

Filippo Vari

## A PROPOSITO DELLA SCOMPARSA (DEL PROGETTO COSTITUZIONALE DI PROMOZIONE) DELLA FAMIGLIA\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'interesse del diritto pubblico per la famiglia. – 3. Il modello romanistico e la famiglia nella Costituzione. – 4. L'amore liquido e il tentativo di estendere il regime costituzionale in materia di famiglia. – 5. La spinta della giurisprudenza della Corte EDU. – 6. Alla riscoperta delle ragioni dell'affermazione del c.d. *favor matrimonii* nella Costituzione.

### 1. *Introduzione*

Scopo di questo intervento è dimostrare come nell'ordinamento italiano assistiamo a un fenomeno apparentemente paradossale: da un lato, c'è il tentativo di un progressivo allargamento del concetto di famiglia non solo sul piano sociologico, ma anche su quello normativo; e, dall'altro, si è da tempo affermata una tendenziale svalutazione della famiglia all'interno delle politiche pubbliche, che trova il suo presupposto anzitutto nell'offuscamento delle ragioni alla base del disegno costituzionale in materia. Come ho sostenuto recentemente in un saggio pubblicato dal Professor Sesta su *Famiglia e diritto*, che questo intervento riprende: se tutto è famiglia, nulla è più famiglia<sup>1</sup>.

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

Questo scritto, dedicato alla memoria del Professor Beniamino Caravita di Toritto, è il testo, con aggiunta di note, dell'intervento dell'Autore nel Convegno di studi sul tema *Le relazioni giuridiche familiari tra natura e storia. Prospettive culturali e questioni aperte*, organizzato dal Professor Gioacchino La Rocca nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, nei giorni 26, 27 e 28 gennaio 2023.

<sup>1</sup> F. VARI, *Se tutto è famiglia, nulla è più famiglia*, in *Famiglia e diritto*, 2022, 11, p. 1071 ss.

Per dimostrare ciò, si partirà da alcuni richiami al modello costituzionale di famiglia. Successivamente, verrà analizzato il tentativo di estendere tale modello, anche in forza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Infine, s'illustreranno le ragioni per le quali questo allargamento si pone in contrasto con il disegno costituzionale e conduce alla scomparsa della famiglia dalle politiche pubbliche.

## 2. *L'interesse del diritto pubblico per la famiglia*

Prima di passare a trattare il tema è, però, opportuno chiedersi le ragioni per le quali la famiglia non interessa solo il diritto privato, ma anche quello pubblico.

Tra i molteplici motivi vale la pena segnalarne qui due in particolare. Anzitutto, un peso determinante ha, per riprendere le parole di Costantino Mortati, la funzione «sociale (anche se non pubblica) della famiglia»<sup>2</sup>. Tale funzione, ancorché non sempre adeguatamente evidenziata dalla dottrina, è dato assai risalente anche nella nostra cultura. In essa, per riprendere le parole di Michele Sesta, la famiglia «costituisce la prima forma di società, nata al fine di soddisfare le esigenze primarie della persona, dalla nascita alla morte, e la base della più ampia società civica e statale»<sup>3</sup>. In questa sede è sufficiente ricordare che già in Cicerone la famiglia è considerata *principium urbis et quasi seminarium rei publicae*<sup>4</sup>. È particolar-

---

<sup>2</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padova, 1976<sup>9</sup>, p. 1165.

Su tale dimensione sociale v., per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Il governo della famiglia*, in *Iustitia*, 1953, ripubblicato in Id., *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, p. 401 s.; M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Scritti in onore di Giovanni Furguele*, a cura di G. CONTE, S. LANDINI, Firenze, 2017, p. 1 ss. dell'estratto disponibile su internet all'indirizzo [www.studiosesta.it/wp-content/uploads/2020/05/La-famiglia-tra-funzione-sociale-e-tutele-individuali-scritti-in-onore-di-Giovanni-Furguele.pdf](http://www.studiosesta.it/wp-content/uploads/2020/05/La-famiglia-tra-funzione-sociale-e-tutele-individuali-scritti-in-onore-di-Giovanni-Furguele.pdf).

Nello stesso senso cfr. A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1981, p. 134; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 184.

<sup>3</sup> M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, cit., p. 1 s.

<sup>4</sup> CICERONE, *De officiis*, I, 17, 54.

mente significativo che il medesimo concetto sia stato poi ripreso, dopo oltre sedici secoli, dal Vico con la definizione di famiglia quale *primulum rerum publicarum rudimentum*<sup>5</sup>.

La funzione sociale della famiglia è alla base dello spazio che essa ha trovato in molte Costituzioni del secondo dopoguerra: e ciò sia espressamente, sia implicitamente attraverso enunciazioni volte ad assicurarle una particolare protezione nell'ordinamento costituzionale, come ad esempio nell'art. 6 della Legge fondamentale tedesca. Anche l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo qualifica la famiglia come «nucleo naturale e fondamentale della società». Nel Preambolo alla Convenzione sui diritti del fanciullo si riconosce, poi, «la famiglia, quale nucleo fondamentale della società e quale ambiente naturale per la crescita ed il benessere di tutti i suoi membri ed in particolare dei fanciulli» e si mette in luce come essa «debba ricevere l'assistenza e la protezione necessarie per poter assumere pienamente le sue responsabilità all'interno della comunità».

