

Rivista N°: 4/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 09/12/2019

AUTORE: Filippo Vari*

PROFILI COSTITUZIONALI DELL'AUTONOMIA FAMILIARE**

Sommario: 1. Introduzione: l'equilibrio tra affermazione dell'autonomia della famiglia e suoi limiti. – 2. L'autonomia della famiglia e il principio di sussidiarietà. – 3. I limiti inderogabili all'autonomia familiare: il carattere monogamico ed eterosessuale del matrimonio e l'eguaglianza dei coniugi. – 4. Diritti di libertà dei singoli e famiglia. – 5. I minori e i loro diritti. – 6. Alcune conseguenze del quadro costituzionale tracciato: I) Le norme costituzionali sulla famiglia tra i limiti alla revisione costituzionale. – 6.1. II) L'inammissibilità di una disciplina rigida del rapporto matrimoniale... – 6.2. III) ...e di un controllo pervasivo sul ménage familiare: il c.d. Named Person Scheme. – 6.3. IV) Il rapporto con altre culture. – 7. In conclusione, l'aequa libertas: il problema del sostegno pubblico alle famiglie.

1. Introduzione: l'equilibrio tra affermazione dell'autonomia della famiglia e suoi limiti

La disciplina costituzionale in materia di famiglia è costruita su due assi in reciproco equilibrio: da un lato, l'esigenza di preservare l'autonomia della stessa e le libertà dei suoi membri da invasivi interventi dei poteri pubblici; dall'altro, quella di garantire, anche all'interno della prima cellula della società, l'affermazione dei principi ordinamentali sanciti dalla Costituzione.

Si tratta di obiettivi chiaramente comprensibili alla luce del dato storico, in particolare della forma di Stato precedente – la totalitaria, che si voleva superare – e di quella che si voleva invece fondare.

Si conferma, così, il nesso tra disciplina del fenomeno familiare e architettura dell'ordinamento. Nesso che Giorgio La Pira sottolineava già in una lettera del 1925 a Pugliatti, richiamando il carattere "costituzionale" della famiglia, nel senso cioè di "costituzionalità

* Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università Europea di Roma.

** Questo testo riprende, con alcune modifiche e aggiunta di note, la relazione tenuta dall'autore nella

** Questo testo riprende, con alcune modifiche e aggiunta di note, la relazione tenuta dall'autore nella seduta inaugurale 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, i cui atti sono pubblicati nel volume AA.VV., *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, a cura di P. Perlingieri – S. Giova, Napoli, ESI, 2019.

dell'ordine giuridico", e ribadendo al contempo l'importanza del rispetto dell'autonomia della stessa.¹

2. L'autonomia della famiglia e il principio di sussidiarietà

In reazione al contesto culturale e ordinamentale proprio del regime fascista, il Costituente elabora la disciplina in materia di famiglia spinto dall'intento di fondare una nuova forma di Stato, caratterizzata da un capovolgimento del rapporto tra poteri pubblici e persona tipico del totalitarismo.²

Come detto, uno dei due assi portanti del nuovo assetto costituzionale è rappresentato dall'affermazione di uno spazio di autonomia della famiglia e del connesso principio di sussidiarietà.

Quest'ultimo, pur non avendo trovato espressa formulazione nella Carta fondamentale fino alla novella del 2001, può essere, tuttavia, considerato un "principio costituzionale non scritto",³ la cui affermazione può essere letta "in filigrana" anche nelle norme sulla famiglia inserite in Costituzione, in particolare nel Titolo II della parte I, dedicato ai *Rapporti etico-sociali*, e nel successivo Titolo III, incentrato sui *Rapporti economici*.

