

## **CAPITOLO I**

### **L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI FAMIGLIA NEL TEMPO**

SOMMARIO: 1. Il diritto di famiglia nell'antica Roma – 2. L'importanza del matrimonio tra Codice e Costituzione – 3. Le formazioni sociali nell'evoluzione giurisprudenziale

## 1. Il diritto di famiglia nell'antica Roma

Il diritto, in quanto ordinamento sociale, è lo specchio della società e come tutte le società anche quella romana ha subito vistosi cambiamenti e altrettante vicende evolutive ebbe il *ius* che ne era la sovrastruttura. Lo stesso matrimonio, considerato dai romani più come un fatto sociale che come un *quid* di giuridico, ebbe diverse configurazioni. Nel primo periodo della storia romana, il periodo arcaico, con il termine *familia* si intendeva “*tanto l'insieme delle persone unite da vincoli di parentela quanto il patrimonio di cui è titolare il pater*”<sup>1</sup>. Presso gli antichi romani, quindi, il concetto di famiglia non indicava soltanto l'insieme di persone legate da un rapporto di stretta parentela e affinità ma aveva un significato più esteso<sup>2</sup>. La *familia* romana figurava come un microrganismo politico, comprendente uomini liberi, schiavi, animali e cose materiali, tutti soggetti al potere assoluto di un patriarca, il *pater familias*, a cui venivano riconosciuti vari poteri nei riguardi dei discendenti e degli altri componenti della famiglia, primo tra tutti quello di disporre della loro vita e della loro morte<sup>3</sup>. Fino a quasi tutto il periodo repubblicano, quindi, il matrimonio comportava la sussunzione della donna, da cui si voleva una prole<sup>4</sup>, sotto il potere (*manus*) del marito o del di lui pater se il marito non era *sui iuris* bensì *filius familias*. L'unione di uomo e donna comportava, dunque, una modificazione dello status della donna, assoggettata non più al potere del padre bensì a quello del marito. Questo matrimonio venne definito dagli storici “*matrimonium cum manu*” e prevedeva diverse modalità attraverso le quali il marito assumeva la *potestas*

---

<sup>1</sup> V. FASCIONE L., *Storia del diritto privato romano*, Giappichelli, 2012, p. 86.

<sup>2</sup> V. CASSANO G., *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Vol. 1, Giuffrè, 2006, p. 6.

<sup>3</sup> V. LAMBERTI F., *La famiglia romana e i suoi volti: pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Giappichelli, 2014, p. 2 e ss. Su simbologia e leggende collegate al diritto di vita e di morte, vedi RABELLO A.M., *Effetti personali della “patria potestas”* cit. p. 40 ss.; HARRIS W.V., *The Roman Father's Power of life and death*, in R.S. Bagnall; B.D. SHAW, *Raising and Killing Children: two roman myths*, in *Mnemosyne* 54, 2001, pp. 31-77; MASCIA A., *Famiglia di fatto: riconoscimento e tutela*, Halley editrice, 2006, p. 23.

<sup>4</sup> Per un approfondimento, SCHUPFER F., *La famiglia secondo il diritto romano*, Vol. 1, Premiata Tipografia editrice F. Sacchetto, 1876, p. 4 e ss.

sulla moglie<sup>5</sup>: tramite la *conferreatio*, matrimonio riservato in origine solo ai patrizi, che consisteva in un solenne rito religioso, officiato dagli stessi sposi alla presenza di dieci testimoni e del pontefice massimo, il quale si concludeva con l'unione spirituale dei due e con l'ingresso della moglie nella famiglia del marito; attraverso la *coemptio*, matrimonio in uso tra i plebei, che costituiva una vera e propria vendita effettuata alla presenza di cinque testimoni e di un magistrato; e infine attraverso l'*usus*, la forma più antica di matrimonio non basata su alcun rito, che costituiva un caso di applicazione dell'usucapione (dopo un anno di convivenza il marito poteva usucapire la *manus* sulla moglie) che andava a riparare ad un errore od omissione della *coemptio*<sup>6</sup>.

