

Un fossile vivente (e necessario): la famiglia tra disciplina costituzionale e mutamenti sociali*

di **Emanuele Rossi** – *Professore Ordinario di Diritto costituzionale nella Scuola Superiore Sant'Anna*

SOMMARIO: 1. La necessità di partire dalla situazione attuale della famiglia: l'art. 29 Cost. è un fossile? – 2. La famiglia è (ancora) fondata sul matrimonio? – 3. segue: il matrimonio tra vincoli e libertà di scelta. – 4. Il *diritto alla famiglia* e le persone omosessuali. – 5. L'unità della famiglia: fisica o morale? – 6. segue: Unità della famiglia e famiglie "ricomposte". – 7. La Costituzione e la famiglia: un modello in crisi o un modello da cui ripartire?

1. La necessità di partire dalla situazione attuale della famiglia: l'art. 29 Cost. è un fossile?

È a tutti evidente che “la deriva concettuale della famiglia apre su orizzonti segnati da un processo di trasformazione antropologica, nei quali con difficoltà ci si può muovere con la sola bussola della scienza giuridica”¹. Riflettere oggi sul tema della famiglia dal punto di vista della Costituzione richiede di considerare gli elementi di approdo (al momento) di questa trasformazione, al fine di valutare, in relazione ad essi, il significato delle previsioni costituzionali che riguardano la

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento reso nel corso del Ciclo di Seminari su “Persona e diritti fondamentali” organizzato dall'Associazione Italiana dei Costituzionalisti il 22 giugno 2021.

¹ M. PEDRAZZA GORLERO – L. FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in *Diritto pubblico*, 2010, 270.

formazione sociale famiglia. Si tratta, com'è evidente, non di una opzione fra le tante, ma di quella imposta (o presupposta) dalla stessa Corte costituzionale, che soprattutto in questa materia richiede di confrontarsi con il “costume sociale” (da ultimo, sentenza n. 174 del 2016), la “cultura sociale” (sentenza n. 221 del 2019), la “coscienza sociale” (sempre da ultimo, sentenza n. 1 del 2022)², e con altri concetti analoghi per valutare la conformità a Costituzione di specifiche discipline riguardanti l'istituzione familiare e, più in generale, le relazioni educative e di cura³. E ciò è peraltro comune a pressoché ogni campo riguardato dalle norme costituzionali: sempre infatti si richiede di valutare come tali norme vivano nel contesto che esse sono chiamate a regolare, ovvero, per dirla in altri termini, come il *testo* opera nel *contesto*⁴.

Si è anche affermato, al riguardo, che il *riconoscimento*, sancito nell'art. 2 Cost., delle formazioni sociali (tra cui la famiglia), comporta che “l'apprezzamento in termini di tutela si deve svolgere sul terreno dei processi sociologici, cioè guardando alla famiglia in concreto rilevante, prima ancora che su quelli dei modelli astratti e normativi”, così auspicando una definizione “elastica e dinamica” della formula contenuta nell'art. 29 Cost.⁵. Portando alle estreme – e a mio avviso eccessive e non condivisibili, come cercherò di dire – conseguenze questa prospettiva, c'è chi ha ritenuto che il concetto di famiglia *naturale* costituisca un ossimoro: “perché se è sul costume sociale che si deve basare la nozione di “famiglia”, sul “medio sentire”, allora perde di qualsiasi prescrittività il concetto di famiglia ‘naturale’”⁶.

Al di là di tale ultima considerazione, è comunque certo che per valutare come il disposto costituzionale operi oggi relativamente all'istituzione familiare sia necessario partire da una fotografia dell'esistente: e per fare questo possiamo riferirci, oltre a ciò che è possibile trarre

² Con tale decisione è stata esaminata una questione di costituzionalità avente ad oggetto una presunta discriminazione per ragioni di genere nell'impiego presso istituzioni convittuali: la Corte, nel dichiararla inammissibile in quanto la scelta viene ritenuta rientrante nella discrezionalità del legislatore, afferma che “la verifica della perdurante rispondenza della finalità presidiata (dalla disposizione) agli orientamenti e ai valori radicati nella coscienza sociale richiederebbe una rimediazione della disciplina delle istituzioni educative nella sua globalità, che spetta alla discrezionalità del legislatore”.

³ Secondo quanto si legge nella motivazione della sentenza n. 221 del 2019, in particolare, la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost. è costruita intorno “ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale”. Sottolineava (nel 1971) il rischio che il richiamo alla “coscienza sociale” altro non fosse che “un espediente per dare dignità, al livello della decisione delle controversie o delle indicazioni di taluni principi della vita associata, ai pregiudizi prevalenti ancora nell'ambito di una organizzazione sociale” S. RODOTÀ, *Intervento*, in *Studi sassaresi*, II, *Famiglia e società sarda*, Milano, 1971, 388.

⁴ G. AZZARITI, *Multiculturalismo e Costituzione*, in *Questione giustizia*, n. 1/2017.

⁵ F. CAGGIA – A. ZOPPINI, *Art. 29*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (cur.), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 606 e *ivi* AA citati.

⁶ R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 2000, 10, 1066 ss.

dall'esperienza nella quale ciascuno di noi è immerso, ai dati forniti dall'Istat, che offrono una rappresentazione – pur con molti inevitabili limiti – della realtà almeno del nostro Paese. Da essa è possibile operare una verifica della tenuta del “modello costituzionale” allo scopo di comprendere che cosa la Costituzione continui a indicare al legislatore e a tutti gli operatori.

Per proseguire su questa strada sono necessarie due premesse.

La prima è che l'analisi fattuale richiede di dare per presupposto ciò che invece, alla luce di quella stessa analisi, ma anche della normativa ordinaria in essere, risulta controverso: ovvero il concetto stesso di famiglia. Se infatti può risultare scontato almeno che questa, in quanto formazione sociale (ma anche nel significato comunemente accolto e condiviso) sia una realtà *plurisoggettiva* (aperta a chi, lo vedremo), va tuttavia ricordato che per il nostro ordinamento (in specie, per il regolamento anagrafico) “Una famiglia (anagrafica) può essere costituita da una sola persona” (art. 4, comma 2, dpr n. 223/1989)⁷. Si può risolvere la contraddizione ritenendo che quella anagrafica non debba considerarsi “famiglia”? E che quindi l'aggettivo (“anagrafica”) abbia un significato tale da trasformare l'identità del nome (“famiglia”) cui è riferito? Forse sì: ma certamente qualche dubbio di coerenza sistematica sussiste. Ed ancora, due persone conviventi che abbiano stipulato un'unione civile (eventualmente, anche con figli), che la legge non legittima a chiamarsi “famiglia”, sono così diversi e distanti dal modello familiare cui si fa riferimento? Insomma, il tema della famiglia risulta anche a prima vista difficilmente afferrabile (o perlomeno circoscrivibile), a partire dal significato da attribuire al nome.

Seconda avvertenza. Certamente si percepisce, anche in prima approssimazione, una consistente distanza tra il modello tradizionale di famiglia che era affermato nel momento storico in cui operò l'Assemblea costituente (e di cui è evidente espressione il testo costituzionale, che pure non si appiattì sull'orientamento in quel momento prevalente⁸) e ciò che oggi caratterizza il modello familiare, tanto da ritenere che questa parte della Costituzione sia probabilmente la meno performante: v'è chi, al riguardo, ha paragonato l'art. 29 a un fossile, “cioè al resto di un organismo

⁷ Parla del concetto di *famiglia unipersonale* come di un ossimoro A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2008, 9.

⁸ Rileva la differenza tra ciò che costituiva sentire diffuso nel contesto sociale in quel momento e ciò che risulta dal testo costituzionale F. PIZZOLATO, *La famiglia nella Costituzione e criteri per una disciplina dei modelli diversi dalla famiglia*, in B. PEZZINI (cur.), *Tra famiglia, matrimoni e unioni di fatto*, Napoli, 2008, 127, sottolineando come il principio dell'eguaglianza giuridica e morale dei coniugi, sancito dalla disposizione costituzionale, fosse tutt'altro che condiviso nel modello familiare allora prevalente. Osservazione da condividere, sebbene per aspetti diversi rispetto a quello indicato sia innegabile che il testo costituzionale risenta, e di molto, della considerazione di famiglia in quel momento prevalente.

un tempo vivente”⁹. Cercherò di valutare se tale giudizio possa essere condiviso: sicuramente, tuttavia, è assai probabile che se la Costituzione fosse scritta oggi sarebbe formulata in modo significativamente diverso da come essa è, soprattutto con riguardo agli articoli 29 e 30 (ma anche, per quanto si dirà, agli articoli 31 e 37). Eppure, nessuna proposta di legge costituzionale finalizzata alla modifica di detti articoli risulta essere stata depositata nella presente legislatura (direi: per fortuna!), ad indicare che si tratta di una materia sulla quale non sussistono soluzioni che possano aspirare a risultare condivise nell’ambito della classe politica e, ancor prima, nella società.