Già l'art. 29 Cost., nel proclamare il riconoscimento dei diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, riconosce lo stretto legame che sussiste tra l'uomo e l'istituzione familiare e assegna a quest'ultima "una sua autonomia originaria, destinata a circoscrivere i poteri del ... legislatore".⁴ in tanto la famiglia è una formazione sociale naturale

¹ G. LA PIRA, *Carissimo Totò (Pozzallo, 21 settembre 1925)*, in ID., *Lettere a Salvatore Pugliatti (1920-1939)*, Roma, Studium, 1980, 65 s. Al riguardo v. P. CATALANO, *Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira*, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, Padova, Cedam, 2003, vol. I, disponibile anche in *Diritto@Storia*, 2006. Sul tema appare utile ricordare gli interventi in Assemblea costituente di LA PIRA, nella seduta del 9 settembre 1946, in *Atti Assemblea costituente*, I sottocommissione, seduta del 30 ottobre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, a cura del Segretariato generale della Camera dei Deputati, Roma, 1970, vol. VI, 630 ss.; di G. DOSSETTI, *ibid.*, 630 ss.; di A. MORO, nella seduta del 6 novembre 1946 in *Atti Assemblea costituente*, I sottocommissione, seduta del 6 novembre 1946, *ibid.*, 644. Richiama, da ultimo, l'importanza di questi discorsi per la generale impostazione della Carta repubblicana P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017, *passim*.

² Per un'analisi dei lavori preparatori in materia v. F. BONINI, *Una «istituzione naturale». La famiglia all'Assemblea costituente*, in AA.VV., *La famiglia nel diritto pubblico*, a cura di G. DALLA TORRE, Roma, Studium, 1996, 95 ss.; sia, inoltre, consentito il rinvio a F. VARI, *Contributo allo studio della famiglia nella Costituzione italiana*, I, Bari, Cacucci, 2004, 37 ss.

³ A. D'ATENA, *Lezioni di Diritto costituzionale*, III ed., Torino, Giappichelli, 2012, 119. Su principio di sussidiarietà e famiglia v., inoltre, G. DALLA TORRE, *Famiglia e Costituzione. Riflessioni su una rivoluzione promessa*, in *Iustitia*, 1999, 221; F. BONINI, *Una «istituzione naturale». La famiglia all'Assemblea costituente*, cit., 98; P.L. ZAMPETTI, *La sovranità della famiglia e lo Stato delle autonomie. Un nuovo modello di sviluppo*, Milano, Rusconi, 1996, 70, 98.

⁴ Così C. MORTATI in *Atti Assemblea costituente*, seduta del 23 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, cit., vol. II, 1166. Nello stesso senso v. anche A. MORO, in *Atti Assemblea costituente*, I sottocommissione, seduta del 6 novembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, cit., vol. VI, 647: "dichiarando che la famiglia è una società naturale, si intende stabilire che la famiglia ha una sua sfera di ordinamento autonomo nei confronti dello Stato, il quale, quando interviene, si

in quanto essa, nei limiti delle previsioni della Costituzione e delle norme che vi danno attuazione, è in grado di autodeterminarsi.

A fronte di un passato nel quale la famiglia era strumento per l'attuazione delle finalità dello Stato fascista, l'innovazione adottata dall'art. 29 Cost. sta, dunque, nel garantire "l'autonomia della famiglia nell'adempimento della funzione sua propria",⁵ come ricordava Costantino Mortati.⁶

Alla garanzia dell'autonomia della famiglia, poi, si connette l'affermazione del principio di sussidiarietà.

Esso, nell'ambito in esame, appare destinato ad operare in due direzioni: anzitutto, riprendendo una nota terminologia utilizzata già da Esposito,⁷ nel senso di escludere la funzionalizzazione della famiglia e dei suoi diritti, e cioè un loro riconoscimento limitato alla realizzazione di un superiore interesse pubblico.

Detto principio impone, inoltre, come messo in luce da Puleo, che la famiglia possa "realizzare gli interessi dei suoi componenti coi propri mezzi, finché è possibile, e mediante un'organizzazione ... adatta a questi scopi, purché conformi ai principî stabiliti dalla Costituzione".⁸

Sotto questo secondo profilo il principio di sussidiarietà, in una dimensione negativa, esclude che il potere pubblico possa sostituirsi alla famiglia nello svolgimento dei compiti che essa è in grado di adempiere; mentre, in positivo, impone alla Repubblica di favorire lo svolgimento delle funzioni proprie della comunità familiare.

