IRIS AperTO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Famiglie e modelli

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available http://hdl.handle.net/2318/1681490 since 2019-04-10T16:12:01Z

Publisher:

Libellula Edizioni

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

23 April 2024

Famiglie e modelli

(di Luciano Olivero)

SOMMARIO. *1. Premessa. – 2. Il modello cosiddetto patriarcale. 3 – Il modello del codice del 1942 e la Costituzione. 4 – Dalla riforma del diritto di famiglia alla famiglia incentrata sui figli. 5 – I nuovi modelli familiari: unioni civili e convivenze di fatto. 6 – Conclusione.*

1. *Premessa.*

Di tutte le fonti (1) che parlano di famiglia, quelle impresse nei codici hanno una singolare pretesa: di incapsulare in qualche esemplare astratto l'infinita schiera dei casi concreti (2); e di farlo fingendo che ciò dipenda dalla legge soltanto. L'alternarsi dei modelli culturali, la viscosità della prassi, gli usi inveterati, le mode passeggere, l'imitazione degli altri, le scelte individuali, l'emancipazione sessuale, la frammentazione sociale, l'immigrazione, il mercato del lavoro, e perfino le scoperte scientifiche – invece – spesso sommergono i codici (3). E a volte arrivano là dove quelli non si spingono; o non si spingono *ancora* (4).

È una constatazione elementare: ma nessuna struttura retta dal diritto s'imbeve quanto la famiglia di ciò che nuota nell'oceano sociale. Se si vuole, la famiglia ricorda certi "fossili guida" usati in paleontologia: apparentemente simili in ogni angolo del pianeta e in ogni strato di roccia, essi recano in sé, se studiati attentamente, tutte le variazioni dell'ambiente circostante. E però la famiglia è un organismo tuttora vivente e in divenire; ed è soprattutto la legge – in questo caso – a dare risalto ai cambiamenti,

(1) Il termine fonte, in tale contesto, deborda dalla sua accezione tecnica di fonte del diritto, per confluire in una nozione più ampia, che comprende gli antecedenti normativi non più vigenti delle norme attuali e, più in generale ancora, ogni altra testimonianza storica e documentale utile a cogliere la reale portata sociale della disciplina di coppia (sulle diverse accezioni del termine *fonte*, cfr. la relativa voce, ad esempio, sul vocabolario Treccani on line: *www.treccani.it*).

(2) Esistono però altre fonti – non *fonti del diritto* in senso proprio, ma, come detto nella nota che precede, *fonti storiche* utili all'indagine giuridica – che agiscono in modo rovesciato, dal particolare al generale: sono le storie "private" familiari che diventano paradigmatiche della storia generale. Un esempio istruttivo si trova nel libro di R. BIZZOCCHI, *In famiglia. Storie di interessi e affetti nell'Italia moderna*, Laterza, Bari, 2001, che ricostruisce le alterne vicende della società italiana attraverso la micro-storia di una famiglia pisana tra la fine del '600 e la metà dell'800 attraverso i diari, i carteggi e gli altri documenti dell'archivio privato dei suoi componenti.

(3) Per riprendere l'immagine della marea con cui Victor Hugo, ne *L'uomo che ride* (Appleton, New York, 1869, p. 186) descrive la forza delle consuetudini nel diritto inglese: «*Peu à peu les mœurs montent sur les lois …*». Per una storia del diritto familiare italiano rimando, in particolare, a P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 121 ss. e, nel farlo, volentieri ricordo l'ammonimento dell'autore a non trascurare mai, nello studio evolutivo degli istituti familiari, il peso inerziale della tradizione (*ibid.*, p. 129) e l'influsso esercitato dalla sotterranea «vigenza» di legislazioni familiari «codificate o meno», che si percepisce particolarmente intensa, specie nei periodi storici di transizione (*ibid.*, p. 140 e *passim*). Sulla ridefinizione dei modelli familiari nell'evoluzione del diritto di famiglia italiano v. L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 1105 ss. e, in tempi più recenti, M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1792 ss.

(4) «Soprattutto in materia di rapporti di famiglia» – ed è una verità sempre attuale – «è il costume che precede la legge e non è la legge che precede il costume. Ad un certo grado di evoluzione del costume il diritto scritto può dare una spinta ad una ulteriore utilizzazione degli istituti che sono penetrati attraverso l'etica ed il costume sociali, ma in realtà la legge non può creare, in modo che la collettività presti adesione piena, istituti che non sono sentiti»: così G. FLORE, nell'intervento, s.t., al convegno dell'I.S.L.E. (Istituto per la documentazione e gli studi legislativi) del 30 maggio 1967 sui progetti di riforma del libro I del codice, i cui atti sono editi in AA.VV., *Aspetti della riforma del diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1968 (il brano cit. è tratto da p. 48). In effetti, il rispetto della famiglia come società *naturale* (art. 29 Cost.), se non evoca più un diritto di natura eterno e immutabile, si traduce almeno nell'idea del limite all'attività creativa del legislatore (cfr.

calando di tanto in tanto una riforma, preceduta e seguita da un certo clamore (come l'ultima, ad esempio, su unioni civili e convivenze di fatto: cfr. il par. 5).

Dall'esame della legge, in particolare, si possono tracciare in via generale e astratta, con un pastello a punta grossa (5), i modelli familiari e la loro evoluzione. Ma se quest'analisi ci restituisce l'immagine di un percorso che avanza "a strappi", con lunghe stasi e accelerazioni improvvise, i cambiamenti della famiglia immersi nell'evoluzione sociale procedono viceversa con discontinuità minori a passo continuo e impercettibile. Tra un codice e l'altro, tra una riforma e l'altra, c'è la quotidianità della prassi che si conforma o si discosta da quei modelli e così li consolida o pone le basi per superarli. Ci sono insomma i casi ordinari, innumerevoli e "feriali", come quello che emerge da un vecchio ritaglio di giornale.

2. *Il modello cosiddetto patriarcale*.

Il 20 ottobre 1903 è un martedì e sulla pagina degli avvisi a pagamento della *Gazzetta del popolo*, tra annunci commerciali di ogni genere, protesti cambiari, avvisi di concorsi per medici condotti, *réclame* di sciroppi taumaturgici e non meglio precisati «consulti e curiosità di presenza e corrispondenza» in un sedicente Gabinetto magnetico di via Lagrange a Torino, compare questa «DIFFIDA: B. Giuseppe di Costigliole d'Asti, borgata S. Carlo, diffida chiunque che egli non riconoscerà i debiti contratti da sua moglie P. Giacinta».

Con essa – dunque – un marito prende le distanze dai debiti che contrarrà la moglie. Una moglie che è lecito immaginare separata dall'uomo (legalmente o di fatto) in una storia di crisi coniugale, di litigi e di ripicche come tante: straordinariamente normale, oggi come allora. Oggi però non troveremmo più simili diffide, che invece si spigolano numerose sui giornali a cavallo tra '800 e '900 (6). Cosa si celava dietro quella prassi? E chi erano Giuseppe e Giacinta? Ovviamente non lo sappiamo perché quei coniugi – per quanto è dato conoscere – non ebbero più occasioni o ragioni per salvare dall'oblio la loro vicenda personale. Ed è questo che la rende preziosa; e tanto più preziosa è la prassi delle diffide perché, collocandosi al di fuori di ogni previsione legale, ci dà subito la riprova

---

A. TRABUCCHI, *Il governo della famiglia*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia*, atti del II convegno di Venezia svolto presso la Fondazione "Giorgio Cini" nei giorni 11-12 marzo 1972, Cedam, Padova, 1972, p. 51: «Quale famiglia va riconosciuta dallo Stato? La qualificazione è data dal costume, che corrisponde al richiamo fatto costituzionalmente alla "società naturale fondata sul matrimonio"»). La legge, quindi, non potrebbe mai plasmare *in vitro*, a capriccio, un modello di famiglia estraneo al corpo sociale (come potrebbe invece creare a tavolino un modello inedito di associazione o di società di capitali). Di contro, va anche registrato che non tutti i costumi arrivano a condizionare la legge. In effetti, quando si tratta di usanze limitate nello spazio e nel tempo, esse potrebbero deperire prima di penetrare nel tessuto normativo. Un esempio curioso si legge nelle note dal carcere di A. GRAMSCI (Q1, n. 68): «In qualche parte esiste [esisteva] la convivenza sessuale di prova e solo dopo la fecondazione avviene [avveniva] il matrimonio (per esempio in piccoli paesi come Zuri, Soddì, ecc. dell'ex circondario di Oristano): era un costume ritenuto moralissimo e che non sollevava obbiezioni, perché non aveva determinato abusi, né da parte delle famiglie né da parte del clero».

(5) Come è stato rilevato, il diritto scritto non è sempre più complesso, sofisticato e ricco di sfaccettature di quello che emerge dalle regole silenti e consuetudinarie. Spesso è vero l'opposto: R. SACCO, *Il diritto muto*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 27.

(6) Di norma si trattava di testi stereotipati, anticipati da un vistoso grassetto «DIFFIDA» o «DIFFIDAMENTO» (ad esempio: «il signor … significa agli interessati che d'ora in avanti non riconoscerà più i debiti fatti o che sarà per fare a suo nome la propria moglie»: *Il Progresso della Valle Macra*, 30 luglio 1910, p. 2; «il sottoscritto diffida il pubblico che a partire in data d'oggi non riconoscerà né debiti né contrati fatti dalla sua moglie»: *La Sentinella delle Alpi*, 2 giugno 1905, p. 4; o ancora: «Il sottoscritto rende noto, per ogni effetto di legge, che da oggi non riconoscerà alcuna obbligazione o debito contratto dalla propria moglie»: *Il Saviglianese*, 7 settembre 1916, p. 3). A volte poi si innescavano vere e proprie *querelle* a puntate, con botta e risposta, in cui a diffida seguiva contro-diffida, come questa di una moglie risentita, dalle colonne della *Gazzetta d'Alba* («La sottoscritta ha preso atto della diffida pubblicata su questo periodico in data 28 novembre 1946 a firma del proprio coniuge … Diffida inutile, in quanto ella vive separata consensualmente da 7 anni e non ha mai pensato e neppure pensa contrarre debiti per proprio conto e tanto meno a nome del consorte, vivendo onestamente dei proventi del proprio lavoro … senza mai aver preteso dal coniuge indennità per gli alimenti come la legge stabilisce, e che egli avrebbe il dovere di passarle»). Per la consultazione di questi vecchi giornali si veda la Teca digitale del sito *www.regione.piemonte.it*; nonché – oggi – gli archivi raggiungibili dal sito *www.giornalidelpiemonte.it*.

di quanto si diceva: di un diritto di famiglia irriducibile ai soli dati testuali; e che impone di guardare alla prassi per leggere il codice. Ma quale codice?