Nell'età postdecemvirale, di pari passo con i cambiamenti socio-economici, anche l'istituto del matrimonio subì un'evoluzione. Come abbiamo visto, la soggezione ai poteri relativi alla *manus* comportava per la donna una netta recisione dei legami, in particolare giuridici, con la famiglia d'origine: da un lato il *pater familias* originale della donna perdeva i poteri di sottoporre direttive, imposizioni e castighi alla stessa, in favore del marito o del nuovo *pater familias*; dall'altro lato, la donna non poteva più vantare diritti successori alla morte del padre<sup>7</sup>. Con il mutamento delle condizioni economiche e sociali si avvertì, dunque, l'esigenza da parte della donna di conservare le proprie pretese ereditarie e si iniziò ad evitare la cosiddetta *conventio in manum*, cioè di far uscire la *mulier* dalla *patria potestas* in modo tale che essa potesse partecipare alla successione *ab intestato* al padre o dovesse essere presa in qualche modo in considerazione nel testamento<sup>8</sup>. In tal modo la *mulier*, non recidendo il cordone ombelicale dalla propria famiglia, non poteva avanzare

---

<sup>5</sup> BRINI G., *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, 1889. Zanichelli, p. 24. Sul matrimonio con instaurazione della *manus* si veda per tutti le recenti panoramiche di TREGGIARI S., *Roman Marriage* cit., part. p. 16 ss.; ASTOLFI R., *Il matrimonio nel diritto preclassico*, Padova 2000, p. 295 ss.

<sup>6</sup> LAMBERTI F., *La famiglia romana e i suoi volti: pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Giappichelli, 2014, pag. 13 e ss.

<sup>7</sup> Si veda MUCI M., NOTARO S., RIBEZZO F., TAFURO A., *L'evoluzione della concezione dell'istituto del matrimonio*, in Ithaca: Viaggio nella Scienza Educational-I, 2019, p. 48.

<sup>8</sup> V. GIUFFRÈ V., *Il diritto dei privati nell'esperienza romana*, Novenne, 2010, p. 332.

alcuna pretesa ereditaria dalla famiglia del marito. Quest'unione venne chiamata *matrimonium sine manu*<sup>9</sup>.

A seguito di tali mutamenti, vennero abolite sia la *confarreatio* che la *coemptio* e si aggirò al contempo la regola dell'*usus* con l'interruzione dello stesso, ogni anno, mediante l'allontanamento della donna dalla casa coniugale per il tempo di tre notti<sup>10</sup>.

È evidente come tutta l'età più antica sia stata caratterizzata dalla soggezione della donna prima alla *potestas* del padre e poi alla *manus* del marito. In questa prospettiva, "sciogliere il matrimonio è perciò, almeno nei tempi delle origini, sciogliere un vincolo potestativo là dove si è creato"<sup>11</sup>.

Il vero problema era riuscire ad ottenere il riconoscimento pubblico della cessazione di tale vincolo matrimoniale. La coscienza sociale, difatti, osteggiava il divorzio basato sul semplice diniego di continuare la vita coniugale e richiedeva come condizione essenziale la presenza di una causa giustificativa<sup>12</sup>.

Diverso il discorso, invece, quando la *manus* non fu più considerata condizione indispensabile ai fini della validità del matrimonio. In questo caso l'unione coniugale traeva la sua essenza dall'elemento materiale della convivenza e da quello spirituale dell' *affectio maritalis*<sup>13</sup> (inteso come reciproco consenso a considerarsi marito e moglie). Venute meno queste due condizioni il matrimonio si scioglieva a seguito del *divortium*<sup>14</sup>. Ma accanto all'eventualità di un matrimonio finito per volere di entrambi i coniugi, più frequente era l'ipotesi di una dichiarazione di *repudium*, di norma proveniente dal marito<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. BRINI G., *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, 1889. Zanichelli, p. 41; GIUFFRÈ V., *Il diritto dei privati nell'esperienza romana*, Novenne, 2010, p. 333.