È significativo riscontrare che anche la dottrina tedesca richiama, con riferimento al rapporto tra Stato e famiglia, il concetto di funzione "negative" e "positive" del "Leitprinzip"

trova di fronte ad una realtà che non può ignorare né mutare". V. anche l'intervento dello stesso MORO in *Atti Assemblea costituente*, Adunanza plenaria, seduta del 15 gennaio 1947, *ibid.*, 102 s.: "non si vuol dire con questa formula che la famiglia sia una società creata al di fuori di ogni vincolo razionale ed etico [...] vi è naturalmente un potere legiferante dello Stato che opera anche in materia familiare; ma questo potere ha un limite precisamente in questa natura sociale e naturale della famiglia".

⁵ C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, VII ed. rielaborata e aggiornata, Padova, Cedam, 1967, 922. Sul punto v., inoltre, P. BARCELLONA, voce *Famiglia* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, XVI, Milano, Giuffrè, 1967, 782; S. PULEO, voce *Famiglia*, II) disciplina privatistica: in generale, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1989, 1.

⁶ Al riguardo cfr. anche G. LA PIRA, *Atti Assemblea costituente*, I sottocommissione, seduta del 5 novembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, cit., vol. VI, 645.

⁷ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1958, 4 ss. Al riguardo v. P.F. GROSSI, *I diritti di libertà nell'insegnamento di Carlo Esposito*, in *Giur. cost.*, 1991, 2, 1661; ID., *Qualche riflessione per una corretta identificazione e sistemazione dei diritti sociali*, in *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, II ed., Padova, Cedam, 2008, 19 s.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova, Cedam, 2003, 83 ss.; G. GUZZETTA, *Considerazioni sui rapporti tra libertà di associazione, potere delle confessioni religiose acattoliche e diritti dei fedeli alla tutela giurisdizionale*, in *Dir. soc.*, 1999, 61; F.S. MARINI, *Il «privato» e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2000, 50 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 2002; A. PACE – M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, Zanichelli, 2006; P. RIDOLA, *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano: gli anni cinquanta e sessanta*, in AA.VV., *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, a cura di F. Lancheater – F. Brancaccio, Milano, Giuffrè, 2012, 150 ss.; A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 13 s.; M. LUCIANI, *Lo statuto della proprietà immobiliare tra normativa statale e leggi regionali*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Bari, Cacucci, 2012, 770.

⁸ S. PULEO, voce *Famiglia*, cit., 6.

della sussidiarietà, indicando, con il primo aspetto, un *Abwehrrecht* e con il secondo, invece, l'obbligo dei poteri pubblici di sostenere (*fördern*) la famiglia.⁹

Anche l'art. 30 Cost. avvalorava la conclusione che il principio di sussidiarietà sia la chiave di lettura delle previsioni costituzionali in tema di famiglia.¹⁰

Esso considera il mantenimento, l'istruzione e l'educazione dei figli come diritto-dovere dei genitori e prevede che, soltanto "nei casi di incapacità" degli stessi, la legge debba intervenire istituendo garanzie perché siano assolti i loro compiti.

Alla luce dello stesso principio di sussidiarietà va, inoltre, intesa la previsione di cui all'art. 31 Cost., secondo il quale la Repubblica agevola "con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose", e protegge "la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo".

Anche sotto questo profilo l'attuazione del principio di sussidiarietà con riferimento alla famiglia esige, da un lato, che i problemi della famiglia "siano affrontati senza indebite ingerenze da parte delle comunità di ordine superiore"¹¹ e, dall'altro, che proprio queste ultime comunità creino le condizioni necessarie per "l'esercizio delle libertà e responsabilità familiari".¹²

Si tratta di una scelta del Costituente le cui implicazioni non appaiono ancora pienamente attuate: basti pensare, tra i tanti esempi, ai problemi legati alla libertà d'educazione dei genitori di fronte alla scuola, per ciò che concerne sia l'effettiva possibilità di scelta tra le istituzioni scolastiche facenti parte del sistema nazionale d'istruzione – ai sensi di quanto previsto dalla l. 10 marzo 2000, n. 62, recante "Norme per la parità scolastica e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione"¹³ – sia il diritto dei genitori a essere informati sulle attività poste in essere dalla scuola su tematiche c.d. sensibili e la necessità di un loro consenso per la partecipazione dei figli a tali attività.¹⁴

⁹ Al riguardo v. S. WESTERMAYER, *Die Herausbildung des Subsidiaritätsverhältnisses zwischen Familie und Staat und seine heutige Bedeutung im Grundgesetz*, Baden-Baden, Nomos, 2010, *passim*, ma spec. 177 ss., 219 ss.