Al tempo in cui Giuseppe scriveva a Giacinta – occorre premettere – vigeva ancora il primo codice civile dell'Italia unita, il "Pisanelli" del 1865; il quale, per quanto qui importa, stabiliva che «Il marito è capo della famiglia: la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo ovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza» (art. 131) (7). Il modello familiare, inutile dirlo, era verticistico e patriarcale. Il marito esercitava un potere eminente sui figli (*patria* potestà) e sulla consorte (potestà *maritale*), ed era al contempo gravato di speciali doveri di mantenimento e protezione, in un bilanciamento di onori e oneri (8); tra cui quello di *onorare* (9) i debiti della moglie. Quale "ministra" del focolare domestico era infatti naturale che essa stipulasse i contratti necessari alla casa. E quale "capo" di casa, era ovvio congetturare che il marito avesse dato il suo benestare agli acquisti e dovesse poi saldarli, se del caso. Così avveniva da noi e in tutta Europa, con qualche ininfluente differenza tra i paesi cosiddetti germanici (dove quel potere aveva fonte legale) e i paesi latini, tra cui l'Italia (10), dove il codice, appunto, taceva.

Taceva e tacendo dava la stura all'idea – giuridicamente sofisticata e, insieme, rudimentale – di un mandato con procura conferito dal marito alla moglie per la negozialità legata ai bisogni del *ménage*. Una procura che dunque vincolava il patrimonio del primo di fronte ai terzi; a meno che non si trattasse di beni palesemente eccedenti i bisogni della casa, così da debordare dai limiti della rappresentanza; o che la procura non venisse revocata, e la revoca portata a conoscenza dei potenziali fornitori della moglie. Di qui le diffide sui giornali da cui siamo partiti: senza esistere *nel* codice, esse trovavano nelle pieghe *del* codice un sostrato perfetto. In fondo la legge può fare a meno di esplicitare ciò che è immanente alla legge stessa: ed è una lezione sempre attuale (ma che il legislatore contemporaneo dell'unione civile sembra aver scordato un poco, come vedremo parlando di fedeltà: par. 5).

Occorre poi considerare – ed anche questa è una lezione utile a riflettere sullo scarto possibile tra forma e sostanza delle cose – che se il mandato domestico pareva un ascesso innestato sulla più retriva supremazia maritale, di quella supremazia fu al contempo un fattore di erosione e un elemento di emancipazione femminile. Fu presto chiaro, infatti, che il mandato non era una graziosa concessione, perché – nei fatti – la procura non era mai conferita, né solennemente, né espressamente, potendo anche presumersi dalla mancata opposizione del marito. Il quale, in sostanza, veniva in rilievo come titolare di un patrimonio di garanzia, su cui i creditori potevano fare assegnamento (11). E confidando sul suo patrimonio, potevano più a cuor leggero stipulare con la

(7) E quindi aggiungeva, all'articolo successivo: «Il marito ha dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di sé e somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze. La moglie deve contribuire al mantenimento del marito, se questo non ha redditi sufficienti» (art. 132)

(8) Sulla posizione del marito-capo, «investito di ogni onore ed onere» v., *ex multis*, D. VINCENZI, *Uguaglianza dei coniugi avanti la legge* (nota a Cass., 9 luglio 1962, n. 1802), in *Foro it*., 1963, I, c. 1066.

(9) Sul tema, nella dottrina dell'epoca, si vedano: M. GIRIODI, *Sulla obbligazione del marito pei debiti contratti dalla moglie* (nota a Cass. Roma, 20 dicembre 1898), in *La Legge*, 1899, I, p. 145; G.L. FRONTERI, *Responsabilità del marito per i debiti contratti dalla moglie nell'interesse della famiglia* (nota a App. Milano, 18 ottobre 1958), in *Riv. dir. matrim. e pers*., 1959, p. 254; A. ASSISI, *Validità e limiti di efficacia di fronte al marito delle obbligazioni contratte dalla moglie*, in *Nuovo dir*., 1936, p. 94; B. BRUGI, *Debiti della moglie e responsabilità del marito* (nota a App. Napoli, 13 maggio 1914), in *Riv. dir. comm*., 1915, II, p. 449; U. MIELE, *Responsabilità del marito per le obbligazioni assunte dalla moglie* (nota a Cass., 18 maggio 1953, n. 1407), in *Giur. it*., 1954, I, 1, c. 379; V. RANDEGGER, *La responsabilità del marito per i debiti della moglie* (nota a Cass., 18 maggio 1953, n. 1407), in *Giur. compl. Cass. sez. civ*., 1953, V bim., p. 224 ss.; G. STELLA RICHTER, *Debiti contratti dalla moglie nell'interesse della famiglia e responsabilità del marito* (nota a Cass., 6 maggio 1957, n. 1529), in *Giust. civ*., 1958, I, p. 331 ss.

(10) Sulla biforcazione tra paesi germanici e latini: F. PUIG PEÑA, *Tratado de derecho civil español*, II, *Derecho de familia*, 1, *Teoria general del matrimonio*, Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1953, p. 194 e F. SANTORO-PASSARELLI, *Poteri patrimoniali dei coniugi e ripartizione degli oneri matrimoniali*, in *Riv. dir. priv*., 1935, I, p. 52 e ivi nota 1.

(11) Un po' come accade, ancora oggi, per i contratti stipulati dai minori sull'assunto, formalistico, che siano autorizzati dai genitori. Sul tema M. CINQUE, *Il minore contraente – Contesti e limiti della capacità*, Cedam, Padova, 2007.

moglie, così favorendo l'attività negoziale delle donne sposate e l'acquisto, per loro, di maggiori spazi di libertà civile e di autonomia privata.

Autonomia – va ancora detto – a cui si deve credere che avessero più largo accesso le mogli dell'alta borghesia e della nobiltà; le quali, grazie al contratto notarile di matrimonio con cui si fissavano gli assetti patrimoniali della famiglia (12) – lontano precursore, forse, dei contratti di convivenza *ex lege* n. 76/2016 – si trovavano a gestire cospicui appannaggi, gli «spillatici», per le spese personali, ed altre speciali prestazioni quali il palco a teatro, la carrozza, le "bagnature" annuali (13). E a suon di rogiti poteva pure capitare che qualche dama sapesse imporre al marito le condizioni della separazione, come nel noto caso dei coniugi Maffei (14). Mentre nelle famiglie normali o povere, che di certo non si rivolgevano ai notai e spesso omettevano perfino di recarsi in municipio per celebrare un "vero" matrimonio agli occhi dello Stato (15), non è da escludere che variabili ignote al codice, ma capaci di sovvertirne le gerarchie, potessero derivare da altri fattori socio-economici. Ad esempio dalla frequente emigrazione dei mariti per lavoro, che certo aiuta a spiegare i numeri singolarmente elevati di famiglie aventi come "capo" una donna, per assenza o impedimento di un uomo: 17,9% nel 1901; 19% nel 1911; 14,6% nel 1921; 16,3% nel 1931 (dato, quest'ultimo, confermato nel censimento del 1951) (16).

I casi eccezionali, insomma, non mancavano. Ma restava per regola quella confitta in un dizionarietto di fine '800 alla voce *coniugi*: «L'egemonia del marito, la inferiorità della moglie, ecco

(12) Nel codice Pisanelli il contratto di matrimonio, da non confondersi col matrimonio *tout court* regolato nel libro I, apriva la lista dei contratti tipici nel libro III (artt. 1378 e segg.), precedendo la stessa vendita. E la dottrina, pomposamente, non mancava di definirlo come la «carta costituzionale del focolare domestico»: L. BELLAVITE, *Contratto di matrimonio. Continuazione delle note illustrative e critiche al Codice Civile del Regno*, Sacchetto, Padova, 1876, p. 3.

(13) Riporto, a titolo d'esempio, quanto ebbero a pattuire due coniugi della nobiltà pisana: «Con contratto pubblico, 1° settembre 1857, rogato dott. Jacopo Sabatini, furono fissate le condizioni relative al matrimonio da contrarsi fra il sig. conte Flaminio Dal Borgo e la sig. Marianna Papanti, e mentre alla sposa venne costituita in dote la somma di scudi 30,00, pari a lire 176,400, da parte dello sposo le fu assicurato un decoroso trattamento proporzionato alle cospicue condizioni di una delle più distinte famiglie patrizie di Pisa, qual era quella Dal Borgo, nel quale trattamento figuravano spillatico, numerosa servitù, servizio di scuderia e palco a teatro»: cfr. App. Lucca, 26 giugno 1883, in *Annali Giur. it.*, 1883, p. 341. Nella dottrina del tempo, circa gli assegni di «spillatico» e le prestazioni «per lazzi e spille» si vedano, per tutti, E. BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, in *Trattato Fiore*, Marghieri-Utet, Napoli-Torino, 1914 e D. GALDI, *Del contratto di matrimonio*, Jovene, Napoli, 1894.

(14) Il caso, noto, rappresenta uno dei primi esempi documentati di accordo notarile di separazione di fatto per evitare la pubblicità di un processo. Grazie ai buoni uffici di un amico notaio, l'accordo prese una forma acconcia per pattuire quanto sarebbe stato – a rigore – in forte odore di illiceità: «Trovandosi la signora contessa Chiara Maffei nata Carrara Spinelli, per ragione di salute, nella necessità di assentarsi per lungo tempo da Milano, e non volendo per sua delicatezza porsi in istato di dover abusare, come ella dice, della conosciuta generosità del di lei marito coll'aggravarlo del maggiore dispendio che importerà l'andamento di due case separate, di pieno accordo col medesimo, si conviene e stipula quanto segue: 1o. Col giorno 16 corr. giugno, in cui la signora contessa Chiara Maffei si ritirerà nella sua casa di campagna di Clusone, cesserà la di lei convivenza col marito...». Il testo si legge in R. BARBIERA, *Il Salotto della Contessa Maffei*, Adriano Salani Editore, Firenze, 1915, p. 145. Vedi già V. FRANCESCHELLI, *La separazione di fatto*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 49 nota 82.

(15) Eppure la doppia celebrazione era divenuta una necessità da quando il codice Pisanelli, rompendo il monopolio ecclesiastico sulle nozze, aveva creato il matrimonio civile, unico rilevante agli effetti di legge. Anche per questo furono avanzati progetti per rendere obbligatorio il matrimonio civile prima del religioso; i quali ebbero per solo effetto di rendere ancora più aspre le polemiche con una parte del clero. Al di là di queste polemiche – che si acquieteranno, com'è ben noto, con i Patti Lateranensi del 1929 – dal punto di vista dei «modelli matrimoniali» è viceversa evidente che il matrimonio del codice Pisanelli mimava fedelmente i caratteri tipici del matrimonio canonico: eterosessuale, tendenzialmente patriarcale, indissolubile. Sulle diatribe legate alla precedenza del matrimonio civile sul religioso: F. BORGATTI, *Il matrimonio civile e il matrimonio ecclesiastico*, Le Monnier, Firenze, 1874; A. MAZZOLENI, *Dell'obbligatorietà del matrimonio civile prima dell'ecclesiastico. Risposta all'indirizzo dell'episcopato lombardo a Sua Maestà il Re*, Rechiedei, Milano, 1874; E. VIDARI, *Il progetto di legge sulla precedenza obbligatoria del matrimonio civile al religioso. Osservazioni*, Direzione del Monitore dei Tribunali, Milano, 1893; F. SCHUPFER, *Per la precedenza del matrimonio civile. Discorsi al Senato nelle tornate dell'8 e 11 maggio 1900*, Forzani, Roma, 1900; S.M. BRANDI, *Il matrimonio cristiano dinanzi al Senato del Regno: studio giuridico*, Civiltà cattolica, Roma, 1900.