Già questi pochi richiami dimostrano il riconoscimento che la famiglia ha come fenomeno di particolare rilevanza per la comunità, meritevole, dunque, di essere indagato, come tale, anche nella prospettiva tradizionalmente propria del diritto pubblico. La famiglia, infatti, nell'assumere rilievo su un duplice versante – da un lato, la formazione e la promozione della persona<sup>6</sup> e, dall'altro, la garanzia, proprio nello svolgimento di questi compiti, della continuità e del progresso della società – non si atteggia come fine a se stessa<sup>7</sup>, bensì come «strumento indispensabile del bene della persona, dei beni essenziali e fondamentali della persona, di tutte le persone viventi nella famiglia e nella società»<sup>8</sup>. Insegnando e trasmettendo valori etici, culturali, spirituali e religiosi, essa costituisce,

---

<sup>5</sup> G.B. VICO, *De uno universi iuris*, CIII. Sul punto v. A. CICU, *Matrimonium seminarium rei publicae*, in *Scritti minori*, I.1, Milano, 1965, p. 214.

<sup>6</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., p. 184.

<sup>7</sup> E. MOUNIER, *Le personalisme*, 1949, trad. it. *Il personalismo*, Roma, 1964 (rist. 1999), p. 148 s., definisce la famiglia come «cellula sociale».

<sup>8</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *loc. ult. cit.*

sotto ogni profilo, il luogo privilegiato di crescita e di benessere della persona nella sua irripetibile identità e, dunque, della comunità, intesa come insieme di uomini.

Il secondo motivo per cui la famiglia interessa lo studioso del diritto pubblico è legato alla lettura che da tempo autorevole dottrina ha dato del «problema della dimensione costituzionale dell'autonomia privata»<sup>9</sup>. La famiglia rientra senza dubbio nel novero delle formazioni sociali, rappresentandone anzi una delle più importanti espressioni e costituendo, insieme alle associazioni, ai sindacati, ai partiti, alle confessioni religiose, alle istituzioni culturali, parte integrante del tessuto della società pluralistica. In questo periodo si torna a discutere di riforme costituzionali, ma vi è il rischio che la soluzione rappresentata dal presidenzialismo possa essere avvertita come una risposta semplice a problemi della società italiana che in realtà sono molto più complessi: a mio avviso, le cause della crisi che attanaglia da tempo il Paese vanno, infatti, rinvenute anzitutto nella difficile situazione in cui versano i corpi intermedi – tra i quali la famiglia – la cui vitalità è essenziale per la democrazia.

Ulteriore motivo per il quale la famiglia interessa il diritto pubblico è legato all'osservazione secondo la quale la disciplina di quest'ultima chiama in causa la «questione della composizione dell'antinomia fra autorità e libertà che in questo ambito risulta particolarmente accentuata»<sup>10</sup>. Ne discende che il rapporto tra la famiglia e lo Stato finisce per costituire una sorta di cartina di tornasole per analizzare quello tra formazioni sociali e Stato e, in ultima analisi, la relazione tra singolo e potere pubblico, da sempre oggetto di studio da parte dei pubblicisti.

Ciò è confermato tanto dall'analisi storica, quanto da quella comparatistica: da esse emerge che una parte del diritto di famiglia è così intimamente legata alla forma di Stato, da non poter non formare oggetto di analisi da parte dei giuristi pubbli-

---

<sup>9</sup> G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, p. 10, nt. 16.

<sup>10</sup> R. BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989, p. 4.

cisti. Ciò ovviamente senza negare – è bene ribadirlo – che, essendo l'Italia una liberal-democrazia, la famiglia presenta profili assai marcati rimessi all'autonomia della formazione sociale<sup>11</sup>.

Può essere utile, infine, ricordare che il nesso tra disciplina del fenomeno familiare e architettura complessiva dell'ordinamento era stato lucidamente colto da Giorgio La Pira: già in una lettera del 1925 a Pugliatti, il grande studioso richiama il carattere «costituzionale» della famiglia, nel senso cioè di «costituzionalità dell'ordine giuridico», ribadendo al contempo l'importanza del rispetto dell'autonomia della stessa<sup>12</sup>.

### *3. Il modello romanistico e la famiglia nella Costituzione*

Ferme tali (necessarie) premesse, passiamo al primo dei punti sopra richiamati, e cioè l'assetto costituzionale in materia di famiglia.

È noto che l'interesse della Carta fondamentale per le formazioni sociali e, in particolare, per la famiglia costituiva una novità nell'orizzonte del costituzionalismo italiano<sup>13</sup>.

Seguendo l'esempio della Costituzione di Weimar, infatti, per la prima volta in Italia, non senza i dubbi anche di autorevolissimi esponenti della scienza giuridica dell'epoca, la Costituzione aggiunge alla garanzia dei diritti di libertà, la protezione di quelli sociali: essa tutela, dunque, non solo diritti che s'ispirano alla *libertas silentium legum*, ma anche diritti

---

<sup>11</sup> Sul tema sia consentito il rinvio a F. VARI, *Profili costituzionali dell'autonomia familiare*, in *Rivista AIC*, 2019, 4.