¹⁰ Sul punto v. A. D'ATENA, *Lezioni di Diritto costituzionale*, cit., 64.

¹¹ Sulla sussidiarietà c.d. orizzontale v. A. D'ATENA, *op. ult. cit.*, 77; G. PASTORI, *La sussidiarietà «orizzontale» alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in AA.VV., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, a cura di A. RINELLA – L. COEN – R. SCARMIGLIA, Padova, Cedam, 1999, 169 ss. (in particolare 174 s.).

¹² P. DONATI, *Famiglia e benessere: nuovi orizzonti culturali oltre l'assistenzialismo*, in AA. VV., *Famiglia e società del benessere*, a cura di P. DONATI, Cinisello Balsamo, San Paolo, 1999, 13. Nello stesso senso v. F. D'AGOSTINO – G. DALLA TORRE, *Per una storia del diritto di famiglia in Italia: modelli ideali e disciplina giuridica*, in AA.VV., *Le stagioni della famiglia. La vita quotidiana nella storia d'Italia dall'unità agli anni '70*, a cura di G. Campanini, Torino, San Paolo, 1994, 242. Nella dottrina tedesca v. WESTERMAYER, *Die Herausbildung des Subsidiaritätsverhältnisses*, cit., 158. Ivi dottrina in materia.

¹³ Cfr. E. MINNELI, *Scuola pubblica e scuola privata. Gli oneri per lo Stato*, Torino, Giappichelli, 2002. Sul tema, da ultimo, v. M. TROISI, *Il perenne conflitto tra Stato e Regioni in materia d'istruzione. I riflessi sulla involuzione del settore*, in *Dir. fond.*, 1/2018, 8 ss.

¹⁴ Esso è attualmente limitato alle sole attività extracurricolari: cfr. Nota della Direzione Generale per lo Studente, l'Integrazione e la Partecipazione del Dipartimento per il sistema educativo di istruzione e di formazione del MIUR del 6 luglio 2015, disponibile su Internet all'indirizzo http://hubmiur.pubblica.istruzione.it/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/2fec6734-eff2-413b-aeaf-98b0aa349c1d/Nota_agli_UU_SS_RR_per_POF.pdf; nonché, più recentemente, Nota della Direzione Generale

3.1 limiti inderogabili all'autonomia familiare: il carattere monogamico ed eterosessuale del matrimonio e l'eguaglianza dei coniugi

L'affermazione dell'autonomia della famiglia e del connesso principio di sussidiarietà, pur costituendo un architrave nel progetto di società fatto proprio dalla Carta fondamentale, trova, tuttavia, chiari limiti nel testo costituzionale, a partire dal paradigma monogamico ed eterosessuale del matrimonio, accolto nell'art. 29 Cost. in continuità con la tradizione romanistica.¹⁵

Senza poter in questa sede incedere a una diffusa trattazione dell'argomento,¹⁶ è sufficiente ricordare come qualche anno fa anche il giudice delle leggi¹⁷ ha ribadito che l'art. 29 Cost., con il richiamo alla "società naturale fondata sul matrimonio", utilizzando la tecnica delle nozioni giuridiche presupposte,¹⁸ dà copertura costituzionale a un istituto caratterizzato da "una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile", i cui tratti

per gli ordinamenti scolastici e la valutazione del sistema nazionale di istruzione e della Direzione Generale per lo Studente, l'Integrazione e la Partecipazione dello stesso Dipartimento del 20 novembre 2018, su Internet all'indirizzo http://www.edscuola.eu/wordpress/wp-content/uploads/2018/11/ptof_2018-0019534.pdf, in cui si riconosce che "la partecipazione a tutte le attività che non rientrano nel curriculum obbligatorio, ivi inclusi gli ampliamenti dell'offerta formativa di cui all'articolo 9 del D.P.R. n. 275 del 1999, è, per sua natura, facoltativa e prevede la richiesta del consenso dei genitori per gli studenti minorenni, o degli stessi se maggiorenni" e che conseguentemente, "in caso di non accettazione, gli studenti possono astenersi dalla frequenza". Nel secondo documento citato, per ciò che concerne, invece, "tutte le attività didattiche inserite nel PTOF, anche ove aggiunte in corso d'anno", si fa presente che esse "devono essere portate tempestivamente a conoscenza delle famiglie, o degli studenti se maggiorenni".