<sup>10</sup> V. LAMBERTI F., *La famiglia romana e i suoi volti: pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Giappichelli, 2014, pag. 15.

<sup>11</sup> V. FASCIONE L., *Storia del diritto privato romano*, Giappichelli, 2012, p. 93.

<sup>12</sup> Si veda GIUFFRÈ V., *Il diritto dei privati nell'esperienza romana*, Novenne, 2010, pp. 335 e ss.

<sup>13</sup> V. LAMBERTI F., *La famiglia romana e i suoi volti: pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Giappichelli, 2014, pag. 18.

<sup>14</sup> BRINI G., *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, 1889. Zanichelli, p. 16.

<sup>15</sup> Si veda MOSCATELLI A., *La condizione della donna nelle società primitive e nell'antico diritto romano: studiata nei suoi rapporti colla evoluzione storica della famiglia*, Ulan Press, 1923, p. 43. Vedi anche LOBIATI P.G.M., *Giustizia, pena e misericordia nell'istituto del matrimonio nel diritto romano*,

A partire però dal periodo di Costantino, con l'imporsi delle concezioni cristiane secondo le quali il matrimonio è un sacramento che si sostanzia in un'unione indissolubile celebrata dinanzi agli occhi di Dio, gli imperatori iniziano a dettare una serie di limitazioni al *divortium* nel tentativo di comprimere sempre più l'originaria libertà di scioglimento delle nozze. Pur tuttavia, le nuove ideologie religiose non cancellarono il convincimento radicato nei giuristi classici che il rapporto coniugale fosse dissolubile per il venir meno della *maritalis affectio*<sup>16</sup>. Per quanto riguarda invece le unioni omosessuali, nel mondo e nella cultura romana, dalle sue origini fino al periodo tardoantico, “*il rapporto non connotato dal carattere dell'eterosessualità non veniva di per sé vietato e, quindi, sanzionato in alcun modo: le relazioni omosessuali erano libere e praticate nei differenti ambiti della società romana con la sola limitazione del rispetto dei differenti valori collettivamente riconosciuti*”<sup>17</sup>. Pur essendo, quindi, ben conosciute già nell'alta antichità, le relazioni fra persone dello stesso sesso non ottengono, nell'intero arco dell'esperienza romana, una veste giuridica. Essendo il fondamento delle unioni matrimoniali la procreazione e la cura dei figli, è facilmente comprensibile come nell'antichità unioni alle quali tali funzioni fossero per definizione precluse non potessero essere prese in considerazione dal diritto<sup>18</sup>. Che un uomo e una donna potessero unirsi in un «*consortium omnis vitae*», in un sodalizio duraturo, che vedesse anche la nascita di figli, pure in assenza di matrimonio, era invece ipotesi diffusa nell'esperienza romana<sup>19</sup>. È quindi verosimile supporre che, in particolare nell'età repubblicana, le ‘unioni

---

in Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III, 2017, pp. 134 e ss.; ROSSI F., *Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica*, Firenze University Press, 2019, p. 237 e ss.

<sup>16</sup> V. GIUFFRÈ V., *Unioni paramatrimoniali*, in *Il bisogno del diritto*, Jovene, Napoli, 2007, p. 101 ss., p. 109. Sulla concezione classica del matrimonio, per tutti ASTOLFI, *Il matrimonio*, cit., pp. 4 ss., 63 ss.

<sup>17</sup> Si veda SANDIROCCO L., *Cum vir nubit in feminam*, in *Rivista di Diritto Romano*, IX, 2009, p. 5.

<sup>18</sup> V. DALLA D., «*Ubi venus mutatur*». *Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Giuffrè, Milano, 1987, part. p. 101 ss.; CANTARELLA E., *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Editori Riuniti, Roma, 1988; THOMAS Y., *La divisione dei sessi nel diritto romano*, in AA.VV. (a cura di P. SCHMITT – PANTEL), *Storia delle donne in Occidente. L'antichità*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 103-176.

