

La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la *pretesa* dei diritti individuali dei conviventi

1. PREMESSA: I DIFFERENTI PROFILI COINVOLTI NELLA VALUTAZIONE DELLA RICONOSCIBILITÀ DELLE UNIONI DI FATTO

Non è tanto la riconoscibilità dei meri diritti individuali dei singoli conviventi ad essere in discussione nell'attuale dibattito politico e sociale in tema d'unioni di fatto. Né tantomeno i termini del problema possono essere ricondotti ad una riproposizione in chiave aggiornata e settoriale della più risalente e generale tensione fra diritto naturale e diritto positivo; quasi si tratti di un nuovo conflitto fra le antiche categorie delle necessità di natura e le istanze di libertà delle società plurali contemporanee; quasi, insomma, occorra *mitigare* le pretese del diritto naturale, per scongiurare che le stesse si risolvano in un «grido di guerra civile», attesa la diversità di valori, concezioni di vita e del bene comune che convivono in ciascuna società¹.

Non la mera sfera individuale del singolo, dunque, e nemmeno l'assetto moderno delle società sono intaccati dall'attuale dibattito in tema d'unioni di fatto. Ad essere in discussione, piuttosto, prima ancora della legittimità è la stessa ammissibilità dell'introduzione nel vigente sistema costituzionale con legge ordinaria di un modello di famiglia alternativo e concorrente a quello riconosciuto ed agevolato dalla Carta fondante; un modello tale da vanificare le ragioni poste dal Costituente a fondamento del regime premiale adottato per la famiglia legittima, per via dell'introduzione di condizioni – per così dire – più vantaggiose dal punto di vista dei diritti e meno gravose da quello

¹ G. Zagrebelsky, *Pericolosi non possumus*, in *l'Unità*, 23 marzo 2007: «L'appello al diritto naturale in un contesto pluralistico è un grido di guerra civile»; Id., *Le false risposte del diritto naturale*, in *la Repubblica*, 4 aprile 2007: «Evocare il diritto naturale nelle nostre società, dove convivono valori, concezioni di vita e del bene comune diverse, significa lanciare un grido di guerra civile»; ora anche in Id., *Lo Stato e la Chiesa*, Roma, Gruppo Editoriale l'Espresso, 2007, 161 ss.

dei doveri, rispetto a quelle statuite per l'istituto matrimoniale, invece assai più marcate per l'insistenza di ben altri vincoli giuridici.

In tal senso, la questione del riconoscimento dei diritti individuali dei conviventi non può essere valutata solo in sé, per l'eventuale meritevolezza delle singole situazioni interessate, molte delle quali, peraltro, già coperte da tutela giurisprudenziale o legislativa; piuttosto, deve essere vagliata nella complessiva prospettiva coinvolta, che attiene pure ad una relazionalità non già meramente affettiva, solidaristica ed assistenziale, bensì più propriamente istituzionale e, segnatamente, familiare.

La questione, in altri termini, deve essere considerata pure alla luce degli effetti di cui è suscettibile e del contesto socio-culturale cui è riferibile. Ed invero, nell'ipotesi in cui il riconoscimento legislativo dei diritti dei conviventi si risolva nella formazione di un nuovo ed antitetico modello di famiglia, il relativo giudizio non può prescindere dalla verifica della valenza e delle implicazioni di tale modello; e ciò, tanto con riguardo al tipo d'incidenza giuridico-sociale destinata a ricadere sull'agire dei diversi soggetti coinvolti, quanto con riferimento al complessivo sistema costituzionale e, dunque, al tipo di compatibilità riscontrabile con il differente modello familiare adottato in Costituzione.

2. I DIRITTI DEL SINGOLO NEI PRECEDENTI MODELLI DI FAMIGLIA

Occorre premettere che la definizione di un modello di famiglia è speculare alla scelta degli interessi e delle finalità, di volta in volta tutelati e perseguiti dall'ordinamento; in tal senso, è sempre espressione della sovranità dello Stato moderno². A meno di non derivare da «una costruzione normativa che il legislatore illuministicamente, o ideologicamente, impone al tessuto sociale», dunque, essa è chiamata «a riflettere – certo, nella prescrizione e non nella descrizione – lo stato dell'evoluzione delle relazioni familiari in un contesto sociale»³. E non potrebbe essere diversamente, considerandosi l'improbabile

² G. Dalla Torre, *Matrimonio canonico e matrimonio civile nella storia* (1986), ora anche in *Matrimonio e famiglia. Saggi di storia del diritto*, Roma, Aracne, 2006, 20.

³ P. Zatti, *Introduzione*, in G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, I, *Relazioni familiari – Matrimonio – Famiglia di fatto*, Trattato di Diritto di Famiglia, diretto da Paolo Zatti, I, Milano, Giuffrè, 2002, 2. Si avvalora, in tal senso, la configurazione del diritto di famiglia quale specchio dell'esperienza e dell'evoluzione della società. Esso, infatti, più di ogni altro settore dell'ordinamento, è permeato «da elementi etici, sociali o religiosi, peculiari a ciascun paese, in quanto fortemente condizionato dalla storia di ciascun popolo», così G. Cian, *Introduzione. Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, Parte prima, Padova, Cedam, 1977, 24. Sul diverso tipo di incidenza esercitato sulla «immagine della "famiglia" come aggregato sociale fondamentale», ad opera degli schemi culturali di riferimento e dell'antropologia immanente alla tradizione, P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, 24 ss.

effettività di un diritto di famiglia non adeguato o, peggio ancora, imposto alle esigenze sociali⁴, ovvero, infine, ingerito nella sfera difficilmente penetrabile della vita domestica e dei sentimenti spontanei, intimi e reciproci⁵.

E così, ogni modello dipende dal ruolo riconosciuto alla volontà individuale nel rapporto familiare, per la necessaria disponibilità del singolo a conformarsi ai vincoli all'uopo fissati dall'ordinamento; così come, di rimando, esprime l'entità dei limiti da apporre ai diritti del singolo, una volta conseguito il nuovo *status* di componente della comunità familiare. Appena inserite nell'istituzione familiare, infatti, le libertà individuali assumono la consistenza istituzionale e le limitazioni sancite per il modello d'afferenza; di talché, per potersi affermare e sviluppare, non possono prescindere dal contenuto predisposto⁶.

Proprio su tali profili, del resto, si articola il discrimine fra i due principali modelli di famiglia, avvicendatisi nel passato sulla base di concezioni storicamente risalenti e socialmente radicate. Tali modelli hanno caratterizzato l'evoluzione del diritto di famiglia con «periodiche inversioni di tendenza», regolari «discontinuità», «corsi e ricorsi», segnando il passaggio della relativa disciplina dall'attrazione massima nella sfera del pubblico a quella massima nella sfera del privato⁷. Il ruolo riconosciuto alla volontà individuale ed il conseguente tipo di vincoli posti ai diritti individuali, per tale via, sono stati diversamente valutati nel rapporto matrimoniale, venendo rapportati alla configurazione del rapporto stesso come organico o semplicemente come contrattuale, a seconda della valenza attribuita all'interesse perseguito, rispettivamente inteso come superiore e necessario, ovvero meramente individuale ed eventuale.

Pur con la consapevolezza – chiara agli storici del diritto – che «uno

⁴ Si v. al riguardo: V. Del Giudice, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1959, 437; G. Tondi della Mura, *Civis et fidelis. Scritti di diritto ecclesiastico e di diritto canonico*, Bari, Cacucci, 1998, 145 ss.; P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, Bologna, Il Mulino, 2002, 151 ss.

⁵ A.M. Sandulli, *Art. 29 Cost.*, in G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, I, Padova, Cedam, 1992, 7.

⁶ Rileva al riguardo P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19, Abs. 2 Grundgesetz* (1983), trad. it. a cura di P. Ridola, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993, 136: «A seconda delle caratteristiche di ciascuna sfera di vita, la libertà individuale è soggetta a vincoli più o meno forti, l'elemento della doverosità è più o meno forte, è diversa la «concorrenza», è più forte il contenuto istituzionale. Se è vero che la libertà del matrimonio nella figura dell'istituto matrimoniale raggiunge il massimo grado di consolidamento istituzionale e di limitazione della volontà e azione individuale, qui la consistenza reale della generale libertà d'agire è molto più ridotta». In senso analogo, S. Riccio, *Il matrimonio nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1968, 30.

⁷ G. Dalla Torre, *Motivi ideologici e contingenze storiche nell'evoluzione del diritto di famiglia* (1985), ora anche in *Matrimonio e famiglia*, cit., 83 ss.; Id., *Ancora su «due modelli di matrimonio». Considerazioni fra diritto e storia* (1988), *ivi*, 161 ss.; Id., *Per una storia del diritto di famiglia in Italia: modelli ideali e disciplina giuridica* (1994), *ivi*, 55 ss.; Id., *Introduzione*, in G. Dalla Torre (a cura di), *La famiglia nel diritto pubblico*, Roma, Edizioni Studium, 1996, 4.

schema è sempre frutto di una certa generalizzazione», non comprendendo le eccezioni eventualmente verificatesi nel suo ambito⁸, vale la pena richiamare brevemente taluni dei tratti più noti e salienti di tali differenti concezioni⁹; ciò anche al fine di far meglio risaltare le novità introdotte al riguardo dal modello costituzionale.

Nella concezione individualistica propria dell'illuminismo, il matrimonio è un libero contratto, cui liberamente obbligarsi e da cui liberamente recedere. Esso dà luogo ad una peculiare società, fondata sulla natura, sulla libertà e sull'eguaglianza delle parti, al punto da implicare un'indipendenza tanto della famiglia rispetto alle influenze statali, quanto dell'individuo rispetto a quelle familiari; ciò, dovendosi affrancare i singoli dalla relativa «subordinazione di comando», per evitare quel «continuo sacrificio di se stesso ad un idolo vano che si chiama *bene di famiglia*, che spesse volte non è il bene di alcuno che lo compone»¹⁰. In tal senso, la famiglia rappresenta semplicemente un'associazione di più individui, legati dal solo fine della realizzazione dei propri interessi singolari e mai soggetti ad interessi superiori. Di qui, l'inammissibilità di una subordinazione dei diritti individuali alle necessità del gruppo familiare; come pure, la conseguente sostituzione del primato del diritto soggettivo a quello del dovere.

Nella concezione istituzionalistica o statualistica propria dell'idealismo, per contro, il matrimonio è un vincolo etico, che costituisce «una sola persona», i cui «membri sono accidenti di essa»¹¹; questi hanno abbandonato «la propria personalità naturale e singola in quell'unità»¹², che «è rappresentata come uno dei momenti della fondazione divina o eroica degli Stati»¹³. Nel

⁸ G. Vismara, *L'unità della famiglia nella storia del diritto in Italia* (1956), ora anche in *Scritti di storia giuridica. 5. La famiglia*, Milano, Giuffrè, 1988, 10.