<sup>12</sup> G. LA PIRA, *Carissimo Totò (Pozzallo, 21 settembre 1925)*, in Id., *Lettere a Salvatore Pugliatti (1920-1939)*, Roma, 1980, p. 65 s. Al riguardo v. P. CATALANO, *Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, I, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2003, disponibile anche in *Diritto@Storia*, 2006.

<sup>13</sup> Al riguardo sia permesso rinviare a F. VARI, *Contributo allo studio della famiglia*, cit., p. 10 ss.

a prestazione da parte dei poteri pubblici. Al tempo stesso, la Carta fondamentale valorizza al massimo il pluralismo sociale. Si spiega così una parte fondamentale e peculiare della Costituzione, dedicata ai *Rapporti etico-sociali*, nella convinzione che essi siano, anzitutto, uno strumento indispensabile per la realizzazione dell'uomo: esso è considerato, infatti, per riprendere una bella espressione del periodo weimariano, ricordata da Paolo Grossi<sup>14</sup>, un *Verbandmensch*, un uomo socializzato. Gli stessi rapporti rappresentano, inoltre, un formidabile anticorpo di fronte al virus del totalitarismo, che per quasi un quarto di secolo aveva infestato la società italiana.

In questa prospettiva alla famiglia, fondamentale strumento di realizzazione della persona e, al contempo, di limite al potere, è dedicata grande attenzione nella Costituzione.

Il disegno costituzionale in materia di famiglia, come è noto, è ispirato al c.d. *favor matrimonii*<sup>15</sup>. In particolare, gli artt. 29 e 31 Cost. contengono una piena valorizzazione della famiglia, come «società naturale, fondata sul matrimonio»: dunque, una «stabile istituzione sovraindividuale»<sup>16</sup> basata su un istituto caratterizzato, come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale, dalla «diversità di sesso dei coniugi, nel quadro di “una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio”»<sup>17</sup>.

La Costituzione, infatti, si pone in linea di continuità con una tradizione giuridica più che bimillenaria che, quanto meno in Occidente, affonda le proprie radici nel diritto romano.

Nel suo ultimo volume, dedicato appunto *Alle radici romane della Costituzione*, Valditara ha proprio evidenziato come «una importante, forse la più importante, applicazione concreta» della «particolare considerazione del diritto romano» da

---

<sup>14</sup> P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007.

<sup>15</sup> Cfr. più ampiamente F. VARI, *Contributo allo studio della famiglia*, cit., spec. p. 44 ss.; J. LLOBELL, *La certezza morale nel processo canonico matrimoniale*, in *Dir. eccl.*, 1998, 758 ss.

<sup>16</sup> Cfr. Corte costituzionale, sent. 18 gennaio 1996, n. 8.

<sup>17</sup> Corte costituzionale, sent. 15 aprile 2010, n. 138. Sul punto, nella vasta dottrina, v. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2020<sup>2</sup>, p. 545 ss.; A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in *Jus civile*, 2018, p. 743 ss.

parte dei Costituenti «si ritrova nella discussione che portò poi alla concezione dell'art. 29» Cost.<sup>18</sup>.

Nel sistema giuridico romano – dal quale il diritto moderno ha recepito la definizione di matrimonio<sup>19</sup> e nel quale era senz'altro diffusa l'omosessualità – era riconosciuto, addirittura secondo il diritto naturale, che solo l'unione di un uomo e di una donna poteva costituire matrimonio: *maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus* (D. 1.1.1). Da tale *consortium omnis vitae, divini atque humani iuris communicatio* (D. 23.2.1), *individuum consuetudinem vitae continens* (Inst. 1.9.1), nasceva il *corpus familiae* (D. 50.16.195.2)<sup>20</sup>.

Questa concezione, così la definisce Valditara, di famiglia viene promossa dalla Costituzione. La famiglia è, infatti, posta al centro di un fitto e ampio reticolato di norme, che superano l'impostazione propria dello Stato liberale. In esso le teorie individualistiche portavano invece «a guardare con sfavore e a comprimere tutte le forme di “comunità intermedie”»<sup>21</sup>, tra le quali la famiglia.

In antitesi anche all'assetto proprio dello Stato totalitario – che cercava di strumentalizzare la famiglia «come elemento di conservazione, di espansione, di potenza dello Stato»<sup>22</sup> – la Carta repubblicana, in linea con il suo carattere personalista, non poteva non riconoscere che la famiglia ha un valore insostituibile per la crescita e lo sviluppo dell'uomo e rappresenta il luogo in cui egli «si forma e dà immediato sviluppo ai

---

<sup>18</sup> G. VALDITARA, *Alle radici romane della Costituzione. Persona, famiglia, Stato, proprietà, libertà*, Milano, 2022.

<sup>19</sup> Sul punto v., per tutti, P. STEIN, *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, London, 1984, trad. it. *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, a cura di A. DE VITA, M.D. PANFORTI, V. VARANO, Milano, 1985, p. 190.

<sup>20</sup> Sul legame tra il concetto di famiglia proprio della Costituzione italiana e quello romano precristiano v. G. LA PIRA, *La famiglia, una casa costruita sulla roccia*, in *Il focolare*, n. 8, 14 aprile 1974, 5; P. CATALANO, «*La famiglia sorgente della storia*» secondo Giorgio La Pira, in *Index*, 1995, p. 27; M. SERRA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, cit., p. 3 ss.