<sup>19</sup> V. VIARENGO G., *Unioni di fatto: Dal diritto romano ai diritti attuali*, Giappichelli, 2017, p. 3.

paramatrimoniali' fossero per lo più legami nei quali un precedente matrimonio (o la assenza di *connubium*) impediva alla coppia di contrarre *iustae nuptiae*. Data infatti la possibilità di contrarre matrimonio in modo relativamente informale, nell'esperienza romana, per la quale erano sufficienti consenso (liberamente manifestato e *perseverans*) e convivenza, e la analoga facilità (e frequenza) per quanto atteneva allo scioglimento dei matrimoni, non si vede dunque perché, sino alla fine della repubblica, chi fosse in condizione di scegliere non dovesse/potesse scegliere la 'forma' matrimoniale, data la possibilità di divorziare rapidamente e in modo relativamente indolore<sup>20</sup>.

La situazione era destinata invece a mutare nel principato. Le ragioni vanno rinvenute nelle disposizioni della legislazione matrimoniale augustea e della *lex Iulia de adulteriis*<sup>21</sup>. L'imperatore, come noto, «perseguiva l'intento di potenziare dal punto di vista numerico e demografico i matrimoni, con particolare riguardo alle classi abbienti, preservando la dignità sociale degli appartenenti alle classi alte (e con essa anche la stabilità patrimoniale)»<sup>22</sup>. L'importanza politico-sociale della classe cui appartenesse la (neocostituita) famiglia veniva assicurata anche colpendo con sanzioni le unioni che apparissero non conformi alla *dignitas* dei ceti senatorio e che pertanto venivano dichiarate non conformi alle leggi augustee<sup>23</sup>. Le unioni non matrimoniali dunque, all'interno e come conseguenza della legislazione augustea, non erano frutto di una libera scelta dei conviventi: derivavano invece dai limiti e divieti imposti *ex lege*. Il diritto non riconosceva dati tipi di vincoli, e in conseguenza di ciò essi producevano effetti sul solo piano fattuale.

---

<sup>20</sup> GIUFFRÈ V., *Unioni paramatrimoniali*, in *Il bisogno del diritto*, Jovene, 2007, pp. 101 e ss.

<sup>21</sup> Sulla legislazione augustea e i relativi divieti matrimoniali, per tutti, CSILLAG P., *The Augustan Laws on Family Relations*, Budapest, 1976; RADITSA L., *Augustus' Legislation Concerning Marriage, Procreation, Love Affairs and Adultery*, in *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, 2.13, 1980, p. 278 ss.; TREGGIARI S., *Roman Marriage. Iusti Coniuges From the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 277 ss.; ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, Cedam, Padova, 1996, p. 93 ss.; RIZZELLI G., *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Edizioni del Grifo, Lecce, 1997; SPAGNUOLO VIGORITA T., *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, Jovene, Napoli, 2010.

<sup>22</sup> V. part. ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 315 ss.

<sup>23</sup> VIARENGO G., *Unioni di fatto: Dal diritto romano ai diritti attuali*, Giappichelli, 2017, pp. 9 e ss.

## 2. L'importanza del matrimonio tra Codice e Costituzione

L'istituto della famiglia ha subito, dal codice civile ad oggi, radicali mutamenti passando da un modello unico di famiglia (la grande famiglia patriarcale, nobile e contadina) a una molteplicità di modelli familiari «in un'ottica funzionalistica e personalistica in cui la famiglia è formazione sociale strumentale alla realizzazione della personalità individuale»<sup>24</sup>. Ad essere mutato profondamente è, però, non solo l'istituto in sé, ma anche il rapporto tra famiglia e diritto. In origine l'ordinamento giuridico si trovava in preminente posizione “dominante”, nel senso di imporre un unico modello familiare, senza lasciare alcun spazio alle aspirazioni personali, per passare poi ad una funzione sempre meno “potestativa” e progressivamente sempre più “recettiva” e servente<sup>25</sup>.

