allora la maggior parte dei consensi tra storici romanisti e giuristi, non doveva essere certo la Costituzione a decidere un problema scientifico non ancora risolto, quale quello dell'antiorità della famiglia allo Stato e viceversa<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Sed. antim. del 18 aprile 1947, *ivi*, vol. II, spec. 990. Sulla teoria di Santi Romano (*L'ordinamento giuridico* [1918], II ed. rist., Sansoni, Firenze, 1951) si v. soprattutto: S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1 (Giuffrè, Milano, 1972) 243-283 (poi in *La formazione dello Stato amministrativo* [Giuffrè, Milano, 1974] 21-61); N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (Edizioni di Comunità, Milano, 1977) 165-186; F. MODUGNO, s.v. «*Ordinamento giuridico (dottrina)*», in *Enc. del dir.* 30 (Giuffrè, Milano, 1980) 678-736; M. CORSALE, s.v. «*Pluralismo giuridico*», in *Enc. del dir.* 33 (Giuffrè, Milano, 1983) 1003-1026; F. MODUGNO, s.v. «*Pluralità degli ordinamenti*», in *Enc. del dir.* 34 (Giuffrè, Milano, 1985), 1-58.

<sup>12</sup> Sed. pom. del 18 aprile 1947, in *La Costituzione nei lavori preparatori cit.*, vol. II, 996. Della vastissima letteratura fiorita intorno alla «teoria politica della famiglia romana» (P. BONFANTE, *La 'gens' e la 'famiglia'*, in *BIDR.* 1 [1888] 236-250, ripubbl., con alcuni sviluppi desunti dalle *Res Mancipi e nec Mancipi* [Roma, Tipografia della Camera dei deputati, 1888-1889], in *Scritti giuridici vari* 1 [UTET, Torino, 1916] 1-17; *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, in *RISG.* 55 [1915] 259-299, poi in *Scritti cit.* 1, 18-63; *Corso di diritto romano* 1. *Diritto di famiglia* [Roma 1925], rist. corretta della I ed., a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1963) si segnalano qui soprattutto: G. DE SANCTIS, *Per rintuzzare l'acrisia*, in *Riv. it. di sociologia* 12 (1908) 777-814, poi in *Per la scienza dell'antichità. Saggi e polemiche* (Torino 1909) 349-460, spec. 405-420 (= *Scritti minori*, a cura di A. Ferrabino e S. Accame [Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 1972] 282-360 (spec. 321-332); E. BETTI, *Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla famiglia romana arcaica*, in *SDHI.* 18 (1952) 241-248; P. VOCI, *Esame delle tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica*, in *Studi in on. di Arangio-Ruiz* 1 (Jovene, Napoli, 1953) 101-146, ora in *Studi di diritto romano*, pubblicati a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova 1 (Cedam, Padova,

Il testo definitivo, art. 29 della Costituzione, è un sostanziale travolgimento di quello dell'art. 23 del Progetto. Il I comma «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio», riconducendo la naturalità della famiglia ad un istituto giuridico positivo quale il matrimonio, restituisce alla famiglia il più realistico carattere di formazione sociale originata dal rapporto giuridico matrimoniale. Il 2° comma: «Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare», elimina la polarità di entità e valori collettivi - «missione» della famiglia e «saldezza morale e prosperità della Nazione» - presenti nell'art. 23 del Progetto, sostituendovi le concrete persone dei coniugi, dei quali si proclama la eguaglianza morale e giuridica. La valenza ermeneutica che la definizione costituzionale veniva così ad acquisire si muove dentro la cornice dell'art. 2: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

---

1985) 149-195; Id., *Qualche osservazione sulla famiglia romana arcaica*, in *SDHI*. 19 (1953) 307-315 (= *Studi cit.*, 1, 199-209); M. BRETONI, *Il naturalismo del Bonfante e la critica idealistica*, in *Labeo* 5 (1959) 275-283; F. CASAVOLA, *Cronaca di una storia del diritto romano*, in *Bollett. della Biblioteca degli Istituti Giuridici dell'Univ. di Napoli* 6 (1960)



La famiglia diventa così la formazione sociale nella quale primariamente si svolge nella esperienza della coniugalità, genitorialità, filialità e fratellanza la personalità individuale<sup>13</sup>.

Se dunque si volesse derivare dalla definizione costituzionale un criterio interpretativo del sistema legislativo in tema di famiglia, esso indicherebbe la funzione strumentale del gruppo allo svolgimento della personalità di ciascuno dei suoi componenti e non viceversa la subordinazione del destino delle singole persone alle ragioni del gruppo.

2. Indugiamo su questa vicenda della definizione della famiglia all'Assemblea Costituente italiana perché è essa esemplare quanto al punto della intrinseca giuridicità dell'istituzione familiare. I due giuristi, da cui questa relazione si è mossa, Max Kaser e Arturo Carlo Jemolo, sembrano negare una tale intrinseca giuridicità: Kaser perché vede estinguersi nel progredire della storia giuridica la capacità della famiglia di produrre autonomamente diritto; Jemolo perché al contrario ritiene che

---

62-84; L. CAPOGROSSI-COLOGNESI, *Le 'res mancipi' e 'nec mancipi' di Pietro Bonfante: 1888-89*, in *Iura* 31 (1980) 101-118.