(16) Su queste statistiche: C. D'AGATA, *La famiglia sotto l'aspetto demografico sociale*, in *Ricerca sul diritto di famiglia*, nei *Quaderni di studi e legislazione della Camera dei Deputati*, I, Colombo, Roma, 1969, p. 358, tabella 15.

il principio che il codice nostro professa, ed applica sino alle sue ultime conseguenze» (17). Di quelle conseguenze, tuttavia, alcune erano già allora destinate a vita breve. Più conservatore di Pisanelli in persona (18), il "suo" codice aveva in effetti accolto un istituto che era consustanziale al modello patriarcale, vale a dire l'autorizzazione maritale; la quale, per una larga serie di negozi giuridici della moglie, imponeva il previo *placet* del marito, sotto pena di nullità (art. 134-137 cod. civ. 1865). Scoria «di antiche tradizioni» (19), l'istituto fu disatteso nei casi normali, per diventare nelle liti un ottimo cavillo ad uso del marito contro la moglie o i creditori di lei (20). L'alto numero di famiglie dirette o co-dirette dall'elemento femminile (come si è appena visto) e soprattutto i maggiori spazi di autonomia occupati per necessità e virtù dalle donne durante la prima guerra mondiale indurranno all'abrogazione di quell'impaccio con una legge del 1919 (n. 1176 del 17 luglio). Se l'uguaglianza dei coniugi ha un punto di partenza *legislativo*, la sua data, simbolicamente, è questa (21).

3. *Il modello del codice del 1942 e la Costituzione.*

Rimossa l'autorizzazione maritale (ed eclissatosi il contratto di matrimonio), nel codice civile del 1942 si reincarnò comunque lo spirito della famiglia ottocentesca e buona parte delle norme vecchie trapassarono nel testo nuovo: un'edizione riveduta – per così dire – ma con pochi aggiornamenti (22). All'art. 131 del Pisanelli sul marito-capo corrispose così l'art. 145: rimasero la potestà "patria" e "maritale". Rimasero quindi il dovere del marito di proteggere e mantenere la moglie e il dovere di lei di soccorrerlo se privo di mezzi. Rimase, insomma, quanto bastava per poter dire ancora che «se i coniugi sono una cosa sola, quella cosa sola è il marito» (23). Ma cos'è il marito?

In effetti la domanda è meno oziosa di quanto sembri perché prima e dopo il codice del '42 l'inquadramento giuridico del marito-capo rimane un punto sospeso tra due accezioni che nascondono, dietro l'apparenza di una sfumatura, visioni opposte che stanno per entrare in collisione. La prima, più antica e ruvida, vede ancora nella priorità maritale un dato di natura: quasi un ossequio – indifendibile sul piano culturale – alla «normale, congenita, superiorità fisica e

(17) D. GIURIATI e G. PINCHERLE, *Le voci del diritto civile italiano, spiegate in ordine alfabetico*, Roux e Favale, Torino, 1882, p. 124.

(18) Il Ministro si era infatti speso contro l'introduzione dell'istituto: «Se la concordia regna fra i coniugi, tutti gli atti saranno regolati per consiglio comune; ma se vien meno la pace domestica, l'autorizzazione maritale diventa un'arma di violenza nelle mani del marito»: così nel discorso al Senato del 15 luglio 1863. Vedine il testo in appendice a AA.VV., *Aspetti della riforma del diritto di famiglia*, atti del convegno del 30 maggio 1967 a cura dell'I.S.L.E., cit., p. 158 ss.

(19) Così L. RAMPONI, *La personalità umana nelle leggi speciali. Prolusione al corso d'Introduzione alle scienze giuridiche ed Istituzioni di diritto civile nella Regia Università di Bologna (Anno scolastico 1891-92)*, Utet, Torino, 1893, p. 32.

(20) Cfr. F. MESSINEO, *La legge abolitiva dell'autorizzazione maritale e i rapporti patrimoniali fra coniugi*, in *Riv. dir. comm.*, 1920, I, p. 401 ss. ed E. PIOLA-CASELLI, voce «Donna maritata», in *Digesto it.*, IX, 3, Utet, Torino, 1899-1902, p. 1015 s. che evidenziava soprattutto gli inconvenienti posti dall'istituto a danno dei terzi in buona fede.

(21) Tale legge, secondo un giudizio condiviso, fu la più rilevante riforma dell'età liberale in materia di famiglia: F. BOCCHINI, *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, Jovene, Napoli, 1995, p. 12 e P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, cit., p. 217 ss. Sui nessi tra l'abolizione dell'autorizzazione maritale e la parificazione giuridica tra i sessi «auspicata più che mai dopo che la guerra mondiale aveva inserito in misura larghissima il personale femminile nei processi produttivi, dando ad esso una capacità economica autonoma prima sconosciuta e una coscienza assai elevata del proprio ruolo nella società»: C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia. 1865-1942*, Laterza, Bari, 2009, p. 217.

(22) Su questa linea di continuità: M. BIN, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di eguaglianza*, Giappichelli, Torino, 1971, p. 11, che così scriveva: «nella nostra storia giuridica il codice civile del 1942 segna, per quanto attiene all'inferiorità legale della donna nella famiglia, il punto terminale di una linea evolutiva continua che lega, senza rotture troppo brusche di omogeneità e coerenza delle posizioni di fondo, l'opera del legislatore fascista al codice del 1865 e alle legislazioni preunitarie (per non risalire sino al modello napoleonico o, come si potrebbe, ancor più in là)».

(23) Si tratta della ben nota teoria della *unity of person* tra *wife* e *husband*, risalente alle tradizioni della *common law* e descritta in un celebre passo di W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1765, I, p. 430: sugli sviluppi di tale dottrina si veda G. GIAIMO, *Il matrimonio tra* status *e contratto*, in *Matrimonio, matrimonii*, a cura di F. BRUNETTA D'USSEAUX e A. D'ANGELO, Giuffrè, Milano, 2000, p. 328 ss.

intellettuale dell'uomo» (sic) (24). La seconda, meno ideologica e conservatrice, si contenta di accordargli il ruolo di *primus inter pares*; non una necessità ontologica, dunque, ma un'esigenza empirica per assicurare l'ordinato svolgimento di un organismo fragile perché formato da due soli individui e quindi sempre passibile di cadere in una situazione di stallo in caso di governo affidato, con perfettissima simmetria, a ciascuno di essi. Una pura tecnica per risolvere i conflitti, insomma, relativizzata e storicamente contingente (come sarà, ma dopo la riforma del 1975 – e fino a quella del 2013 – la previsione dell'art. 316 comma 4 cod. civ.).

Che questa seconda fosse la visione interiorizzata dai codificatori del 1942 è lecito dubitare. Ma è al contempo interessante notare come il relatore al progetto del codice nuovo, quasi a discolparsi per aver semplicemente copiato la disciplina pregressa, dichiarasse che «Ogni particolare atteggiamento che sia più confacente ai bisogni ed ai costumi dei tempi, e soprattutto le conseguenze del fenomeno del lavoro della donna, è perfettamente compatibile con questa fondamentale disciplina della famiglia, e senza una precisa necessità non sono da modificare formule che hanno ormai il prestigio e la forza della tradizione» (25).

Certo, a rileggerle oggi, quelle parole tradiscono tutta l'affannosa impossibilità di conciliare davvero i nuovi fermenti sociali con la paludata "tradizione" del marito-capo. Tradizione nutrita di polverose citazioni dal Digesto; ma anche dell'insegnamento della Chiesa, a quei tempi ancora ben rappresentato dall'enciclica *Casti connubii* di pochi anni prima, col suo richiamo agostiniano all'«ordine dell'amore». «Il quale ordine – si legge a un certo punto – richiede da una parte la superiorità del marito sopra la moglie e i figli, e dall'altra la pronta soggezione e ubbidienza della moglie, non per forza, ma quale è raccomandata dall'Apostolo in queste parole: "Le donne siano soggette ai loro mariti, come al Signore, perché l'uomo è capo della donna, come Cristo è capo della Chiesa"» (26). I tempi in cui si parlerà di «amicizia coniugale» sono ancora lontani (27); ma la

(24) C. GANGI, *Il matrimonio*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 258 (si tratta della 3a ed. di un'opera risalente agli anni '40 e molto diffusa tra i teorici e i pratici del diritto di famiglia).

(25) Uno stralcio più ampio della relazione si legge in C. CARDIA, *Il diritto di famiglia in Italia*, Editori Riuniti, Roma, 1975, p. 139, il quale bene evidenzia il conservatorismo che si celava dietro il richiamo rassicurante al passato e alla "tradizione".

(26) Il testo dell'enciclica, data da Pio IX il 31 dicembre 1930, può leggersi sul sito della Santa Sede all'indirizzo *http://w2.vatican.va/content/pius-xi/it/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19301231_casti-connubii.html.* È un rapporto, quello tra dottrina della Chiesa e ruolo della donna in famiglia, che imporrebbe un lungo approfondimento e che certo non può essere liquidato con la leggerezza dei dibattiti che ancora oggi suscitano certe fonti più o meno folkloristiche spigolate sulla rete, come la lista dei "doveri delle spose" tratta da una pubblicazione parrocchiale del 1895 di un piccolo paese nel modenese, e ciclicamente rilanciata sul *web* (La lista, in 17 punti, "imponeva" di: *1. Voler bene al marito. 2. Rispettarlo come capo. 3 Obbedirlo come nostro superiore. 4. Assisterlo con premura. 5. Ammonirlo con reverenza. 6. Rispondergli con grande mansuetudine. 7. Tacere quando è alterato. 8. Pregare per esso il Signore. 9. Sopportarne i difetti. 10. Schivare la famigliarità con altri uomini. 11. Non consumare la roba in vanità. 12. Essere sottomessa alla madre del marito e ai suoi vecchi. 13. Umile e paziente colle cognate. 14. Prudente con quelli della famiglia. 15. Amante della casa. 16. Riservata nei discorsi. 17. Osservatrice dei doveri religiosi.* A onore del vero, la medesima fonte recava altre liste di doveri nella famiglia cristiana; tra cui quella dei mariti, che si omette). Ciò detto, resta vero che nella tradizione più profonda del diritto canonico la relazione tra moglie e marito nasce asimmetrica: *sub viri potestate* per citare il libro della Genesi; e tale si conserva per moltissimo tempo. Ancora nel 1920, nel manualetto di padre C. ZETTA, *Il Matrimonio, contratto naturale, sacramentale, giuridico, secondo il Nuovo Codice di Diritto Canonico – Trattatello teorico-pratico ad uso del giovane Clero e dei Sacerdoti in cura d'anime*, Marietti ed., Torino-Roma, 1920 il dovere di obbedienza della moglie viene ricondotto alla concorde disciplina del codice canonico (di allora) e degli artt. 130-131-132 del cod. Pisanelli: articoli – incluso quello sul marito capo – che trapasseranno appunto nel cod. del 1942. Ma al contempo – aggiungeva ZETTA, *op. cit.,* p. 190 – la pari dignità della moglie la pone al livello del marito nel governo della comunità familiare: «Sebbene però la moglie debba essere obbediente al marito, non per questo è sua serva, ma socia. – Fu tratta non dal capo di Adamo perché non … avesse a dominar; non dal piede per non essere serva; ma dal costato per essere socia».