<sup>21</sup> R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1968, p. 24.

<sup>22</sup> Così F. MAROI, *Diritto civile e fascismo*, in *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, 1935, p. 29.

suoi diritti più personali (come il diritto alla vita, all'intimità, ecc.)»<sup>23</sup>.

Di qui, accanto al riconoscimento, in apertura del Titolo II della Parte I della Costituzione, dei «diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio» (art. 29 Cost., primo comma), la previsione nello stesso Titolo e nel successivo III, dedicato ai *Rapporti economici*, di una fitta rete di diritti, tra loro intimamente collegati, che accordano alla famiglia, «in una prospettiva di evoluzione della società», una «posizione istituzionale di privilegio»<sup>24</sup>. Da tale posizione è agevole ricavare l'esistenza, nell'ordinamento italiano, del c.d. *favor familiae*.

#### 4. *L'amore liquido e il tentativo di estendere il regime costituzionale in materia di famiglia*

Se quello sopra descritto, sia pure per cenni, è il disegno costituzionale relativo alla famiglia, passiamo ora al secondo punto della mia trattazione, e cioè quello concernente la crisi dell'assetto tratteggiato e il tentativo di estendere il modello costituzionale.

Non spetta certo a un costituzionalista illustrare tutti i singoli passaggi che hanno portato a tale crisi. Per indagarne le ragioni e soprattutto l'approdo, però, si può segnalare la particolare utilità della lettura di un interessante volume di Zygmunt Bauman. Il teorico della società liquida ha scritto anche un libro specificamente dedicato all'amore e ai legami umani nella nostra epoca. S'intitola *Liquid Love*, e come sottotitolo reca l'indicazione *On the Frailty of Human Bonds*<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., p. 184.

<sup>24</sup> M. BESSONE, *Art. 29*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti etico-sociali*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1976, p. 1. Al riguardo sia consentito il richiamo a F. VARI, *Profili d'illegittimità costituzionale della legge sulle unioni civili*, in *Famiglia*, 2016, p. 204 ss.

<sup>25</sup> Z. BAUMAN, *Liquid Love. On the Frailty of Human Bonds*, trad. it. di S. MINUCCI *Amore liquido: sulla fragilità dei legami affettivi*, Roma-Bari, 2004.

La tesi di fondo è che l'uomo contemporaneo sia un *Mann ohne Verwandtschaften*, cioè un uomo senza parentela.

Ciò si traduce nella ricerca di una perenne situazione «senza legami indissolubili e dati una volta per sempre»<sup>26</sup>.

Proprio il tipo di relazione affettiva che ricerca l'uomo senza parentela trova oggi soddisfazione nell'assetto giuridico del nostro ordinamento: divorzio, fondato sull'idea di un «recesso *ad nutum*»<sup>27</sup>, divorzio breve, divorzio «consensuale»<sup>28</sup>, unioni civili equiparate alla famiglia<sup>29</sup>.

In tal modo, si sarebbe giunti al superamento, per riprendere la recente analisi di Lenti, dell'idea che «la famiglia è un gruppo sociale ristretto, composto da un uomo e da una donna, che convivono e sono legati da una relazione di profonda intimità, comprensiva anche di quella sessuale, e da un vincolo giuridico reciproco, il matrimonio»<sup>30</sup>. La conseguenza ultima è l'esistenza di una pluralità di modelli familiari che sono posti sullo stesso piano: da quella «monoparentale a quella ricomposta, da quella formata da una coppia di persone dello stesso sesso a quella poligamica [...] la realtà sociale oggi presenta dunque una *pluralità* di modelli di famiglia»<sup>31</sup>. Essi si contraddistinguono per essere «il luogo socialmente privilegiato degli affetti più intimi e profondi, il regno della gratuità e della condivisione»<sup>32</sup>. In sostanza, potremmo sintetizzare, l'unico legame che resiste è quello di sangue, mentre tutto il resto diventa disponibile e organizzabile dal singolo<sup>33</sup>, senza alcuna stabilità, proprio come richiedono i dettami della società liquida e dell'amore liquido.

---

<sup>26</sup> Z. BAUMAN, *Amore liquido*, cit., p. V.

<sup>27</sup> R. LENTI, *Diritto della famiglia*, Milano, 2021, p. 646 s.

<sup>28</sup> R. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 648 s.

<sup>29</sup> V. al riguardo F. VARI, *Profili d'illegittimità costituzionale della legge sulle unioni civili*, cit., p. 197 ss. Sui limiti di tale equiparazione v. E. BILOTTI, *La norma personalista, la famiglia 'fondata sul matrimonio' e il diritto alla genitorialità naturale*, in *Jus*, 2021, p. 445 ss.

<sup>30</sup> R. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 10.

<sup>31</sup> R. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 12.

<sup>32</sup> R. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 13.

<sup>33</sup> Cfr. al riguardo le riflessioni di M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, cit., p. 9.