<sup>13</sup> Sull'iter formativo dell'art. 2 Cost. v. C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* diretto da P. Calamandrei e A. Levi, vol. I (Barbèra, Firenze, 1950) 25 ss.; e ancora P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali* (Il Mulino, Bologna, 1984) 347 ss.; cfr. inoltre AA.VV., *Ricerca sul diritto di famiglia, 1. Il diritto di famiglia in Italia*, a cura del Servizio Studi legislazione e inchieste parlamentari (Camera dei deputati, Segretariato generale, Quaderni di studi e legislazione, n. 5), Roma 1966, 101 ss.; M. BESSONE, *Commentario della Costituzione*, dir. da G. Branca (Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1976), artt. 29, 30, 31; altre indicazioni utili in *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, a cura di V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO (Mondadori, Milano, 1976) 103-109.

«la famiglia appare sempre, se si consenta il simbolo, come un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto; la sua intima essenza rimane metagiuridica»<sup>14</sup>. Nell'Assemblea Costituente italiana si avvertiva, seppure confusamente, l'aporia di fondo della famiglia che ancora alla metà di questo secolo si celebrava nella ambigua metafora del *principium urbis* o *seminarium rei publicae*.

Da un lato infatti l'esperienza del fascismo aveva accentato la strumentalità della famiglia per gli interessi di potenza dello Stato, con la coazione al matrimonio e alla procreazione e la precoce educazione extrafamiliare e militarista delle giovani generazioni alla ideologia totalitaria del Regime sin dalla prima infanzia: e questa storia recente induceva a proteggere la famiglia dalla invasività dello Stato, a ciò essenzialmente mirando la formula della «società naturale» o «di diritto naturale»<sup>15</sup>.

Dall'altro i processi di disgregazione politica e sociale e di incertezza morale conseguenti alla guerra nazionalista e a quella civile suggerivano di ricominciare l'edificazione della società pluralista e dello Stato democratico a partire da quella cellula primigenia, al riparo dalla contrapposizione violenta delle parti politiche e sociali, che è la famiglia:

---

<sup>14</sup> A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto cit.*, 12.

<sup>15</sup> P. UNGARI, *Il diritto di famiglia in Italia dalle Costituzioni «giacobine» al Codice civile del 1942* (Il Mulino, Bologna, 1970) 175 ss.

di qui la formula della «fondamentalità» della famiglia per la saldezza morale e la prosperità materiale della Nazione.

Nel progetto di costituzione, cattolici e marxisti, muovendo da opposte premesse e mirando a fini diversi, trovavano tuttavia una convergenza combinatoria. A nessuno venne in mente di ricordare il monito di Cesare Beccaria «per aver considerato piuttosto la società come un'unione di famiglie che come una unione di uomini. Vi siano cento mila uomini, o sia ventimila famiglie, ciascuna delle quali è composta di cinque persone, compresi il capo che la rappresenta: se l'associazione è fatta per le famiglie, vi saranno ventimila uomini e ottanta mila schiavi; se l'associazione è di uomini, vi saranno cento mila cittadini e nessuno schiavo. Nel primo caso vi sarà una repubblica, e ventimila piccole monarchie che la compongono; nel secondo lo spirito repubblicano non solo spirerà nelle piazze e nelle adunanze della nazione, ma anche nelle domestiche mura, dove sta gran parte della felicità o della miseria degli uomini. Nel primo caso, come le leggi ed i costumi sono l'effetto dei sentimenti abituali dei membri della repubblica, o sia dei capi della famiglia, lo spirito monarchico s'introdurrà a poco a poco nella repubblica medesima... »<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni, con le edizioni italiane del '*Dei delitti e delle pene*' di L. Firpo, vol. I dell'Edizione nazionale delle Opere di C. Beccaria, dir. da L. Firpo (Mediobanca, Milano, 1984), cap. XXVI, 80 s. (cui si rinvia altresì per il confronto con la prima redazione dell'opera: *ivi*, 164, 276 ss.); il passo di

Anzi taluno nell'Assemblea, a proposito della eguaglianza dei coniugi che si asserì non potesse contraddire il potere di direzione e di rappresentanza della famiglia spettante al marito, dichiarò esplicitamente che la famiglia dovesse continuare ad essere una monarchia<sup>17</sup>. Nessuno, anche tra gli spiriti più aperti al futuro, ebbe tanta immaginazione per prevedere quanto radicalmente sarebbe stato rimodellato l'organismo familiare dal legislatore civile del 1975<sup>18</sup>.

---

Beccaria è discusso, tra gli altri, da P. UNGARI, *Il diritto di famiglia in Italia* cit., 59 s. e nn. 39-40 e, di recente, da G. dalla TORRE, *Motivi ideologici e contingenze storiche nell'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Famiglia, diritto e diritto di famiglia*, studi raccolti da F. D'Agostino (Jaka Book, Milano, 1985) 35 ss. Su tutta la questione vedi ampiamente: Marco CAVINA, *Il potere del padre*, vol. I, *Configurazione e 'ius corrigendi': lineamenti essenziali nella cultura giuridica italiana preunitaria (1804-1859)*; vol. II, *La scuola giuridica estense e la promozione della patria potestà nel Ducato di Modena (1814-1859)* (Milano, Giuffrè Editore, 1995).