(27) Il cambio d'accento si farà radicale con il processo di rinnovamento che interesserà anche la Chiesa nella seconda metà del '900. In particolare, sarà la costituzione *Gaudium et spes*, del 1965, a parlare non di subordinazione ma di «amicizia coniugale» e di «uguale dignità personale che bisogna riconoscere sia all'uomo che alla donna nel mutuo e pieno amore» (§ 49). Il rovesciamento dell'antica impostazione verticistica appare infine perfetto se si prende, ad esempio, il testo del discorso pronunciato durante l'udienza generale dell'11 agosto 1982 dall'allora pontefice Giovanni Paolo II: in una rilettura del celebre passo Efesini 5, 21-33, la sottomissione di un coniuge all'altro si fa duplice, per annullarsi in se stessa: «L'amore esclude ogni genere di sottomissione, per cui la moglie diverrebbe serva o schiava del marito, oggetto di sottomissione unilaterale. L'amore fa sì che contemporaneamente anche il marito è sottomesso alla moglie, e sottomesso in questo al Signore stesso». Anche per tali documenti si rinvia all'archivio consultabile on line sul sito della Santa Sede. Rileva la

Costituzione è vicina e appena sei anni dopo il codice sembra sovvertire le sue logiche autoritarie sotto lo slancio del principio di eguaglianza posto dall'art. 3 e ribadito dall'art. 29.

In verità la Costituzione non demolisce il vecchio sistema ma accompagna la costruzione del nuovo; e se proclama «l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi» fa però salvi i «limiti» necessari a proteggere «l'unità familiare». Nella tavola di valori disegnata dall'art. 29, insomma, tradizione e innovazione cercano di dialogare e il compromesso che ne esce non è immediatamente riducibile in termini troppo semplicistici. In effetti, è fin troppo noto che sarà proprio il carattere un po' ambiguo, o forse, appunto, compromissorio del richiamo al limite dell'unità familiare a non segnare un ripudio netto e immediato del libro I del codice civile (28).

Occorre però aggiungere che, quanto più si avanza negli anni '60 del *boom* economico delle contestazioni sociali e delle rivendicazioni egualitarie, tanto meno resistono le ragioni che avevano non solo persuaso (o illuso) della naturale necessità di un "capo" – secondo l'impostazione più arcaica – ma anche cullato l'idea di una direzione verticistica della famiglia contro il rischio – altrimenti inevitabile, si diceva – della «intrusione sistematica degli organi dello Stato nelle faccende domestiche» (29). Sarà l'ultima obiezione a saltare, una volta che si prenderà atto della «impossibile mediazione» tra quella visione "funzionale" e il principio di uguaglianza (30); e quindi si riconoscerà – per riprendere le parole di un altro relatore, questa volta alla legge del 1975 destinata a riformare tutto il libro I del codice – che «uguaglianza [...] indica non una parità meccanica, ma un pari

---

dottrina come l'attuale can. 1055 del *codex iuris canonici*, ispirandosi all'insegnamento del Concilio, abbia elevato l'amore coniugale sullo stesso piano della generazione ed educazione dei figli tra i fini essenziali del matrimonio: F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 19. Sull'«identica dignità» e sullo «stile di reciprocità» tra uomo e donna nel matrimonio, quale «amicizia che comprende le note proprie della passione» e si fonda sull'«identificazione con l'altro» cfr., da ultimo, l'esortazione apostolica *Amoris lætitia* dell'attuale pontefice Francesco (ed. S. Paolo, Città del Vaticano, 2016, pp. 67, 68, 119 e 123 rispettivamente).

(28) Bisogna ricordare che nei primi tempi larghi settori della dottrina e della giurisprudenza dubitarono del carattere realmente "direttivo" e vincolante di norme di principio come quelle contenute nella Costituzione: incluse, tra queste, l'art. 29 con i suoi romantici aneliti egualitari, bilanciati comunque – lo si è visto – dalla possibilità di deroghe. E di deroghe fatte in nome di un ideale (la difesa ad oltranza dell'unità della famiglia) in apparenza assiologicamente preminente sull'eguaglianza stessa. Su queste ambiguità e sulle discussioni che accompagnarono la problematica messa in pratica dei valori iscritti nell'art. 29: M. BIN, *op. cit.*, p. 19 ss. Su quegli stessi temi, nel ricchissimo dibattito degli anni '60 e dei primi anni '70 v. almeno: M. BESSONE, E. ROPPO, *Sul valore costituzionale del principio di unità della famiglia*, in *Giur. it.*, 1975, IV, c. 20 ss.; G. FUÀ, *Problemi relativi alla parità dei diritti tra uomo e donna nei rapporti patrimoniali della famiglia*, in *Monitore trib.*, 1963, p. 785 ss.; A. TRABUCCHI, *La contribuzione agli* onera matrimonii *e il principio costituzionale di parità*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, II, p. 459 ss.; G. STELLA RICHTER, *Appunti sulla posizione dei coniugi nell'ordinamento della famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 508 ss.; T. MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 220 ss.; F. CARNELUTTI, *La parità dei coniugi e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. dir. civ.* 1961, p. 145 ss.; G. PUGLIESE, P. RESCIGNO, N. LIPARI, S. RODOTÀ, D. e G. AMATO, *Cinque note sulla riforma del diritto di famiglia*, in *Politica del dir.*, 1972, p. 779 ss.

(29) Così si esprimeva – tra le tante voci davvero che si potrebbero citare nei dibattiti dell'epoca – l'avv. F. TURANO al convegno indetto nel 1967 per discutere del progetto di riforma Reale: la coscienza sociale – continuava – reclama ancora la presenza di un capo-famiglia; salvo addolcire l'assunto col dire: «Ciò non esclude che la funzione di capo [...] debba essere esercitata nell'interesse della famiglia e che a tal fine il marito debba sentire il parere della moglie»: AA.VV., *Aspetti della riforma del diritto di famiglia*, cit., p. 45. E si vedano anche i dubbi espressi da A. TRABUCCHI, *Il governo della famiglia*, cit., p. 49: «Se un organismo non funziona, come si può fare? Se non si trova l'accordo spontaneo, o c'è il modo per imporre una soluzione, o c'è la guerra. Nella società della vita economica si ricorre alla volontà della maggioranza o alla nomina di commissari. Tra gli Stati tutti sappiamo come si regolano i rapporti di interessi e di forze; nelle lotte sindacali ci possono essere tentativi di soluzione o altrimenti c'è il non-diritto, lo sciopero, la guerra tra le classi. Tra i coniugi?». Sul problema del limite dell'intervento legislativo: N. LIPARI, *Cinque note sulla riforma del diritto di famiglia*, cit., p. 785 ss.: la famiglia in tanto è «società naturale» – si legge a p. 787 – «in quanto idonea a trovare da sé le regole della propria sopravvivenza».

(30) Una puntuale condanna di questa lettura funzionale del capo-famiglia si rinviene, ad esempio, nel d.d.l. n. 3900, prima firmataria Iotti, presentato nel 10 marzo 1967 alla Camera. Nell'auspicare una radicale riforma egualitaria, si evidenziavano i rischi di riemersione delle vecchie disparità: «Ciò va detto soprattutto in riferimento a quanti vorrebbero salvaguardare l'ordinamento gerarchico in una forma più larvata, tentando, attraverso una considerazione "funzionale" dello stesso, una impossibile mediazione col principio dell'uguaglianza giuridica dei coniugi» (p. 5 relazione illustrativa).

impegno, una totale dedizione dei coniugi nei confronti della famiglia; fondata non sulla gerarchia, ma sulla ricerca dell'accordo» (31).

La collaborazione in vista dell'accordo diventa così il fondamento della famiglia; ciò che la cementa e va oltre la guerra fredda tra uguaglianza e unità che l'art. 29 Cost. aveva lasciato latente: «con questa legge» – potrà così aggiungere, non senza compiaciuta enfasi, il medesimo relatore – «noi operiamo una rottura non col 1942, ma con tutto ciò che il 1942 si era portato dietro quasi intatto attraverso i secoli» (32). Ma è davvero così?

In larga misura sì. Ma come il modello del codice Pisanelli – lo si è visto (par. 2) – aveva già perso alcuni pezzi prima di versarsi nel codice nuovo, così la disciplina del 1942 non era giunta intatta all'appuntamento con la riforma del 1975. Dei cedimenti che anticipano il collasso, due meritano di essere ricordati per la loro importanza ai fini della definizione dei modelli familiari, sia nella misura in cui si fissano su un attributo – la fedeltà – che diverrà sempre più essenziale nell'idealizzazione del rapporto di coppia; sia nella misura in cui – col divorzio (33) – si spezza una lunga luna di miele col sistema canonico, da sempre assunto dal legislatore civile, nel bene o nel male e perfino inconsciamente, quale "modello dei modelli" matrimoniali e pietra di raffronto per ogni intervento normativo.

Di qui, anzitutto, la «profonda amarezza» con cui la vicenda del divorzio (dalla legge n. 898/1970 agli strascichi del *referendum* del maggio 1974) fu vista dall'altra sponda del Tevere (34). Non è solo la fine dell'indissolubilità; è un diverso orizzonte sotto cui si colloca l'intero istituto matrimoniale. E in questa luce, l'aspetto più significativo è che la legge pone (almeno formalmente) i coniugi in posizione di perfetta eguaglianza dinanzi alla fine dell'unione, così com'è perfetta la loro eguaglianza iniziale. Il divorzio nasce da subito con questa vocazione "egualitaria": per mogli e

---

(31) Intervento del relatore di maggioranza alla legge di riforma, sen. Agrimi: cfr. resoconto stenografico della 390° seduta antimeridiana del Senato, VI legislatura, giovedì 6 febbraio 1975, p. 18528 s. In effetti, l'idea che si era ormai fatta strada ad ogni livello identificava proprio nell'eguaglianza tra i coniugi la migliore garanzia di "tenuta" della famiglia. Cfr., ad esempio, G. PUGLIESE, in *Cinque note sulla riforma del diritto di famiglia*, cit., p. 782: «L'unità familiare si può rivitalizzare – scriveva nel 1972 – solo con una disciplina informata all'uguaglianza». Analogamente si era già espressa la Corte cost., riconoscendo che «è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo»: sentenza 13 luglio 1970, n. 133, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1516.

(32) Resoconto cit., p. 18534. Gli stessi toni di compiacimento riecheggiano nella relazione del ministro guardasigilli dell'epoca, O. REALE, alla seduta del 6 febbraio 1975, da cui è tratto il seguente stralcio: «Il criterio ispiratore [...] del codice civile che abbiamo ancora in vigore, che poi praticamente è quello del 1865, risulta particolarmente trasfuso nelle norme relative alla posizione della donna nella famiglia, ai reciproci doveri tra i coniugi, ai loro poteri sulla prole, nonché al regime patrimoniale, e ciò per effetto della persistente caratterizzazione patriarcale della famiglia [...]. Da tale orientamento si è discostato il legislatore costituzionale nel rendere esplicita sul piano dei principi e impegnativa per il legislatore ordinario, come agli articoli 3, 29 e 30 della Costituzione, la tendenza civile a dare all'istituto familiare, sempre nel massimo rispetto del suo fondamento naturale e della normale correlazione col matrimonio, il solenne connotato dell'eguaglianza. [...] A questi precetti la riforma che stiamo discutendo credo che obbedisca». Una riforma – chioserà ad esempio la sen. T. ROMAGNOLI CARETTONI (cfr. seduta del 25 febbraio 1975) – con cui venivano finalmente voltate le pagine di un diritto di famiglia «elaborate in tempi in cui si leggeva alla luce del lume a petrolio e ci si spostava in carrozza».