Non potendo analizzare in questa sede tutti i variegati aspetti del rapporto tra Costituzione e famiglia, anche tenuto conto della consistente giurisprudenza costituzionale che ha interessato tale relazione, mi soffermerò su tre profili che considero centrali di detto rapporto, e che mi sembrano maggiormente oggetto di tensione tra il modello costituzionale e la prassi (intendendo qui per prassi anche il comune sentire rispetto al “sentire” proprio della carta costituzionale). Questi tre ambiti sono:

- a) il fondamento della famiglia sul matrimonio;
- b) il “diritto alla famiglia” ed il suo significato;
- c) l’unità della famiglia.

2. La famiglia è (ancora) fondata sul matrimonio?

I dati Istat indicano con sufficiente chiarezza la tendenza in atto. Prescindendo dall’anno 2020 e dalla prima parte del 2021 (periodo nel quale la celebrazione di matrimoni è stata fortemente limitata dalle misure di contenimento della pandemia¹⁰), nel 2019 (quindi, prima dell’insorgere della pandemia Covid-19) si è registrato un numero di *primi* matrimoni pari a 146.150, che corrisponde al numero più basso registrato negli ultimi anni. Ma al di là del numero assoluto, è la tendenza che merita considerare: dal 2008 al 2019 vi è stato un calo costante (nel 2008 i primi

⁹ M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in G. CONTE – S. LANDINI (cur.), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, II, Mantova, 2017, 242.

¹⁰ Nel 2020, infatti, a seguito della situazione venutasi a creare, si è avuta un’ulteriore consistente diminuzione numerica: i matrimoni celebrati sono stati 96.841, il 47,4% in meno rispetto al 2019. Cfr. la rilevazione Istat pubblicata in data 21 febbraio 2022 e che può essere consultata qui: https://www.istat.it/it/files//2022/02/Report_Matrimoni-unioni-separazioni-2020_21_02.pdf

matrimoni erano stati 212.476), che, secondo l'Istat, è costante negli ultimi quarant'anni. Sempre nel 2019, ogni 1000 uomini vi sono stati 410 primi matrimoni, tra le donne 455 ogni 1000¹¹. Ovviamente cresce l'età media di chi contrae il primo matrimonio: la percentuale diminuisce consistentemente tra i giovani fino a 34 anni e aumenta tra i 35 e i 49 anni. Di contro, le convivenze *more uxorio* sono più che quadruplicate dal 1988 al 2019, passando da circa 340 mila e 1 milione e 370 mila¹².

Dunque, il matrimonio è divenuto una scelta non più scontata e necessaria per chi intenda costruire una vita in comune, forse anche una scelta numericamente minoritaria, sebbene su questo punto non sia facile raccogliere dati certi, per la evidente difficoltà di censire le diverse forme di convivenza: in ogni caso, è di chiara evidenza che il matrimonio viene evitato anche da una parte consistente di coloro che pur decidono di vivere insieme e di generare figli, e quindi di costituire una famiglia (di fatto). Di conseguenza, la necessità di ripensare quella “nozione di famiglia che era stata data per acquisita, in quanto presupposta” nel testo costituzionale ha messo “in tensione” le stesse previsioni costituzionali¹³.

Di tali trasformazioni ha preso atto anche la legislazione, oltre a quella richiamata. Così, ad esempio, il recente decreto legislativo 21 dicembre 2021, n. 230, che ha istituito l'assegno unico e universale per i figli a carico, all'art. 5, comma 4, non fa riferimento alla famiglia bensì ai *nuclei familiari*, articolandoli tra quelli comprendenti “entrambi i genitori, inclusi quelli separati o divorziati o comunque non conviventi” e quelli comprendenti uno solo dei due genitori.

Anche in alcune regioni si è assistito a un'opera di allargamento dei confini della famiglia “costituzionale”. Così, ad esempio, in una fase storica in cui il tema era particolarmente caldo, anche nell'opinione pubblica, e forti erano le spinte per una regolamentazione a livello nazionale (per la quale si è dovuto attendere, come noto, il 2016), alcune regioni colsero l'occasione della

¹¹ Merita anche rilevare che la maggiore flessione riguarda i matrimoni religiosi, mentre le nozze celebrate con rito civile registrano una crescita costante (essendo passate dal 2,3% del 1970 al 36,7% del 2008 fino al 52,6% del 2019). Anche limitando il dato ai primi matrimoni (nei secondi il numero dei riti civili è altissimo, anche in conseguenza degli effetti derivanti dalla celebrazione religiosa del primo matrimonio nell'ordinamento canonico), si registra che la diffusione del matrimonio civile è salita dal 27,9% del 2008 al 41,6% del 2019.

¹² Il dato indicato è stato estrapolato da un'indagine che l'ISTAT effettua per proprio conto, nel filone di rilevazioni intitolato ‘Vari aspetti della vita quotidiana’, a cadenza annuale, e condotta su un campione di circa 20.000 famiglie e 50.000 individui. In termini giuridici, va segnalata la difficoltà di ricondurre ad unità le diverse forme di convivenza, proprio per questo accomunate nella definizione di “unioni non matrimoniali”, con tutte le difficoltà connesse di circoscriverle: cfr., sul punto, le considerazioni di L. CONTE, *Le unioni non matrimoniali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 7 giugno 2013.

¹³ F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2013, 4.

revisione statutaria conseguente alle riforme costituzionali del 1999 e del 2001 per introdurre previsioni ampliative. Sono note, a tale riguardo, le disposizioni contenute negli statuti della Toscana, dell'Umbria e della Campania, che indicarono nei relativi principi la tutela, accanto alla famiglia, di altre forme di convivenza: sui primi due statuti indicati intervennero le celebri sentenze della Corte costituzionale n. 372, 378 e 379 del 2004 che non censurarono, ma neppure avallarono, le scelte del legislatore regionale, ma che probabilmente ne sancirono la compatibilità (o non incompatibilità...) col testo costituzionale¹⁴. Si trattò di un tentativo in cui forte era la spinta ideologica, e sebbene la legislazione regionale successiva non sembri aver inciso sulla regolamentazione della famiglia nei suoi aspetti costitutivi¹⁵, tuttavia numerose leggi con finalità assistenziali generali hanno riguardato anche le famiglie non fondate sul matrimonio¹⁶.

Anche a livello di regolamentazione comunale l'entrata in vigore della legge 20 maggio 2016, n. 76, ha verosimilmente favorito un'attenzione a relazioni familiari non necessariamente connesse ad un atto matrimoniale.

Quali riflessioni i cambiamenti intervenuti nel contesto sociale inducono sul piano costituzionale?

Al netto di ragioni che trovano il loro fondamento in mutamenti complessivi riguardanti il mondo del lavoro e più in generale il contesto economico e sociale (quali, ad esempio, la crescita mobilità delle persone in ambito nazionale e internazionale, le diverse modalità organizzative del sistema produttivo ed anche dei rapporti lavorativi, la limitata protezione sociale dei sistemi di welfare, e così via), si può rilevare come la scelta di convivere senza matrimonio indica la volontà di preferire, nella relazione, la dimensione della libertà, al contempo esprimendo un rifiuto dei *vincoli* derivanti dal matrimonio (come indica anche l'espressione "vincolo matrimoniale", propria della terminologia canonistica¹⁷). Come affermato dalla Corte, "la convivenza *more uxorio*

¹⁴ Secondo l'opinione, che condivido, di G. FALCON, *Alcune questioni a valle delle decisioni della Corte*, in *Regioni*, 2005, 31 ss. Cfr. anche A. ANZON, *La Corte condanna all'inefficacia giuridica le norme "programmatiche" degli Statuti regionali ordinari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4057 ss. Va tuttavia ricordato che, con una discutibile successiva pronuncia (n. 365 del 2007) la Corte ha affermato che una legge regionale che intendesse dare attuazione a una norma statutaria programmatica dovrebbe ritenersi illegittima: deduzione giustamente criticata da A. MANGIA, *Il federalismo della 'descrizione' e il federalismo della 'prescrizione'*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 4045 ss.

¹⁵ M. TROISI, *Famiglia e misure di sostegno: la legislazione regionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 7 giugno 2013, 28.

¹⁶ A. M. BENEDETTI, *Quali spazi per un diritto regionale della famiglia?*, in *Famiglia e diritto*, n. 5/2011, 445.