Questa visione trova spazio anche in un'interessante, recente e per diversi aspetti apprezzabile decisione delle Sezioni Unite della Cassazione<sup>34</sup>. In essa, riprendendo una nota e autorevolissima dottrina<sup>35</sup>, si afferma che oggi «si assiste» al «passaggio da una famiglia “isola” ad un “arcipelago” di famiglie», con la conseguenza che «alla famiglia, rispettosa dell'immagine offerta dalla Costituzione, “fondata” sul matrimonio, si sono aggiunte altre famiglie. E la filiazione è divenuta il collante di diverse comunità di affetti. All'unità dello stato di figlio corrisponde la pluralità dei modelli familiari: lo stato di figlio è unico, mentre sono oramai numerosi i modelli normativi o sociali dei rapporti di coppia»<sup>36</sup>.

Dunque, per riassumere, potremmo dire che si va dal *Verbandmensch* al *Mann ohne Verwandtschaften* e, corrispondentemente, dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla filiazione<sup>37</sup>.

## 5. La spinta della giurisprudenza della Corte EDU

Un contributo importante, anche sul piano culturale, per rafforzare la tendenza ora descritta viene dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Ricordo in proposito che una parte tanto della giurisprudenza, quanto della dottrina leggono l'ordinamento italiano alla luce della giurisprudenza della Corte EDU.

---

<sup>34</sup> Corte di Cassazione, Sezioni Unite civ., sent. 30 dicembre 2022, n. 38162.

<sup>35</sup> F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 509 ss.

<sup>36</sup> Corte di Cassazione, Sezioni Unite civ., sent. 30 dicembre 2022, n. 38162, § 23 dei *Motivi della decisione*.

<sup>37</sup> Cfr. M. PARADISO, *Dal matrimonio alla famiglia. Ritorno al futuro del diritto di famiglia*, in *Fam. Dir.*, 2022, p. 1042 ss.; M. SESTA, *Interesse del minore e stato giuridico della filiazione*, *ivi*, p. 1059 ss., il quale ricorda come già più di vent'anni fa Harry D. KRAUSE, *Marriage for the New Millennium: Heterosexual, Same Sex - or Not at All?*, in *Family Law Quarterly*, 2000, p. 271, avesse scritto: «marriage isn't really the important issue, children are». Sul tema v. i rilievi di E. BILOTTI, *Un nuovo diritto della famiglia*, *ivi*, p. 1038 ss.

Esemplificativa al riguardo è una sentenza del 2012 della Corte di Cassazione<sup>38</sup>. In essa la Suprema Corte ha utilizzato un passaggio contenuto in una sentenza di rigetto di una sezione della Corte EDU relativa all'ordinamento austriaco<sup>39</sup> per trarre «conseguenze ritenute essenziali per il nostro ordinamento, e, anzi, [...] il grimaldello per scardinare “una consolidata e ultramillenaria tradizione”»<sup>40</sup>, relativa ai concetti di matrimonio e famiglia.

Quanto alla dottrina, mi limito a richiamare il recente volume di Lenti, in cui si legge l'ordinamento interno subordinandolo ai modelli che vengono oggi dal diritto europeo, soprattutto quello legato alla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>41</sup>, nonostante si parli nel volume di «ruolo spesso eversivo assunto dalla giurisprudenza»<sup>42</sup> della Corte di Strasburgo.

Siffatte ricostruzioni appaiono a mio avviso non del tutto centrate<sup>43</sup>. Infatti, come ho già più volte argomentato, da un lato, è già discutibile che le sentenze di condanna relative a Stati diversi dall'Italia possano essere utilizzate per dedurne l'illegittimità costituzionale di una normativa interna, ai sensi dell'art. 117 Cost., primo comma, secondo il modello indicato dalla Corte costituzionale nelle sentenze gemelle del 2007<sup>44</sup>

---

<sup>38</sup> Corte di Cassazione, I sez. civ., sent. 15 marzo 2012, n. 4184.

<sup>39</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, I sez., sent. 24 giugno 2010, application n. 30141/04, *Schalk and Kopf v. Austria*.

<sup>40</sup> I. MASSA PINTO, “Fiat matrimonio!”. *L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della corte europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultramillenaria tradizione» superando anche il giudicato costituzionale?*, in *Rivista AIC*, 2012, 2, p. 5. Sul punto cfr. anche L. LORELLO, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale (Cassazione I sez. civ. 15/3/2012, n. 4184)*, *ivi*, p. 1.

<sup>41</sup> R. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 18 ss.

<sup>42</sup> R. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 61.

<sup>43</sup> Sul tema v. A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, cit., p. 746 ss.

<sup>44</sup> Corte costituzionale, sentt. 24 ottobre 2007, n. 348 e 24 ottobre 2007, n. 349. Su tali decisioni v. A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, nel sito internet dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, all'indirizzo [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); R. NANIA, *I diritti tra Costituzione e tutele sopranazionali*, in *L'e-*

e come problematicamente evidenziato dallo stesso giudice delle leggi nella successiva giurisprudenza<sup>45</sup>. Il carattere concreto del giudizio innanzi alla Corte di Strasburgo<sup>46</sup> dovrebbe, infatti, normalmente escludere la possibilità di ricavare anche da sentenze di condanna di Stati diversi dall'Italia regole di carattere generale efficaci anche per il nostro Paese<sup>47</sup>. Ma è ancor meno plausibile dedurre conseguenze così importanti, come quelle 'rilanciate' nell'ordinamento italiano dalla Cassazione, da una sentenza di rigetto<sup>48</sup>. E ciò a maggior ragione ove si consideri che la stessa Corte EDU, nella sentenza su cui si fondava la Cassazione, aveva chiaramente ribadito che «in proceedings originating in an individual application it has to confine itself, as far as possible, to an examination of the concrete case before it»<sup>49</sup>.