⁹ Su cui, oltre agli Autori già richiamati, si v.: A. Bettetini, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1996, 13 ss.; L. Califano, *La famiglia ed i figli nella Costituzione italiana*, in R. Nania e P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, II, 685 ss.; A. Donati, *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, Padova, Cedam, 2004; F. Finocchiaro, *Profili del matrimonio nella ideologia dei giuristi e nella disciplina legale*, in *Studi in memoria di Orazio Condorelli*, II, Milano, Giuffrè, 1974, 467 ss.; G. Vismara, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici* (1978), ora anche in *Scritti di storia giuridica*, cit., 65 ss.

¹⁰ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, (1764), cap. XXVI, Milano, Rizzoli, 1981, 112, di cui si v. l'*Introduzione* di A.C. Jemolo, spec. 18. Più in generale, E. Volterra, *La rivoluzione francese e il diritto di famiglia*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1984, 270.

¹¹ G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, (1821), § 163, trad. it. a cura di F. Messineo, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, Laterza, 1971, 154. In senso analogo Id., *Encyclopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, (1817), § 519, trad. it. a cura di B. Croce, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, Bari, Laterza, 1963, 463; ma già Id., *Die Phänomenologie des Geistes*, (1807), § 19 ss., trad. it. a cura di E. de Negri, *Fenomenologia dello spirito*, Firenze, La Nuova Italia Editrice, 1960, II, spec. 18-19.

¹² G.W.F. Hegel, *Grundlinien*, cit., § 162, 153.

¹³ G.W.F. Hegel, *Grundlinien*, cit., § 167, 157.

pensiero del più autorevole esponente italiano di tale orientamento¹⁴, la famiglia presuppone un vincolo che investe tutta la persona e che trasforma l'interesse individuale dei componenti in quello superiore e preminente della famiglia stessa. Per tale via, ridotta la volontà del singolo a «mezzo per il conseguimento» di tale interesse¹⁵, la famiglia si configura come «rapporto organico»¹⁶, rappresentando la connessione organica dei soggetti che la compongono e delle loro volontà. Di qui, il «riavvicinamento al diritto pubblico» della relativa disciplina¹⁷; come pure, la funzionalizzazione dei diritti coinvolti, inesorabilmente subordinati alle necessità e priorità del gruppo medesimo.

3. I PRESUPPOSTI ANTROPOLOGICI E CULTURALI DEL MODELLO DI FAMIGLIA SANCITO IN COSTITUZIONE

Basterebbe il breve richiamo ai tratti caratterizzanti i passati modelli familiari, per comprendere la valenza e l'innovatività dell'opzione adottata in Costituzione, con la formalizzazione del modello ivi sancito.

Si tratta di un modello che presenta una precisa caratterizzazione contenutistica, espressiva di una concezione di famiglia dalle chiare implicazioni sul piano relazionale, antropologico e della trasmissione della soggettività; perciò, in netta discontinuità con le concezioni avvicendatesi in precedenza e con tutti i possibili modelli da queste derivabili. Non essendo culturalmente neutro, residuale, o – più ancora – meramente «tradizionale»¹⁸, esso non può prestarsi a fungere da mero «“contenitore” che la legge può riempire a proprio piacimento», sino a consentire la commutazione in matrimonio d'ogni forma di convivenza¹⁹; né tantomeno sembra poter lasciare spazio ad operazioni ermeneutiche, volte ad aggiornare (se non proprio a ridefinire) con legge ordinaria il relativo disegno costituzionale, al fine di favorire le recenti esigenze sociali che il «costituente del 1946-47 non poteva immaginare», o considerare adeguatamente²⁰. Ed invero, non già rispetto a costumi e consue-

¹⁴ F. Messineo, *L'opera di Antonio Cicu. Introduzione*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, Milano, Giuffrè, 1965, XII; L. Ferri, *Il diritto di famiglia e la Costituzione della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 115.

¹⁵ A. Cicu, *Il matrimonio e la famiglia nello Stato italiano* (1933), ora anche in *Scritti minori di Antonio Cicu*, I, *Scritti di teoria generale del diritto di famiglia*, cit., 229.

¹⁶ A. Cicu, *Il diritto di famiglia nello Stato fascista* (1940), ora anche in *Scritti minori*, cit., 168.

¹⁷ A. Cicu, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, Athenaeum, 1914, 231 ss.; Id., *Principi generali del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 2 ss.

¹⁸ Fondazione Critica Liberale, *Dichiarazione – appello sull'interpretazione dell'art. 29 della Costituzione*.

¹⁹ Così, in senso critico, A. Ruggeri, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it, 7.

²⁰ Fondazione Critica Liberale, *Dichiarazione*, cit. Più in generale, si v. al riguardo: R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 34; L. Elia, *Valori, laicità, identità*, Relazione al Seminario dei gruppi parlamentari dell'Ulivo, Frascati, 11 settembre 2006, in www.astrid-online.it; Id., *Introdu-*

tudini contingenti è stato formalizzato in Costituzione il modello sancito dagli artt. 29 e seguenti, bensì con riguardo ad istanze antropologiche e culturali condivise²¹, alternative a quelle pregresse, coerenti con il complessivo sistema e meritevoli di pieno favore.

Nel distaccarsi con decisione dalle precedenti concezioni, dunque, la Costituzione ha introdotto un modello di famiglia inedito, per la rinvenuta capacità di conciliare le ragioni di rigidità, tipiche dell'istituzione matrimoniale, con quelle di flessibilità, proprie della relazionalità personale. E così, alla scelta istituzionale sancita dall'art. 29, nel disegno costituzionale segue il *favor* disciplinare disposto dagli artt. 30 comma 2, 31, 34 comma 4, 36 comma 1, 37 comma 1. Di talché, il regime privilegiato e le garanzie pubbliche riservate alla famiglia fondata sul matrimonio non fanno che incentivare il ricorso ad un modello considerato come più coerente con l'impostazione personalista del complessivo sistema.

Per meglio comprendere i profili e le implicazioni della scelta istituzionale espressa dall'art. 29 Cost., vale la pena accennare ai più generali presupposti antropologici e culturali costituenti il relativo fondamento. La caratterizzazione costituzionale d'ogni modello, infatti, non è mai casuale o culturalmente neutra, essendo piuttosto speculare al più ampio modello culturale adottato dalla Costituzione, in ragione dell'unitarietà del relativo disegno²². Del resto, nella Carta è rinvenibile un *continuum* fra base teoretica collettivamente condivisa, struttura sociale e veste giuridico-organizzativa, che permea di sé il complessivo sistema ordinamentale; sicché la definizione d'ogni ambito materiale ripete e ripropone tale equilibrio assiologico²³.

zione ai problemi della laicità, Relazione generale al Convegno annuale dell'AIC, Napoli 26-27 ottobre 2007, su *Problemi della laicità agli inizi del secolo XXI*, in www.associazioneedicostituzionalisti.it; C. Salvi, *La famiglia tra neogiuridismo e positivismo giuridico*, Firenze, Ateneo di Palazzo Strozzi, 15 marzo 2007, in www.astrid-online.it, 17. In senso critico, da ultimo: A. Ruggeri, *Teorie e «usi» della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 519 ss.

²¹ Si v. per tutti F. Bonini, *Una «istituzione naturale»*. *La famiglia all'Assemblea Costituente*, in G. Dalla Torre (a cura di), *La famiglia*, cit., 94 ss.

²² Come opportunamente rilevato da ultimo da G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007, 10, «Dal punto di vista concettuale, le singole norme costituzionali sono (o dovrebbero essere considerate) le risultanti della Costituzione. «Costituzione» è una veduta d'insieme, che si radica in scelte e compromessi fondamentali di storia, cultura e politica, riversati in un testo, scritto in un momento di eccezionale mobilitazione delle energie morali collettive»; Id., *L'unità della Costituzione, le riforme costituzionali e la revisione dell'art. 138*, in www.astrid-online.it. Ciò comporta che essa possa fungere da «specchio del patrimonio culturale» di un popolo (P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (1982), trad. it. a cura di J. Luther, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, Carocci, 2001, spec. 19 ss.), rappresentando il prodotto del relativo contesto (V. Onida, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, I, *Diritto pubblico generale*, Bologna, Il Mulino, 1997, 78; in senso analogo, fra gli altri, M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, 151).

²³ Significativo, al riguardo, è l'intervento di G. La Pira, in *Assemblea Costituente*, sed. 11 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Roma,

3.1. (segue): *le istituzioni e la trasmissione della soggettività*. La capacità d'incidenza sull'agire umano propria dei modelli familiari, induce a soffermarsi preliminarmente sul naturale modo di trasmissione della soggettività. Se «le forme-di-vita si riproducono attraverso l'agire comunicativo dei loro membri» e se «l'individualizzazione si realizza attraverso il medium socializzante di un denso reticolo linguistico», ne deriva che «l'integrità dei singoli individui viene anzitutto a dipendere dalla modalità rispettosa con cui essi si mettono reciprocamente in rapporto»²⁴. Qualsiasi modello sociale (e segnatamente di convivenza), per tale via, assume una valenza correlata pure al modo con cui concorre alla realizzazione di tale integrità e favorisce lo svolgimento della personalità umana (art. 2 Cost.)²⁵. Dal punto di vista dell'agire del singolo, infatti, non resta indifferente la caratterizzazione di ciascun modello, essendo lo stesso chiamato a veicolare le richiamate «forme-di-vita» non già in modo neutrale o tecnico-scientifico, bensì secondo la densa trama umana insita nella varietà di culture, consuetudini e tradizioni proprie del contesto storico-sociale di riferimento. Assume rilievo, in tal senso, il collegamento che viene ad instaurarsi fra il medesimo modello ed il tessuto sociale della comunità d'appartenenza; un collegamento che porta a considerare come *naturale* detto modello, nel caso in cui questo sia capace di rappresentare un tale radicamento ed una simile rispondenza con il complesso di esigenze e di evidenze caratterizzanti la realtà sociale, da dimostrarsi come l'unico idoneo ad esprimere il tutto in modo, per l'appunto, *naturale*²⁶.