La disciplina dei rapporti familiari ha, sin da subito, trovato la sua collocazione elettiva nel codice civile (del 1865 prima e del 1942 poi), il quale rispecchiava con coerenza il modello familiare dell'epoca e, in particolare, quello della famiglia borghese, la cui economia rappresentava, in linea generale, il punto di riferimento dell'intera regolamentazione dei rapporti privati<sup>26</sup>. Il codice civile del 1942, pur non mancando di aperture innovative, delinea un modello familiare che è stato considerato già sfasato, al tempo della redazione del codice, rispetto all'effettivo atteggiarsi dei rapporti familiari nella società ed in particolare per la mutata posizione in essa della donna<sup>27</sup>: si tratta di un modello di famiglia che «nasce già vecchio perché viene ad essere modificato, nella struttura, nei principi, nei valori, nelle scelte ideologiche allorquando, con la caduta del fascismo, si affermano e vengono normativizzati i valori che inaugurano la nuova repubblica costituzionale»<sup>28</sup>. Dal codice civile del 1942,

---

<sup>24</sup> V. GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto civile*, ITAedizioni, 2019, p. 103.

<sup>25</sup> GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto civile*, ITAedizioni, 2019, p. 103.

<sup>26</sup> V. BOCCHINI F., QUADRI E., *Diritto privato*, VIII ed., Giappichelli, 2020, pp. 389 e ss. Si veda anche AULETTA T., *Diritto di famiglia*, Giappichelli, 2016, p. 1-22.

<sup>27</sup> V. BOCCHINI F., QUADRI E., *Diritto privato*, VIII ed., Giappichelli, 2020, p. 393.

<sup>28</sup> V. RUSCELLO F., *I limiti di operatività del dovere di assistenza morale e materiale tra i coniugi*, in *Studium Iuris*, 2000, 2, pp. 137-144.

difatti, emerge un modello di famiglia patriarcale e istituzionale, fondato sul matrimonio eterosessuale con il requisito dell'indissolubilità. Caratterizzato da una struttura gerarchica, tale modello esclusivo di famiglia fa convergere nella figura del marito (definito "capo della famiglia") poteri autoritari nei confronti della moglie (potestà maritale) e dei figli (patria potestà) e prevede una chiara ripartizione di ruoli tra coniugi che, nel riconoscere alla moglie una funzione eminentemente domestica, di fatto la emarginava oltre che dal governo della famiglia anche nelle relazioni economiche del gruppo familiare con l'esterno<sup>29</sup>. La potestà maritale (ex art 144) metteva quindi la moglie in una condizione di subalternità e vera e propria inferiorità, resa ancora più stringente non solo dall'adozione del regime legale di separazione dei beni ma anche dalla particolare disciplina dei beni dotali (art 182 e ss.) e soprattutto da un dovere maritale di mantenimento, subordinato alla ricorrenza di un vero e proprio stato di bisogno, che di fatto finiva col trasformare la moglie bisognosa in una *mantenuta del marito*<sup>30</sup>.

Ma ciò che meglio dimostra l'inadeguatezza del codice civile a rispecchiare la realtà dell'epoca, la quale stava vivendo già le sue prime importanti trasformazioni, è il diverso trattamento riservato, ai fini della separazione personale, all'adulterio della moglie rispetto a quello del marito. L'art 151, co. 2 del codice civile del 1942, riprendendo sostanzialmente il codice del 1865, non ammetteva la separazione per adulterio del marito "se non quando concorrono gravi circostanze tali che il fatto costituisca un'ingiuria grave alla moglie"<sup>31</sup>. Anche sul diverso fronte della filiazione al *pater familias* veniva

---

<sup>29</sup> Si veda ROMANELLI R., *Famiglia e diritto: dall'ideologia del codice civile ai grandi numeri della statistica giudiziaria* in Quaderni storici Vol. 31, 1996, Il Mulino, Bologna, pp. 43 e ss.; CASSANO G., *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, 2006. Giuffrè, pp. 7 e ss.; GENOVA G., *La sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale: il diritto fondamentale per gli omosessuali di vivere liberamente una condizione di coppia*, in TORINO R. (a cura di), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, 2012. Roma TrE-Press, p. 37- 56; DE STROBEL G., *I modelli di famiglia nel contesto europeo e nazionale: famiglia legittima, famiglia di fatto, matrimonio omosessuale*, in *Rivista AIAF*, 2012.