(33) Rileva N. LIPARI, *Il Matrimonio*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di A. BELVEDERE e C. GRANELLI, Cedam, Padova, 1996, p. 8, che la legge n. 898/1970 ha rappresentato «il tramonto della concezione istituzionalistica del matrimonio» e il punto di avvio della sua «privatizzazione». Sulla questione della natura giuridica del matrimonio, sospesa tra negozialità ed istituzionalità, cfr., diffusamente, A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 3 ss.

(34) Tale cesura non fu infatti né facile né indolore, anche per i dubbi e le accuse – da parte ecclesiastica – di violazione degli impegni assunti con i Patti Lateranensi, richiamati nella stessa Costituzione. Si veda questo brano della protesta di Paolo IV nell'allocuzione del 22 dicembre 1970 al Sacro Collegio, in A. PIOLA, *Testi su Stato e Chiesa dallo statuto al divorzio*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 143: «Ma osservando l'ora presente della vita della Chiesa la nostra attenzione è richiamata da un altro avvenimento, che riempie, questo, il nostro animo di profonda amarezza, e pone davanti a noi nuovi gravi problemi. Si tratta della introduzione del divorzio nella legislazione italiana. L'amarezza è data innanzi tutto, come è giusto, dalla considerazione del danno morale che simile innovazione è destinata ad arrecare al popolo italiano [...]. Ma un'altra considerazione si impone. Ed è che la nuova legge è stata emanata, per quel che riguarda il matrimonio canonico, in aperto contrasto con quanto stabilisce l'art. 34 del Concordato, nel quale lo Stato italiano "volendo ridonare all'istituto del matrimonio, che è base della famiglia, dignità conformi alle tradizioni cattoliche del suo popolo", si è impegnato a riconoscere "al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili"».

mariti, per cattolici e non cattolici. Per tutti allo stesso modo. E come tale verrà subito esteso – come vedremo – ai nuovi modelli familiari non appena si affacceranno sulla scena del diritto.

Il secondo importante aspetto che qualifica diversamente il modello di coppia ancora prima che si arrivi al 1975 tocca – come si diceva – il dovere di fedeltà. Che si tratti di un dovere cruciale – nei fatti e nei simboli – lo dimostrerà la stessa riforma, elevandolo al primo posto nella lista dei doveri coniugali (attuale art. 143 cod. civ.: «dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco della fedeltà...») (35). Ma già negli anni precedenti esso era divenuto terreno di scontro di due letture possibili non solo della fedeltà, ma del modo stesso di intendere i rapporti tra i sessi all'interno del matrimonio.

A ridurre la questione ai suoi termini davvero essenziali, si può convenire che nella fedeltà abbiano storicamente convissuto due anime, una affettiva ed una, per così dire, procreativa (una fedeltà spirituale contrapposta ad una "fedeltà sessuale", come si legge in qualche vecchio manuale) (36); così come si può accettare che almeno agli albori della società umana, il matrimonio e l'esclusività sessuale sublimata in dovere di fedeltà abbiano costituito una strategia per assicurare, al cospetto della società, una parvenza di certezza della discendenza paterna del frutto del concepimento (37).

La fedeltà intesa in senso affettivo, emotivo, spirituale forse precede, forse si stacca da questa visione grezza funzionale alla procreazione: in tutti i casi è la sola fedeltà che si può distendere simmetrica in ogni direzione, a prescindere dal genere; così come l' "altra" fedeltà, quella che mira alla certezza del lignaggio, continua a coltivare – in termini sempre più anacronistici dal punto di vista sociale e dei mezzi diagnostici offerti dalle scoperte scientifiche – il mito di una diversa articolazione della fedeltà e di una diversa gravità delle sue infrazioni.

---

(35) Nel cod. Pisanelli e nella versione originaria del cod. vigente la fedeltà era posta tra l'assistenza e la coabitazione. Con la riforma del diritto di famiglia essa è ascesa al primo posto. Sull'importanza sistematica di tale ricollocazione: E. GIACOBBE, *Il matrimonio*, I, *L'atto e il rapporto*, nel *Trattato Sacco*, Utet, Torino, 2011, p. 695.

(36) Si veda questo brano tratto da G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Utet, Torino, 1953, p. 524, in nota 2, il quale, a proposito del reato di adulterio e del dovere di fedeltà contemplato nell'art. 143 cod. civ. puntualizzava: «Quando noi parliamo del *dovere di fedeltà* alludiamo, evidentemente, non a quanto può concernere il foro interno, che appartiene all'etica o alla religione, ma quello concernente il foro esterno e più precisamente la condotta giuridicamente rilevante. Appunto perciò parliamo di *fedeltà sessuale*, anziché di *fedeltà coniugale*: ma le due espressioni praticamente coincidono sul terreno giuridico». Altra era la posizione di chi, già a quei tempi, riteneva la fedeltà un dovere dal contenuto irriducibile al solo piano materiale, anticipando così la sensibilità di oggi, la quale tende ad accostare sempre più l'idea di fedeltà a quella di *lealtà* verso il coniuge: Cass., 11 giugno 2008, n. 15557, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1286, seguita dal pregevole commento di U. ROMA, *Fedeltà coniugale:* nova et vetera *nella giurisprudenza della cassazione*. In tema si veda già il fondamentale saggio di F.D. BUSNELLI, *Il dovere di fedeltà, oggi*, in *Giur. it.*, 1975, IV, c. 129 ss. che proprio nell'anno della riforma del diritto di famiglia metteva in guardia gli interpreti contro la «tenace sopravvivenza» di una concezione antica di fedeltà, «particolarmente attenta agli *scandala*» e alla dimensione materiale del rapporto di coppia, e poco incline invece alla valorizzazione della comunione spirituale tra i coniugi (c. 132). Tra i contributi in tema di fedeltà coniugale successivi alla riforma, copiosissimi, ricordo almeno: P. CENDON, *Non desiderare la donna d'altri*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 607 ss.; V. CARBONE, *L'irreversibile crisi della coppia legittima l'adulterio, rendendo non addebitabile la separazione?*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 107 ss.; L. CAVALLO, *Sulla violazione del dovere di fedeltà coniugale e sulle sue conseguenze in tema di addebitabilità della separazione*, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 3078 ss.; B. DE FILIPPIS, *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio nella separazione e nel divorzio. Cause e contenuti dell'addebito nella separazione*, Cedam, 2003; A. DI MARTINO, *Dovere di fedeltà e dichiarazione di addebito*, in *Giur. merito*, 1983, I, p. 939 ss.; S. CATERBI, *Infedeltà coniugale e responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 2076 ss.; G. FACCI, *L'infedeltà coniugale e l'ingiustizia del danno, ibid.*, 2003, p. 468 ss.; A. GATTO, *Natura della responsabilità derivante dalla violazione dell'obbligo di fedeltà tra coniugi*, in *Giust. civ.*, 2012, p. 2602 ss.; R. LATTANZI, *Dovere di fedeltà e responsabilità civile e coniugale*, in *Giur. merito*, 1991, I, p. 758 ss.; R. PARTISANI, *Sulla risarcibilità del danno cagionato in violazione dell'obbligo di fedeltà coniugale*, in *Resp., comunicaz. e impresa*, 2003, p. 87 ss.; C. PETTA, *Infedeltà coniugale e responsabilità civile: la risarcibilità dell'illecito endofamiliare nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, p. 1448 ss.; F. RUSCELLO, *"Appartenenza" e "amore". La fedeltà coniugale tra sacre scritture e codice civile*, in *Dir. fam. e pers.*, 2011, p. 286 ss.; L. SCARANO, *Crisi coniugale e obbligo di fedeltà*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 253 ss.; A. ZACCARIA, *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di fedeltà*, in *Fam. e dir.*, 1997, p. 463 ss.

(37) Su questi temi, in una prospettiva non giuridica, rinvio alle suggestive pagine di L. ZOJA, *Il gesto di Ettore. Preistoria, storia, attualità e scomparsa del padre*, Bollati Boringhieri, Torino, 2016.

Ed è appunto su questa diversità di trattamento che si consuma in Italia la tormentata agonia del reato di adulterio (38), la quale, non a caso, si compie alle soglie dell'introduzione del divorzio, che molti avevano caldeggiato come antidoto al "male" sotteso al reato (39). Respinta nel 1961 sull'assunto di una maggiore gravità dell'infedeltà della moglie (per più ragioni, tra cui anzitutto il rischio di introdurre in famiglia prole adulterina), la questione di incostituzionalità viene poi accolta nel dicembre 1968. Quello che era apparso sensato sette anni prima, appare adesso «un privilegio assicurato al marito». Privilegio alquanto odioso, che «come tutti i privilegi viol[a] il principio di parità» (40).

4 – *Dalla riforma del diritto di famiglia alla famiglia incentrata sui figli.*

Gli anni che precedono la riforma del 1975 gettano dunque alcune basi per la riforma stessa; e lo fanno con tutta la fatica che serve quando, per avanzare, si deve anzitutto vincere la forza d'inerzia che preme contraria. Ma anche così restava – come fu scritto – un «abisso di arretratezza» (41), che i 240 articoli della legge 19 maggio 1975, n. 151 proveranno a colmare con una delle più vaste operazioni mai tentate di riprogettazione e ristesura di larghe porzioni del codice (42).

Essi riscrivono l'intero diritto di famiglia, parte del diritto successorio e molte altre disposizioni subiscono un adeguamento diretto o riflesso. La lista dei doveri coniugali diviene perfettamente simmetrica; la comunione degli acquisti si pone come regime legale; la dote è vietata; la separazione per colpa sparisce sostituita dalla separazione per intollerabilità della convivenza; la patria potestà lascia il posto ad una gestione paritetica dei rapporti con i figli. Soprattutto, per quanto riguarda i rapporti di coppia, scompare il marito capo e gli subentra una diarchia consacrata nella regola dell'accordo: «I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare…» (art. 144 cod. civ.). Vittima collaterale di questo rivolgimento, anche la costruzione della procura maritale – che aveva generato la diffida da cui ha preso le mosse questo resoconto – è dichiarata estinta dalla Cassazione con una sentenza del medesimo anno. Se la vecchia famiglia patriarcale fosse una persona, il 19 maggio 1975, data di entrata in vigore della riforma, potrebbe usarsi per un necrologio.

Non tutti i nodi, però, vengono risolti (43). Alcuni non vengono né punto né poco affrontati: ed è il tema dei diritti dei conviventi di fatto e delle coppie omosessuali. Altri vengono risolti con

(38) Recitava l'art. 559 cod. pen.: «La moglie adultera è punita con la reclusione fino a un anno». «Con la stessa pena – aggiungeva il cpv. – è punito il correo dell'adultera». La pena era aumentata in caso di relazione adulterina. «Il delitto – precisava l'ultimo comma – è punibile a querela del marito». L'adulterio del marito era viceversa rilevante solo nella forma della relazione adulterina (concubinato).