¹⁵ Sulla quale v. W. WALDSTEIN, *Ins Herz geschrieben: Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft*, Augsburg, 2010, trad. it. *Scritto nel cuore. Il diritto naturale come fondamento di una società umana*, Torino, Giappichelli, 2014, 85 ss.; M.P. BACCARI, *Matrimonio e donna. I. Concetti ulpiani*, Torino, Giappichelli, 2012, 8 ss., 47 ss.

¹⁶ Per la quale si fa rinvio a F. VARI, *Contributo*, cit., 46 ss., 91 ss.

¹⁷ Al riguardo v. Corte cost., sent. 15 aprile 2010, n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1605 ss., con nota di R. ROMBOLI, *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*. Sulla decisione della Corte v. inoltre V.T. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della 'libertà'*, in *Federalismi*, n. 17 del 2010; M. COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempo)*, in *Foro. it.*, 2010, I, 1702 ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Forum Quad. cost.*, 2010; G. BRUNELLI, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, in AA.VV., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini - A. Lorenzetti, Napoli, Jovene, 2011, 144 ss. La decisione è, poi, ripresa in due successive ordinanze (22 luglio 2010, n. 276 e 5 gennaio 2011, n. 4, in *Giur. cost.* rispettivamente 2010, 3391 ss. e 2011, 36 ss). Sul punto cfr. anche Corte cost., sent. 11 giugno 2014, n. 170, in *Giur. cost.*, 2014, 2694 ss. sulla quale v. F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum Quad. cost.*, 2014; B. PEZZINI, *Oltre il "caso Bernaroli": tecniche decisorie, rapporti tra principi e regole del caso e vicende del paradigma eterosessuale del matrimonio*, in *GenIUS*, n. 1 del 2015, 83 ss.; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2018, 535 s.

¹⁸ Sulla quale v. P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, II ed., Torino, Giappichelli, 1991, 286 s., nt. 8. Ivi dottrina sul tema. Sull'argomento v. ora M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 533 s.

essenziali si fondano sull'alterità sessuale dei coniugi.¹⁹ A diverse conclusioni non può portare nemmeno il richiamo all'art. 3 Cost., poiché, da un lato, per utilizzare le parole dello stesso giudice delle leggi, "le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio"²⁰ e, dall'altro, come si è cercato di dimostrare in altra sede, gli artt. 29 e 31 Cost. impongono di assicurare alla famiglia fondata sul matrimonio un trattamento preferenziale in ragione della sua infungibile funzione all'interno della società.²¹

Anche la proclamazione dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, contenuta nel comma secondo dell'art. 29 Cost., costituisce esempio di prescrizione destinata a porsi come limite inderogabile all'autonomia della famiglia,²² con lo scopo di affermare la "piena parità dei coniugi e di evidenziare la collocazione della dignità dei coniugi, sotto qualsiasi riguardo, a un medesimo livello".²³ Sono a tutti note le difficoltà registrate nell'attuazione della disposizione costituzionale, anche nell'ambito della giurisprudenza della Corte costituzionale.²⁴

4. Diritti di libertà dei singoli e famiglia

Alquanto complessa è l'analisi del rapporto tra la famiglia e i diritti di libertà riconosciuti ai singoli, in via generale, dal testo costituzionale.

¹⁹ Sul punto nella dottrina più recente v. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 534 ss.; A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in *Jus civile*, 2018, 743 ss.

²⁰ Ord. n. 4 del 2011, cit.