Inoltre, come evidenziato su un piano generale da Massimo Luciani, «solo una ricostruzione ingenua della nozione di diritto fondamentale, dell'origine e del contenuto delle situazioni soggettive e degli universi di valore che così qualifichia-

---

*voluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, a cura di R. NANIA, Torino, 2012, p. 33 ss.

<sup>45</sup> V. in particolare, Corte costituzionale, sent. 26 marzo 2015, n. 49.

<sup>46</sup> Tale carattere è ricordato spesso anche dalla *Grande Chambre*, secondo la quale «in cases arising from individual applications the Court's task is not to review the relevant legislation or practice in the abstract; it must as far as possible confine itself, without overlooking the general context, to examining the issues raised by the case before it» (così il § 92 della sentenza *S.H. and Others v. Austria* del 1° aprile 2010, application no. 57813/00).

<sup>47</sup> Sul punto v., per tutti, M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 185 ss.

<sup>48</sup> Al riguardo acutamente I. MASSA PINTO, "Fiat matrimonio!". *L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo*, cit., p. 5, mette in luce «l'uso che la Corte di Cassazione fa della sentenza europea: dopo aver riconosciuto, nella prima parte della sua motivazione, l'esistenza di un "postulato" implicito" nel nostro ordinamento, fondato su una tradizione sedimentata da tempo immemorabile, la Corte ritiene ora di poter affermare che un inciso, di un'articolata motivazione, di una sentenza nella sostanza di rigetto, pronunciata da una corte, in un certo luogo, in un certo tempo, possa, d'un sol tratto – come l'atto prometeico che crea con la parola – inverare una sostanza assegnandole il nome proprio di un'altra: fiat matrimonio, e matrimonio fu!».

<sup>49</sup> § 103 della decisione.

mo, può indurre a credere che [...] la stessa etichetta (poniamo: “libertà di associazione”)» – o aggiungerei per ciò che qui interessa, i diritti connessi alla famiglia – «denoti la medesima cosa in tutti i contesti e in tutte le esperienze giuridiche»<sup>50</sup>. Dunque, anche se dalla giurisprudenza sopra citata della Corte EDU si potevano trarre elementi determinanti in ordine alla ricostruzione del concetto di famiglia nel sistema CEDU, era operazione ‘ingenua’ e, altresì, erronea utilizzare questi elementi, come tali, per ricostruire il regime in materia proprio dell’ordinamento italiano.

Oltretutto, per costante giurisprudenza costituzionale, le decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo possono trovare spazio nell’ordinamento interno soltanto qualora non si pongano in contrasto con le previsioni della Carta fondamentale<sup>51</sup>. Dunque, un modello di rapporti familiari indicato dalla giurisprudenza della Corte EDU, per essere accolto nel nostro ordinamento, dovrebbe essere conforme alla Costituzione. In alternativa, esso dovrebbe essere trasposto in iniziative volte a modificare, ammesso peraltro che sul tema sia possibile, la Carta fondamentale<sup>52</sup>. Ricordo che, recentemente, si è intervenuti sulla Costituzione, novellando addirittura la parte dedicata ai *Principi fondamentali*, e in particolare l’art. 9 Cost., per rafforzare nel nostro ordinamento la protezione dell’ambiente<sup>53</sup>. Si è così dimostrato che quando esiste una effettiva e diffusa volontà di modificare la Carta fondamentale, si riesce con agilità a farlo. Non sembra, però, che ci siano iniziati-

---

<sup>50</sup> M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1661.

<sup>51</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a F. VARI, *A (ben) cinque anni dalle sentenze gemelle, (appunti su) due problemi ancora irrisolti*, in *Federalismi.it*, 2012, 18.

<sup>52</sup> Per un approfondimento del tema sia consentito il rinvio a F. VARI, *Il diritto familiare italiano tra libertà costituzionali e ordine pubblico costituzionale*, in *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, Atti del XIII Convegno annuale della Società italiana degli Studiosi del Diritto civile (S.I.S.Di.C.), svoltosi a Napoli, nei giorni 3-5 maggio 2018, a cura di P. PERLINGIERI, S. GIOVA, Napoli, 2019, p. 42 s.

<sup>53</sup> Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1.

ve nel senso sopra indicato per codificare l'«arcipelago familiare» di cui si è detto.

Occorre, inoltre, interrogarsi sulla democraticità degli interventi creativi della Corte EDU. In proposito, sembrerebbe giunto il momento di discutere anche in Italia delle gravi problematiche sollevate dalla Corte suprema degli Stati Uniti, oltretutto in un sistema di *common law*, con riferimento al ruolo del giudice nella creazione dei diritti. In particolare, la nota sentenza *Dobbs* evidenzia come la creazione di diritti a opera del giudice si traduce in un'operazione di natura profondamente antidemocratica<sup>54</sup>. Al contrario, come evidenziato da tempo da Massimo Luciani, «una comunità politica ha la responsabilità di *decidere* sulle questioni che la agitano attraverso i propri organi politicamente responsabili, non può sempre scaricare sul circuito della giurisdizione il fardello della soluzione dei problemi»<sup>55</sup>.