¹⁷ L'espressione vincolo è propria del magistero della Chiesa cattolica, per il quale "Il vincolo matrimoniale è stabilito da Dio stesso, così che il Matrimonio concluso e consumato tra battezzati non può mai essere sciolto. Questo

rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza dal matrimonio", con cui i conviventi "dimostrano di non voler assumere i diritti e i doveri nascenti" dallo stesso (sentenza n. 166 del 1998), tanto che "l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti". Già a partire dalla sentenza 45 del 1980, confermata dalla giurisprudenza successiva¹⁸, la Corte ha indicato nella stabilità, nella certezza e della reciprocità di diritti e doveri gli aspetti che giustificano il primato dell'unione matrimoniale rispetto alla convivenza di fatto. Sebbene non sia possibile assolutizzare questo assunto (in quanto è ben possibile che una relazione di fatto possa risultare tanto "vincolante" quanto duratura, e che al contempo nulla assicura che l'unione matrimoniale lo sia in *re ipsa*), tuttavia può ritenersi che la scelta di convivere senza matrimonio, e quindi di rifiutare di rendere "pubblica e giuridicamente impegnativa la responsabilità del legame affettivo" di fronte alla comunità sociale¹⁹, sia espressione della prevalenza di quella concezione individualistica di stampo illuministico²⁰ o libertario rispetto a una concezione, insita nel disegno costituzionale, di tipo istituzionalistico²¹ (seppur temperato dal principio personalista²²). Ed al contempo può essere considerata come un rifiuto nei confronti di una "struttura paritaria della quale criterio organizzativo è la relazione di solidarietà che lega gli interessi individuali in ragione della dipendenza della loro realizzazione dalla condizione di partecipazione al gruppo, e quindi dalla stabilità del gruppo fondata sul matrimonio"²³. Ciò risulta coerente con la linea di confine segnata dalla giurisprudenza costituzionale tra la prevalenza "delle esigenze obiettive della famiglia come tale, cioè come stabile istituzione sovraindividuale" che si

vincolo, che risulta dall'atto umano libero degli sposi e dalla consumazione del matrimonio, è una realtà ormai irrevocabile e dà origine ad un'alleanza garantita dalla fedeltà di Dio" (*Catechismo della Chiesa cattolica*, n. 1640).

¹⁸ Cfr. sentenze n. 310 del 1989, 423 e 404 del 1988, 8 del 1996.

¹⁹ Così F. PIZZOLATO, *La famiglia nella Costituzione*, cit., 124.

²⁰ V. TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2008, 103.

²¹ Ancora secondo F. PIZZOLATO, *La famiglia nella Costituzione*, cit., 125, "la famiglia riconosce e riproduce questa alleanza archetipica tra uomo e donna, ma già, con il matrimonio, la sublima in istituzione, con ciò stabilizzandola, regolandola, al fine di renderla responsabile nella costruzione della città". Anche secondo L. VIOLINI, *Famiglia e Costituzione, Una o più società naturali?*, in C. MIRABELLI (cur.), *La Costituzione repubblicana. Fondamenti, principi e valori, tra attualità e prospettive*, Roma, 2010, 165, "la famiglia, per il nostro ordinamento, è un'istituzione e non può essere ridotta a una dimensione meramente privatistica o affettiva".

²² V. TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale*, cit., 101 ss. Che la Costituzione imponga un temperamento tra individualismo e comunitarismo è ricordato, da ultimo, da Q. CAMERLENGO, *Editoriale. Persona e formazioni sociali, tra diritti individuali e diritti collettivi*, in ID. (cur.), *Diritto costituzionale*, n. 2, vol. IV, *Persona e formazioni sociali. Tra diritti individuali e diritti collettivi*, Milano, 2021, 11.

²³ L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 12.

avrebbe nella famiglia fondata sul matrimonio, rispetto alla prevalenza della “soggettività individuale dei conviventi” che invece si realizzerebbe nelle convivenze di fatto²⁴. A questo riguardo, l’art. 29 Cost., nel fare riferimento ai “diritti della famiglia”, pone l’esigenza di riconoscere la soggettività giuridica della famiglia in quanto tale, “con la conseguente attribuzione al gruppo di una facoltà di atteggiarsi con profili di alterità rispetto ai singoli membri²⁵: tanto che, come si è osservato, se la Costituzione non ritenesse rilevante il “valore di un interesse (non autonomo, bensì) ‘comune’ della famiglia, si dovrebbe dubitare della legittimità costituzionale di molte disposizioni del codice civile²⁶.”

In sostanza, sembra prevalere, nei più, la convinzione che quello di costituire una famiglia si configuri alla stregua di un “diritto dei singoli” (art. 9 Carta dei diritti UE, che riprende analogo previsione contenuta nell’art. 12 della CEDU²⁷), il cui esercizio non è più condizionato dalla volontà di realizzare l’obiettivo della convivenza o quello della generazione di figli (mentre in passato, secondo la mentalità prevalente, il matrimonio costituiva una sorta di condizione per la realizzazione di tali obiettivi), quanto piuttosto per realizzare *finalità diverse e ulteriori rispetto a quelle*, prevalentemente connesse ad una dimensione solidaristica della famiglia (ad esempio, con riguardo agli aspetti successori o previdenziali). Oppure esso è inteso come frutto di una *scelta consapevole*, vale a dire successiva e conseguente alla sperimentazione dell’effettiva capacità della relazione affettiva di costituire quell’ambiente familiare “stabile e armonioso” cui si riferisce la Convenzione di Strasburgo del 24 aprile 1967²⁸.

Questo ragionamento sconta tuttavia un problema di fondo, che già si è accennato all’inizio: ovvero se il termine “famiglia” possa riferirsi ad ogni forma di convivenza tra due persone oppure soltanto a quella costituita con la celebrazione del matrimonio. Detto in altri termini: due persone che scelgono di convivere senza matrimonio, e che a un certo momento di detta convivenza

²⁴ Così, espressamente, Corte cost. n. 8 del 1996: analogamente sentenza n. 423 del 1988; ordinanza n. 1122 del 1988; sentenza n. 352 del 2000.

²⁵ F. CAGGIA – A. ZOPPINI, *Art. 29*, cit., 607.

²⁶ F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio*, cit., 8.

²⁷ Secondo la previsione della CEDU, “a partire dall’età minima per contrarre matrimonio, l’uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l’esercizio di tale diritto”; l’art. 9 della Carta UE stabilisce invece che “Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio”. Sulla giurisprudenza della Corte EDU (come anche su quella della Corte costituzionale italiana) v. C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell’evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze, 2019, 109 ss.

²⁸ La Convenzione è stata ratificata con legge 22 maggio 1974, n. 357, e ripresa dalla giurisprudenza costituzionale: ad esempio cfr. sentenza n. 148 del 1992.

decidono di sposarsi, costituiscono la famiglia soltanto *dopo* la celebrazione del matrimonio o anche *prima*? Se si risponde nel primo senso, si può affermare che prima del matrimonio i conviventi intendono realizzare un'unione priva di vincoli (o perlomeno con *meno vincoli*), che diventa (maggiormente) vincolante con il matrimonio, “in cambio” di obiettivi che sono propri della famiglia legittima. Ciò presuppone, dunque, che al matrimonio sia attribuito il valore di atto mediante il quale *si forma una famiglia*, come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 310 del 1989: “l’art. 29 Cost. non nega dignità a forme naturali del rapporto di coppia diverse dalla struttura giuridica del matrimonio, ma è altrettanto vero che riconosce alla famiglia legittima una dignità superiore, in ragione dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corresponsività di diritti e doveri, *che nascono soltanto dal matrimonio*” (corsivo aggiunto).

All’opposto di tale posizione sta quella che, anche in considerazione dello spostamento sul versante del rapporto della realtà fenomenica, ritiene necessario “il superamento del riferimento all’atto costitutivo come criterio rilevante per la determinazione di una disciplina del vincolo familiare”²⁹, ammettendo dunque l’esistenza di una pluralità di modelli familiari tutti garantiti dalla Costituzione. Ma tale ultima posizione (che, rifiutando di considerare un atto formale come criterio discrezionale imporrebbe di cercare altri di carattere fattuale), richiederebbe – tra l’altro – di valutare quando anche la “famiglia di fatto” o altri modelli di convivenza svolgano la funzione sociale propria della famiglia fondata sul matrimonio ed assicurino rispetto a questa la medesima condizione di “ambiente stabile e armonioso”.

3. segue: il matrimonio tra vincoli e libertà di scelta

Considerati questi aspetti, torniamo all’impatto dei cambiamenti sociali intervenuti sulla coerenza delle disposizioni costituzionali. Le quali non si esprimono nel senso di un *diritto al matrimonio* (o a costituire una famiglia): l’espressione “diritti”, come noto, è riferita alla famiglia e non ai singoli. Ma neppure, a differenza di altri diritti, quello di sposarsi viene considerato (anche)

²⁹ N. LIPARI, *Riflessioni sul matrimonio a trent’anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. civ. e proc. civ.*, 2005, 717.

quale un dovere, a differenza di ciò che avviene per il lavoro, l'istruzione, il voto³⁰: mentre la legislazione che si è prodotta – prima e dopo la Costituzione – ha fatto dell'istituto matrimoniale una condizione per l'esercizio di altri diritti individuali. Credo si possa ritenere che la Costituzione non ha previsto questo diritto perché lo ha ritenuto implicito: essa muove infatti dalla prospettiva per cui la persona non è individuo isolato bensì un “*homme situé*, costituito da un io e dalle sue relazioni sociali”³¹. Non c'è bisogno di richiamare, al riguardo, l'art. 2 e il riferimento in esso contenuto alle formazioni sociali quali ambiti nei quali si svolge la personalità individuale. Pur senza aderire a teorie organicistiche, è comunque desumibile dal contesto costituzionale una stretta correlazione tra appartenenze del singolo e sua considerazione sociale: in sostanza, si è coniuge, lavoratore, sindacalista, membro di un partito e di un'associazione, e così via.