Può dunque rilevarsi una continuità d'incidenza sull'agire umano, che dal più ampio contesto di riferimento si porta alle minori comunità e ai diversi modelli d'appartenenza, per interessare infine il singolo soggetto. Si tratta di un'ininterrotta linea di condizionamento, che opera autonomamente e con

Camera dei Deputati, 1971, I, 316, sulle cui implicazioni ordinamentali si v.: C. Dell'Acqua, *Intervento*, in S. Labriola (a cura di), *La transizione repubblicana. Studi in onore di Giuseppe Cuomo*, Padova, Cedam, 2000, 128; U. De Siervo, *Introduzione*, in G. La Pira, *La casa comune. Una Costituzione per l'uomo*, a cura di U. De Siervo, Firenze, Cultura Editrice, 1980, spec. 43.

²⁴ J. Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* (2001), trad. it. a cura di L. Ceppa, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, Einaudi, 2002, 56.

²⁵ Il tema rinvia a più ampie considerazioni sul fenomeno educativo. Fenomeno inteso anzitutto come capacità di veicolare il significato delle cose, sul presupposto che la realtà non è mai veramente affermata, se non è affermata l'esistenza del suo significato (cfr. C.G. Jung, *Seelenprobleme der Gegenwart* (1959), trad. it. a cura di A. Vita e G. Bollea, *Il problema dell'inconscio nella psicologia moderna*, Torino, Einaudi, 1959, 212), e, di conseguenza, come capacità d'introduzione alla realtà totale (cfr. L. Giussani, *Il rischio educativo* (1977), Milano, Rizzoli, 2005, 66).

²⁶ Si v. al riguardo sin d'ora A. Ruggeri, *Idee sulla famiglia*, cit., il quale ben rileva come «“la naturalità” (...) *naturalmente* scivola e si converte nel radicamento profondo nel tessuto sociale della comunità cui apparteniamo; tanto profondo da condizionare – questo sì – culturalmente il Costituente che se n'è sentito avvinto e che ha, pertanto, ritenuto di dover ad esso legare il legislatore e gli operatori in genere. La “naturalità” della società familiare fa, dunque, tutt'uno col suo riconoscimento consuetudinario, diffuso».

una tale forza, da rendere ardua ogni forma di resistenza individuale non supportata dall'adesione ad ulteriori gruppi sociali. Non per nulla, le formazioni sociali si sono sempre poste (venendo di volta in volta garantite o avversate) quali «poteri» alternativi a quello supremo di comando, per l'attitudine a collocarsi in una posizione «intermedia» fra il singolo e l'autorità centrale; posizione idonea non solo a contrastare i possibili arbitri del potere supremo²⁷, quanto, più ancora, a favorire lo sviluppo delle esigenze del singolo mediante la trasmissione delle specificità socio-culturali proprie di ciascuna comunità²⁸. Di talché, ogni istituzione «intermedia» è capace di esercitare il proprio «potere» di assecondare o di contrastare, in ragione della rispondenza o meno alle proprie infungibili specificità, la forza di condizionamento proveniente dal più ampio contesto di riferimento. In tale capacità, per l'appunto, si manifesta l'attitudine di ciascun'istituzione a favorire la trasmissione della soggettività ed a concorrere allo sviluppo della personalità del singolo.

Proprio tale forza d'incidenza, del resto, è d'impedimento ad ogni tentativo di astrarre il singolo soggetto dal sistema cui afferisce; quasi che sia possibile – come invece prospettava Rousseau – «preservare» uno stato di natura originario e mantenere inalterato il relativo sviluppo, impedendo alle istituzioni sociali di «soffocare» la naturale vocazione²⁹.

Per contro – come da ultimo rilevato proprio con riguardo all'inscindibile collegamento tra istituzione, uomo e contesto di riferimento³⁰ – «non esiste

²⁷ Già Montesquieu, *Esprit des lois* (1748), trad. it. a cura di S. Cotta, *Lo spirito delle leggi* (1952), Torino, Utet, 2005, spec. 77 ss., vedeva nei «poteri intermedi» (all'epoca ravvisati soprattutto nelle distinte classi sociali e negli ordini privilegiati) l'antidoto e la garanzia contro il governo dispotico; di «contro-poteri» parla al riguardo N. Bobbio, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Pol. dir.*, 1975, spec. 432; Id., voce *Pluralismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica* (1976), Novara, Istituto Geografico De Agostini, 2006, III, 17.

²⁸ Si v. al riguardo, Giovanni Paolo II, *Centesimus annus*, 1991, par. 49: «Oltre alla famiglia, svolgono funzioni primarie ed attivano specifiche reti di solidarietà anche altre società intermedie. Queste, infatti, maturano come reali comunità di persone ed innervano il tessuto sociale, impedendo che scada nell'anonimato ed in un'impersonale massificazione, purtroppo frequente nella moderna società. È nel molteplice intersecarsi dei rapporti che vive la persona e cresce la "soggettività della società"»; su cui in particolare, A. Loidice, *Attuare la Costituzione. Sollecitazioni straordinarie*, Bari, Cacucci, 2000, 26.

²⁹ Sosteneva in tal senso il pensatore francese (J.J. Rousseau, *Emile* (1762), trad. it. a cura di A. Visalberghi, *Emilio* (1953), Roma-Bari, Laterza, 2001, 51), che «I pregiudizi, l'autorità, la necessità, l'esempio, tutte le istituzioni sociali nelle quali ci troviamo sommersi», soffocano nell'uomo la natura, senza metter nulla al suo posto. Anche se – deve rilevarsi – al gravoso compito di fungere da schermo nei confronti delle incidenze esterne, avrebbe pur sempre dovuto attendere, paradossalmente, una peculiare istituzione sociale, quale la famiglia, considerata e salvaguardata come «la più antica di tutte le società e la sola naturale» J.J. Rousseau, *Du contrat social. Ecrits politiques* (1762), trad. it. a cura di M. Garin, *Il contratto sociale o principi del diritto politico*, Roma-Bari, Laterza, 1997, I, II.

³⁰ Su cui: P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 29; Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005, spec. 129 ss.; M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 119; ma già, fra gli altri: T. Martines, *Diritto costituzionale*, IX ed., a cura di G. Silvestri, Milano, Giuffrè, 1998, 13; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975, I, 10.

l'uomo "di natura", esiste solo l'uomo quale si forma attraverso la mediazione delle istituzioni³¹ e che «pensa e vuole secondo le istituzioni»³². Queste, infatti, condizionano l'agire umano, individuale o collettivo, giacché «l'uomo (l'essere umano) è costantemente inserito in istituzioni sin dalla nascita, anzi ancora prima, a partire dal concepimento»³³. In tal senso – come meglio è stato chiosato – le istituzioni rappresentano la «condizione stessa della società, del diritto, dell'economia, del linguaggio, quindi della cultura, quindi del pensare inteso come apprensione, elaborazione, ricostruzione e trasmissione»³⁴; in quanto «intelaiatura» dell'umanità socializzata, insomma, lungi da sfociare in forme di determinismo, le istituzioni costituiscono «la forma dell'esperienza umana»³⁵.

3.2. (segue): *le implicazioni derivanti dalla dimensione istituzionale dei diritti*. Merito della prospettiva istituzionale, dunque, anzitutto è quello di sottolineare la rilevanza che ciascun modello di convivenza riveste nella dinamica umana e sociale, per la capacità di condizionare l'agire del singolo e di incidere sulla sua soggettività, sviluppando o osteggiando, a seconda dei casi, i tratti caratterizzanti la relativa comunità d'appartenenza. In tal senso, esso è suscettibile di diversa regolamentazione da parte dell'ordinamento di riferimento: può essere riconosciuto o meno, sino a ricevere una disciplina premiale o di sfavore, a seconda degli interessi e delle finalità di volta in volta tutelati e perseguiti dall'ordinamento medesimo³⁶.

Ulteriore merito della prospettiva richiamata, poi, è quello di favorire una lettura più comprensiva del contenuto dei diritti fondamentali, tenuto conto che questi non esauriscono il proprio raggio di azione nel determinare il solo rapporto del cittadino con lo Stato, interessando piuttosto la complessiva vita dello stesso cittadino nel quadro dell'ordinamento costituzionale³⁷. Essi,

³¹ G. Guarino, *L'uomo-istituzione*, Roma-Bari, Laterza, 2005, 5.

³² G. Guarino, *ivi*, 82, il quale evidenzia così «l'apparente paradosso: l'uomo-natura, l'uomo senza istituzioni, non esiste. L'uomo in tutti gli istanti della sua vita opera come uomo di una istituzione. Tuttavia in ogni istante partecipa alla istituzione con tutta intera la sua personalità, essa stessa maturata attraverso la mediazione delle istituzioni» (*ivi*, 89).

³³ G. Guarino, *ivi*, 3.

³⁴ G. Ferrara, *Su «L'uomo-istituzione» di Giuseppe Guarino*, in www.costituzionalismo.it, 2005, 2.

³⁵ G. Ferrara, *ivi*, 8.

³⁶ Più in generale, si v. al riguardo C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 38 ss.

³⁷ Sulla dimensione istituzionale dei diritti, si v. P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie*, cit., 115 ss., il quale ha sottolineato la correlazione e la complementarietà fra l'aspetto individuale e quello istituzionale dei diritti, diversamente dalla ricostruzione schmittiana, tesa invece a rilevare la sostanziale inconciliabilità fra i due profili (C. Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), trad. it. a cura di A. Caracciolo, *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, spec. 228 ss.; in senso critico, M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, spec. 47 ss.); e in Italia A. Barbera, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro it., 1975, 65 ss. Per una lettura d'insieme: A. Baldassarre, voce *Diritti*

dunque, a meno di non rimanere avulsi dalla cornice istituzionale ed incapaci di sviluppo nel tessuto sociale di riferimento, non presentano solo una dimensione soggettiva ed individuale, fondativa di pretese verso i pubblici poteri; presentano altresì una dimensione oggettiva ed istituzionale, speculare alla collocazione del singolo nel contesto di preesistenti rapporti sociali e nella sua relazione d'appartenenza alla comunità. In tal senso, il fatto che la libertà afferisca alla persona, la quale a sua volta è inserita in una compagine sociale, implica che per affermarsi necessiti non solo di un limite alla intromissione statale (profilo negativo ed individuale delle libertà), ma anche di organizzazioni di vita reale istituzionalmente garantite, in cui potersi svolgere e sviluppare (profilo positivo ed istituzionale delle libertà); diversamente, «senza complessi ordinamenti la spontaneità dell'individuo rimarrebbe inefficace, in uno spazio vuoto di diritto»³⁸. E così, le libertà individuali trovano contenuto e limite negli ordinamenti di riferimento, i quali a loro volta sono continuamente rigenerati dal continuo esercizio dei relativi diritti³⁹; di talché, l'effettività si risolve in un fenomeno istituzionale ed i rapporti di *status* evidenziano l'inserimento del singolo nel quadro generale della società, per il tramite delle organizzazioni di vita d'appartenenza.