²¹ Al riguardo sia consentito il rinvio a F. VARI, *Profili d'illegittimità costituzionale della legge sulle unioni civili*, in *Famiglia*, 2016, 203 ss. Per una diversa lettura del dettato costituzionale v., invece, B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 2715 ss.; M. D'AMICO, *Famiglia e "famiglie" fra principi costituzionali italiani ed europei*, in *GenUS*, n. 2 del 2015, 153 ss.; F. RESCIGNO, "Omnia non vincit amor". *Riflessioni sulla giurisprudenza costituzionale italiana ed austriaca in tema di coppie omosessuali*, in *Federalismi.it*, n. 5 del 2018, 7 ss. Conferme della tesi sostenuta nel testo sembrerebbero potersi trarre anche dalla recentissima sentenza Corte cost., 9 aprile 2019, n. 78, in *Cons. online*. Su tale pronuncia v. P. VERONESI, "Le conseguenze dell'amore universitario" (Secondo tempo): *i punti fermi della sentenza costituzionale n. 78 del 2019*, in *Forum Quad. cost.*, 2019.

²² Sul punto v. P. PERLINGIERI – P. PISACANE, *Art. 29*, in P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione*, Napoli, ESI, 1997, 190.

²³ A.M. SANDULLI, *Art. 29 Cost.*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian – G. Oppo – A. Trabucchi, vol. I, Padova, Cedam, 1992, 25 s. Sulla parità dei coniugi nella dottrina più recente, per un utile quadro d'insieme, v. M. SESTA, *Verso nuovi sviluppi del principio di eguaglianza tra coniugi*, in *NLCC*, 2004, 385 ss.; nonché A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini*, cit., 751 ss.; Id., *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, in *Riv. dir. comp.*, n. 1 del 2017, 90 ss.; M.G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia*, Torino, Giappichelli, 2018, 35 ss.

²⁴ Sul punto cfr. E. LAMARQUE, voce *Famiglia (dir.cost.)*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, vol. III, 2423 s.; I. NICOTRA, *La famiglia in "divenire" di fronte a un legislatore "fuori tempo massimo"*, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del Convegno dell'Associazione "Gruppo di Pisa", svoltosi a Catania nei giorni 7-8 giugno 2013, a cura di F. Giuffrè – I. Nicotra, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, XVI ss.; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 524 s.

Com'è noto essi godono di efficacia anche nei rapporti tra privati, la c.d. *Drittwirkung* secondo la dottrina tedesca.²⁵

Nondimeno, per la famiglia, in linea astratta, è ancora valida l'analisi di Esposito, per il quale l'art. 29 Cost. può legittimare limitazioni alle "numerose libertà dei singoli" proclamate dalla Costituzione:²⁶ infatti, nella famiglia "tutta una serie ... di doveri reciproci ... valgono a limitare gli egoismi dei singoli partecipanti ed a temperare la dimensione e la qualità dei loro diritti da esercitare non già *uti individui*, bensì *uti socii*".²⁷

Come riconosciuto dalla prima giurisprudenza della Corte costituzionale, dallo *status* coniugale possono derivare, ad esempio, una serie di limitazioni alle libertà garantite dagli artt. 13, 14 e 16 Cost.²⁸

Tali restrizioni, imposte dal legislatore ordinario e da regolare nell'invalidabile rispetto della dignità della persona, trovano una copertura costituzionale proprio nella previsione del riconoscimento dei diritti della famiglia.²⁹

5. I minori e i loro diritti

Quanto, poi, ai figli, dagli artt. 29 e 30 Cost. si desume, anzitutto, la protezione costituzionale della libertà di procreare tanto in senso positivo, quanto in senso negativo. Al riguardo sono necessarie, tuttavia, delle precisazioni.

²⁵ Sulla efficacia nei rapporti tra privati dei diritti fondamentali, quanto all'ordinamento italiano, v. P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1947, 190 ss.; G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1970 52 ss.; R. NANIA, *La libertà individuale nell'esperienza costituzionale italiana*, Torino, Giappichelli, 1989, 12 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., 21; P. RIDOLA, voce *Diritti costituzionali*, in *Dizionario di diritto costituzionale*, cit., 401.

²⁶ C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milano, Giuffrè, 1951 ripubblicato in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 137.