<sup>17</sup> «Questa disuguaglianza giuridica dei coniugi nella famiglia è una esigenza di quella unità della famiglia, di questa società, che, per poter vivere, ha bisogno di essere rappresentata e diretta da una sola persona. Si potrebbe cambiare questo sistema: e stabilire che capo della famiglia sia la moglie, che essa dia il cognome ai figli e stabilisca il domicilio, e che il marito sia obbligato a seguire la moglie; e che ad essa spetti la patria potestà sui figli. Sarebbe un altro sistema. Ma tra questi due sistemi bisogna scegliere: uno intermedio, che dia a tutt'e due i coniugi la assoluta parità giuridica, non esiste. E per ora non mi pare che la scelta tradizionale, che è stata fatta nel nostro diritto, si abbia intenzione di cambiarla»: così il Calamandrei (sed. pom. del 17 aprile 1947, in *La Costituzione nei lavori preparatori* cit., vol. II, 963), cui fanno eco le parole del relatore Corsanego (sed. pom. del 22 aprile 1947, *ivi*, 1147): «Noi intendiamo rimandare alla legge tutte le norme con le quali, regolando l'esercizio della patria potestà, non venga sconvolta la naturale gerarchia della famiglia dove, di regola, il padre deve condividere con la madre diritti ed obblighi. E' un antico vezzo dei giuristi; ma è proprio non tener conto delle esigenze giuridiche il voler affermare in ogni campo la parità assoluta dell'uomo e della donna nella famiglia. Altri colleghi illustri e valorosi hanno affermato che giuridicamente non si possono negare queste esigenze; che ci vuole pure qualcuno nella famiglia che dia il cognome, che scelga il domicilio, che abbia il diritto di rappresentanza, che amministri i beni dei minori».

<sup>18</sup> Sul nuovo diritto di famiglia v. ora M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alle riforme del Codice civile*<sup>3</sup>, (Zanichelli, Bologna, 1986).

3. Un *topos* culturale connotava la formazione intellettuale dei giuristi italiani della prima metà del Novecento. La storiografia romanistica, dominata dalle vedute del Bonfante, presentava la famiglia romana, archetipo immediatamente influente sul diritto di famiglia italiano ancora di età moderna, come un organismo politico prestatale il cui capo, il *pater*, era dotato di potere originario e sovrano. Questa ricostruzione storiografica avvalorava la rappresentazione della famiglia come ordinamento autonomo, capace di produrre norme affatto estranee all'ordinamento dello Stato. Ne derivava un nodo tra natura originaria dell'ordinamento familiare e struttura di potere incentrata nella soggettività del *pater*. Fino al punto di una totale identificazione della famiglia nel *pater familias*<sup>19</sup>.

Ma è proprio una tale identità della famiglia nel suo *pater* a rivelare la natura essenzialmente giuridica della famiglia romana. La famiglia è già *in nuce* nello *status* di un individuo indipendente, *sui iuris*, e dunque per

---

<sup>19</sup> Per una discussione critica della tesi del Bonfante, alle opere ricordate alla n. 12 *adde* le due fondamentali trattazioni di F. DE MARTINO, s.v. «Famiglia (dir. rom.)», in *Noviss. Dig. It.* 7 (UTET, Torino, 1961) 42-46 e E. VOLTERRA, s.v. «Famiglia (dir. rom.)», in *Enc. del dir.* 16 (Giuffrè, Milano, 1967) 273-744. Sulla *patria potestas* si v. F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del pater familias in epoca arcaica*, in *Studi in on. di P. De Francisci* 2 (Giuffrè, Milano, 1956) 195-236; L. CAPOGROSSI-COLOGNESI, *Ancora sui poteri del 'pater familias'*, in *BIDR.* 73 (1970) 357-425; A.M. RABELLO, *Effetti personali della 'patria potestas' 1. Dalle origini al periodo degli Antonini* (Giuffrè, Milano, 1979); P. VOICI, *Storia della 'patria potestas' da Augusto a Diocleziano*, in *Iura* 31 (1980) 37-100 (= *Studi cit.*, 2, 397-463); L. CAPOGROSSI COLOGNESI, s.v. *Patria potestà (dir. rom.)*, in *Enc. del dir.* 32 (Giuffrè, Milano, 1982) 242-248; G. LOBRANO, *'Pater et filius eadem persona'*. *Per lo studio della 'patria potestas'* (Giuffrè, Milano, 1984); P. VOICI, *La 'patria potestas' da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI.* 51 (1985) 1-72 (= *Studi cit.*, 2, 465-543).

ciò stesso *pater familias*. La procreazione in matrimonio giusto e legittimo non avrà altro effetto che attrarre figli e ulteriori discendenti nel potere del *pater*. La famiglia infatti è in quanto i suoi componenti sono *in potestate patris*. Tra la natura e il diritto prevale il diritto. Non si riflette mai abbastanza su questa intrinseca giuridicità della famiglia romana. Due esempi, più di altri, esprimono con impressionante evidenza la totale trasmutazione della relazione biogenetica e affettiva nel vincolo potestativo. Tra due fratelli, se uno di essi sia emancipato dal padre, non sussiste più alcun legame di parentela agnaticia. Di conseguenza, morto il loro padre, nessuno dei due potrà fare da tutore all'altro nella forma propria a chi appartiene alla stessa famiglia paterna<sup>20</sup>.