E ciò vale a maggior ragione nel momento in cui il giudice si trova a decidere sulla base di una Carta, come la CEDU, che non ha una legittimazione democratica<sup>56</sup> a proprio fondamento, ma costituisce il frutto dell'accordo tra più governi su un testo che, in quanto trattato e dunque accordo tra le parti, dovrebbe essere interpretato secondo la volontà delle parti stesse, come richiesto dalla nota Convenzione di Vienna sui Trattati, ed è invece sottoposto a una continua opera di creazione di diritti, in quanto considerato un *living instrument*. A questo proposito appaiono molto interessanti le considerazioni svolte in una *dissenting opinion* in occasione della recente decisione *Fedotova* della Corte EDU<sup>57</sup>. In particolare, il giudi-

---

<sup>54</sup> Al riguardo v. F. VARI, M. VITTORI, *Prime note sulla sentenza Dobbs v. Jackson Women's Health Organization della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Foroneus*, 26 luglio 2022. Su tale profilo, sia pure criticamente verso quanto stabilito dalla sentenza, v. ora M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023.

<sup>55</sup> Sul tema v. ora le riflessioni dello stesso A. contenute nel volume *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023.

<sup>56</sup> Cfr. al riguardo M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., p. 1663.

<sup>57</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grand Chamber*, sent. 17 gennaio 2023, *Case of Fedotova and Others v. Russia* (applications nos. 40792/10,

ce Wojtyczek ha evidenziato due profili critici della tesi secondo la quale la Convenzione sarebbe un *living instrument*. Sotto il profilo formale, un primo rilievo evidenzia come «it would be incompatible with the underlying values of the Convention if rights not initially granted by the Convention could be inserted in it without being accepted by the majority – at the national level in all the States concerned – in the treaty-making procedure, as defined in the domestic constitutional law of the High Contracting Parties». In altri termini, perché un diritto non riconosciuto direttamente dalla CEDU sia protetto dalla Corte di Strasburgo, è indispensabile passare attraverso le procedure previste per le modifiche/approvazioni dei Trattati nei singoli Stati, pena la violazione del principio democratico a fondamento delle liberal-democrazie. Il secondo rilievo riguarda il riferimento che la Corte opera ai *trend* in atto negli Stati membri su cui fondare l'interpretazione dei diritti garantiti dalla CEDU: tale riferimento porta a chiedersi se sia «compatible with the underlying values of the Convention for the exercise of Convention rights by a minority group» il fatto che esso sia «conditional on its being accepted in domestic legislation by the majority of States».

## 6. *Alla riscoperta delle ragioni dell'affermazione del c.d. favor matrimonii nella Costituzione*

Anche a voler prescindere dalle cause della situazione sopra descritta, resta il fatto che essa non appare coerente con il disegno costituzionale in tema di famiglia. Quest'ultimo, come già accennato, parte dall'idea che la famiglia ha da millenni le stesse caratteristiche, come ci ricorda anche la Corte costituzionale nel passo citato della nota sentenza n. 138 del 2010<sup>58</sup>. La nostra società occidentale ha da sempre considerato la famiglia il luogo più adatto per la realizzazione della persona e

---

30538/14 and 43439/14), disponibile sul sito della Corte EDU all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-222750%22>}.  
<sup>58</sup> V. *supra*, par. 3.

per la nascita e la crescita dei figli. Ciò non vuol dire, da un lato, che tale esperienza si realizzi sempre nel migliore dei modi e, dall'altro, che non vi possano essere diverse situazioni in cui perseguire analoghi obiettivi. Ma siccome non si può istituire una autorità che controlli la soddisfazione tra i coniugi e i partner o tra i genitori e i figli, un po' come in quel programma che all'inizio degli anni '80 andava in onda sulla televisione commerciale con il nome di 'Gioco delle coppie', e dovendo invece il legislatore fondarsi sull'*id quod plerumque accidit*, il Costituente ha deciso di favorire la famiglia fondata sul matrimonio, recependo l'antico istituto romanistico, secondo quanto sopra ricordato.

Cosa stabilisce, allora, la Costituzione? Senza discriminare altre forme di convivenza, prevede una scelta preferenziale a favore della famiglia fondata sul matrimonio. In sostanza, si tratta di una visione analoga a quella originariamente sottesa all'art. 6 *Grundgesetz*: «Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung».

La Costituzione stabilisce che la Repubblica «riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio» e, poi, «agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose». Qual è il senso di tali previsioni? Anzitutto, che i poteri pubblici riconoscono alcuni diritti di libertà, ad es. quello di sposarsi o di non sposarsi, e alcuni spazi di autonomia legati alla famiglia<sup>59</sup>. Ciò non esclude che sulla base di altre disposizioni costituzionali si possa giungere a garantire ad altre formazioni sociali analoga autonomia.

In secondo luogo, la Repubblica riconosce l'infungibile funzione sociale della famiglia e, per questo, impone al legislatore di stabilire un regime speciale a suo sostegno, in deroga al principio d'eguaglianza di cui all'art. 3, primo comma, Cost.