La tendenza in atto sembra distaccare la realtà da questo modello e proporre un modello di appartenenze fluide, non definite una volta per sempre (si potrebbero definire “liquide”, secondo il linguaggio invalso ormai in pressoché ogni circostanza), in cui anche la relazione affettiva è “liquida”³² e l'essere coniugato non è più considerato come uno *status* sociale, tale per cui il non essere sposato (per la donna, come per l'uomo) veniva considerato alla stregua di una *deminutio* nella considerazione sociale. In tal senso, si può ritenere che il diritto (di contrarre matrimonio) è più libero oggi rispetto al passato, in quanto meno soggetto a condizioni o pressioni che inducano a esercitarlo³³.

Oltre a ciò, per comprendere le tendenze in atto sarebbe necessario considerare quali sono i “vantaggi” propri di una famiglia “fondata sul matrimonio” rispetto a una convivenza: la Costituzione in parte esprime il proprio *favor* per il matrimonio e indica al legislatore di incentivarlo (art. 31), ma al contempo sembra presupporre che la scelta di sposarsi non abbia bisogno di essere incentivata in quanto “naturale” e quindi *naturalmente* scelta dalle persone (e questa è stata probabilmente anche la ragione che ha indotto il legislatore a non prevedere specifiche misure di vantaggio per la famiglia “matrimoniale” rispetto alle altre: salvo limitate

³⁰ Questo aspetto, che oggi appare scontato, non lo era in epoca pre-costituzionale: si ricordi, ad esempio, la “imposta sui celibi” introdotta il 13 febbraio 1927 ed abolita dal Governo Badoglio nel 1943.

³¹ M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei “nuovi diritti”*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2009, 555.

³² Il noto teorizzatore della “società liquida” ha utilizzato tale aggettivo anche per descrivere le relazioni affettive: cfr. Z. BAUMAN, *Amore liquido. Sulla fragilità dei legami affettivi*, Roma-Bari, XXXIX rist., 2022.

³³ Parlava già di una tendenza al “superamento del matrimonio come luogo costitutivo degli *status*” G. DALLA TORRE, *Famiglia senza identità?*, in *Justitia*, 2012, 129.

ipotesi relative a forme di supporto economico e lavorativo – peraltro quasi mai legate alla condizione di aver costituito una famiglia quanto piuttosto alla presenza di figli da mantenere – relativamente al sostegno e all’educazione dei figli; a misure di regolazione del rapporto di lavoro miranti a favorire il ricongiungimento familiare, e poco altro³⁴). Il tema degli “incentivi” al matrimonio è peraltro scivoloso, in quanto induce ad almeno due profili di problematicità, conseguenti all’applicazione del principio di eguaglianza quale canone di ragionevolezza: con riguardo al rapporto tra famiglie e famiglie di fatto, da un lato, e in relazione all’ammissibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Ma tralasciando tali problemi, è di tutta evidenza come, superata una mentalità che riteneva “socialmente doveroso” il matrimonio, o questo risulta in qualche misura vantaggioso per gli interessati oppure viene, dai più, rifiutato: “è infatti necessario che l’apertura alla sfera pubblica sia avvertita come sensata, fonte di arricchimento del rapporto, e non come semplice adempimento burocratico, ‘celebrato’ dinnanzi ad autorità (civili o ecclesiastiche) sentite come fredde o francamente ostili”³⁵. Qui sta il reale cambiamento che si è prodotto rispetto al passato: se per la Costituzione la famiglia ha un valore sociale (come si dirà), la sua costituzione e il suo mantenimento hanno bisogno di sostegni effettivi ed efficaci.

Sotto un diverso punto di osservazione, ci si dovrebbe interrogare anche sul concetto di *matrimonio*, che come sappiamo, dalla Costituzione è presupposto ma non regolato (e quindi rinviato alla legislazione civile)³⁶. In passato, ad esempio, e con riguardo a forme di riconoscimento delle diverse forme di convivenza, si è sostenuto che allorché si realizzi un riconoscimento *ex lege* della relazione di convivenza, questa verrebbe ad essere non più assimilabile alle formazioni sociali *ex art. 2* bensì al matrimonio *ex art. 29*, in quanto sia l’atto di matrimonio che l’atto che sancisce l’esistenza di una convivenza sono atti pubblici cui l’ordinamento annette precise conseguenze giuridiche: di conseguenza, un’unione civile dovrebbe essere considerata alla pari di un matrimonio. Il punto è delicato: se infatti fosse sufficiente un qualsiasi atto pubblico con cui due persone regolano i loro rapporti di convivenza a costituire un *matrimonio ex art. 29* –

³⁴ V. ora il disegno di legge C 2561, contenente Deleghe al Governo per il sostegno e la valorizzazione della famiglia, presentato dal Governo il 25 giugno 2020, approvato dalla Camera il 18 novembre 2021 e al momento in cui si scrive all’esame del Senato, nella cui Relazione illustrativa si legge che “la famiglia deve essere sostenuta”.

³⁵ F. PIZZOLATO, *La famiglia nella Costituzione*, cit., 127.

³⁶ Si v. sul punto le osservazioni di P. CONSORTI, *Diritto e religione*, II ed., Bari-Roma, 2014, 119 ss., per il quale la mancanza di una definizione legale del matrimonio fa sì che le disposizioni del codice civile riaffermino la validità della formula di “comunione di vita materiale e spirituale dei coniugi” richiamante il concetto di *consortium totius vitae* di derivazione canonistica.

indipendentemente dalla disciplina giuridica che caratterizzi tale atto, in termini di conseguenze ed effetti – la disposizione costituzionale dovrebbe intendersi riferita al mero accordo tra due soggetti, espresso in forma pubblica, ed il legislatore sarebbe libero di disciplinare gli effetti di tale accordo come meglio ritiene. In altri termini, i contenuti dell'accordo matrimoniale sarebbero interamente disponibili da parte del legislatore, salvo il rispetto (soltanto) della forma pubblica di tale atto. Si tratta di un tema di grande rilevanza ed anche oggetto, come noto, di grande attenzione da parte della dottrina giuridica in generale, e che in questa sede non è possibile approfondire. Personalmente condivido la tesi per cui il concetto di matrimonio ha un contenuto essenziale (e quella che ad esso rinvia non sia pertanto una norma “in bianco”³⁷), non interamente rimesso alla discrezionalità del legislatore. Possono segnalarsi, a tale riguardo, due pronunce del Tribunale costituzionale portoghese³⁸, in cui si afferma che quello di famiglia è sì “un concetto aperto, adattabile alle diverse realtà sociali”, tuttavia ciò non significa che il matrimonio sia “una formula vuota di contenuto a totale disponibilità del legislatore”, essendo esso, al contrario, dotato di un “contenuto essenziale” che consiste nello “stabilimento di una comunione di vita tra due persone”. Nessuna norma “in bianco”, dunque, almeno per l'ordinamento portoghese: ma il principio non può che avere una portata generale. Tanto è vero che la stessa legge sulle unioni civili del 2016 ha distinto chiaramente, almeno nelle intenzioni, la formazione sociale che quell'unione costituisce rispetto alla famiglia (in tal senso, da ultimo, Corte cost. n. 33 del 2021): e, di conseguenza, l'atto con cui viene stipulata un'unione civile rispetto al matrimonio (sebbene nel comune sentire si sia prodotta una sostanziale assimilazione tra le due figure).

³⁷ F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza*, in *Rivista AIC*, n. 4/2010, 14; A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 758; nonché, volendo, E. ROSSI, *La Costituzione e i DICO, ovvero della difficoltà di una disciplina legislativa per le convivenze*, in *Politica del diritto*, n. 1/2008, 107 ss.

³⁸ Tribunal constitucional de Portugal, nn. 359/2009 e 121/2010, quest'ultima pubblicata in *Foro it.*, 2010, IV, 272 ss., con nota di P. PASSAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*. In argomento cfr. anche E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2010.

4. Il diritto alla famiglia e le persone omosessuali

Con riguardo a questo tema, occorre ricordare che la Costituzione non prevede espressamente un “diritto *alla* famiglia”, al contrario di quanto stabilisce l’art. 9 della Carta UE e l’art. 12 CEDU (che rimettono alla legislazione degli Stati, come noto, la tutela del “diritto di sposarsi e di costituire una famiglia”): l’art. 29 Cost., infatti, come già ricordato, riconosce i diritti *della* famiglia. E tuttavia non vi sono dubbi che tale diritto sia sancito anche nella nostra Costituzione, in primo luogo nei riguardi dei figli minori: come ha affermato la Corte costituzionale, infatti, la nostra Carta muove dall’esigenza di “assicurare una speciale protezione alla famiglia in generale, ed ai figli minori in particolare, che hanno il diritto di essere educati all’interno del nucleo familiare per conseguire un idoneo sviluppo della loro personalità” (sentenza n. 276 del 2000). Ed ancora, “il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell’unità della famiglia, sono (...) diritti fondamentali della persona” (sentenza n. 28 del 1995). Coerentemente, la legge 4 maggio 1983, n. 184 è significativamente rubricata “Diritto del minore ad una famiglia” e l’art. 1 espressamente sancisce che “Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell’ambito della propria famiglia”. Un diritto che la Corte ha ribadito anche nei riguardi dei minori concepiti mediante maternità surrogata, sebbene abbia rimesso le modalità di riconoscimento alla discrezionalità del legislatore (sentenza n. 33 del 2021).