Orbene, tanto la rilevanza rivestita da ciascun modello di convivenza all'interno della compagine sociale, quanto la dimensione istituzionale ricoperta dai diritti fondamentali, attestano come la prospettiva rappresentata sia insita nel disegno costituzionale, presupponendo i diritti di libertà un saldo legame con le istituzioni di riferimento.

Per un verso, la tutela istituzionale accordata dalla Costituzione alle diverse organizzazioni in cui si svolge la personalità del singolo, è funzionale

inviolabili, in *Enc. giuridica*, Roma, Treccani, 1989, ora anche in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, 71 ss.; M. Galdi, *Contributo allo studio dell'interesse a rilevanza costituzionale*, Salerno, Editrice Gaia, 2003, 30; A. Mattioni, F. Fardella, *Teoria generale dello Stato e della Costituzione. Un'antologia ragionata*, Torino, Giappichelli, 2002, 74 ss.; P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006, 168 ss.

³⁸ P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie*, cit., 135, il quale aggiunge che «la libertà individuale esige ordinamenti obiettivi in cui potersi affermare e svolgere»; ma già M. Hauriou, di cui è sviluppato il pensiero giuridico istituzionale, rilevava che «un'idea di opera o d'intrapresa, per meglio attuarsi e perpetuarsi, ha bisogno d'incarnarsi in un'istituzione corporativa, invece di restare allo stato libero in un ambiente sociale determinato» [Id., *La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)* (1925), trad. it. a cura di W. Cesarini Sforza, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano, Giuffrè, 1967, 30]. Si v. inoltre F. Pizzolato, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, in *Pol. dir.*, 2006, spec. 394.

³⁹ Evidenzia al riguardo P. Häberle, *ivi*, 132, che solo «chi considera le effettive condizioni di vita racchiuse nei diritti fondamentali, la relazione fra la libertà e il sociale e fra il diritto e la realtà – i diritti fondamentali sono “istituiti” i quanto sono impiantati nella sfera sociale dell'essere – può aggiungere un significato istituzionale ai diritti fondamentali». Si comprende dunque come gli ordinamenti di riferimento conferiscano «alla libertà direzione e misura, garanzia e sicurezza, contenuto e compito», al punto da sostenere e caratterizzare la stessa, ponendosi «come rafforzamento e non come minaccia» del diritto individuale (*ivi*, 135).

allo sviluppo delle libertà individuali, incapaci di trovare compimento se non per il tramite degli ordinamenti di riferimento.

Per altro verso, la tutela parimenti accordata dalla Costituzione ai diritti di libertà, oltreché nella sua dimensione negativa, di garanzia di difesa dalle costrizioni statali, si pone altresì in una dimensione positiva, di sviluppo in senso partecipativo e promozionale delle relative istanze⁴⁰; di talché, la prospettiva difensiva e garantistica offerta al singolo dallo scudo delle situazioni giuridiche soggettive, è ora affiancata dalla prospettiva di sostegno e d'intervento del potere pubblico⁴¹, da realizzarsi mediante una diversa organizzazione dell'impianto amministrativo anche sulla base dei canoni del principio di sussidiarietà.

Orbene, l'integrazione di tali forme di tutela (negativa e positiva) a vantaggio del rafforzamento istituzionale delle libertà, è certamente connessa al superamento della concezione liberale delle libertà come indipendenza e non impedimento dallo Stato. Nondimeno, essa non è solo espressione dell'evoluzione in senso democratico dell'ordinamento, quasi a poter implicare una sorta di sostituzione fra società ed individuo nella perenne *dialettica* con l'autorità pubblica; esprime altresì la pari evoluzione in senso personalista dell'ordinamento, per come promossa dalla Costituzione nella dinamica *distinzione* tra sfera pubblica e sfera privata. In tal senso, muove anche dal profilo relazionale del singolo e, dunque, dalla sua capacità d'autodeterminazione fra le diverse possibilità a disposizione, come pure dalla conseguente capacità di adesione critica a tutti i luoghi di formazione della personalità.

Se, dunque, la dimensione istituzionale dei diritti fondamentali non può essere disancorata, prima ancora che dall'impianto costituzionale d'appartenenza, dalla stessa struttura costitutiva dei medesimi diritti, particolarmente significative divengono le relative conseguenze; conseguenze destinate a produrre i propri effetti anche nel tessuto sociale e giuridico della comunità, oltreché nella sfera giuridica degli interessati. Sono gli stessi diritti, infatti, che non solo presuppongono un umanesimo, ma a loro volta lo promuovono e sviluppano⁴², esprimendone valenza ed implicazioni. Di talché, una volta riconosciuti, essi non rimangono statici ed eguali a se stessi, avviando piut-

⁴⁰ Affermava A. Moro in Assemblea Costituente che «tutte le libertà che vengono sancite in questa costituzione non vanno intese come una garanzia di fronte allo Stato, ma come espressione della convergenza degli sforzi individuali in una società ordinata e compatta per il bene di tutti», sed. 1° ottobre 1946, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., VI, 468. Si v. inoltre Id., *Il Diritto. Lezioni di filosofia del diritto tenute presso l'università di Bari. Appunti sull'esperienza giuridica: lo Stato 1946-1947*, Bari, Cacucci, 1978, 63.

⁴¹ Su cui già, ampiamente, A. Barbera, *Art. 2*, cit., spec. 65 ss. Con riguardo alla sfera teorica in cui sono tradizionalmente inseriti i diritti soggettivi, si v. inoltre G. Arena, voce *Trasparenza amministrativa*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, 5949.

⁴² A. D'Aloia, *I nuovi diritti: quale umanesimo?*, Relazione al convegno su *Il neo-costituzionalismo e la questione antropologica*, Torino, 30 marzo, 2007, dattil.

tosto una dinamica di cambiamento, che a sua volta favorisce e produce lo sviluppo assiologico dei medesimi diritti e, dunque, l'evoluzione dell'ordine costituzionale.

Stante, insomma, il carattere inesorabile della dimensione istituzionale tratteggiata, deve ritenersi che questa s'imponga di per sé, indipendentemente dall'essere formalizzata o meno in sede di riconoscimento del relativo diritto; con la conseguenza di potersi sviluppare autonomamente, anche nell'eventualità in cui il diritto interessato sia stato riconosciuto – per così dire – in senso meramente individuale e con una destinazione rivolta solamente al singolo titolare. La capacità e la forza d'afferenza all'organizzazione di riferimento, infatti, sono tali da manifestarsi per proprio conto, anche nel caso in cui detta organizzazione sia solo presupposta e non ancora giuridicamente tipizzata. Sicché, in definitiva, non potendo esprimersi se non in una forma (comprensiva anche della dimensione) istituzionale, i diritti rinviano comunque ad un modello di riferimento speculare alle necessità coinvolte; modello che, ove non appositamente formalizzato ed anche nel caso di una difforme volontà legislativa, è destinato in ogni caso ad assumere una consistenza di risulta, derivante dalle potenzialità e dall'esercizio del (profilo istituzionale del) diritto implicato.

Non solo, quindi, detto modello è suscettibile d'autonoma realizzazione, per il solo fatto di essere presupposto dal diritto di riferimento; una volta affermatosi, esso è altresì capace d'irrompere nell'ambiente sociale con un'autonoma operatività, incidendo sull'agire dei soggetti direttamente o indirettamente coinvolti, sino ad interessare l'ordine giuridico della comunità ed a condizionarne la linea evolutiva. Del resto, costituendo la proiezione esterna e strumentale del diritto implicato, esso partecipa della relativa dinamica, concorrendo a promuovere e sviluppare ulteriormente l'umanesimo di cui è espressione.

È dunque illusorio ritenere che i diritti individuali, una volta riconosciuti, possano limitarsi ad afferire alle sorti del singolo titolare, rimanendo per il resto a sé stanti ed avulsi dal contesto di riferimento; come pure, che ciò possano fare senza generare un autonomo modello di vita, a sua volta destinato a veicolare la propria soggettività, e senza partecipare alla complessiva evoluzione del sistema.

Per inciso, diviene maggiormente comprensibile per tale via il rilievo formulato dalla Conferenza Episcopale Italiana, a margine di una più ampia riflessione a tutela della famiglia fondata sul matrimonio⁴³, a proposito del fatto

⁴³ Conferenza Episcopale Italiana, *Nota del Consiglio Episcopale Permanente a riguardo della famiglia fondata sul matrimonio e di iniziative legislative in materia di unioni di fatto*, 28 marzo 2007, su cui si v. in senso critico: S. Ceccanti, *Il disegno di legge sui Dico non rientra obiettivamente nelle tipologie criticate dalla nota Cei*, in www.pariopportunita.gov.it; C. Pinelli, *La Nota del Consiglio Episcopale Permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e formazioni sociali*, in www.

che, come «insegna la storia (...) ogni legge crea mentalità e costume». Riferito alla dimensione istituzionale dei diritti, il rilievo esemplifica la dinamica tratteggiata: una volta che un nuovo modello di vita, anche se informalmente, è introdotto nella realtà sociale, inevitabilmente si affianca agli altri modelli già in vigore, offrendosi alla collettività. Così ponendosi, esso amplia lo spettro di offerte a disposizione degli interessati ed aumenta le opzioni da adottare al riguardo, divenendo motivo d'innovazione rispetto alla precedente prassi ed apportando ragioni di cambiamento sociale. Del resto – come evidenziano recenti studi di scienze sociali e politiche sulla base dell'approccio neo-istituzionalista – non sono solo le istituzioni ad influenzare le politiche⁴⁴, giacché sono anche le politiche ad influenzare le regole; con la conseguenza che le politiche, piuttosto che cadere nel vuoto, se consolidate nel tempo, con le loro finalità sono destinate ad alterare i rapporti sociali all'interno del complesso istituzionale⁴⁵.

4. LA RICADUTA IN AMBITO FAMILIARE DELLA DIMENSIONE ISTITUZIONALE DEI DIRITTI: I «DIRITTI DEI MEMBRI DELLA FAMIGLIA LEGITTIMA» E I «DIRITTI DELLA FAMIGLIA» NEL MODELLO COSTITUZIONALE

Risulta ora più agevole rimarcare il carattere inedito del modello di famiglia sancito in Costituzione. Esso dimostra una peculiare capacità di conciliare profili diversamente antitetici. Come accennato, le ragioni di rigidità tipiche dell'istituzione matrimoniale⁴⁶ sono state affiancate a quelle di flessibilità pro-

associazione deicostituzionalisti.it; E. Rossi, *Quale famiglia? La possibile sintesi tra il riconoscimento dei diritti individuali e il favor familiae*, in *Il Regno*, 10, 2007, 14 ss.