<sup>30</sup> V. GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto civile*, ITAedizioni, 2019, p. 104.

<sup>31</sup> V. CASSANO G., *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Giuffrè, 2006, p. 382.

riconosciuto un potere assorbente con la cosiddetta *patria potestas*, la quale comportava una soggezione filiale quasi incondizionata al capo famiglia<sup>32</sup>. Diviene quindi evidente che in un impianto così strutturato non poteva residuare alternativa alla ‘famiglia legittima’.

Con l’avvento della Costituzione ci fu un significativo cambiamento nel diritto di famiglia ed una vera e propria rottura con la disciplina dei rapporti familiari emergente dal codice civile.

In particolare, la Costituzione «sancendo il definitivo superamento della concezione patriarcale e istituzionalistica, ha inaugurato e promosso una concezione nuova e diversa di famiglia, nucleare, funzionale e propriamente solidaristica»<sup>33</sup>. Una concezione che muove dal “primato” della persona quale valore apicale dell’ordinamento e configura la famiglia quale formazione sociale in esclusiva funzione esplicativa della persona stessa<sup>34</sup>.

L’attuale disciplina della famiglia trova la sua principale fonte in alcuni principi costituzionali che hanno radicalmente modificato l’assetto normativo sul quale si fondava l’istituto sotto la vigenza del codice del 1942<sup>35</sup>. Il fondamento costituzionale della famiglia legittima si rinviene in tre articoli della Carta: l’art 29 che, nel riconoscere i “diritti della famiglia legittima” come società naturale fondata sul matrimonio, prescrive che il vincolo matrimoniale sia “ordinato sull’uguaglianza morale e giuridica dei coniugi”; l’art 30 che, ponendo in posizione di evidente preminenza l’interesse del minore, individua i diritti e i doveri dei coniugi anche con riferimento alla prole ed indipendentemente dalla circostanza che la filiazione sia avvenuta nel o fuori dal matrimonio; l’art 31 che individua gli ambiti di tutela che devono essere apprestati dallo Stato, in riferimento alla famiglia come gruppo sociale, all’infanzia e alla maternità<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Si veda RUSCELLO F., *I limiti di operatività del dovere di assistenza morale e materiale tra i coniugi*, in *Studium Iuris*, 2000, 2, pp. 137-144.

<sup>33</sup> V. GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto civile*, ITAedizioni, 2019, p. 105.

<sup>34</sup> VIARENGO G., *Unioni di fatto: Dal diritto romano ai diritti attuali*, Giappichelli, 2017, p. 119 ss.

<sup>35</sup> Si veda RUSCELLO F., *Istituzioni di diritto privato*, vol. 4, Giuffrè, 2007, p. 300.

<sup>36</sup> V. ZOPPINI A., CHINÈ G., FRATINI M., *Manuale di diritto civile*, NelDiritto editore, 2018, p. 210.