Ma il diritto alla famiglia va garantito anche a coloro che, mediante una propria scelta volontaria, intendono contrarre matrimonio: lo ha affermato ancora la Corte costituzionale (sentenze n. 445 del 2002, 245 del 2011) con il ritenere che questo costituisca un diritto fondamentale “discendente dagli articoli 2 e 29 della Costituzione, ed espressamente enunciato nell’articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 e nell’articolo 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”. Riconosciuta dunque l’esistenza del diritto, si pone l’interrogativo di chi ne siano i titolari.

Trattandosi di un diritto inviolabile, questo spetta ad ogni *persona*. E sin qui *nulla quaestio*.

Ma questo diritto, per essere esercitato, presuppone la libertà del titolare di scegliere con chi contrarre il matrimonio (aspetto anche questo non scontato in tutte le tradizioni giuridiche³⁹, come ben sappiamo, ma che nella nostra possiamo considerare acquisito, e tutelato di recente anche con norma penale⁴⁰), ma tale libertà di scelta incontra alcuni limiti, indicati dal legislatore (art. 84 ss. del Codice civile). Tra questi, particolarmente problematico è quello costituito dalla differenza di sesso: requisito non espressamente enunciato nel Codice civile, ma ritenuto, anche dalla Corte costituzionale, implicitamente contenuto non soltanto in numerose disposizioni dello stesso Codice riferite al matrimonio (articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis), “ma anche dalla disciplina della filiazione legittima (artt. 231 e ss. cod. civ. e, con particolare riguardo all’azione di disconoscimento, artt. 235, 244 e ss. dello stesso codice), e da altre norme, tra le quali, a titolo di esempio, si può menzionare l’art. 5, primo e secondo comma, della legge 1° dicembre 1970, n. 898 (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio), nonché dalla normativa in materia di ordinamento dello stato civile” (sentenza n. 138 del 2010). Così che, come ancora affermato dalla Corte, “l’intera disciplina dell’istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi, nel quadro di ‘una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio’”.

Una disciplina, quella codicistica e più in generale ricavabile dalla legislazione ordinaria, che ancora la Corte ha ritenuto implicita nella Costituzione: “in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che (...) stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale” (così, ancora, sentenza n. 138 del 2010).

³⁹ Come ricorda ad es. P. LILLO, *Famiglie “musulmane” e diritti “fondamentali” dell’uomo*, in G. DALLA TORRE (cur.), *La famiglia*, cit., 149-150, nell’istituto familiare “musulmano” è previsto il diritto del padre di esercitare nei confronti del figlio “alcune forme di ‘coazione matrimoniale’, eventualmente stipulando, finché è impubere, un matrimonio per suo conto”.

⁴⁰ Il riferimento è alla legge 19 luglio 2019, n. 69, che ha introdotto nel codice penale l’art. 558-bis, in forza del quale è punito con la reclusione da uno a cinque anni “chiunque, con violenza o minaccia, costringe una persona a contrarre matrimonio o unione civile”. Una disposizione, come è stato osservato, che non considera modalità diverse (rispetto al matrimonio e all’unione civile) di costituzione di vincoli derivanti da riti diversi: cfr. G. PEPÈ, *I matrimoni forzati presto previsti come reato anche in Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 maggio 2019.

Rispetto a questo “modello”, è noto come l’esperienza attuale faccia registrare significative divergenze: e peraltro, sempre secondo la sentenza appena richiamata, i concetti di famiglia e matrimonio non possono ritenersi cristallizzati con riferimento all’epoca in cui fu approvata la Costituzione.

Il diritto al matrimonio è infatti rivendicato anche da coloro che, avendo tendenze non eterosessuali, intendano scegliere come proprio partner una persona dello stesso sesso⁴¹. La legge del 2016 sulle unioni civili ha offerto al riguardo una soluzione che, dando seguito a sollecitazioni della Corte costituzionale, ha da un lato tenuto distinta l’unione civile dal matrimonio, ma dall’altro ne ha stabilito una sostanziale assimilazione (art. 1, comma 20: “Al solo fine di assicurare l’effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall’unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell’unione civile tra persone dello stesso sesso”). Così facendo, il legislatore ha cercato una via d’uscita, ma ha anche dato luogo a una situazione che lascia insoddisfatti entrambi i campi: sia in quello di chi auspica un’apertura del matrimonio anche a coppie dello stesso sesso, sia in quello di chi difende l’identità del matrimonio eterosessuale.

In ogni caso, a me pare che ancora una volta il dettato costituzionale riveli una certa distanza rispetto all’evoluzione del costume sociale, peraltro da più parti sottolineata.

In secondo luogo, si deve ribadire quanto già detto, ovvero che se nella concezione tradizionale il “diritto alla famiglia” era intrinsecamente connesso, alla stregua di una sorta di condizione necessaria, al diritto ad avere figli (e quindi come “diritto alla genitorialità”), oggi può dirsi come questo secondo sia quasi del tutto ritenuto distinto e non connesso al primo: sia in quanto “l’idea di famiglia che l’ordinamento (...) garantisce e tutela non risulta necessariamente connessa a una sorta di dovere civico di procreare”⁴², sia per la ragione che i figli si possono avere al di fuori di qualsiasi contesto familiare come anche all’interno di contesti familiari “ricomposti” o plurali. E tuttavia

⁴¹ Cfr., fra i molti, F. MANNELLA, *I “diritti” delle unioni omosessuali*, Napoli, 2013; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali e il dialogo globale delle corti costituzionali*, Pisa, 2013. Più in generale, sui diritti delle persone omosessuali v. da ultimo M. D’AMICO, *I diritti dei “diversi”. Saggio sull’omosessualità*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6/2021, 1 ss.

⁴² P. VERONESI, *Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”*, in *Quad. cost.*, n. 3/2008, 577 ss.

sono forti le richieste di coloro che, all'interno di un rapporto a due di tipo omosessuale, rivendicano la possibilità di avere figli offrendo loro l'opportunità di un ambiente "stabile e armonioso" (magari ricorrendo alle pratiche di maternità surrogata): anche in questo senso si può parlare (e, di fatto, si parla) di un "diritto alla famiglia" che ha connotati parzialmente diversi dal modello di cui alla Costituzione⁴³.

5. L'unità della famiglia: fisica o morale?

Il tema dell'unità familiare è espressamente indicato nell'art. 29 Cost. quale fine che può giustificare l'apposizione di limiti al principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi⁴⁴. Tralasciando il tema della correttezza e dell'ammissibilità di limiti al principio di eguaglianza, e circa la concezione di un'idea di unità che possa realizzarsi – oggi – senza e contro quell'eguaglianza⁴⁵, quello che qui preme rilevare è che il concetto in questione è sicuramente considerato dalla Costituzione come un valore da realizzare e preservare: e tale trasformazione da "limite" a principio autonomo da garantire, già ricavato dalla dottrina meno recente⁴⁶, è avvenuta soprattutto a seguito della riforma del diritto di famiglia, mentre l'unità familiare intesa (anche) come unità fisica (oltre che "comunione spirituale dei suoi membri"⁴⁷) ha iniziato a essere invocata come valore da tutelare in sé⁴⁸, tanto che la Corte costituzionale ha considerato quello all'unità familiare quale diritto inviolabile (sentenza n. 224 del 2005). Ciò impone di riflettere sul concetto di *unità familiare* quale si conforma nella realtà attuale.

Muovendo dal presupposto che l'unità familiare debba intendersi anche come unità *materiale*, ovvero come unità *fisica* (Corte costituzionale, sentenze n. 128 del 1970 e precedenti), che quindi

⁴³ In tema di maternità surrogata e sul rapporto di questa con le tematiche familiari v., da ultimo, C. MASCIOTTA, *La vexata quaestio della maternità surrogata torna dinanzi ai giudici costituzionali*, in *Federalismi*, n. 22/2021, 77 ss.

⁴⁴ Nella sentenza n. 64 del 1961 la Corte parlava di quello dell'unità familiare come di un principio avente "carattere di eccezione" al principio generale della piena eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, come tale da interpretare in senso restrittivo.

⁴⁵ A. RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 1/2017, 92.

⁴⁶ Cfr. P. SCHLESINGER, *L'unità della famiglia*, in *Studi sassaresi*, cit., 367 ss.

⁴⁷ M. BESSONE, *Art. 29*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali*, Bologna-Roma, 1976, 7.

⁴⁸ F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio*, cit., 21.

richiede “effettività di convivenza”⁴⁹ e non può risolversi in una “finzione legale”⁵⁰, in che misura questo principio, così conformato, è garantito e realizzato? Ricordiamo, al riguardo, che il codice civile impone ai coniugi l’obbligo della coabitazione (art. 143 c.c.), quale obbligo finalizzato a valorizzare l’unità familiare intesa come progetto comune di vita: obbligo che va tenuto distinto dalla (seppur correlato alla) necessità della comune residenza anagrafica. Si tratta di un tema di cui molto si è discusso, specie da parte della dottrina civilistica, e che deve essere ripensato, al pari di altri già indicati, alla luce delle evoluzioni sociali.