⁴⁴ L. Lanzalaco, *Istituzioni, organizzazione, potere. Introduzione all'analisi istituzionale della politica*, Roma, NIS, 1995; G. Regonini, *Capire le politiche pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2001, 377; G. Sola, *I paradigmi della scienza politica*, Bologna, Il Mulino, 2005, 249.

⁴⁵ S. Fabbrini, *Quale democrazia. L'Italia e gli altri*, Roma-Bari, Laterza, 1994, 207; G. Freddi, *Prefazione*, in G. Freddi (a cura di), *Scienza dell'amministrazione e politiche pubbliche*, Roma, Carocci, 1989, 14; Id., *Introduzione. Istituzioni e politiche nell'Italia che cambia*, in G. Di Palma, S. Fabbrini, G. Freddi (a cura di), *Condannata al successo? L'Italia nell'Europa integrata*, Bologna, Il Mulino, 2000, spec. 18 ss.

⁴⁶ Su cui già S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze, Sansoni, 1977, 68; Id., *Principii di Diritto costituzionale generale*, II ed., Milano, 1946, 101. Sul carattere istituzionale del modello costituzionale di famiglia, fra le varie pronunce costituzionali si v. C. cost., nn.: 102/1967, 8/1996, 352/2000; in dottrina, fra gli altri: M. Bessone, *Art. 29*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti etico-sociali*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro it., 1976, 12 ss.; P. De Leonardis, *Ordinamento e famiglia (profili pubblicistici)*, I, Padova, Cedam, 1984, spec. 170; P. Grossi, *La famiglia nella evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in G. Dalla Torre (a cura di), *La famiglia*, cit., 16 ss.; M. Troisi, *Famiglia o famiglie? (Indipendenza dall'ordinamento statale tra auspici costituzionali e realtà legislativa)*, in *Nuove aut.*, 2005, spec. 146 ss.; F. Vari, *Contributo allo studio della famiglia nella Costituzione italiana*, I, Bari, Cacucci, 2004, 65; L. Violini, *Matrimonio e famiglia nella Costituzione italiana: garanzia istituzionale o libertà individuale?*, dattil. Sul carattere necessario della comunità familiare: P. Catalano, *Nuovi strumenti della sovranità popolare: scuole dalle famiglie*, in *Studi sassaresi*, Anno accademico 1968-1969, II, 1971, 441; G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1970, 122, 123, 125 ss.

prie della relazionalità personale, in modo da coniugare la stabilità istituzionale con la dinamicità individuale e sociale; il tutto, perciò, senza cristallizzare i canoni istituzionali in schemi ostativi allo sviluppo del singolo e della comunità e senza trasformare l'evoluzione sociale in motivo di continua revisione dell'impianto matrimoniale⁴⁷.

Proprio tale equilibrio, del resto, è iscritto nel carattere «naturale» con cui è qualificata la «famiglia fondata sul matrimonio» (art. 29 Cost.). Lungi dal sancire un rinvio al diritto naturale⁴⁸, la qualificazione esprime piuttosto lo stretto legame che sussiste tra l'uomo e l'istituzione⁴⁹. Un legame certamente radicato nella tradizione sociale⁵⁰ e, perciò, preesistente all'ordinamento e meritevole di una sfera d'azione autonoma ed intangibile dal potere pubblico⁵¹; al contempo, tuttavia, un legame non già immutabile ed eguale a se stesso, bensì caratterizzato dalla più generale finalità dell'ordinamento al pieno sviluppo della personalità umana⁵² e, perciò, tenuto a non gravare i diritti individuali di limiti irragionevoli, ma ad integrare gli stessi per soddisfare pienamente le relative esigenze. Di talché, può ben ripetersi con il Giudice costituzionale, che la «Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti»⁵³.

⁴⁷ Esemplicative in tal senso, per la rilevanza riconosciuta all'evoluzione della realtà sociale, C. cost., nn.: 126/1968, 237/1986, 281/1994, 8/1996.

⁴⁸ In senso critico, anche se da differenti prospettive: R. Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, 1066 ss.; C. Grassetti, *Famiglia (diritto privato)*, in *Noviss. Digesto It.*, Torino, UTET, 1961, 49; Id., *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in Calamandrei e Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, 290 ss. Per riferimenti più ampi, M. Bessone, *Art. 29*, cit., 15 ss.

⁴⁹ F. Vari, *Contributo allo studio della famiglia*, cit., 69.

⁵⁰ A. Ruggeri, *Idee sulla famiglia*, cit., 6, il quale riporta la «naturalità» alla sua «conformazione tipica affermatasi nella nostra tradizione e costitutiva del cuore della nostra cultura» sin dal diritto dei Romani. Con pari cenni A. Falzea, *Introduzione*, in G. Frezza (a cura di), *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, 2005, 2: «Il matrimonio, in quanto istituzione giuridica, appartiene alla cultura, ma si collega alla natura mediante un legame che la Costituzione qualifica di fondazione e che comunque è di stretta dipendenza». Sul carattere sociale, prima che giuridico, della famiglia, insistono Pf. Grossi, *La famiglia nella evoluzione*, cit., 11; C. Esposito, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana* (1951), ora anche in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 137; G. Guzzetta, *Il diritto costituzionale di associarsi. Libertà – autonomia – promozione*, Milano, Giuffrè, 2003, 164.

⁵¹ F. Cuocolo, *Famiglia I) Profili costituzionali*, in *Enc. giuridica*, Roma, Treccani, 1989, 1; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., II, 1165; A.M. Sandulli, *Art. 29 Cost.*, cit., 9. Si v. inoltre: P. Barcellona, voce *Famiglia (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1967, 782; R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1989, 18; S. Puleo, voce *Famiglia II) Disciplina privatistica*, in *Enc. giuridica*, Roma, Treccani, 1989, 1.

⁵² A. Barbera, *Art. 2*, cit., 102; F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, 125; G. Leondini, *Associazioni private di interesse generale e libertà di associazione*, I, *Profili costituzionalistici*, Padova, Cedam, 1998, 81 ss.; F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, Vita e Pensiero, 1999, 125; E. Rossi, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1989, 102 ss.

⁵³ C. cost., n. 494/2002, p. 6.1. in diritto.

In ragione del contatto con i principi costituzionali del personalismo e del pluralismo, dunque, l'istituzione matrimoniale è caratterizzata dalla dimensione comunitaria in modo inedito ed alternativo alle precedenti concezioni. La famiglia non è più intesa come mera *comunità di affetti* libera da vincoli (secondo il modello individualistico), ovvero come *cellula genetica dello Stato* (secondo il modello istituzionalistico), bensì come *cellula creatrice della vita sociale*⁵⁴, capace di trasmettere al singolo «il primo impulso al sentimento della solidarietà»⁵⁵.

Di qui, il diverso contenuto riconosciuto al ruolo della volontà individuale e la differente conformazione dei diritti individuali. Per la rilevanza attribuita all'impegno personale dei singoli componenti, il matrimonio conserva la tradizionale natura contrattuale, fondativa della nuova istituzione familiare⁵⁶; nondimeno, i diritti coinvolti assumono la consistenza istituzionale e le limitazioni derivanti dal nuovo tipo di modello, sino ad essere tanto relativizzati, quanto integrati a tutela delle ragioni del nucleo familiare.

Per un verso, parafrasando la celebre espressione di *homme situé* di Burdeau⁵⁷, una volta *situati* nella famiglia⁵⁸ i diritti inviolabili ricevono una «relativizzazione»⁵⁹ adeguata alle necessità e finalità dell'istituzione, sino a trasformarsi nei «diritti dei membri della famiglia legittima» (art. 30, comma 3, Cost.)⁶⁰. Assumendo il profilo relazionale proprio dell'unione familiare e tipico dei diritti personalisticamente intesi, essi acquisiscono una struttura composita, comprensiva dell'originaria individualità e della conseguita relazionalità familiare. In tal senso, riflettono la posizione di collegamento dell'individuo con lo *status* familiare, soggiacendo alle conseguenti limitazioni a tutela dell'«unità familiare» (art. 29, comma 2). E così, i diritti di libertà personale, domicilio, corrispondenza, circolazione e soggiorno, fede religiosa, pensiero e, finanche, procreazione, sono bilanciati e proporzionati alle finalità

⁵⁴ In tal senso, A. Moro, *I principi dei rapporti sociali (culturali)*, in AA.VV., *La nuova Costituzione italiana*, Roma, Editrice Studium, 1947, 108.

⁵⁵ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., II, 1165. In senso analogo, A. Baldassarre, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giuridica*, Roma, Treccani, 1990, ora anche in *Diritti della persona*, cit., 184.

⁵⁶ Ricorda al riguardo M. Hauriou, *La théorie de l'institution*, cit., 37, che «tutte le volte che da un contratto, da un patto, da un trattato risulta la creazione di un qualsiasi corpo costituito, bisogna ammettere che un'operazione di fondazione si è combinata con un'operazione contrattuale»; si v. in tal senso, F. Vari, *Contributo allo studio della famiglia*, cit., 62 ss.

⁵⁷ G. Burdeau, *La démocratie. Essai synthétique* (1956), trad. it. a cura di V. Mazzei, *La democrazia*, Milano, Edizioni di Comunità, 1961, 25.

⁵⁸ Al riguardo, sia consentito il rinvio a V. Tondi della Mura, *Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti (sociali) della famiglia*, in *Dir. soc.*, 2005, spec. 533 ss.

⁵⁹ A. Baldassarre, voce *Diritti sociali*, cit., 185.

⁶⁰ Sull'utilizzabilità della locuzione sancita dall'art. 30, comma 3, Cost. con riguardo ai diritti dei componenti il nucleo familiare, F. Vari, *Contributo allo studio della famiglia*, cit., 82; ma già P. Virga, *Diritto costituzionale*, V ed., Palermo, 1961, 528.

della famiglia, in modo da favorire l'esercizio delle relative funzioni istituzionali⁶¹. I diritti inviolabili dell'uomo, in altri termini, riconosciuti e garantiti in via generale dalla Repubblica (art. 2), sono «oggetto di specifica e particolare considerazione nei successivi artt. 29 e 31», così come evidenziato dal Giudice costituzionale⁶². Dette disposizioni, infatti, sollecitano «nell'ambito familiare una lettura sociale se non addirittura funzionale» dei diritti inviolabili, consentendone «una forma di godimento comunque compatibile con il superiore interesse dell'istituto in discorso»⁶³.