Ed ancora, il padre che abbia emancipato il figlio da lui procreato e ne abbia adottato uno altrui, sarà padre di questo non più di quello, e l'emancipato e l'adottivo non sono fratelli: ma se il primo anziché essere stato emancipato fosse morto, l'adottivo sarebbe giuridicamente fratello del defunto. Questo significa che l'atto giuridico di emancipazione, spezzando il legame potestativo, annienta la relazione naturale e sociale dell'emancipato con la sua originaria famiglia. Ma di più: in costanza del

---

<sup>20</sup> Gai. 1.163. *Nec solum maioribus (capitis) deminutionibus ius agnationis corrumpitur, sed etiam minima; et ideo si ex duobus liberis alterum poter emancipaverit, post obitum eius neuter alteri agnationis iure tutor esse poterit.* Cfr. F. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.c.: il senso del passato*, in *Aufstieg und Niedergang der*

vincolo potestativo tra due estranei, neppure la morte di uno di essi abolisce il rapporto di fratellanza. L'emancipazione più potente della morte, perché il diritto può più della natura<sup>21</sup>.

Ora proviamo a trarre da un tal teorema un primo corollario. Se è il diritto, vale a dire uno strumento della ragione, a modellare la struttura dell'organismo familiare, la famiglia non è fissata una volta per sempre nella sua forma originaria, ma è in un moto storico guidato appunto dalla *ratio civilis*. La giuridicità vale a garantire non la astratta naturalità ma il progresso etico della famiglia romana, in sincronia con l'evoluzione della società e della cultura.

Non dunque precedenza, giustapposizione, autonomia e separatezza della famiglia rispetto allo Stato ma reciproco condizionamento: questa sarebbe potuta essere la persuasione centrale della cultura giuridico-politica della prima metà del nostro secolo, se la tradizione e poi la storiografia romanistica non avessero enfatizzato le strutture permanenti, di lunga durata, della istituzione familiare a scapito dell'incessante lavoro di adattamento funzionale e di riforma.

---

*römischen Welt* II 15, hrsg. von H. Temporini und W. Haase (Walter de Gruyter, Berlin New-York, 1976) 131, ss., ora in *Giuristi adrianei* (Jovene, Napoli, 1980) 65.

<sup>21</sup> D.38.10.5 (Paul 6 *ad Plaut.*) *Si filium naturalem emancipavero et alium adoptavero, non esse eos fratres: si filio meo mortuo Titium adoptavero, videri eum defuncti fratrem fuisse Arrianus ait.* Cfr. F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei* cit., 65.

Ne derivò invece una immagine giusnaturalistica della famiglia da proteggere di contro ad una rappresentazione dello Stato moderno, semplificata dentro un abbreviato circuito di assolutismo e totalitarismo. Che lo Stato, nelle molteplici forme storiche del suo concreto rapportarsi con la società, abbia agevolato l'evoluzione etica della comunità familiare almeno altrettante volte di quante l'abbia potuta condizionare negativamente, è verificabile storiograficamente lungo l'asse del diritto romano che dal quadrante del mondo antico giunge in quello del mondo europeo fino alle codificazioni. Ed un punto altamente sintomatico su questo asse va ricordato. Nei primi decenni del secondo secolo a.c. Adriano emanava un editto sugli stranieri che chiedessero la cittadinanza romana per sé e per i propri figli<sup>22</sup>. Il principe stabiliva che la concessione dello *status civitatis* ai componenti di questi nuclei familiari non comportava l'attribuzione della *potestas* al padre, anche quando fosse stata esplicitamente richiesta, qualora da una indagine la più diligente e scrupolosa - «*diligentius exactiusque*» - sulle consuetudini di vita di ciascuna famiglia, specie quando vi figurassero figli impuberi o non conviventi, non risultasse che la *patria potestas* fosse di giovamento ai

---

<sup>22</sup> Gai 1.55. *Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est: fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus. Idque divus Hadrianus edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significavit. Nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse.*



figli<sup>23</sup>. L'averne condizionato la *patria potestas* al criterio del *si expedit filiis* è stato uno straordinario passo in avanti che l'ordinamento giuridico antico ha fatto compiere all'organismo familiare incidendo nella sua struttura potestativa originaria. Ma che cosa è stato questo collocare accanto alla famiglia potestativa una famiglia non potestativa se non il riconoscimento di un potere di modellazione giuridica della famiglia spettante allo Stato come garante di più liberi destini delle persone, anche al di sopra della naturalità di una formazione sociale primaria? Quell'editto adrianeo ha davvero una portata epocale perché rovescia l'identità della famiglia nel *pater*, vi sostituisce la comunità familiare libera dalla soggezione potestativa. Che è come dire che non è la famiglia per il padre, ma il padre per la famiglia<sup>24</sup>.

4. Anche se nei secoli precedenti il condizionamento e la modellazione del diritto di famiglia da parte dello Stato non erano mancati, è proprio da questa età adrianea che si tocca la pietra d'angolo dell'edificio familiare, il valore etico del potere giuridico del padre identificato finalisticamente nel *si expedit filiis*. Malgrado le tante grandi riforme del diritto di famiglia nel Tardo Impero e nell'età giustiniana

---

<sup>23</sup> Gai 1.93. *Si peregrinus sibi liberisque suis civitatem Romanam petierit, non aliter filii in potestate eius fiunt, quam si imperator eos in potestatem redegerit; quod ita demum is facit, si causa cognita aestimaverit hoc filiis expedire. Diligentius autem exactiusque causam cognoscit de impuberibus absentibusque; et haec ita edicto divi Hadriani significantur.*

postcompilatoria, malgrado le modificatrici influenze cristiane, canonistiche, germaniche, le diversificazioni dei regimi nazionali, la invasività di taluni sistemi codificati - valga l'esempio del legislatore civile prussiano nel Preussisches Allgemeine Landrecht del 1794 che dedicava tre paragrafi all'allattamento del neonato al seno materno<sup>25</sup>, con una durata fatta dipendere dalla volontà del padre, otto paragrafi ai rapporti coniugali<sup>26</sup>, uno al divieto per le madri e le balie di far dormire i bambini nel proprio letto<sup>27</sup> - è sorprendente registrare la tenace rappresentazione del microcosmo familiare nella metafora politica della miniaturizzazione di uno Stato «piccola repubblica» o «piccola monarchia» con un padre magistrato domestico o sovrano, con un ordinamento, una disciplina prodotti nel suo interno.