È agevole constatare, in primo luogo, che nella realtà di molte famiglie anche la convivenza continuata nello stesso spazio fisico (che dovrebbe costituire il presupposto dell’unità *fisica*) risulti tutt’altro che scontata, considerando le caratteristiche attuali dell’organizzazione del lavoro, la difficoltà di trovare alloggi, la mobilità (anche dei figli) sul territorio nazionale e non solo, insieme ad altri fattori a tutti ben noti: sì che può accadere, e accade effettivamente, che la famiglia si ricongiunga solo in alcuni periodi dell’anno (esperienza peraltro non nuova: si pensi all’emigrazione degli italiani nel Novecento in quei Paesi dove vigeva un modello di accoglienza degli immigrati come “lavoratori ospiti”, ad esempio in Germania⁵¹), oppure nel fine-settimana e così via.

Se dunque la convivenza è espressione della concezione che assimila l’unità familiare all’effettiva comunione dei coniugi, di cui la coabitazione è strumento⁵², non può non osservarsi come “la famiglia, considerata dal punto di vista del luogo nel quale essa vive, ha visto una crescente dematerializzazione dei luoghi, nel senso che il dove la famiglia viva, cioè il luogo dove vivono i suoi componenti, è stato soppiantato dalle ragioni che stanno alla base di quell’idea da cui origina la famiglia pluripersonale”⁵³. Sì che “vi potranno essere modi assai diversi di regolare la

⁴⁹ P. F. GROSSI, *La famiglia nella evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in G. Dalla Torre (cur.), *La famiglia nel diritto pubblico*, Roma, 1996, 16.

⁵⁰ L. PALADIN, *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, Milano, 1965, 279.

⁵¹ Relativamente a tale paese, come noto il 20 dicembre 1955 Italia e Germania Federale siglarono un accordo per il reclutamento di manodopera italiana temporanea in territorio tedesco (i cosiddetti “Gastarbeiter”), con l’intento che tali lavoratori tornassero nel proprio paese al termine del lavoro e che quindi mantenessero colà la propria famiglia, prevedendo l’impegno della Repubblica federale tedesca a pagare gli assegni familiari anche alle famiglie che rimanevano in Italia.

⁵² M. PARADISO, *I rapporti personali tra i coniugi (artt. 143-148)*, 2ª ed., Milano, 2012, 78.

⁵³ M. GRONDONA, *Residenza familiare e doveri di coabitazione dei coniugi*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, 2015, 294.

convivenza”, con la possibilità anche che i coniugi si accordino sulla non-fissazione della residenza familiare, che quindi non è individuabile in nessun luogo”⁵⁴.

Su un diverso piano, ma strettamente correlato al tema, va ricordato che la disciplina in materia di immigrazione prevede il ricongiungimento familiare alla stregua di un diritto che consente allo straniero residente in Italia di farsi raggiungere dal coniuge, dai figli minori e da quelli maggiorenni a carico, nonché dai genitori a carico (art. 29 del testo unico sull’immigrazione, che dà attuazione alla direttiva 2003/86/CE): e ciò al fine, appunto, di mantenere o riacquistare in modo continuativo l’unità della propria famiglia⁵⁵, intesa evidentemente non soltanto da un punto di vista affettivo o spirituale, ma anche da un punto di vista di convivenza/coabitazione. Una convivenza, in questa ipotesi, che sembra presupporre la condivisione della stessa abitazione: la disposizione del testo unico prevede infatti che colui che richiede il ricongiungimento deve dimostrare la disponibilità “di un alloggio conforme ai requisiti igienico-sanitari, nonché di idoneità abitativa”. Quindi, nel caso di stranieri, l’esigenza di unità familiare legittima la deroga alle normali regole sull’ingresso e il soggiorno di stranieri sul territorio dello Stato, potendo produrre conseguenze sulla loro condizione giuridica (diritto all’ingresso e alla circolazione sul territorio nazionale ed altri diritti a ciò connessi, fino anche al diritto – sulla base dei requisiti stabiliti dalla legge – all’acquisto della cittadinanza italiana), insieme presupponendo la convivenza nella stessa abitazione⁵⁶. Tuttavia, sempre stando alle previsioni normative e non considerando la prassi amministrativa, la dimostrata disponibilità all’alloggio non obbliga il ricongiunto a convivere con chi ne chiede il ricongiungimento: quella disponibilità sembra configurarsi infatti come condizione necessaria per chiedere il

⁵⁴ A. BELVEDERE, *Residenza e casa familiare: riflessioni critiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 245. Analogamente R. TOMMASINI, *I rapporti personali tra coniugi*, in T. AULETTA (cur.), *Famiglia e matrimonio*, I, Torino 2010, 441, per il quale l’obbligo di coabitare è rimesso all’accordo dei coniugi; M. GRONDONA, *Residenza familiare*, cit., 293, per il quale *solus consensus obligat*.

⁵⁵ L. TRIA, *Il diritto all’unità familiare degli stranieri e degli apolidi nell’Unione europea e in Italia: una prospettiva di sintesi*, <http://www.europeanrights.eu>

⁵⁶ Particolarmente oscura, almeno a chi scrive, appare la disposizione contenuta nel comma 1 *ter* del medesimo articolo, dove si stabilisce che non si può procedere a ricongiungimento “quando il familiare di cui si chiede il ricongiungimento (coniuge o genitore a carico, ndr) è coniugato con un cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale”: previsione che forse intende evitare i casi di poligamia, ma che per come è scritta sembra impedire soltanto la trigamia e non la bigamia. Molto più lineare e chiara la disposizione contenuta nell’art. 4 par 4 della direttiva 86/2003/CE (di cui la disposizione interna costituisce attuazione), per la quale “In caso di matrimonio poligamo, se il soggiornante ha già un coniuge convivente sul territorio di uno Stato membro, lo Stato membro interessato non autorizza il ricongiungimento familiare di un altro coniuge”. Al di là della scarsa chiarezza, la norma evidenzia come la preoccupazione di mantenere l’unità familiare tra i coniugi sia considerata recessiva rispetto alla necessità di evitare forme di poligamia e di mantenere la conservazione del modello sociale della famiglia monogamica (così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il ricongiungimento con il familiare residente all’estero. Categorie civilistiche e diritto dell’immigrazione*, Torino, 2020, 44.)

ricongiungimento, ma non impedisce che, una volta giunta sul territorio nazionale la persona, o subito o dopo, sia libera di abitare dove ritiene (e dove ne abbia possibilità effettiva).

Sul piano costituzionale, la giurisprudenza della Corte non aiuta a comprendere se e in che modo la convivenza sia componente essenziale della famiglia. Se infatti da un lato in alcune circostanze essa ha affermato che la garanzia della ‘convivenza del nucleo familiare’ si radica "nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia e in particolare, nell'ambito di questa, ai figli minori" (sentenza n. 203 del 1997); in altre circostanze ha rilevato come il concetto di solidarietà non implichi necessariamente quello di convivenza, essendo ben possibile adempiere il relativo dovere mediante modalità diverse da quella (ordinanza n. 464 del 2005); e che “la convivenza non si esaurisce in un dato meramente formale e anagrafico, ma esprime, nella quotidiana condivisione dei bisogni e del percorso di vita, una relazione di affetto e di cura” (sentenza n. 232 del 2018).

In ogni caso, pare evidente che quello della convivenza, ancorché si consideri alla stregua di un obbligo, è un obbligo non sanzionabile ma – al massimo – rimediabile, la cui rilevanza può essere apprezzata nelle ipotesi in cui la sua violazione possa recare pregiudizio alla persona dell’altro coniuge (ad esempio nelle ipotesi di addebito della separazione o di abbandono del domicilio domestico connesso al venir meno dei doveri di assistenza: art. 570 codice penale), come pure in relazione alla disciplina dei rapporti di lavoro (si pensi alle disposizioni che favoriscono l’avvicinamento dei familiari), e così via. Anche a tali limitati fini, è tuttavia difficile stabilire con precisione in che cosa, concretamente, si sostanzia la “coabitazione” e come essa possa quantificarsi, se essa debba considerarsi alla stregua di un elemento soltanto materiale o debba accompagnarsi, come affermato dalla Corte, anche in una “relazione di affetto e cura” (in tale ultima ipotesi, chi e come può valutarne l’esistenza e la sufficienza?). Ed ancora, ci si dovrebbe interrogare su come l’effettiva convivenza possa essere accertata: dando per assodato che la comune residenza non è richiesta, si dovrebbe andare a verificare se la famiglia vive effettivamente sotto lo stesso tetto? E per quanto tempo al giorno/mese/anno? E poi cosa significa “sotto lo stesso tetto” (due mini appartamenti contigui sono considerati abitazioni separate mentre la reggia di Caserta è da ritenere abitazione unica...)? Domande che non possono ricevere risposte appaganti, come è evidente: e che quindi inducono a ritenere che l’unità familiare sia un concetto sostanzialmente rimesso all’autonomia organizzativa delle stesse famiglie (come forse è anche giusto che sia). Tanto è vero che la stessa legislazione più recente sembra non considerare il concetto di convivenza in senso materiale: l’art. 1, comma 36, della legge n. 76/2016 prevede infatti che per “conviventi di fatto”

devono intendersi due persone maggiorenni “unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale”, senza quindi alcun riferimento alla necessità di coabitazione, residenza in comune, e quant’altro.