(39) Lo ricordava G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, cit., p. 508.

(40) Dal testo della sentenza 16-19 dicembre 1968, n. 126, ora consultabile anche on line su *www.normattiva.it*: «Ritiene la Corte, alla stregua dell'attuale realtà sociale, che la discriminazione, lungi dall'essere utile, è di grave nocumento alla concordia ed alla unità della famiglia. La legge, non attribuendo rilevanza all'adulterio del marito e punendo invece quello della moglie, pone in stato di inferiorità quest'ultima, la quale viene lesa nella sua dignità, è costretta a sopportare l'infedeltà e l'ingiuria, e non ha alcuna tutela in sede penale. Per l'unità familiare costituisce indubbiamente un pericolo l'adulterio del marito e della moglie, ma, quando la legge faccia un differente trattamento, questo pericolo assume proporzioni più gravi […]. La Corte ritiene pertanto che la discriminazione sancita dal primo comma dell'art. 559 del codice penale non garantisca l'unità familiare, ma sia più che altro un privilegio assicurato al marito; e, come tutti i privilegi, violi il principio di parità».

(41) S. RODOTÀ, in *Cinque note sulla riforma del diritto di famiglia*, cit., p. 788.

(42) Come si legge nella presentazione dell'opera di A. e M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia. Commento teorico pratico alla legge 19 maggio 1975, n. 151*, Giuffrè, Milano, 1975, p. III: «La legge 19 maggio 1975 n. 151 «Riforma del diritto di famiglia» con i suoi 240 articoli costituisce una delle più impegnative ed importanti riforme attuate dal Parlamento Repubblicano nel corso di sei legislature fin qui succedutesi».

(43) Occorre segnalare che se la riforma del 1975 ha segnato lo sforzo più profondo e organico di dare attuazione alle istanze egualitarie additate nella famiglia, i risultati conseguiti non sono stati sempre luminosi. In alcuni casi, a valutarli con inclemenza, si sono rivelati deludenti. In effetti, se è vero che la riforma aveva affidato la parità economica tra coniugi alla comunione dei beni; la parità personale alla simmetria della nuova lista dei doveri coniugali; e la parità "genitoriale"

poca efficienza. Basti pensare alla via di fuga per uscire dalle situazioni di stallo in caso di contrasto su decisioni familiari di particolare importanza; e cioè il ricorso informale al giudice di cui all'art. 145 cod. civ., rimasto lettera morta (44). Oppure si pensi alla comunione legale dei beni, la quale non ha rappresentato – com'era negli auspici del legislatore – né il regime più largamente diffuso nella prassi, né una palestra di solidarietà, né un rimedio contro i ricatti a cui il coniuge debole era esposto in separazione dei beni (potendo simili ricatti perpetuarsi in un regime di comunione degli acquisti con tutte le deroghe previste dal sistema italiano) (45).

Nonostante la volontà di attuare in modo perfetto la parità dell'art. 29 Cost., rimangono poi alcune sacche di ineguaglianza persistente, le quali, per quanto numericamente modeste, non appaiono qualitativamente marginali. È il caso, già segnalato, del potere eminente assegnato al padre in caso di contrasti con la madre su questioni urgenti relative alla prole (art. 316 comma 4); ed è, ancor più, il caso del cognome maritale, acquisito dalla moglie in aggiunta al proprio (art. 143-*bis*), e attribuito in via esclusiva ai figli in nome dell'unità anagrafica della famiglia: sarà – come dimostrano le cronache contemporanee – l'ultimo alone d'ineguaglianza formale ad essere cancellato.

Altre possibili offese all'eguaglianza sostanziale si ripresentano infine, meno visibili ma insidiose, con la separazione e la crisi dei coniugi. Ciò anche a causa della prassi dell'affido mono-genitoriale, che relega o la madre o il padre (ma più spesso quest'ultimo) ai margini della vita del figlio, così frustrandone il diritto – proclamato solennemente da diverse carte internazionali quale patrimonio culturale condiviso in ogni ordinamento giuridico – di mantenere «regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori , a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo» (così l'art. 9 della Convenzione di New York del 1989, ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176).

Il legislatore interverrà, com'è noto, con la legge n. 54/2006 sull'affido condiviso riversata nel codice accanto alla disciplina della separazione personale. In modo ideologicamente forte, la disciplina mira ad assicurare il cosiddetto diritto alla "bigenitorialità" e si proclama dettata nel superiore interesse del minore. E per la difesa ad oltranza di quell'interesse finisce per disegnare un mini-statuto della famiglia (di ogni famiglia) in crisi purché abbia dei figli piccoli o non autosufficienti.

Occorre ammettere che – se non è certo nuovo l'oggetto di tutela – davvero inedite sono la forza e l'insistenza con cui il criterio del superiore interesse del minore acquista la dignità di un dogma. In effetti, se c'è un fattore che rende nuovo l'approccio normativo a cavallo tra XX e XXI secolo, e che lo differenzia da quello dell'età del codice Pisanelli e della prima fase del codice del 1942 è, per l'appunto, questa centralità della filiazione e della procreazione nella costruzione ideale dei modelli di famiglia. È l'avvento – per riprendere la felice formula coniata in dottrina – della «famiglia dei figli» (46)

---

all'equi-titolarità e al co-esercizio della potestà, si deve registrare che sotto tutti e tre i profili la riforma non ha conseguito successi privi di ombre.

(44) Non per nulla la dottrina, lungimirante, aveva stimato la previsione di tale intervento «tanto goffa quanto poco realistica»: così P. SCHLESINGER, *Il governo della famiglia*, in *La riforma del diritto di famiglia*, atti del II convegno di Venezia svolto presso la Fondazione "Giorgio Cini" nei giorni 11-12 marzo 1972, cit., p. 57.

(45) La dottrina evidenzia la «fuga» delle famiglie italiane dalla comunione e la sua inettitudine ad «attuare un'effettiva compensazione dei sacrifici affrontati da ciascun coniuge nell'interesse della famiglia»: E. AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Ipsoa, Milano, 2007, p. 71 e 75. Per un bilancio della riforma dal punto di vista del regime patrimoniale e delle scelte – inevitabilmente collegate – fatte in tema di regime successorio: G. GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali e successori nell'ambito della famiglia*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di A. BELVEDERE e C. GRANELLI, Cedam, Padova, 1996, p. 39 ss.

(46) Sulla centralità della filiazione nella costruzione ideale e normativa dei nuovi modelli familiari: L. ROSSI CARLEO, *La famiglia dei figli*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1262 ss.: l'espressione a sua volta risale a NICOLUSSI, *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione*, atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I., Milano, 2010, p. 190.

Fra i diversi fattori che hanno propiziato gli interventi normativi sulla famiglia degli ultimi 20 o 30 anni pochi, in effetti, tornano e ritornano così insistentemente come la filiazione e la procreazione. Dal *diritto del minore a una famiglia* (legge n. 149/2001) all'*affido condiviso* (legge n. 54/2006), dalla disciplina della *procreazione medicalmente assistita* (legge n. 40/2004) alla riforma della *responsabilità genitoriale* e dello *statuto unico di figlio* (legge n. 219/2012 e d. lgs. n. 154/2013): il nucleo duro della famiglia nucleare (47) porta sempre – o quasi – a quei temi. «Prima i bambini»: sembra esortare da ogni lato il sistema giuridico (per riprendere anche qui il titolo di un recente, interessante contributo) (48).

E non è solo una peculiarità italiana, ma una sensibilità che s'accentua, quanto meno, in tutta l'area occidentale e si traduce in un investimento emotivo verso la procreazione e l'infanzia sconosciuto in passato, per tante ragioni su cui è qui impossibile indugiare: non ultime la numerosità dei figli stessi e l'alta mortalità infantile che istintivamente forse sconsigliava un attaccamento troppo forte, almeno nei primi anni di vita (mi ha sempre colpito leggere, nei necrologi dei giornali dell'800, la lista di nomi e di cognomi degli adulti o dei giovani e la pura cifra, impersonale e fredda, dei «morti minori di anni 7» o 5, o 2 a seconda dei casi) (49).

Basta poco a questo punto per accorgersi come – al di là della spessa coltre retorica che avvolge il principio del superiore interesse del minore (50) – la centralità della filiazione tenda a marginalizzare, fino a cancellarlo, il rilievo della formalizzazione del rapporto di coppia. Se vi sono figli, le ragioni di un trattamento simmetrico prevalgono sulle tentazioni di un trattamento differenziato delle famiglie diverse da quella tradizionale. Le più evidenti equiparazioni nel trattamento giuridico tra famiglie sposate e non sposate arrivano infatti così: attraverso la porta della filiazione. La P.M.A. (aperta alle coppie «coniugate o conviventi»: art. 5 legge n. 40/2004) e tutto il blocco delle regole anche patrimoniali orbitanti intorno all'affido condiviso (da subito estese ai «figli di genitori non coniugati»: art. 42 legge n. 54/2006 e, ora, art. 337-*bis* cod. civ.) sono l'aspetto più sintomatico di questa assimilazione (51).

Balzando dunque dal "Pisanelli" ad oggi, e concedendo tutto il possibile alla semplificazione, si ha come l'impressione di seguire due tendenze nella sedimentazione culturale e normativa dei modelli di famiglia; la prima delle quali riduce il tutto a uno svolgimento lineare, con un prima (peggiore) ed un dopo (migliore); con il vecchio modello ottocentesco (maritale, monarchico, medievale) a fare da punto di partenza; e la famiglia nuova (diarchica, paritaria e illuminista) a fungere da punto di arrivo, raggiunto o perennemente raggiungibile come meta ideale. È la lettura più usuale dell'evoluzione del diritto familiare, che certo partecipa della verità nel momento in cui – come detto – la semplifica grandemente.

---

(47) E in quel nucleo, come tutti sanno, vi sono un "lui", una "lei", e almeno 1,5 figli minori per stare alle statistiche demografiche del nostro paese.

(48) E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del* best interest of the child *nella prospettiva costituzionale*, F. Angeli, 2016.

(49) Cfr. i dati riportati spigolando tra i giornali locali a cavallo tra fine '800 e primi del '900 da E. ANGELERI, *Nascere a Sommariva*, in *Un paese ci vuole*, 2012, n. 8, p. 28 s.

(50) Per una critica serrata e razionale all'uso retorico del principio del superiore interesse del minore: L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86. V. anche E. LAMARQUE, *op. cit.*

(51) Un'altra via di tendenziale assimilazione è passata attraverso le misure per reagire – in senso lato – alla violenza tra le mura domestiche. Si pensi al reato di maltrattamenti in famiglia, ritenuto applicabile anche all'interno di una coppia non sposata. Cfr. Cass. pen., 10 ottobre 2001, n. 36576: «*Deve ritenersi responsabile del reato di maltrattamenti alla famiglia, previsto e punito dall'art. 572 c.p. colui che risulti aver percosso e vessato moralmente la convivente. Sono da considerarsi membri della famiglia, tutelati dall'art. 572 c.p. anche i componenti della famiglia di fatto, fondata cioè sulla volontà di vivere insieme, di avere figli, di avere beni comuni, di dar vita, cioè, ad un nucleo stabile e duraturo. Questa interpretazione dell'art. 572 c.p. è la più coerente con i principi ispiratori del nostro ordinamento, nonché con la realtà sociale moderna*». In questo contesto può ricordarsi anche la menzione, accanto al coniuge, di «altro convivente» nella disciplina degli ordini di protezione contro gli abusi familiari del nuovo titolo IX-*bis* (artt. 342-*bis* e *ter* cod. civ., introdotti dalla legge n. 154/2001). Lo stesso dicasi infine per la menzione del «convivente» (e non solo del genitore) «che maltratta o abusa del minore» nel cpv. dell'art. 330 o nel comma 1 dell'art. 333 cod. civ.