Contesta di giuridicità, la famiglia è apparsa sino alla metà di questo secolo, contro ogni evidenza documentale, più ordinata *ab intra* che non *ab extra*.

Gli stessi termini del dibattito all'Assemblea Costituente italiana - lo Stato riconosce, garantisce, protegge una società naturale - sono dipendenti da un tal luogo ideologico che vuole l'ordinamento dello Stato

---

<sup>24</sup> F. CASAVOLA, *Potere imperiale e stato delle persone tra Adriano e Antonino Pio*, in *Labeo* 14 (1968) 251-270, ripubbl. in *Giuristi adrianei* (Jovene, Napoli, 1980) 197-226.

<sup>25</sup> Preuss. Allgem. Landrecht 1794, II, 2, §§ 67-69.

<sup>26</sup> Preuss. Allgem. Landrecht 1794, II, 1, §§ 174-181.

non autore delle forme organizzatorie interne della famiglia, ma, all'esterno, tutore dell'ordinamento autonomo familiare. Significative tornano a questo proposito le precisazioni di Costantino Mortati e di Aldo Moro nel dibattito all'Assemblea Costituente. La definizione costituzionale della famiglia come società naturale per Mortati ha carattere normativo assegnando «all'istituto familiare una sua autonomia originaria, destinata a circoscrivere i poteri del futuro legislatore in ordine alla sua regolamentazione»<sup>28</sup>. Per Moro, riproponendo la frase già citata, con società naturale «si intende stabilire che la famiglia ha una sua sfera di ordinamento autonomo nei confronti dello Stato, il quale quando interviene, si trova di fronte ad una realtà che non può menomare né mutare»<sup>29</sup>.

Il futuro legislatore avrebbe tardato a venire quasi trent'anni. Ma una volta venuto, ha completamente riedificato dalle fondamenta l'edificio familiare con buona pace del diritto naturale, della sfera di ordinamento autonomo, dei limiti derivanti da una realtà che neppure il legislatore può menomare né mutare. Il legislatore ha decapitato del padre la famiglia, ha insediato la potestà della coppia genitoriale, ha fondato una comunità non gerarchica ma paritaria, ha sostituito l'*autorità* del marito e

---

<sup>27</sup> Preuss. Allgem. Landrecht 1794, II, 20, §§ 738.

<sup>28</sup> Sed. antim. Del 23 aprile 1947, in *La Costituzione nei lavori preparatori* cit., vol. II, 1166.

<sup>29</sup> Commiss. per la Costituz., I Sottocomm., sed. 6 novembre 1946, *ivi*, vol. VI, 647.

del padre con l'*accordo* nell'uguaglianza dei coniugi, ha aperto il mondo privato delle scelte e delle decisioni familiari al sostegno pubblico del giudice, che ne sia richiesto dai coniugi in disaccordo.

5. Che valore ha dunque la definizione costituzionale?

L'espressione «società naturale» contiene nel suo conio l'idea, propria di una cultura incline a costruire la realtà giuridica con confini nettamente ritagliati rispetto ai fondali storici sociologici ideologici, che non la società storica con l'incessante suo mutamento - con i processi di emancipazione della donna e dei minori, con l'organizzazione industriale del lavoro, che riduce alla sola famiglia agricola quel ruolo di unità di produzione, la quale aveva riempito di funzioni economiche nelle civiltà agrarie e in quelle mercantili e manifatturiere la famiglia, oltre e al di sopra delle stesse funzioni biologiche e di umanizzazione sentimentale - sta dinanzi all'ordinamento giuridico e ne sollecita l'opera di modellazione normativa, ma piuttosto una astratta società, giuridica anch'essa, ancorché fondata sulla natura umana, anziché sulla legge dello Stato, e che la legge dello Stato può solo proteggere dandole la forza delle sue garanzie e delle sue sanzioni.

Anche se fu rifiutata la espressione «società di diritto naturale», per non ricadere nelle controversie della nozione di diritto naturale, società naturale richiamava una giuridicità della famiglia *ab intra*. Ebbene, forse

si deve qui riconoscere una inferenza delle forme del sapere prescientifico che sull'intera estensione della vita sociale ha avuto per millenni carattere sapienziale, non critico. Carattere sapienziale, non critico. Carattere sapienziale nel senso specifico di produrre, dalla osservazione o intuizione di profonde e permanenti vocazioni della natura umana, modelli e regole di comportamento destinate a durare per un gran numero di generazioni. E' stato questo sapere sapienziale a produrre giuridicità nelle forme dei *mores maiorum*. E la famiglia è stata il luogo di massima condensazione e di trasmissione di *mores maiorum*. La stessa produzione di norme *ab extra* finiva con l'essere attratta e vissuta nella istituzione familiare, soprattutto quando aderente ai suoi bisogni essenziali e primari, e perciò dunque « naturali », come sapienza di *mores maiorum*.