6. segue: Unità della famiglia e famiglie “ricomposte”

In tema di unità della famiglia deve essere poi segnalato un altro profilo.

Ancora secondo i dati Istat, il 20,6% dei matrimoni del 2019 riguarda almeno uno sposo alle seconde nozze (o successive): percentuale che nel 2008 era al 13,8%. Si tenga presente che l’età media degli sposi già divorziati è di 54,9 per gli uomini e 47,2 per le donne: con alta possibilità, dunque, che in queste nuove famiglie siano presenti alcuni figli di una delle parti, nati in precedenti rapporti. Famiglie per le quali sono state proposte numerose aggettivazioni: “ricomposte”, “ricostituite”, “composite”, e così via, e che sono ben note alla sociologia ed anche alla riflessione giuridica⁵⁷.

Quale significato assume, di conseguenza, il concetto di “unità della famiglia” rispetto a tali esperienze, frutto di secondi matrimoni da parte di persone che hanno avuto figli nella precedente relazione? Si parla, a questo riguardo, e anche da parte della giurisprudenza, di *genitore sociale* e, più in generale, di “legami familiari fondati sugli affetti, anche se vissuti in contesti relazionali non riconducibili allo schema dell’art. 29 Cost. o addirittura contrari alla legge”⁵⁸. Alla luce di ciò, si è osservato che, in base alla legge 10 dicembre 2012, n. 219, che ha innovato l’art. 74 del codice civile, sono state abolite le partizioni che distinguevano il rapporto di filiazione in ragione del vincolo matrimoniale che lega i genitori: aspetto che, insieme ad altri, “rappresenta un rovesciamento della prospettiva costituzionale caratterizzata (...) dalla differenziazione della

⁵⁷ La letteratura sul punto è sterminata: se ne veda una ricostruzione in A. D’ANGELO, *La famiglia nel XXI secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, in D. AMRAN – A. D’ANGELO (cur.), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell’Unione europea, I Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2011, 13 ss.

⁵⁸ M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, cit., 241. Per la Corte costituzionale, “il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa” (sentenza n. 162 del 2014). Con riguardo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo v. le decisioni sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia: quella della sez. II, 27 gennaio 2015; e quella della Grande Camera 24 gennaio 2017. Sul tema, in generale, v. G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 7 giugno 2013.

filiazione nel e fuori dal matrimonio”⁵⁹. Il principio di parificazione, peraltro, era già stato affermato dalla giurisprudenza costituzionale, per la quale “il matrimonio non costituisce più il punto di discriminazione nel rapporto tra genitori e figli – legittimi naturali riconosciuti – identico essendo il contenuto dei doveri oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri” (Corte costituzionale, sentenza n. 166 del 1998), valorizzando il rilievo giuridico alla genitorialità sociale (sentenza n. 162 del 2014). Dopo l’approvazione della legge del 2016, ancora la Corte ha ritenuto che “la famiglia si modella sempre più come la rete educativa delle relazioni familiari elementari che vi confluiscono, il vincolo naturale prospettandosi come uno dei modi della relazione educativa”⁶⁰: tanto da poter ritenere che la stessa possa essere rappresentata non più come un’*isola* bensì un come un *arcipelago*⁶¹.

Con riguardo a questo fenomeno, certamente in crescita nel contesto sociale, può parlarsi di un concetto di *unità* diverso da quello (di tipo “nucleare”) che il costituente immaginava e ha prefigurato: l’unità che ora emerge, perlomeno in alcune esperienze, può essere rappresentata mediante più *cerchi che si intersecano*, dove l’insieme è dato da più famiglie che hanno legami plurimi, alcuni dei quali sono propri di altre famiglie (ad esempio nel caso di famiglie in cui vi sono figli di un padre che si è risposato ed ha avuto altri figli, e di una madre che ha un nuovo marito con figli). Ciò vale in particolare quando i figli presenti sono *minori*: in questa circostanza, infatti, “l’inviolabilità del diritto all’unità familiare è certamente invocabile e deve ricevere la più ampia tutela con riferimento alla famiglia nucleare, eventualmente in formazione” (sentenza n. 224 del 2005); mentre detta inviolabilità non è invocabile nelle ipotesi di ricongiungimento di figli maggiorenni e genitori (con la conseguenza che in questi ultimi casi rientra nella discrezionalità del legislatore “bilanciare ‘l’interesse all’affetto’ con altri interessi di rilievo”: *ibid.*). Sul piano dei rapporti tra i coniugi, poi, si è parlato del sorgere di rapporti poligamici di fatto: in queste ipotesi, infatti, la monogamia manterrebbe il suo significato giuridico soltanto in senso sincronico ma non diacronico⁶².

⁵⁹ M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, cit., 241-242.

⁶⁰ M. PEDRAZZA GORLERO – L. FRANCO, *La deriva concettuale*, cit., 256.

⁶¹ Secondo la celebre immagine, che riprende e supera quella proposta da A. C. Jemolo, di F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, I, 509 ss.; ora in *Persona e famiglia. Scritti di Francesco D. Busnelli*, Pisa, 2017, 2004, 343 ss.

⁶² A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale*, cit., 10-11.

Infine, un tema che basta accennare. Per l'art. 29 Cost., come si è detto, l'unità può costituire un limite all'eguaglianza dei coniugi. Nell'idea del costituente questo significava che si potevano ammettere limiti al principio di parità (soprattutto, come è evidente, a scapito della donna: cfr. art. 37 Cost. e la "funzione familiare" ad essa attribuita) proprio in ragione delle esigenze dell'unità della famiglia. Oggi questa impostazione non è più accettabile né accettata: sia perché è sempre meno tollerato che esigenze di unità possano limitare l'eguaglianza, sia in quanto si ritiene che se limiti hanno da essere, questi devono riguardare paritariamente i due coniugi.

In definitiva, anche l'unità della famiglia ha visto scorrere molta acqua sotto i ponti, e le disposizioni costituzionali non sembrano pienamente conformate alla realtà esistente. Basti, a questo riguardo, ribadire la domanda già posta in apertura: se l'art. 29 e l'art. 37, primo comma, Cost. dovessero essere scritti oggi, lo sarebbero nello stesso senso? Personalmente ritengo di no.

7. La Costituzione e la famiglia: un modello in crisi o un modello da cui ripartire?

Quanto sin qui detto, può portare a ritenere che la Costituzione, nella parte che regola la famiglia, o perlomeno una parte di essa⁶³, sia inutile? Certamente, come detto, è probabile che essa sia avvertita come distante e non conformata sulla realtà. Una realtà, peraltro, che potrebbe anche mutare ed evolvere, magari riportando le previsioni costituzionali a recuperare la loro consonanza con ciò che avviene. Ma questo potrebbe anche non accadere, ed anzi potrebbe registrarsi un ulteriore avanzamento delle tendenze in atto. Così da doverci domandare, ad esempio, cosa sarebbe se nessuno si sposasse più, e se tutte le nuove coppie preferissero una convivenza "libera", con conseguente dissolvimento, nella realtà, dell'"istituzione famiglia": un dissolvimento peraltro presagito da decenni da una pubblicistica sin qui smentita dai fatti⁶⁴. Oppure ci si dovrebbe chiedere se il *diritto alla famiglia* si estendesse ancora rispetto alle rivendicazioni attuali (con riguardo, ad esempio, alle famiglie poligamiche). Ed ancora, se il concetto di "unità della famiglia" diventasse un guscio completamente vuoto o perlomeno non apprezzabile giuridicamente, connotandosi come

⁶³ Questa domanda non investe ovviamente altre parti delle disposizioni costituzionali riguardanti la famiglia, che invece dimostrano la piena e attuale validità: si pensi ad esempio al principio di parità tra i coniugi, al dovere dei genitori di mantenere, istruire e educare i figli, e così via.

⁶⁴ D. COOPER, *La morte della famiglia*, Torino, 1972. Più recentemente R. VOLPI, *La fine della famiglia. La rivoluzione di cui non ci siamo accorti*, Milano, 2007.

una mera comunione spirituale, la cui sussistenza non potrebbe che riguardare esclusivamente la coscienza individuale.

Se tutto ciò, o comunque parte di ciò, dovesse accadere, si dovrebbero valutare le conseguenze sulle funzioni che la famiglia ha svolto e svolge, in linea con il disegno costituzionale. Mi riferisco, in particolare, ad alcuni aspetti.