Rispetto a questa prima tendenza, in cui un modello succede a un altro, la centralità legata alla disciplina della filiazione consente invece di isolare tre modelli familiari, i quali non si escludono a vicenda, ma coesistono, in parte tra le regole e in parte tra le righe del sistema normativo.

Al centro si trovano – va da sé – le coppie con figli (minori), la cui presenza basta a catalizzare molte regole di governo della famiglia, nella sua patologia ma anche nella sua fisiologia (52). Di queste regole, molte prescindono dall'esistenza di un matrimonio; e prescindono pure dalle ragioni – libera scelta o assenza di stato libero – per cui la coppia ha evitato di contrarlo. Di quel modello primigenio resta "soltanto" l'elemento della diversità di sesso, puntualmente difeso dal legislatore italiano ogni volta che ha avuto l'occasione di prendere partito su questioni non biologicamente predeterminate o eticamente scontate (53) (salvo accorgersi, poi, che anche in questa materia è possibile un turismo normativo che rende poroso ogni sistema incline a porre divieti troppo stringenti) (54).

I due modelli familiari che, per la centralità della «famiglia dei figli» si sono trovati schiacciati ai bordi del sistema sono quelli – com'è facile intendere – privi del dato saliente della presenza di prole minorenne. E dunque: da un lato le coppie eterosessuali, anche sposate, magari avanti negli anni e senza più figli da mantenere; e, dall'altro lato, le coppie omosessuali, escluse – in Italia – dai circuiti dell'adozione piena e dalle tecniche di fecondazione assistita. Più che il dato in sé del matrimonio quale possibile fattore di convergenza o divergenza tra le coppie di questi due gruppi (criterio, peraltro, assai poco probante non potendosi sapere quante coppie omosessuali si sposerebbero se solo potessero) è il lungo disinteresse del legislatore verso questi tipi familiari ad averli accumunati. Disinteresse "ideologico" verso le coppie omosessuali; e del tutto "neutro", invece, verso le altre, risultando più che altro dal contrasto sinottico con il crescente peso tributato all'*interesse del minore* in tutti i discorsi sulla famiglia, come detto, fino all'ultima tornata di riforme del 2012/2013 (55).

Ordini diversi di motivi, tuttavia, si sono opposti e si oppongono a quel disinteresse. E tra questi è da considerare anzitutto il progressivo impetuoso aumento dell'età media, che genera un corrispondente aumento di famiglie (relativamente "anziane"), senza più figli in età da essere mantenuti in casa. Il dato è solo in parte compensato dal ritardo con cui i figli stessi riescono ad acquistare autonomia reddituale. Eppure – al di là della rilevanza che riveste, sotto molti profili,

(52) Si pensi, anche a tacere dei richiami espressi ai figli, alla diversa dimensione che assumono, in loro presenza, tutti i richiami di legge al «lavoro domestico», alla «collaborazione nell'interesse della famiglia» e ai suoi «bisogni»: artt. 143, 144 e simili. I figli fanno poi capolino, e neppure troppo di rado, nella disciplina dei regimi patrimoniali del matrimonio: basti pensare alla disciplina delle obbligazioni gravanti sui beni in comunione se contratte «per l'educazione e l'istruzione dei figli» ex art. 186 lett. c); per non parlare della semi-indisponibilità del fondo patrimoniale in presenza di figli minori; ma soprattutto la presenza dei figli diviene un fattore determinante e pervasivo in tutta la disciplina della crisi della famiglia. In tale contesto, appare ormai acquisita l'esistenza – sul piano sociale prima che giuridico – di un modello familiare la cui essenza e ragione d'essere sta anzitutto nel riscontro di una coppia che cresce figli; ed è assai meno importante il modo e il livello di formalizzazione che la copia stessa ha deciso di dare al rapporto.

(53) Ad esempio quando ha ammesso all'adozione solo le coppie sposate, quindi formate da un uomo e una donna (art. 6, legge n. 184/1983); o quando ha ammesso alle tecniche di procreazione artificiale le coppie anche non sposate *tout court* «purché di sesso diverso» (art. 5 legge n. 40/2004).

(54) Si prenda, emblematicamente, la vicenda sfociata nella decisione Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in Foro it., 2016, I, p. 33329 con nota di G. CASABURI. La questione concerneva la trascrizione in Italia dell'atto di nascita formato all'estero (in Spagna) dove il bambino era nato in seguito ad una procreazione medicalmente assistita da una coppia composta da due donne sposate tra loro, di cui una aveva condotto a termine la gravidanza grazie all'ovocita donato dall'altra e l'utilizzo del gamete maschile di un terzo anonimo.

(55) Per un ampio commento ai diversi aspetti toccati dalla riforma, si vedano, in particolare, i contributi raccolti nel volume a cura di C.M. BIANCA, *La riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015; nelle cui *Note introduttive* (pag. XXVII) Bianca stesso fotografa con queste parole lo scopo ispiratore della legge: dare «un volto nuovo al diritto della filiazione, un volto improntato ai valori della unicità e centralità dello stato di figlio». Per un bilancio sulla riforma della filiazione si vedano, con diversità di accenti, P. RESCIGNO, *La filiazione "riformata": l'unicità dello* status, in *Giur. it.*, 2014, p. 1261 e L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 201.

questo modello familiare diverso da quello idealizzato centrato sui figli piccoli (56) – a comparare le discipline familiari di inizio '800 e di oggi, lo straordinario allungamento della vita delle ultime generazioni e di tante coppie che si infragiliscono con gli anni non ha quasi lasciato traccia nel codice civile; se non qualche aspetto puntiforme (in Italia si può ricordare la disciplina del patto di famiglia: art. 768-*bis* ss. cod. civ. nella misura in cui può servire a governare il passaggio di mano da una generazione all'altra senza dover attendere la lenta senescenza di un imprenditore troppo carico d'anni per stare al timone dell'impresa) (57).

5 – *I nuovi modelli familiari: unioni civili e convivenze di fatto.*

Dove invece l'argine del disinteresse ha infine ceduto forzando l'indolenza del legislatore è in materia di coppie omosessuali e di coppie non sposate. Qui, buona ultima o quasi tra i paesi occidentali (58), l'Italia si è dotata di una disciplina organica con la legge n. 76 del 20 maggio 2016.

In molti casi la legge ha consolidato soluzioni che erano già acquisite nel diritto non scritto ma vivente secondo l'interpretazione giurisprudenziale, come è accaduto – solo per fare un paio d'esempi – per il subingresso nel contratto di locazione (comma 44) (59) e per il risarcimento del danno in caso di decesso del convivente causato dall'altrui illecito (comma 49) (60).

---

(56) Le famiglie ri-sedimentate intorno al nucleo dei coniugi non più giovani avrebbero bisogno, per tanti profili, di regole su misura: si pensi soltanto alla disciplina dell'assegno di mantenimento nelle separazioni in età avanzata e, quindi, alla necessità di ricalibrare, alla luce del dato anagrafico, tutte le regole operative sulla protezione del coniuge debole, sulla opportunità (e sulla fattibilità) della ricerca di un lavoro da parte sua e così via.

(57) Benché non sia una disciplina propriamente "familiare", anche la disciplina dell'amministrazione di sostegno non si capirebbe fino in fondo se non ci si collocasse nella prospettiva della protezione di persone che si infragiliscono con l'avanzare impetuoso e continuo dell'età. Non a caso, in una delle bozze di quella che poi è diventata la legge n. 6/2004, si faceva espresso riferimento agli anziani.

(58) Prima della recente riforma, per uno sguardo alle esperienze degli altri ordinamenti affini: F. BILOTTA (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Mimemis, Milano, 2008; E. CALÒ, *Le convivenze registrate in Europa. Verso un secondo regime patrimoniale della famiglia*, Giuffrè, 2000; R. PESCARA, *Le convivenze non matrimoniali nelle legislazioni dei principali paesi europei*, in *Il nuovo diritto di famiglia* diretto da G. FERRANDO, II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Zanichelli, Bologna, 2008, p. 967 ss. Per un interessante sguardo alle più recenti evoluzioni dell'ordinamento tedesco: F. AZZARRI, *Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche,* in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 1105 ss. Successivamente alla riforma, per un primo commento alla nuova disciplina italiana: P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 845 ss.; V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, ivi, p. 848 ss.; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, ivi, p. 859 ss.; M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, ivi, p. 868 ss.; M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, ivi, p. 881 ss.; G. FERRANDO, *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, ivi, p. 889 ss.; L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, ivi, p. 919 ss.; L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *Jus civile*, 2016, 4 (*www.juscivile.it*); M. GATTUSO, *Cosa c'è nella legge sulle unioni civili: una prima guida* (*www.articolo29.it*); R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 1 ss.

(59) Cfr. già la sentenza Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Foro it.*, 1988, I, p. 2515, con nota di D. PIOMBO: «È illegittimo, per contrasto con gli art. 2 e 3 Cost., l'art. 6 comma 1 legge n. 392 del 1978 (disciplina delle locazioni di immobili urbani), nella parte in cui non prevede tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente "more uxorio" di quest'ultimo».

(60) Al convivente *more uxorio*, in base a una giurisprudenza costante, era già stato riconosciuto il diritto al risarcimento del danno nel caso di uccisione dell'altro convivente ad opera di un terzo. Cfr. già Cass., 28 marzo 1994, n. 2988, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1849: «Il diritto al risarcimento da fatto illecito concretandosi in un evento mortale va riconosciuto - con riguardo sia al danno morale, sia quello patrimoniale, [...] - anche al convivente *more uxorio* del defunto stesso, quando risulti concretamente dimostrata siffatta relazione caratterizzata da tendenziale stabilità e da mutua assistenza morale e materiale».

Cosa è avvenuto, invece, dal punto di vista dei modelli familiari, al di là della constatazione dell'ennesima frammentazione sistematica determinata dall'aver posto al di fuori del codice una disciplina familiare di così grande importanza?

In linea teorica, il legislatore avrebbe potuto riassorbire il più possibile le nuove realtà familiari sotto la cappa del matrimonio, facendone un modello più elastico e inclusivo. Tutto all'opposto, egli ha fatto del matrimonio un modello esclusivo riservato alle coppie eterosessuali, aventi i requisiti da sempre fissati negli artt. 84 ss. cod. civ. e ricalcati, storicamente, su quelli dettati dall'ordinamento canonico. La legge ha poi introdotto la disciplina delle unioni civili, riservate alle coppie omosessuali. E infine ha regolato le convivenze di fatto «tra due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale».

Ad un sistema che conosceva solo il modello matrimoniale, si è così sostituito un sistema tripartito (matrimonio, unione, convivenza), che in realtà si fa quadripartito se si considera la grande differenza che ragionevolmente intercorrerà tra le convivenze di fatto "libere" e quelle che regoleranno invece le basi del vivere insieme con un *contratto di convivenza* come prevede il comma 50 del testo della legge.