Per altro verso, in quanto *situati* nella famiglia, i diritti inviolabili ricevono una «integrazione»⁶⁴ adeguata alle necessità e finalità dell'istituzione, per mezzo dei «diritti della famiglia» (art. 29, Cost.), connessi in «inscindibile endiadi»⁶⁵ all'istituzione familiare «fondata sul matrimonio». Si tratta di diritti riconosciuti ai singoli proprio in ragione della loro qualità di membri della famiglia, sicché vengono esercitati non già *uti individui*, bensì *uti socii*⁶⁶. Come le altre formazioni sociali⁶⁷, anche la famiglia è titolare dei propri diritti solo mediatamente⁶⁸; lungi dall'essere imputabili ad un superiore soggetto-famiglia, dunque, essi appartengono agli individui, non più però come meramente individuali, bensì come familiari. Rappresentano, in definitiva, i diritti dei componenti della famiglia, collettivamente intesi, innanzi a cui i diritti individuali non possono non cedere.

⁶¹ Tali diritti, insomma, trovano «nei poteri della famiglia limiti che sarebbero inammissibili se la Costituzione non ne riconoscesse la possibilità», C. ESPOSITO, *Famiglia e figli*, cit., 137; Pf. Grossi, *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in Id., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, Cedam, 2005, 166. Sulla relazionalità del diritto alla procreazione, si v.: A. Trabucchi, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 606; L. Violini, *Tra scienza e diritto: i nodi irrisolti della fecondazione medicalmente assistita*, in www.laprocreazioneassistita.it, Atti del Convegno, *La fecondazione medicalmente assistita*, Accademia dei Lincei, 31 gennaio 2005, 10.

⁶² C. cost., n. 181/1976, p. 5 in diritto; si v. inoltre n. 107/1964.

⁶³ Pf. Grossi, *La famiglia nella evoluzione*, cit., 9; C. ESPOSITO, *Famiglia e figli*, cit., 138; G. Guzzetta, *Il diritto costituzionale di associarsi*, cit., 164; nonché più in generale, P. Vitucci, *Il nuovo diritto di famiglia nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. fam.*, 1979, 308.

⁶⁴ A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit., 185.

⁶⁵ C. cost., n. 237/1986, p. 2b) in diritto, anche con riguardo ai lavori preparatori in Assemblea costituente sul tema.

⁶⁶ Pf. Grossi, *La famiglia nella evoluzione*, cit., 8. In senso analogo: V.M. Caferra, *Famiglia e assistenza. Il diritto della famiglia nel sistema della sicurezza sociale*, Bologna, Zanichelli, 2003, 3 ed., 9; C. ESPOSITO, *Famiglia e figli*, cit., 137; C. Grassetti, *Famiglia*, cit., 49; Id., *I principi costituzionali*, cit., 292; S. Puleo, *Famiglia*, cit., 9.

⁶⁷ V. Onida, *Le Costituzioni*, cit., 102 ss.

⁶⁸ In quanto «formazione sociale primaria» (C. cost., n. 183/1988, p. 4 in diritto) e con una «organizzazione» propria (C. cost., n. 341/1991, p. 3 in diritto), la famiglia tende a godere di «una soggettività autonoma rispetto a quella individuale di ciascuno dei suoi componenti» (F.P. Casavola, *Struttura dello Stato e solidarietà*, in *Iustitia*, 1999, 393), ovvero, per meglio dire, di «una certa soggettività, almeno in senso costituzionale» (P. Rescigno, *La comunità familiare come formazione sociale* (1980), ora anche in Id., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2000, 365).

Tali diritti, dunque, sono funzionali allo sviluppo della famiglia, onde consentire lo svolgimento della personalità dei singoli componenti. Essi non sono enucleati in apposito catalogo, presentando piuttosto una duplice valenza, intersoggettiva e sociale, a seconda delle esigenze coinvolte (di tipo privatistico e pubblicistico).

Nel primo senso, il riferimento è a quel tipo di diritti inerenti indissolubilmente alla persona, che storicamente esprimono gli elementi costitutivi della famiglia e che attualmente la riforma del diritto familiare ha sancito negli artt. 143 e 160 cod. civ.⁶⁹, con speciale riguardo alla libertà di contrarre matrimonio, alla conservazione della famiglia, all'autonomia, alla fedeltà, alla mutua assistenza morale e materiale, all'unità, alla coabitazione, alla successione *mortis causa*.

Nel secondo senso, il riferimento è a quei «settori del diritto pubblico dove sono organizzate le garanzie pubbliche della famiglia»⁷⁰. Queste muo-
vono dalle agevolazioni disposte in Costituzione (artt. 30, comma 2, 31, 34, comma 4, 36 comma 1, 37 comma 1) ad integrazione del previo riconoscimento sancito dall'art. 29, in modo da consentire alla famiglia di partecipare ai fini della Repubblica, ponendosi come momento di mediazione e di collegamento fra la comunità più ampia e l'individuo. Fra le stesse si possono ricordare la disciplina sul ricongiungimento familiare⁷¹, le norme che dispongono un regime preferenziale per la famiglia (anche con riguardo alle varie ipotesi di concorso nelle graduatorie pubbliche)⁷², quelle sull'adozione, sulla reversibilità del trattamento pensionistico, sulle agevolazioni in materia di lavoro e così via.

⁶⁹ Al riguardo, si v. per i primi: Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, UTET, 1985, 891; A.M. Sandulli, *Art. 29 Cost.*, cit., 22-23; per i secondi: A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit., 186; E. Cheli, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, *Teoria generale e miscellanea*, Milano, Giuffrè, 1995, 1782; G. Salerno, *Art. 29*, in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, 206; F. Scardulla, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, Milano, Giuffrè, 1996, 3 ss.; M. Troisi, *Le agenzie educative e il principio di sussidiarietà: educazione e istruzione tra autonomia e regionalizzazione*, M. Gorgoni (a cura di), *I modelli familiari tra diritti e servizi*, Napoli, Jovene, 2005, 405 ss.

⁷⁰ L. Mengoni, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La famiglia crocevia della tensione tra «pubblico» e «privato»*, Atti del XLIX corso di aggiornamento dell'Università Cattolica, Reggio Calabria 9-14 settembre 1979, Milano, Vita e Pensiero, 1979, 286; A. Poggi, *Servizi sociali e famiglia*, in L. Lenti (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Trattato di Diritto di Famiglia, diretto da Paolo Zatti, VI, Milano, Giuffrè, 2002, 425 ss.; nonché sia consentito il rinvio a V. Tondi della Mura, *Il ruolo sociale della famiglia*, in *Non Profit*, 2005, 557 ss.; Id., *Diritto al congedo straordinario per l'assistenza al soggetto disabile: verso una preferenza estesa ai familiari diversi dai genitori?*, Nota a C. cost. n. 233/2005, in *Giur. cost.*, 2005, 2007 ss.

⁷¹ Sulle cui implicazioni in materia familiare nell'ambito del rapporto fra diritto nazionale e comunitario, si v. da ultimo S. Ninatti e A. Rovagnati, *Verso un diritto europeo delle relazioni familiari?*, in *Quad. cost.*, 2007, 425 ss.

⁷² F. Vari, *Contributo allo studio della famiglia*, cit., 83.

5. LA «FAMIGLIA FONDATA SUL MATRIMONIO» E LA PERSEGUITA GARANZIA DI STABILITÀ SOCIALE DEI DIRITTI DEI CONVIVENTI

È tale la specificità istituzionale del modello sancito in Costituzione con una posizione di privilegio⁷³, che la Corte costituzionale ha costantemente marcato i tratti caratterizzanti la «famiglia fondata sul matrimonio»; motivo per cui ha escluso ogni ipotesi di comparazione con i differenti modelli, realizzatisi in via di fatto sulla scorta dell'evoluzione dei costumi sociali. Nel sottolineare la «dignità superiore»⁷⁴ riconosciuta al vincolo coniugale rispetto alla convivenza *more uxorio*, la Corte ha considerato i tratti differenzianti le due figure, muovendo dal distinto ruolo attribuito alla volontà delle parti e, dunque, dalla diversa consistenza istituzionale dei relativi diritti.

Nella famiglia legittima, la *stabilità* e la *certezza* del rapporto non discendono autoritativamente da un'imposizione ordinamentale, esprimendo, piuttosto, la caratteristica propria d'ogni fenomeno istituzionale. In tal senso, rappresentano il motivo della scelta disposta dalle parti, di optare per il regime matrimoniale e di soggiacere ai relativi vincoli a vantaggio della dimensione istituzionale implicata. La Corte, dunque, ha considerato l'unitarietà e la funzionalità del modello familiare, evidenziandone la rispondenza alla «posizione spirituale»⁷⁵ dei coniugi, in merito alle condizioni di vita da adottare ed alle «esigenze obiettive» da privilegiare⁷⁶. Lo scopo perseguito dalle parti, infatti, è volto a tutelare non solo la relazione affettiva e solidaristica fra le stesse, quanto, soprattutto, l'«istituzione familiare come tale, di cui elemento essenziale e caratterizzante è la stabilità, un bene che i coniugi *ricercano* attraverso il matrimonio»⁷⁷; solo tale scopo, dunque, rende ragione della disponibilità delle parti all'assunzione reciproca e corrispettiva⁷⁸ dei «diritti e doveri *inerenti* al rapporto coniugale»⁷⁹, consentendo la relativizzazione dei diritti individuali prematrimoniali.

Nella famiglia di fatto, per contro, l'*assenza* di stabilità e certezza del rapporto deriva dalla diversa natura del fenomeno implicato, scevro da strutture organizzative e da vincoli istituzionali. In tal senso, rappresenta il motivo della scelta disposta dalle parti, di non modificare l'originario *status*

⁷³ M. Bessone, *Art. 29*, cit., 1; P. De Leonardis, *Ordinamento e famiglia*, cit., 207; M. Troisi, *Famiglia o famiglie?*, 146 ss.

⁷⁴ C. cost., n. 310/1989, p. 2 in diritto.

⁷⁵ C. cost., n. 8/1996, p. 3 in diritto.

⁷⁶ C. cost., n. 8/1996, p. 2 in diritto: «nel rapporto di coniugio, maggior rilievo [è riconosciuto] alle esigenze obiettive della famiglia come tale, quale stabile istituzione sovraindividuale».

⁷⁷ C. cost., n. 8/1996, p. 3 in diritto (corsivo non testuale).