In primo luogo, la funzione sociale della famiglia intesa come istituzione finalizzata al soddisfacimento delle esigenze primarie della persona; ovvero come formazione sociale “primaria” (come rilevato da Corte cost. n. 183 del 1988), come tale titolare di un “diritto al riconoscimento *pleno iure*”: quindi come comunità intermedia, *seminarium rei publicae*, nella quale non soltanto si svolge la personalità individuale ma dove, al contempo, si favorisce la socialità della persona, e quindi la sua solidarietà, insieme alle altre “comunità intermedie” (nell’accezione di La Pira). In altri termini, nelle quali la persona sviluppa la propria dimensione solidaristica fino a raggiungere il livello generale (la società complessivamente intesa, e quindi lo Stato-persona)⁶⁵. E dunque, le trasformazioni della famiglia di cui si è detto quali conseguenze potrebbero produrre sulla funzione ad essa attribuita, e ben illustrata molti anni fa da Cicu⁶⁶, di essere “organo di riproduzione della società”, nesso tra società domestica e società politica? E a chi verrebbe attribuito il compito di trasmettere al singolo “il primo impulso al sentimento della solidarietà” cui si riferiva Mortati⁶⁷? In definitiva, quali conseguenze avrebbe *per la società* il venir meno delle funzioni (sin qui) esercitate dalla famiglia?

Relativamente alla funzione sociale indicata, in particolare, si pone il tema della tutela dei soggetti deboli all’interno del rapporto familiare (coniuge debole, figli, ecc.): tutela che ancora viene ritenuta come una delle funzioni essenziali (e forse insostituibili) della famiglia. Il recente disegno di legge governativo di cui si è detto⁶⁸, approvato in un ramo del Parlamento, connette la tutela della famiglia alla valorizzazione “della crescita armoniosa dei bambini e dei giovani”, e a tale scopo mira “a sostenere la genitorialità e la funzione sociale ed educativa delle famiglie”. E si

⁶⁵ Sia consentito rinviare, anche per meglio comprendere questi riferimenti, a E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, in F. MARONE (cur.), *La doverosità dei diritti. Analisi di un ossimoro costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, 9 ss.; anche in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2019, 51 ss.

⁶⁶ A. CICU, *Matrimonium seminarium reipublicae*, in *Arch. giur.*, 1925, 111.

⁶⁷ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1165.

⁶⁸ Che il legislatore sembra ritenere ancora attuale, come si deduce dalla presentazione del disegno di legge governativo di cui si è detto alla nota 28. In tema, da ultimo, v. G. MATUCCI, *Le agenzie educative e i diritti dei singoli fra unità, identità e autonomia*, in Q. CAMERLENGO (cur.), *Persona e formazioni sociali*, cit., 55 ss.

ricordi pure il “ruolo di cura e di assistenza del caregiver familiare” sostenuto con apposito fondo, come previsto dall’art. 1, comma 254, della legge 27 dicembre 2017, n. 205.

Peraltro, la scelta del costituente, nel definire il principio della parità dei coniugi e nell’equiparare la posizione giuridica dei figli naturali a quella dei figli legittimi, ha inteso proprio garantire la posizione dei soggetti più vulnerabili. In tal senso, va richiamata la “funzione familiare” che la Costituzione riconosce, e che deve essere riferita allo sviluppo della personalità del singolo “nella concreta condizione fisica o morale in cui versi, e deve essere pertanto rivolta alla cura materiale ed affettiva delle diverse categorie coinvolte (minore, genitore o altro familiare)”⁶⁹. Per quanto riguarda la tutela del coniuge debole, ad essa è ispirata la normativa in materia di pensione di reversibilità, che può essere riconosciuta al coniuge ma non al convivente (sentenza n. 461 del 2000), come anche quella in materia di separazione e divorzio, e così via. Un’attenzione, quella qui complessivamente indicata, che deve essere posta specialmente a fronte di persone o situazioni provenienti da diversi contesti culturali, ove non sempre la tutela della parte debole è adeguatamente considerata e tutelata.

Ed ancora, sempre in relazione a detta funzione, va considerato il sostegno alle varie forme di debolezza di cui la famiglia si fa carico (anziani, persone con disabilità, ecc.), e che fa della famiglia uno dei pilastri irrinunciabili del sistema di welfare che, almeno in Italia, si è affermato (si è parlato al riguardo di diritti sociali “situati nella famiglia” e da essa garantiti⁷⁰). Si pensi al sostegno familiare offerto non soltanto in momenti particolari (e il tempo della pandemia ha costituito un esempio di come il sistema sociale sia basato sull’istituzione familiare), e di quanto esso sia determinante per il raggiungimento di un livello di benessere adeguato (o perlomeno sufficiente). Senza dimenticare, in tale contesto, che la sussidiarietà e l’affidamento sulla famiglia producono effetti benefici anche sull’equilibrio del bilancio pubblico: basti considerare quali sarebbero le conseguenze se il sostegno familiare venisse meno – ad esempio – nelle diverse situazioni di non autosufficienza delle persone, e se queste dovessero integralmente essere prese in carico dal servizio pubblico⁷¹. Considerazioni, quelle sin qui svolte, che giustificano anche il forte

⁶⁹ V. TONDI DELLA MURA, *Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti sociali della famiglia*, in *Dir. soc.*, 2005, 549.

⁷⁰ V. TONDI DELLA MURA, *ibid.*, 547.

⁷¹ Si v., al riguardo, la sentenza n. 2 del 2016 della Corte costituzionale, secondo le cui conclusioni, come osserva S. MABELLINI, *La “declinazione sussidiaria” del principio di solidarietà... ovvero un passe-partout per il principio dell’equilibrio di bilancio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, 38, le famiglie dovrebbero assumere “il ruolo di

investimento che le regioni hanno realizzato nel corso degli anni, e che hanno fatto parlare di una “cittadinanza sociale” che la famiglia si è conquistata⁷².

A questi, ed analoghi, interrogativi, che inducono a ritenere che quel fossile indicato all’inizio si configuri a tutt’oggi come un organismo vivo e vegeto, si potrebbe rispondere con il ritenere che l’evoluzione sociale non può essere fermata o invertita dal diritto, cui spetterà – eventualmente – trovare altre soluzioni che facilitino diverse modalità e strumenti con i quali realizzare quelle funzioni. In sostanza: morto un papa (la famiglia) se ne fa un altro. Ma, se anche così fosse, individuare chi o che cosa potrebbe svolgere le funzioni costituzionalmente assegnate alla famiglia non è semplice, come la storia insegna e come è facilmente comprensibile.

Piuttosto, a me pare che la strada da percorrere sia diversa.

Malgrado i ricorrenti richiami alla “morte della famiglia”, mi pare che di un’istituzione “familiare” forte e attiva non si possa fare a meno: sebbene questa non possa essere interamente conformata dal diritto (la famiglia è un’isola...), tuttavia bisogna dare atto che la Costituzione, nelle sue direttrici di fondo, ha consentito sino ad oggi all’istituzione familiare di assolvere alle proprie funzioni fondamentali. Ma i cambiamenti sociali intervenuti, e che forse proprio sulla famiglia hanno maggiormente inciso, richiedono di ripensare le modalità di tutela e di supporto alle funzioni ad essa assegnate, facendo i conti con la realtà⁷³. E a questo compito i giuristi non possono sottrarsi. A distanza di vent’anni, sono ancora attuali le parole di Francesco Busnelli: “Al giurista fedele al dettato costituzionale ma attento al tumultuoso “diritto vivente” emergente dalla prassi spetta il compito di verificare la possibilità di ricostruire un sistema che resti imperniato su tale modello ma che sia in grado di filtrare e di inquadrare armonicamente le istanze della prassi”⁷⁴.

Non ho la pretesa, con queste brevi considerazioni, di indicare quale debba essere il sistema da ri-costruire: soltanto intendevo segnalare che le direttrici costituzionali sulla famiglia richiedono oggi di essere adeguate ad una conformazione della stessa che non soltanto è profondamente

primario – e sussistendone le condizioni economiche, anche unico – erogatore di servizi di assistenza” alle persone con disabilità che ne fanno parte.

⁷² M. TROISI, *Famiglia e misure di sostegno*, cit., 56. Sulle politiche regionali in materia v. anche A. SAITTA, *Famiglia e politiche promozionali: scorsi di un dibattito*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 8 giugno 2013.

⁷³ Il pensiero, qui, va in primo luogo al tema delle politiche di sostegno di natura economica e di servizi alla famiglia, di cui sempre si discute e su cui tutti sembrano d’accordo (salvo non riuscire quasi mai a trovare soluzioni appaganti), mentre una prospettiva diversa (non alternativa ma complementare) fu avanzata qualche anno fa da A. C. MORO, *La tutela giurisdizionale della famiglia*, in G. DALLA TORRE (cur.), *La famiglia*, cit., 83 ss., che invitava a considerare la necessità di collegare, nella materia, le politiche sociali con quelle giudiziarie.

⁷⁴ F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, cit., 354.

mutata, ma che anche viene *percepita* come diversa rispetto alla definizione costituzionale. Comprendo che si tratta di un'affermazione scontata e quasi banale: ma la difficoltà di trovare soluzioni efficaci e appaganti – in uno con la sua necessità – mi pare costituisca lo stato dell'arte in cui ci troviamo.