Seguendo questa via analitica, il legislatore si è tuttavia lasciato andare ad alcune vistose deviazioni rispetto a quello che, a un certo punto, era parso un modulo a progressione discendente, e cioè un lento declinare dal modello forte (il matrimonio) al modello debole (la convivenza), passando per l'unione civile quale succedaneo delle nozze: quasi una sorta di "farmaco generico", equivalente in tutto a quello già brevettato da gran tempo, ma in una confezione più anonima e senza un'etichetta altrettanto rinomata. In verità, nessuna delle due proposizioni (la maggiore leggerezza della convivenza rispetto al modello-forte matrimoniale; l'equivalenza tra matrimonio e unione civile nella sostanza se non nella forma) è vera fino in fondo, se si sta alla lettera della legge.

Si prenda anzitutto la disciplina della convivenza: in essa, effettivamente, vi sono norme che ricalcando le regole valevoli per il matrimonio (in tema, ad esempio, di estensione dei medesimi diritti spettanti al coniuge in base all'ordinamento penitenziario; o ai fini della formazione delle graduatorie per l'assegnazione delle case popolari; o, ancora, ai fini della partecipazione all'impresa familiare) suggeriscono l'idea di una disciplina simil-matrimoniale replicata in tono minore (61): ciò è soprattutto vero se si considerano previsioni quali il diritto di abitazione, *entro certi limiti cronologici*, dell'ex casa familiare dopo il decesso del partner (commi 42-44) e, più ancora, il mero diritto agli *alimenti*, e solo per un periodo *proporzionale alla durata della convivenza*, se alla sua cessazione una delle parti si trovi in stato di bisogno (comma 65).

Eppure, altre previsioni sembrano smentire questa lettura "minimalista". In effetti non si deve trascurare che, accanto a quelli previsti dalla legge, altri e maggiori effetti potrebbero discendere dal contratto di convivenza già ricordato (62). Grazie a tale contratto, in particolare, i conviventi potrebbero fare propria *en bloc* la disciplina della comunione dei beni: comma 53 lett. c); e a mio avviso – con i buoni uffici e la mano sapiente di un notaio come i coniugi Maffei 160 anni fa (63) – non è da escludere che si trovi anche il modo di inserirvi qualche clausola che ponga dei *caveat* in vista della fine del rapporto, sul modello dei *prenuptial agreements* da lungo tempo vagheggiati in dottrina e ostracizzati in giurisprudenza. Se a ciò si aggiunge la sorprendente norma che solo in materia di convivenze si è spinta a regolare lo spinoso e dibattuto tema del fiduciario per le cure sanitarie (comma 40, specialmente alla lett. a): «Ciascun convivente può nominare l'altro con poteri

(61) Di modello «ad intensità minore» parla appunto L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1785. Di versione (che il legislatore ha voluto) «minore, impoverita, desacralizzata» rispetto all'archetipo matrimoniale parla L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., p. 92. In tema v. altresì M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1792 ss.

(62) In tema v. G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 943 ss.

(63) Vedi *retro* nota 14.

pieni o limitati … in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute») ci si avvede subito come la disciplina delle convivenze non viva solo di debole luce riflessa (64). In breve, imitazione depotenziata e addizioni migliorative convivono nella convivenza: segno evidente di titubanze irrisolte nella progettazione dei modelli familiari.

Titubanze che non appaiono minori quando si passa al modello delle unioni civili. Scartata la scelta culturalmente più impegnativa del "*mariage pour tous*" (65) non vi erano in effetti ragioni logiche o tecniche per non ricalcare pedissequamente la disciplina matrimoniale. Invece anche qui il legislatore ha sentito il bisogno di introdurre delle novità. Alcune migliorative, come l'inedita disciplina sulla disponibilità del cognome familiare (66), che lambisce un tema divenuto di scottante attualità per le famiglie legittime da che la Consulta ha dichiarato incostituzionale la meccanica e inflessibile attribuzione ai figli del solo cognome paterno (67): ultimo colpo – come già si è detto – a ciò che restava del vecchio stilema del marito-capo. E però, quasi a bilanciare quell'addizione con qualche sottrazione, il legislatore ha tagliato pezzi della disciplina matrimoniale: tra questi l'intero istituto della separazione personale (e passi); e poi la fedeltà dalla lista dei doveri dei "civil-uniti" (ed è stato il taglio più sgraziato e doloroso vista l'importanza simbolica di *quel* dovere nella costruzione ideale del modello matrimoniale).

Tuttavia, se l'intento "ideologico" della rimozione è chiaro, si deve con altrettanta chiarezza rilevare che essa è perfettamente inutile. Intanto per la contestuale rimozione della separazione e quindi dell'addebito dall'orizzonte delle unioni civili, che ha spazzato via (non esistendo più il reato di adulterio) lo strumento specialmente (68) preordinato a sanzionare la violazione di simili doveri. Ma soprattutto perché, se esiste un elemento che torna in ciascuno dei modelli di coppia configurati dal legislatore, tanto da porsi come autentico minimo comune denominatore di ogni "famiglia" secondo l'ordinamento italiano, questo è il principio monogamico. *Un* marito e *una* moglie possono contrarre matrimonio: l'art. 86 cod. civ., col suo impedimento per mancanza di libertà di stato, ricorda quanto appartiene al comune sentire. E questo dato spontaneo ritorna nell'unione civile, quando si pone tra le cause impeditive alla sua costituzione «la sussistenza, per una delle parti, di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile tra persone dello stesso sesso» (comma 4 lett. a); e altrettanto spontaneamente torna nella definizione dei conviventi di fatto: «*due* persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, *non* vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile» (comma 36). Ed è allora evidente che un sistema non può volere la monogamia ma ripudiare la fedeltà: o si è fedeli o si è ribelli all'esclusività di coppia, qui come altrove.

6. – *Conclusione.*

È davvero questo – il dualismo monogamico – tutto ciò che resta della famiglia? Ovviamente no: perché l'idea di coppia segna il perimetro esterno, il contenitore; ma in quel perimetro si riversano i nuovi contenuti del diritto d'oggi. Alla cui definizione concorrono non solo i legislatori, in Italia e altrove; ma prima – e spesso in modo più incisivo – i giudici. I giudici interni, naturalmente. Ma anche – e con un impatto crescente negli ultimi anni – quelli sovranazionali e, in particolare, la giurisprudenza della Corte EDU. Il caso del cognome maritale lo dimostra bene:

(64) Colpisce, in particolare, il comma 39° della legge, il quale attribuisce ai conviventi, in caso di malattia e ricovero, i medesimi diritti previsti per i coniugi e i familiari. L'affermazione sorprende perché non è affatto chiaro quali siano questi diritti *tra gli stessi coniugi*, e soprattutto se esista il reciproco potere di interloquire con i medici e di rendere il consenso informato ai trattamenti sanitari in caso di incapacità o di semi-incapacità del congiunto.

(65) Per riprendere il motto che ha accompagnato l'elaborazione e l'approvazione della legge francese che ha aperto al matrimonio omosessuale: n. 2013-404 del 17 maggio 2013.

(66) In tema v. M.N. BUGETTI, *Il cognome comune delle persone unite civilmente*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 911 ss.

(67) Corte Cost., 8 novembre – 21 dicembre 2016, n. 286.

(68) Altro è l'ingresso del "generale" rimedio della responsabilità civile nelle relazioni familiari e coniugali in specie.

perché nell'attesa di vedere come il legislatore nazionale deciderà di dare seguito alla decisione della nostra Consulta del 2016 (69), si deve ricordare che fin dal 2014 la Corte di Strasburgo aveva censurato il sistema italiano di inflessibile attribuzione del solo cognome paterno alla nascita per violazione del divieto di discriminazione e del rispetto della vita privata e familiare (artt. 14 e 8 CEDU rispettivamente) (70). Questo significa anche che, al di là della frammentazione dei modelli familiari – vorticosa se si pensa ai secoli in cui esistette un unico modello plasmato dalla religione – si registra anche una tendenza a livello europeo alla ri-convergenza di tutti questi nuovi modelli (matrimoni eterosessuali e omosessuali, *p.a.c.s.*, unioni civili, unioni registrate, *Lebenspartnerschaft* ecc.) su una base comune di principi. Il più basilare dei quali, tuttavia, resta la parità dei componenti della coppia, quale presupposto fondamentale perché l'accordo con cui la famiglia si governa non si traduca in un'imposizione del coniuge o convivente forte sul più debole. In questo senso, il dualismo che nasce dalla regola monogamica – che resta del tutto dominante in Italia e in Europa anche a dispetto dell'immigrazione da paesi che conoscono assetti poligamici della famiglia – non è più solo il "contenitore": essa interagisce col suo contenuto, con i doveri di coppia, con la loro conformazione. Ed è un fenomeno ben noto da tempo a chi analizza la nostra giurisprudenza di legittimità, sempre più incline alla valorizzazione del modo in cui i singoli coniugi, la coppia del caso concreto, ha inteso e deciso di vivere e interpretare il codice etico matrimoniale. In una coppia di eguali, nell'impossibilità di decidere a maggioranza (e quindi anche nell'impossibile "tirannia" della maggioranza nella trasmissione di valori e concezioni dominanti), è inevitabile questa frammentazione nella ricerca, ogni volta, di una sintesi individuale e in divenire. Tanto più inevitabile in una società aperta al mondo e pluralista; nella quale sempre più si intende che la famiglia si declina in tante forme (71) e queste forme non perché "diverse" sono meno degne di altre. Tra vecchi e nuovi modelli, tra vecchi e nuovi valori, i discorsi sulla famiglia finiscono sempre più per assomigliare – ma forse non da oggi soltanto – a quelli sull'età media: che tutti concorriamo a fissare, ma dalla quale quasi tutti ci discostiamo, per eccesso o per difetto. L.O. 16/3/17.

(69) Intanto si può segnalare il d.d.l. n. 1628 presentato al Senato nella XVII legislatura, il quel prevede che i genitori coniugati, all'atto della dichiarazione di nascita, possano liberamente scegliere di attribuire al figlio il cognome del padre, della madre o di entrambi. E che in difetto di scelta siano imposti al figlio i due cognomi, in ordine rigorosamente alfabetico (art. 143-*quater* cod. civ.).

(70) Sentenza Cusan-Fazzo vs. Italia del 7 gennaio 2014 A onore del vero, fin dalla sentenza 61/2006, a livello di *obiter*, la Corte cost. aveva definito il sistema del cognome paterno «retaggio di una concezione patriarcale della famiglia [...] e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento»; e qualcosa di simile, sia pure in toni più sfumati, era già stato affermato fin dall'ordinanza n. 176 del 1988. Va anche segnalato che la proposta di un *cognome di famiglia* era già stata avanzata (senza esito) in sede di riforma del libro I del codice civile.

(71) Declinazioni come quelle del titolo dello scritto di P. ZATTI, *Familia, familiae – declinazione di un'idea*, in *Familia*, 2002, p. 9 e ss. e p. 337 ss. e di una raccolta di saggi già citata: *Matrimonio, matrimonii*, a cura di F. BRUNETTA D'USSEAUX e A. D'ANGELO.