⁷⁸ C. cost., n. 45/1980, p. 4 in diritto; in senso analogo, C. cost., nn.: 310/1989, 423, 404 e 1122/1988, 352/2000

⁷⁹ C. cost., n. 166/1988, p. 3 in diritto (corsivo non testuale).

personale, in modo da mantenere integre la sfera d'azione privata e la dimensione individuale dei diritti. La Corte, dunque, ha tenuto conto dell'esigenza dei conviventi, di privilegiare le ragioni della «soggettività individuale»⁸⁰ su quelle dell'obiettività istituzionale, ed ha considerato il conseguente rapporto di fatto per l'informalità del relativo vincolo affettivo; un vincolo, «rifuggente da qualificazioni giuridiche di diritti e obblighi reciproci»⁸¹, in quanto «liberamente e in ogni istante revocabile da ciascuna delle parti»⁸².

In altri termini, la stabilità e la certezza del rapporto si configurano diversamente in ragione della differente natura del modello di riferimento: nella famiglia legittima rappresentano l'effetto istituzionale delle limitazioni dei diritti individuali, giuridicamente preventivabile e fornito d'apposite garanzie; per contro, nella famiglia di fatto, stante l'illimitatezza dei suddetti diritti, esprimono l'esito dell'«impegno bilaterale quotidiano»⁸³ delle parti, non preventivabile in via giuridica con apposite garanzie, ma solo riscontrabile *ex post* ed in via di fatto.

Nondimeno, l'impegno materiale profuso dai conviventi non resta costituzionalmente indifferente, in ragione del più generale rilievo offerto dall'ordinamento al riconoscimento delle formazioni sociali ed alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.)⁸⁴. In tal senso, la Corte ha mostrato di considerare con attenzione gli interessi coinvolti nel rapporto di convivenza⁸⁵, giacché, «per le basi di fondata affezione che li saldano e gli aspetti di solidarietà che ne conseguono, siffatti interessi appaiono meritevoli indubbiamente, nel tessuto delle realtà sociali odierne, di compiuta obiettiva valutazione»⁸⁶; il tutto, ovviamente, a condizione di non superare le ragioni di divergenza con l'istituzione familiare e di non avallare «la pretesa identità di posizione tra convivente e coniuge»⁸⁷.

Proprio l'esigenza di consentire una tutela degli interessi dei conviventi non più limitata alle «singole situazioni»⁸⁸ di volta in volta interessate, ma

⁸⁰ C. cost., n. 8/1996, p. 2 in diritto; in senso analogo C. cost., n. 166/1988, p. 3 in diritto: «nel preferire un rapporto di fatto [le parti] hanno dimostrato di non voler assumere i diritti nascenti dal matrimonio» (corsivo non testuale).

⁸¹ C. cost., n. 310/1989, p. 2 in diritto.

⁸² C. cost., n. 8/1996, p. 2 in diritto; in senso analogo nn.: 45/1980, 423, 404, 1122/1988, 310/1989, 352/2000, 121/2004.

⁸³ C. cost., n. 8/1996, p. 3 in diritto.

⁸⁴ C. cost., n. 237/1986, p. 3b) in diritto. Si v. inoltre C. cost., nn.: 561/1987, 13/1994, 297/1996, 120/2001.

⁸⁵ Si pensi all'estensione al convivente della facoltà di astensione dalla testimonianza, disposta dall'art. 199 c.p.p. anche a seguito dell'invito formulato al riguardo dalla Corte nella sent. n. 6/1977.

⁸⁶ C. cost., n. 237/1986, p. 3b) in diritto.

⁸⁷ C. cost., n. 352/2000, p. 2 in diritto.

⁸⁸ C. cost., n. 352/2000, p. 2 in diritto.

comprensiva altresì della pluralità di istanze intersoggettive e sociali coinvolte, è all'origine dell'ampio dibattito sviluppatosi sul tema negli ultimi anni.

Le novità al riguardo risiedono nel diverso obiettivo finalmente perseguito. Solo in parte le iniziative promosse insistono nella richiesta, per altri versi già avanzata in passato⁸⁹, del «riconoscimento giuridico di altre figure di famiglia (...) di tipo diverso dal modello tradizionale»⁹⁰; per il resto, mirano invece a conciliare il tradizionale *favor* costituzionale verso la famiglia legittima con l'introduzione di una tutela generale ed organica dei soli interessi dei conviventi. A tal fine, esse non tengono conto dei modelli familiari indirettamente destinatari dei benefici da attribuire con legge ai relativi componenti; più limitatamente, considerano le esigenze dei medesimi componenti alla luce del fondamento costituzionale delle comunità d'appartenenza e, dunque, di quelle peculiari formazioni sociali che sono i nuclei familiari non fondati sul matrimonio (art. 2)⁹¹. Su tale presupposto tendono a riconoscere (non già al modello unitariamente inteso, bensì) ai singoli conviventi, tutti i diritti ritenuti necessari allo svolgimento della personalità; e ciò, indipendentemente dal rilievo dell'analogia riscontrabile fra tali nuovi diritti e quelli riservati dalla Costituzione ai membri della famiglia legittima ed alla famiglia nel suo insieme (ai sensi dell'art. 29), essendo, per l'appunto, differente il relativo fondamento. In tal senso, significativamente, il programma elettorale dell'Unione ha proposto «il riconoscimento giuridico di diritti, prerogative e facoltà alle *persone* che fanno parte delle unioni di fatto»⁹². Del pari, il successivo disegno di legge governativo sui c.d. DICO si è preoccupato di introdurre «nell'ordinamento, in via generale, la nozione di diritti e doveri delle *persone* stabilmente convi-

⁸⁹ G. Autorino Stanzone, *La famiglia «non fondata sul matrimonio»*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, Giuffrè, 1998, II, 847 ss.; G. Ferrando, *Matrimonio e famiglia*, in G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, cit., 123 ss.; M. Fortino, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, Milano, Giuffrè, 2002, 40 ss.; V. Scalisi, *La «famiglia» e le «famiglie»*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Padova, Cedam, 1986, 270 ss.

⁹⁰ Fondazione Critica Liberale, *Dichiarazione*, cit. *Contra*, si v. tuttavia il *Documento* sottoscritto da 24 costituzionalisti, in *Avvenire*, 28.2.2007, 9, nonché in www.federalismi.it. Su tale prospettiva sembra invece tornare il recente disegno di legge sul c.d. CUS, Contratto di Unione Solidale (Senato della Repubblica, *Testo unificato proposto dal relatore, sen. Salvi, per i disegni di legge nn. 18, 62, 472, 481, 589, 1208, 1224, 1225, 1227 e 1339*).

⁹¹ Inquadrano le unioni di fatto nell'art. 2 Cost., fra gli altri: M. Bessone, *Art. 29*, cit., 35; R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, cit., 119; S. Ceccanti, *Costituzioni, famiglie, convivenze in Europa*, in *Federalismi.it*, 7/2006, 7; F. D'Angeli, *La famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè, 1989, 327 ss.; G. Ferrando, *Famiglia legittima e famiglia di fatto nella disciplina costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1977, I, 937 ss.; G. Giacobbe, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 1219 ss.; E. Rossi, N. Pignatelli, *La tutela costituzionale delle forme di convivenza familiare diverse dalla famiglia*, in S. Panizza, R. Romboli (a cura di), *L'attuazione della Costituzione – Recenti riforme e ipotesi di revisione*, Pisa, Edizioni Plus, 2006, 3^a ed., 206. In senso critico, sulla tendenza a considerare l'art. 2 quale autentica norma di principio dell'intero ordinamento giuridico della famiglia, si v. E. Lamarque, voce *Famiglia (dir. cost.)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di Diritto pubblico*, cit., 2421.

⁹² Unione, *Per il bene dell'Italia. Programma di Governo 2006-2011*, 72 (corsivo non testuale).

venti», rinvenendone il fondamento nell'art. 2 Cost.⁹³; ha così individuato «per la prima volta in modo organico e sistematico, forme idonee ad assicurare alle *persone* che fanno parte di convivenze (...), il godimento dei diritti di cittadinanza sociale»⁹⁴.

Si tratta, dunque, di iniziative certamente innovative ed accorte nel contenuto, non mirando più a conseguire una piena equiparazione fra il modello familiare legittimo e quello di fatto.

A ben vedere, tuttavia, la novità dell'insistenza politico-legislativa sui diritti dei conviventi anziché sul modello di risulta, non deriva solamente dalla «volontà espressa di nascondere la coppia, di dissimulare un fatto sociale “relazionale” dietro un bisogno “individuale”»⁹⁵; nemmeno è meramente riconducibile alla definitiva presa d'atto del costante orientamento della Corte costituzionale, volto ad impedire «un “allineamento” generale ed indiscriminato dei due rapporti»⁹⁶. Piuttosto, sembra altresì inquadrabile nella più generale evoluzione della concezione dei diritti, che a partire dagli anni '70 ha preso a contestare l'inadeguatezza di un riconoscimento svincolato dal sostrato sociale ed istituzionale. Opportunamente all'epoca si rilevava come, alle «domande del nostro tempo, non si può rispondere solo in termini di tutela di determinati interessi individuali, in termini cioè pur sempre meramente garantistici e difensivi»⁹⁷; si sollecitava piuttosto una risposta «in termini tali da tutelare pienamente e integralmente più istituti di libertà che situazioni di libertà», onde indurre «il cittadino a rivendicare più “contropoteri” che libertà e il potere pubblico correlativamente “promuovere” oltre che garantire libertà»⁹⁸.

Orbene, l'insistenza manifestata delle recenti iniziative politico-legislative a favore del riconoscimento dei diritti delle persone conviventi, sembra proprio sottendere l'avvenuta maturazione anche in ambito familiare della concezione richiamata. Le proposte avanzate, infatti, affermano l'inevitabile proiezione sociale della dimensione affettiva e familiare del singolo. Esse non

⁹³ *Relazione al D.d.L. Pollastrini-Bindi, et al., Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi*, XV Legislatura, A.S. n. 1339, 1 (corsivo non testuale). Sul tema si v.: D. Cabras, *Le ragioni dei DICO*, in www.forumcostituzionale.it; G. Grasso, «Dico» sì, «Dico» no: prime impressioni sul disegno di legge Pollastrini-Bindi, in www.forumcostituzionale.it; N. Pignatelli, *I DICO tra resistenze culturali e bisogni costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it; E. Rossi, *Quale famiglia?*, cit.; Id., *Il riconoscimento delle coppie di fatto: alla ricerca di una sintesi*, in *Quad. cost.*, 2007, 387 ss.; A. Ruggeri, *Idee sulla famiglia*, cit.; L. Violini, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in *Quad. cost.*, 2007, 392 ss.