Ma il sapere contemporaneo è critico, non sapienziale.

La riflessione di Jemolo<sup>30</sup>, che la famiglia non ha più tradizioni ma solo affetti, e che conduce alla opzione metagiuridica della famiglia; la sconfortata rilevazione di Kaser<sup>31</sup> che la famiglia moderna come istituzione giuridica si sta dissolvendo nelle relazioni interindividuali dei suoi componenti regolate dall'ordinamento giuridico; sono entrambe legate da una prospettiva che non coglie il passaggio dalla età del sapere

---

<sup>30</sup> A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto* cit., 21.

sapientiale all'età del sapere critico. Il sapere critico supera il già saputo e ne rivela le imperfezioni e gli errori e si impegna in una incessante ricerca del nuovo. Nell'ambito del diritto il sapere critico esclude, almeno come dominante, il paradigma dei *mores maiorum*, della sapienza regolativa tradita, così come il paradigma della legge destinata a normale perpetuità. Di qui la necessità di intervenire anche sulla famiglia così radicalmente, perché la sua struttura giuridica corrisponda ai mutamenti della cultura e della società, *ab extra*, il sapere critico provenendo dai gruppi dominanti avanzati e colti e investiti di responsabilità istituzionali.

Ma allora, i timori di invasività della sfera domestica non vanno più indirizzati verso lo Stato legislatore, né esorcizzati con la riduttiva e talora mortificante identificazione della famiglia nelle funzioni di *principium urbis* e *seminarium rei publicae*, così manifeste nella metafora della piccola repubblica o della piccola monarchia. Questi timori, nel nostro proprio tempo, vanno rivolti verso le grandi e potenti agenzie sociali quali l'organizzazione del lavoro, il sistema formativo, i *mass media*, che circondano la famiglia, ne condizionano il vissuto concreto, ne mettono a rischio la funzione autentica, che è quella dello sviluppo il più possibile libero da costrizioni esterne della personalità di ciascuno dei

---

<sup>31</sup> M. KASER, *La famiglia romana arcaica*, in *Conferenze romanistiche* cit., 65 e *passim*.

suoi componenti, nei concreti statuti di coniuge, padre, madre, figlio, fratello.

Al di là dei residui di un passato inattuale che ogni non dirò definizione ma ogni singola parola porta con sé, come ineliminabile sedimento semantico, la portata della definizione costituzionale diventa ora più chiara. La società naturale fondata dalla coppia paritaria dei coniugi è la prima delle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'uomo, i cui diritti inviolabili la Repubblica riconosce e garantisce alla stregua dell'art. 2 della Costituzione.

Diventa così cogente per il legislatore e l'interprete il criterio ermeneutico della finalizzazione di ogni norma del diritto di famiglia per il compimento della vocazione umana di ciascuno dei membri della comunità domestica, sorvegliando l'equilibrio tra famiglia e agenzie sociali.

Della giuridicità intrinseca dell'organismo familiare, nella necessaria corrispondenza di diritti inviolabili e di doveri inderogabili di ciascuno dei suoi membri, non può dubitarsi non soltanto più in termini di reali dati normativi essenziali e fondanti, ma in termini di esigenza etica<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Su tutte le questioni che dinanzi saranno trattate vedi ora per la vastissima letteratura, analiticamente discussa, *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Michele Sesta e Vincenzo Cuffaro (Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006) 3-756; *Commentario alla Costituzione*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, vol. I (UTET, Torino, 2006) 601-654.

6. Abbiamo indugiato su una sorta di preistoria del modello di famiglia costruito dai Costituenti perché si possa di questo intendere appieno la modernità.

Innanzitutto, il sintagma dell'art. 29 «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio», va letto e interpretato nella sua interezza. Diritti della famiglia viene comunemente letto come diritti nella famiglia, vale a dire diritti di coloro che nell'ambito familiare hanno lo *status* di coniuge, genitore, figlio. Si tratterebbe di diritti cui corrispondono doveri nelle relazioni interpersonali familiari. Ma questa lettura, nella sua radicale portata individualistica, finisce con il dimenticare che il riconoscimento della Repubblica ha per oggetto una comunità originaria, non individui singoli. La resistenza degli interpreti a immaginare la famiglia come una persona giuridica a sé stante, distinta e sovraordinata ai suoi componenti, si comprende meglio storicizzando la nozione, a partire dal paradigma dominante la civilizzazione occidentale, che è quello della famiglia romana. In quel paradigma, la famiglia era il *pater*, dunque un soggetto empiricamente reale. Detronizzato il *pater*, non si ha né la sostituzione sua con la astratta soggettività della persona giuridica famiglia, né con la pluralità dei componenti, nessuno dei quali riassume una funzione rappresentativa della intera aggregazione. E tuttavia l'espressione diritti