Nella Costituzione, quindi, la famiglia è innanzitutto *naturalis societas*, ossia formazione sociale attraverso la quale si svolge la personalità dell'individuo. Tuttavia la definizione di “società naturale<sup>37</sup>” non vuole indicare un generico riferimento a concezioni giusnaturalistiche ma è diretta a sottolineare che l'istituto familiare è pregiuridico, sussiste cioè prima e indipendentemente da interventi legislativi. Il passaggio da una concezione istituzionale<sup>38</sup> ad una concezione costituzionale della famiglia<sup>39</sup> segna l'inizio dei fenomeni di privatizzazione e funzionalizzazione<sup>40</sup> del diritto familiare, intesi nel senso dell'emersione degli interessi del singolo rispetto a quelli del gruppo<sup>41</sup>. Non per questo, comunque, l'ordinamento giuridico rinuncia alla sua vocazione di indirizzo che qui si manifesta anche con la riaffermazione del principio dell'unità della famiglia (art 29, co. 2) ora però non più affidato – come nei codici - ad una struttura di comando, bensì collegato, in rapporto di reciproca integrazione e necessaria complementarietà, ad un ordinamento dalle relazioni familiari egualitario e paritetico, come tale retto da principi di solidarietà e pari libertà e responsabilità<sup>42</sup>.

Sebbene sia innegabile la posizione di privilegio e vera e propria preferenzialità che anche la nostra Carta Costituzionale accorda alla famiglia legittima, sarebbe, al tempo stesso, eccessivo dedurre anche una supremazia o addirittura un'esclusività di un modello o ancora peggio l'indice di un disvalore verso altre e diverse realtà familiari<sup>43</sup>. Sebbene niente affatto assimilabile a quella fondata

---

<sup>37</sup> Sul dibattito ideologico suscitato dalla formula costituzionale, vedi BESSONE M., *La famiglia nella Costituzione*, in *Comm. della Cost.* a cura di Branca, Bologna 1977, p. 8; ESPOSITO C., in *Studi per Cicu*, II, Milano, 1951, 559; GIORGIANNI M., in *Trim.* 1956, p. 752; NICOLÒ R., in *Dem. dir.* 1960, II, 10; GRASSETTI C., *Diritto di famiglia*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VI, 1990, p. 192; CARRARO L., in *Studi per Guicciardi*, Padova, 1975, p. 731.

<sup>38</sup> Sul tema cfr. OBERTO G., *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 116 ss. Ora vedi anche BOCCHINI F., *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 446 ss., p. 437 ss.

<sup>39</sup> OBERTO G., *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2003, p. 1.

<sup>40</sup> Sui concetti di ‘privatizzazione’ e ‘funzionalizzazione’ si veda anche RUSSO E., *Studi sul diritto di famiglia*, Gangemi editore, 2016.

<sup>41</sup> V. STANZIONE A., *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, in *Riv. Diritto civile*, 2004, p. 23.

<sup>42</sup> Si veda GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto civile*, ITAedizioni, 2019, p. 106.

<sup>43</sup> CASSANO G., *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, 2006. Giuffrè, p. 1 ss. Si veda anche ZATTI P., *Introduzione*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. ZATTI, Vol. 1,

sul matrimonio, la famiglia non matrimoniale non è nel disegno costituzionale fenomeno da avversare e anzi, nella sua dimensione generativa e procreativa, la stessa viene ammessa a piena e totale equiparazione, come dimostra la tutela dei figli nati fuori dal matrimonio, sia pure con il limite di una “compatibilità” (art 30, co. 3) funzionale soltanto a tutelare la vita intima e l’ordine interno del gruppo familiare, onde prevenire il possibile insorgere di “conflitti di lealtà”. Ma anche nella semplice dimensione di coppia, la famiglia non matrimoniale non è di certo priva di rilevanza costituzionale, rientrando tra i diritti inviolabili della persona, quanto meno in tutti i casi in cui essa ripeta i tratti della formazione sociale esplicativa della persona ai sensi dell’art. 2 Cost., quand’anche nelle forme di una stabile convivenza tra persone dello stesso sesso, come afferma a più riprese la stessa Corte Costituzionale<sup>44</sup>. A ben vedere, infatti, l’art. 29 Cost. non risulta idoneo a fornire una definizione univoca di famiglia, nemmeno laddove ne parla in termini di «società naturale fondata sul matrimonio», posto che tale naturalità non farebbe necessariamente riferimento ad un’esigenza di coerenza con la tradizione eterosessuale ma, piuttosto, alla propensione dei singoli di unirsi al fine di creare una formazione sociale, che in Costituzione viene definita famiglia. Alla luce di quanto sopra, apparirebbe, forse, preferibile parlare di tutela costituzionale *delle* famiglie, proprio al fine di rispondere in modo positivo alle tendenze differenziatrici del tessuto sociale odierno<sup>45</sup>.