⁹⁴ *Analisi Tecnico-normativa al D.d.L. Pollastrini-Bindi, et al.*, cit., 9 (corsivo non testuale).

⁹⁵ N. Pignatelli, *I DICO tra resistenze culturali e bisogni costituzionali*, cit., 1.

⁹⁶ C. cost., n. 352/2000, p. 2 in diritto; in senso analogo C. cost., nn.: 6/1977, 237/1986, 2/1998, 461/2000.

⁹⁷ A. Barbera, *Art. 2*, cit., 71.

⁹⁸ A. Barbera, *Art. 2*, cit., 76.

si attardano a rivendicare una tutela della sfera sentimentale o sessuale del convivente *dall'*ingerenza del potere pubblico, né sono finalizzate ad una pretesa garantistica di tipo meramente negativo. Al contrario, manifestano una valenza sociale e promozionale, che si risolve in una pretesa di tipo positivo; questa deborda dalla sfera individuale interessata, coinvolgendo altresì quella dei soggetti in vario modo collegati, sino ad impegnare sia l'intero sistema giuridico-sociale (con riguardo alle garanzie dello Stato sociale), sia il più ampio contesto socio-culturale cui tale dinamica afferisce.

Perseguendo la garanzia della stabilità sociale dei diritti dei conviventi, insomma, le iniziative richiamate rafforzano il profilo obiettivo e relazionale dei diritti in questione; un profilo prima mortificato dall'esclusivo prevalere della dimensione soggettiva ed individuale dei diritti medesimi, ed ora, invece, reso essenziale ai fini del godimento dei benefici ricercati, non potendo questi prescindere da un modello di riferimento in qualche modo strutturato ed organizzato. In tal senso, giustamente si è evidenziato come i diritti dei conviventi, pur essendo «diritti dell'individuo», tendano ad essere garantiti all'interessato non già «“come singolo”, ma come membro di una “formazione sociale”», dandosi così rilievo ad «una situazione giuridica che è socialmente ancorata ad una convivenza»⁹⁹.

Così facendo, tuttavia, dette iniziative introducono nel fenomeno delle unioni di fatto, tradizionalmente libero da condizionamenti e vincoli, una dimensione sinora estranea, se non proprio antitetica, qual è quella istituzionale. Subordinano il conseguimento delle garanzie pubbliche alla realizzazione di un nuovo modello di famiglia; un modello alternativo a quello costituzionale ed altresì (quale che sia poi la relativa concreta definizione) ontologicamente atipico, in quanto incapace di sintesi ed unitarietà, per la continua esigenza di conciliare esigenze contrapposte: la stabilità, propria della dimensione formale, promozionale e sociale necessaria per un intervento del potere pubblico; e l'instabilità, propria della dimensione informale, individuale e contingente parimenti necessaria per rifuggire da un intervento del potere pubblico. Ed ancora, la limitazione dei diritti individuali, propria dell'afferenza degli stessi a qualunque modello organizzato; e la libertà dai vincoli istituzionali, propria dell'indisponibilità della volontà individuale a soggiacere a limitazioni ritenute inutilmente restrittive. Sicché, paradossalmente, dove massima è l'istanza istituzionale (ai fini di un collegamento stabile con il potere pubblico), massima è altresì l'istanza a-istituzionale (ai fini del mantenimento dell'originario *status* individuale).

⁹⁹ N. Pignatelli, *I DICO tra resistenze culturali e bisogni costituzionali*, cit., 2 (corsivo non testuale); E. Rossi, *Quale famiglia?*, cit., 16.

6. GLI EFFETTI DELLA RICONVERSIONE ISTITUZIONALE DELLE UNIONI DI FATTO SUL PIANO DELL'OPPORTUNITÀ E DELLA COMPATIBILITÀ COSTITUZIONALE

Quali che siano i caratteri concretamente individuabili dall'ordinamento, resta il fatto che l'istanza di garanzia sociale dei diritti dei conviventi rechi con sé quella di riconoscimento del relativo modello di risulta, provocando una riconversione istituzionale del fenomeno delle unioni di fatto.

Occorre, dunque, chiedersi, se tale evoluzione, prima ancora che compatibile con il disegno costituzionale, sia utile e conveniente agli interessi implicati.

Deve anzitutto rilevarsi come la tendenza alla istituzionalizzazione dei diritti dei conviventi sia speculare a quella della progressiva de-istituzionalizzazione dei diritti dei coniugi. Nella crescente *deregulation* della famiglia legittima¹⁰⁰ e nella progressiva *degiuridicizzazione* del matrimonio¹⁰¹, i vincoli gravanti sui diritti coniugali sono sempre più privati della propria forza prescrittiva. Rivestiti di una natura meramente morale, essi tendono ad esser rimessi alla buona volontà ed alla spontanea osservanza delle parti, sino ad essere intesi da taluna dottrina e giurisprudenza come convenzionalmente derogabili¹⁰²; il tutto ad esclusivo vantaggio della dimensione meramente individuale dei medesimi diritti, che tornano così quasi all'originaria consistenza prematrimoniale.

Si tratta di un processo normativo e giurisprudenziale, che si inquadra nella più generale trasformazione del diritto di famiglia, caratterizzato da tendenze contrapposte: la spinta «sociale» verso l'autonomia coniugale e, contemporaneamente, l'intervento statale «accentuato» verso la tutela di settori ed interessi particolari¹⁰³. Sicché la relazionalità familiare concretamente sperimentata, è assai più centrifugata oggi che in passato¹⁰⁴, al punto da necessitare essa stessa di sostegni, solidaristici o territoriali, idonei a renderla effettiva.

¹⁰⁰ P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, 358; F.D. Busnelli, *La famiglia tra «ordine» e «disordine»*, in M. Gorgoni (a cura di), *I modelli familiari*, cit., 21 ss.; Id., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 509 ss.

¹⁰¹ L. Mengoni, *La famiglia nell'ordinamento*, cit., 276; Id., *Nuovi orientamenti nel matrimonio civile*, in *Jus*, 1980, 106.

¹⁰² Si v. sul tema, L.A. Scarano, *Crisi coniugale e obbligo di fedeltà*, in *Fam. dir.*, 2007, 251 ss. ed i richiami *ivi* indicati.

¹⁰³ In tal senso, attentamente G. Frezza, *I luoghi della famiglia*, Torino, Giappichelli, 2004, 13; Id. (a cura di), *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, cit., 3 ss.; P. Donati, *Gli spostamenti di confine del pubblico e del privato nella famiglia*, in Id., *La famiglia come relazione sociale*, Milano, Franco Angeli, 1992, 33.

¹⁰⁴ In chiave problematica rispetto alla trasformazione dello Stato sociale, G.A. Ritter, *Der Sozialstaat. Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich* (1991), trad. it. a cura di L. Gaeta, P. Carnevale, *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, Laterza, 1996, 221.

Significativi, dunque, sono gli esiti del duplice processo in corso. Per un verso, la spinta alla de-istituzionalizzazione dei diritti dei coniugi è unidirezionalmente rivolta verso il solo piano dei rapporti intersoggettivi e non verso quello delle garanzie pubbliche, che tendono invece ad essere corroborate. Per altro verso, parimenti, la spinta alla istituzionalizzazione dei diritti dei conviventi è unidirezionalmente rivolta verso il solo piano delle garanzie pubbliche e non verso quello dei rapporti intersoggettivi, dai cui vincoli intende invece affrancarsi. Di talché, in definitiva, se le iniziative politico-legislative in corso mirano ad un'effettiva parificazione di famiglia e convivenze, tale parificazione, per così dire, tende a realizzarsi *al ribasso*, quasi a formalizzare due sottomodelli di un unico *genus* familiare, dalle pari garanzie pubbliche e dagli scarsi vincoli privati.

Inoltre, se esito della perseguita stabilizzazione sociale delle unioni di fatto è la sostanziale fungibilità fra i modelli familiari, deve pure rilevarsi come la stessa vada a detrimento delle ragioni poste a fondamento dell'istituto matrimoniale, scoraggiandone l'adozione e vanificandone l'effettività.

Come già evidenziato, la caratterizzazione del modello costituzionale di famiglia legittima non è culturalmente neutra o residuale, essendo improntata a chiare implicazioni sul piano relazionale, umano e della trasmissione della soggettività. Del resto, la definizione dei relativi istituti non è mai stata considerata nel disegno costituzionale come «un puro e semplice “affare privato”, [investendo] problemi che interessano il complessivo processo di sviluppo della società italiana verso il modello offerto dalle nazioni progredite»¹⁰⁵. Si spiega in tal senso la richiamata coincidenza disposta in Costituzione fra la scelta istituzionale ed il *favor* disciplinare.

Orbene, il riconoscimento dei diritti dei conviventi, per la conseguente stabilizzazione del modello di risulta, inficia la linearità del disegno costituzionale, introducendo un regime premiale pure a favore di ragioni antitetiche a quelle fondanti l'istituto matrimoniale. Di talché, tanto le ragioni di stabilità, certezza e relazionalità proprie del modello fondato sul matrimonio, quanto quelle d'instabilità, contingenza ed individualità proprie del modello di fatto, vengono a trovare una pari garanzia, con ciò vanificando l'originaria opzione costituzionale sul tema.

Parificate, dunque, le ragioni premiali dei diversi modelli, anche la conseguente scelta fra l'uno e l'altro resta svuotata delle originarie motivazioni¹⁰⁶ ed anzi, condizionata da un'irragionevole concorrenza fra i diversi regimi: l'uno (quello costituzionale) con diritti individuali relativizzati, gravato da do-

¹⁰⁵ M. Bessone, *Art. 30-31*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, *Rapporti etico-sociali*, cit., 136.

¹⁰⁶ In senso critico sulla possibilità di scelta fra più regimi matrimoniali: F. Vari, *Contributo allo studio della famiglia*, cit., spec. 75 ss.; L. Violini, *Il riconoscimento delle coppie di fatto*, cit., 394.

veri a carico dei singoli congiunti e provvisto d'agevolazioni sociali finalizzate al perseguimento degli scopi della famiglia nel suo insieme; l'altro (quello non più di fatto), invece, libero da vincoli, con diritti individuali integri ed assoluti, privo di qualsiasi dovere e per di più provvisto d'agevolazioni sociali pari a quelle assicurate alla famiglia legittima, ma imputate solamente al singolo componente.

E così, in conclusione, nella conseguente *liberalizzazione* dei regimi familiari, la fungibilità fra modelli tende a risolversi nell'effettiva sostituzione di quello legittimo con quello di fatto. Il tutto, a «Costituzione invariata».