della famiglia rinvia indeclinabilmente ad un insieme unitario di persone, ciascuna delle quali vanta un diritto alla famiglia. Infatti ogni uomo e ogni donna hanno un diritto a sposarsi e fondare una famiglia, come stabiliscono la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo del 1948, art. 16, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 1950, art. 12, il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, art. 23, il Trattato costituente europeo, art. II-9. Ma un diritto alla famiglia hanno anche coloro che non la fondano, i figli procreati e adottivi, e in caso di crisi coniugale si provvede in modo di tutelare il diritto dei figli anche maggiorenni a convivere nella casa familiare con uno dei genitori. Un tale inviolabile diritto alla famiglia inerisce alla persona, che nella famiglia realizza la pienezza della sua formazione umana. Da questo punto di vista i diritti della famiglia dell'art. 29 della Costituzione non sono riconducibili ai diritti individuali e delle formazioni sociali dell'art. 2. Nessuna formazione sociale include l'esperienza della persona così totalitariamente, dalla nascita alla morte, come la famiglia. Coniugalità, genitorialità, filialità sono modalità naturali delle relazioni intrafamiliari, non dettate dunque da un ordinamento originario e autonomo del gruppo ai suoi componenti sudditi di una entità sovraindividuale. Esse incarnano istanze convergenti verso l'unità della famiglia, senza la quale nessuno dei componenti realizza la propria umanizzazione nella diversità dei

compiti e dei fini peculiari ad ogni *status*. La traduzione di codeste esigenze etiche dalla naturalità alla giuridicità produce i diritti della famiglia, dato che questa rivendica dinanzi all'ordinamento come primo diritto quello all'unità. Non a caso il II comma dell'art. 29 completa la definizione del I comma, spiegando: «Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare».

Il modello di famiglia riconosciuto in Costituzione rifiuta la tradizione civilistica della superiorità del marito sulla moglie, residuo della concezione romana del totale assorbimento della famiglia nella figura del pater. La Costituzione accoglie la valutazione della coscienza sociale, che non tollera la disuguaglianza in base alla distinzione di sesso. Il principio generale di eguaglianza, enunciato all'art. 3, richiama infatti la pari dignità sociale, cui segue in un'endiadi concettuale la eguaglianza dinanzi alla legge. Nell'art. 29 si ha una specificazione dell'eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge, perché la dignità sociale non li distingue per il sesso, la razza, la lingua, la religione, le opinioni politiche, le condizioni personali e sociali. Qui non siamo nell'universo della società, ma nel piccolo mondo domestico. Con il matrimonio i coniugi hanno inteso fondare una famiglia e l'intento comune li fa moralmente eguali, che è cosa distinta dalla pari dignità sociale del

generale principio di eguaglianza, di cui all'art. 3. È il matrimonio «ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare», il fondamento della famiglia, che ha come suo predicato l'unità. La lettura, che pur si è data, di questo secondo, comma dell'art. 29, e cioè che l'uguaglianza dei coniugi sarebbe la regola, e i limiti a garanzia della unità familiare l'eccezione, va rovesciata. Il principio è l'unità della famiglia, di fronte alla quale perfino la equiordinazione dei coniugi può essere ricondotta dalla legge a subordinarsi per la conservazione dell'unità della famiglia. E basterebbe questa proposizione del dettato costituzionale a persuadere che la famiglia ha diritti, a cominciare da quello riflessivo a conservarsi come gruppo unito, che non si esauriscono in quelli individuali dei suoi membri. I diritti della famiglia hanno una evoluzione *ab intra ad extra*, quando diventano diritti sociali, come nell'art. 31 della Costituzione («La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose», II comma: «Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo»), nell'art. 36, I comma: («Il lavoratore ha diritto a una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e

dignitosa»), e nell'art. 37, I comma: («La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione»).

7. Anche se apparentemente tautologico, definire la famiglia come luogo di unità vale a riconoscere che ciascuno dei diritti individuali dei componenti la famiglia ha come causa finale il diritto alla famiglia. L'art. 30, I comma («È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio») segnala nell'intreccio di dovere e diritto la soggiacente naturalità della relazione di affetto, altruistico e egoistico insieme. Come naturalmente i genitori tendono ad adempiere i tre compiti di mantenere, istruire, educare, altrettanto naturalmente essi tendono a rivendicarli gelosamente come propri diritti. In un tale circuito il naturale e il giuridico si identificano, producendo ancora un'altra manifestazione della famiglia come unità. L'obbligo dei tre compiti è imposto ad ambedue i coniugi dal matrimonio «tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli» (art. 147 cod.civ.). Le condizioni poste sono realizzabili solo nell'unità della famiglia, nella forma più concreta in cui essa si esprime, che è la convivenza dei coniugi genitori con i propri figli. Dal matrimonio

derivano non solo l'obbligo alla fedeltà reciproca, all'assistenza morale e materiale, ma anche «alla collaborazione nell'interesse della famiglia» e alla coabitazione. Così come l'obbligo di entrambi i coniugi, in proporzione alle proprie sostanze e capacità di lavoro professionale o casalingo, «a contribuire ai bisogni della famiglia» (art. 143 cod.civ.), rende evidente che titolare di quei bisogni e del sistema di diritti-doveri apprestato a soddisfarli è la famiglia. Se si tratta di fissare la residenza della famiglia, i coniugi devono tener conto non solo delle esigenze di entrambi, ma anche di «quelle preminenti della famiglia stessa» (art. 144 cod.civ.). La famiglia è guidata dall'accordo tra i coniugi. In caso di disaccordo, ciascun d'essi, senza formalità, può rivolgersi al giudice, il quale fissa la residenza o decide su affari essenziali adottando «la soluzione che ritiene più adeguata alle esigenze dell'unità e della vita della famiglia» (art. 145 cod.civ.). Il coniuge che si allontana senza giusta causa dalla residenza familiare vede sospeso il diritto all'assistenza morale e materiale previsto dall'art. 143 cod.civ. Anche in questa sanzione è palese il primato della famiglia, che limita l'ambito di libertà dei comportamenti individuali.