---

*Famiglia e matrimonio*, a cura di FERRANDO G., FORTINO M., RUSCELLO F., Giuffrè, Milano, 2011, p. 13.

<sup>44</sup> V. GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto civile*, ITAedizioni, 2019, p. 107.

<sup>45</sup> Si veda CORSINI P., *Il matrimonio tra persone dello stesso genere: l’eloquenza del silenzio normativo in La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli editore, 2010, pp. 75 e ss. Per un approfondimento, si veda anche AL MUREDEN E., *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 996 ss.; CAMPAGNA L., *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Giuffrè, 1961, p. 52.

### 3. Le formazioni sociali nell'evoluzione giurisprudenziali

L'ondata innovativa apportata dalla Costituzione ha sottoposto la regolazione codicistica ad una difficile prova di resistenza alla luce dei nuovi parametri costituzionali. Tuttavia, nel primo decennio successivo alla sua entrata in vigore, dottrina e giurisprudenza si sono mostrate poco recettive ai valori costituzionali<sup>46</sup>. Solo con l'avvio del decennio successivo l'istanza di rinnovamento si è fatta sempre più acuta e avvertita sia nella scienza giuridica che nella coscienza sociale, ponendo le condizioni propizie per l'adozione di alcuni importanti interventi legislativi sulla spinta di numerose pronunce giurisprudenziali<sup>47</sup>.

In relazione alle convivenze *more uxorio* si è effettivamente formato un gruppo di pronunce costituzionali costantemente richiamate dalla dottrina<sup>48</sup>.

Inizialmente la Corte Costituzionale ha assunto nella sua elaborazione una posizione mediana<sup>49</sup> rispetto agli orientamenti dottrinali esposti, posizione rappresentata emblematicamente dalla sentenza n. 237 del 1986<sup>50</sup>, nella quale la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 384 e 307 c.p., sotto il profilo della mancata previsione del convivente *more uxorio*

---

<sup>46</sup> V. GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto civile*, ITAedizioni, 2019, p. 108.

<sup>47</sup> Si veda GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto civile*, ITAedizioni, 2019, p. 108.

<sup>48</sup> Cfr. sul punto, in particolare, BRUNELLI G., *Famiglia e Costituzione: un rapporto in continuo divenire*, in C. Mancina, M. Ricciardi, *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Donzelli, Roma, 2012; ROSSI S., *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008; ROSSI E., PIGNATELLI N., *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, 2006; BERGONZINI C., *La convivenza more uxorio nella giurisprudenza costituzionale* (note a ritroso all'indomani di Corte Cost. n. 140 del 2009), in *Studium Iuris*, 2010, 1-7; SEGRETO A., *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione*, in *Dir. Fam.* 1998, 1666-1674.

<sup>49</sup> Orientamento che per molti aspetti si richiama all'analisi di ESPOSITO C., *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 153, che osservava come la famiglia «non sia generata solo dal matrimonio, ma, per lo meno in maniera eguale, dalla procreazione in matrimonio», inducendo quindi a rinvenire nell'istituto famiglia sia il rapporto di coniugio che quello di filiazione, anch'esso preso in considerazione dalla Costituzione.

<sup>50</sup> Orientamento ribadito nelle sentenze 13 novembre 1986 n. 237, in *Foro it.*, 1987, I, 2353 ss., 13 maggio 1989 n. 310, in *Giur. cost.*, 1989, I, 1400 ss., 20 dicembre 1989 n. 559, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 88 ss., 6 luglio 1994 n. 281, in *Famiglia e diritto*, 1994, 489 ss..