Quest'ultimo profilo, tuttavia, in corrispondenza al tentativo di allargare il concetto di famiglia, ha avuto sempre più scarsa attuazione e attenzione nell'operato delle Istituzioni.

---

<sup>59</sup> Sul tema v. F. VARI, *Profili costituzionali dell'autonomia*, cit.

Il *favor matrimonii* oggi appare sostanzialmente trascurato e anche ignorato.

Ricordo, ad esempio, che siamo in marcia verso il trentesimo anniversario dalla sentenza con la quale la Corte costituzionale ha denunciato l'illegittimità del sistema fiscale tuttora vigente, in quanto contrastante con il disegno costituzionale di promozione della famiglia<sup>60</sup>; ma la pronuncia del giudice delle leggi non ha trovato alcun seguito in Parlamento, al quale spetta la decisione politica su come superare l'illegittimità costituzionale rilevata dalla Corte.

Proprio nella prospettiva dell'oblio del *favor matrimonii* è opportuno richiamare alcune statistiche, e in particolare, come la percentuale del PIL investita in politiche familiari in Italia risulti la terz'ultima all'interno dell'Unione europea. I dati sono un po' risalenti, ma sono gli ultimi disponibili. Per il 2019, secondo EUROSTAT, in Italia si è investito in politiche familiari e per i figli solo l'1,1% del PIL. Solo Cipro e Malta hanno fatto peggio<sup>61</sup>. Al contrario, in Francia siamo al 2.3% e in Germania, prima fra i Paesi UE, siamo al 3.3%. Infine, tanto per dimostrare l'inadeguatezza del sistema italiano, la media UE è del 2.3% del PIL, quindi più del doppio della percentuale italiana.

Pur essendo l'art. 31 Cost. uno dei meno attuati della Costituzione, il legislatore ha, anzi, esteso i pochi benefici previsti a favore dell'unione coniugale ad altre forme di convivenza e, anzi, la dottrina denuncia che più recentemente «il diritto della famiglia è uscito dall'*agenda politica*»<sup>62</sup>.

Si tratta tuttavia di un esito che a prima vista appare paradossale, ma è invece una conseguenza scontata dell'oscuramento del disegno costituzionale sulla famiglia: infatti, se

---

<sup>60</sup> Cfr. Corte costituzionale, sent. 24 luglio 1995, n. 358. Sul tema v. M.A. GRIPPA SALVETTI, *Famiglia (Dir. trib.)*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, III, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, p. 2437 ss.; P. SELICATO, *Le imposte sul reddito delle persone fisiche in Italia*, in *Scienza delle finanze*, a cura di A. BALESTRINO, E. GALLI, L. SPATARO, Torino, 2015, p. 413 ss.

<sup>61</sup> Cfr. [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Social\\_protection\\_statistics\\_-\\_family\\_and\\_children\\_benefits#Family.2Fchildren\\_expenditure\\_in\\_2019](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Social_protection_statistics_-_family_and_children_benefits#Family.2Fchildren_expenditure_in_2019).

<sup>62</sup> R. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 56.

quest'ultima perde stabilità, come aveva già intuito Esposito poco dopo l'entrata in vigore della Costituzione<sup>63</sup>, se la sua funzione sociale, di cui si è detto, non è più riconosciuta e valorizzata, vengono meno le ragioni per dare a essa un sostegno pubblico o un regime preferenziale. Come ho recentemente sostenuto su *Famiglia e diritto*<sup>64</sup>, se tutto è famiglia, nulla è più famiglia: rimane il singolo, con le sue libere scelte, e la famiglia scompare, anche nelle politiche pubbliche. E con essa, come si è cercato di dimostrare, una parte fondamentale del disegno costituzionale.

---

<sup>63</sup> C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, 1951, ripubblicato in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 140 s.

<sup>64</sup> F. VARI, *Se tutto è famiglia, nulla è più famiglia*, cit.

**FILIPPO VARI, A proposito della scomparsa (del progetto costituzionale di promozione) della famiglia**

Il lavoro ricostruisce il quadro costituzionale in materia di famiglia, fondato sul c.d. *favor matrimonii*. Analizza, poi, il tentativo di estendere il regime costituzionale della famiglia ad altre forme di convivenza, anche sulla spinta della giurisprudenza della Corte EDU. Infine, cerca d'illustrare le ragioni per le quali, in un'età segnata dal c.d. amore liquido, secondo la nota analisi di Z. Bauman, il disegno costituzionale conserva ancora attualità, nonostante non sia supportato da adeguate politiche pubbliche, secondo quanto invece richiesto dall'art. 31 Cost.

**Parole chiave:** famiglia, matrimonio, *favor matrimonii*, Corte EDU, amore liquido.

**FILIPPO VARI, How the Italian Constitutional Vision of the Family Faded Away**

The paper analyzes the provisions of the Italian Constitution on family and the so-called *favor matrimonii*. It then examines the attempt to extend the constitutional regime of the family to other forms of cohabitation that was pushed by the case law of the ECHR. Finally, it tries to illustrate the reasons why, in an age characterized by so-called liquid love (according to the analysis of Z. Bauman) the Italian Constitution is still pertinent with regard to family law; even if public policies do not support adequately the family as required by art. 31 of the Italian Constitution.

**Key words:** family, marriage, *favor matrimonii*, ECHR, liquid love.