Interesse della famiglia, unità della famiglia, bisogni della famiglia, residenza della famiglia hanno un tale rilievo nella strutturazione dei diritti-doveri dei coniugi genitori che la formula «diritti della famiglia»

usata dai Costituenti nell'art. 29, anche se non attinge la figura della personalità o della istituzione, quale si produce nell'apparato concettuale della scienza giuridica, ha una sua pregnanza tutt'altro che nominalistica nel disegno delle relazioni tra i singoli e la totalità del gruppo.

8. Il sistema «diritti della famiglia» ha dunque come sua fonte il matrimonio. In assenza del matrimonio quel sistema non si costituisce. Le famiglie non matrimoniali sono riconducibili alle formazioni sociali, di cui all'art. 2 Cost., non al modello costituzionale della famiglia matrimoniale dell'art. 29. L'ordinamento rispetta la libertà di scelta delle persone tra un vincolo pubblico, permanente ed esclusivo, qual è il legame matrimoniale, e quello di una relazione privata, revocabile, non necessariamente esclusiva, qual è la convivenza.

La valutazione di alcuni giuristi che la seconda scelta esprimerebbe una contestazione sociale e dunque una delegittimazione del modello costituzionale, è del tutto ideologica. Lo dimostra l'istanza diffusa di una equiparazione nel riconoscimento e nelle tutele della famiglia cosiddetta di fatto alla famiglia legittima. Ciò significa che la coscienza sociale avverte la superiorità e la completezza della famiglia dei diritti o dei diritti della famiglia. La non accettazione del matrimonio quale istituto fondativo della famiglia è manifestamente motivata dalla insicurezza della volontà di legarsi vicendevolmente di un uomo e di una donna per

un tempo duraturo. La identica naturalità biologica tra le due situazioni, della famiglia matrimoniale e di quella non matrimoniale, è insufficiente a superare la radicale diversità etica tra un atto di libertà che si autolimita una volta per sempre e un atto di libertà che vuole rinnovarsi quotidianamente. Le persone singole e la società sono poste, nell'un caso e nell'altro, in un tale divario, che è irragionevole interpretare la scelta non matrimoniale come contestazione sociale, cioè generale, di quella matrimoniale. Né si attenuerebbe tale pseudo-contestazione introducendo legislativamente una famiglia non matrimoniale di rango inferiore a quella costituzionale. La giurisprudenza della Corte costituzionale considera esclusivo il modello dell'art. 29, proprio a salvaguardia della libertà e dignità di diverse scelte personali. La sentenza 13 maggio 1998 n. 166 chiarisce che tra il rapporto coniugale e quello di mera convivenza non solo non c'è similarità di situazioni, ma proprio questa «non è voluta dalle stesse parti, che nel preferire un rapporto di fatto hanno dimostrato di non voler assumere i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio; onde la imposizione di norme, applicate in via analogica, a coloro che non hanno voluto assumere i diritti e i doveri inerenti al rapporto coniugale si potrebbe tradurre in una inammissibile violazione della libertà di scelta tra il matrimonio e forme di convivenza».

Le tutele apprestabili dal legislatore a situazioni proprie della famiglia di fatto vanno ricollegate ai diritti inviolabili e alle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. o al diritto patrimoniale comune. Così il convivente succede nel contratto di locazione in caso di morte del conduttore, in forza dell'art. 2 Cost. e dell'art. 25 della Dichiarazione universale dei Diritti dell'uomo, da cui si ricava «l'esistenza di un diritto sociale all'abitazione, collocabile fra i diritti inviolabili dell'uomo» (Corte costituzionale 7 aprile 1988, n. 404).

9. Non si può tuttavia tacere che l'esclusività del modello costituzionale, se da un canto è manifestazione di rispetto della libertà delle persone, dall'altro non ha forza di confinare nella irrilevanza giuridica la mera convivenza. Il disagio che ne viene alla coscienza sociale riguarda soprattutto la relazione genitori-figli, la genitorialità adottiva, il gruppo monoparentale. Possono soccorrere politiche di *welfare*, ma il legislatore incontrerà pur sempre, nei suoi interventi, il limite insuperabile della Costituzione. È doveroso riflettere sulla dislocazione di tutta la problematica della famiglia sulla linea di frontiera tra diritto ed etica. Non si può chiedere al diritto quel che deve previamente essere prodotto da una matura ed alta coscienza etica della società. Il diritto ha bisogno di essere eticamente fondato per non funzionare come arrendevole ratifica di tendenze congiunturali della società. La storia sociale insegna



che alla ricerca di assetti stabili le comunità umane non si dispongono sempre su itinerari di progresso. La desocializzazione, che sembra minare la cultura occidentale, trova causa anche nella non accettazione della generosa ed onerosa solidarietà, richiesta dal corrispondersi di diritti e doveri nella famiglia fondata sul matrimonio.

Tutto ciò che valga a frenare i processi di desocializzazione è utilmente sperimentabile. Ma priorità va data a politiche di sostegno alla famiglia stabilita in Costituzione. E va promossa una educazione alla famiglia, per salvarla, non con leggi e sentenze, ma con una libera e critica rivoluzione culturale da insidiosi e potenti cattivi maestri.

Francesco Paolo Casavola