²⁷ P.F. GROSSI, *Alcuni interrogativi sulle libertà civili nella formulazione della Carta di Nizza*, in AA. VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, a cura di F. FERNÁNDEZ SEGADO, Madrid, Dykinson, 2003, 308 ss.. Sul punto v. anche ID., *La famiglia nella evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *La famiglia nel diritto pubblico*, cit., 9, in cui l'A. evidenzia che gli articoli che la Costituzione dedica alla famiglia non costituiscono una ripetizione della garanzia apprestata dall'art. 2 Cost. ai diritti dell'uomo, ma valgono piuttosto "a sollecitarne nell'ambito familiare una lettura sociale se non addirittura funzionale e, con pari efficacia formale, ne consentono, ed anzi quasi sempre ne impongono, una forma di godimento comunque compatibile con il superiore interesse dell'istituto in discorso"; C. ESPOSITO, *loc. ult. cit.*; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 131; G. GUZZETTA, *Il diritto costituzionale di associarsi. Libertà – autonomia – promozione*, Milano, Giuffrè, 2003, 164; I. NICOTRA, *La famiglia in "divenire" di fronte a un legislatore "fuori tempo massimo"*, cit., XI s.

²⁸ V., in particolare, Corte cost., sent. 4 dicembre, 1964, n. 107, in *Giur. cost.*, 1964, 1100 ss., in cui il giudice delle leggi ha affermato che "l'inviolabilità della libertà personale, quale deve essere intesa nella enunciazione che ne fa l'art. 13 ..., o la garanzia posta dall'art. 16 (libertà di circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale) ... non possono ritenersi violate da limitazioni poste in relazione a un particolare status della persona, quale quello coniugale". Su tale decisione v. P.F. GROSSI, *La famiglia nella evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, cit., 9.

²⁹ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, parte II, Milano, Giuffrè, 1993, 213.

Anzitutto, tale libertà si ferma nel momento in cui sorge una nuova vita, e cioè si determina il concepimento di un altro individuo, protetto dal combinato disposto degli artt. 2, 30, 31 e 32 Cost.³⁰

Tale conclusione è confermata anche dalla giurisprudenza costituzionale, nonostante le molteplici incongruenze che essa presenta in materia.³¹

Proprio la nascita di un'altra vita con la fusione tra gameti spiega i limiti che il legislatore può o, meglio, deve apporre alla libertà di procreare per il tramite della fecondazione artificiale.³²

In relazione alla posizione dei figli, poi, il Costituente, come noto, ha inteso limitare opportunamente l'autonomia familiare, assicurando a quelli "nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima".³³

Con la connotazione personalista della Carta costituzionale appare, inoltre, coerente l'affermazione che i diritti – con l'eccezione di quelli politici,³⁴ per cui valgono le limitazioni di cui agli artt. 48, 56 e 58 Cost. – "non sono condizionabili in relazione all'età se non laddove una loro limitazione appaia indispensabile ad assicurare la salvaguardia" dello stesso minore.³⁵

Ai fini dell'assolvimento dei loro compiti, "i genitori dispongono ... di appositi poteri";³⁶ tuttavia, l'esercizio degli stessi, con le connesse limitazioni ai diritti dei minori, deve essere

³⁰ Al riguardo sia consentito il rinvio a F. VARI, *Sulla tutela del concepito nella Costituzione italiana. Riflessioni alla luce dell'insegnamento di Pierfrancesco Grossi*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, Giuffrè, 2012, nonché in *Federalismi.it*, n. 19 del 2009.

³¹ Sul tema cfr., per tutti, A. BALDASSARRE, *Lo statuto costituzionale dell'embrione*, in AA.VV., *La tutela dell'embrione*, a cura di G. BISCONTINI – L. RUGGERI, Napoli, ESI, 2002, 37 ss.

³² Sulla disciplina introdotta in Italia dal Parlamento, dopo anni di vuoto legislativo, si rinvia a F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, I, Bari, Cacucci, 2008. Sulla progressiva opera di eliminazione dei vincoli in essa fissati da parte della giurisprudenza costituzionale sia consentito richiamare F. VARI, *A proposito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale in materia di procreazione eterologa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2014, 617 ss. Sulla tematica della procreazione assistita v. le riflessioni di G. CERRINA FERONI – A. BELLIZZI, *Appunti sulla moderna razionalità della distinzione tra matrimonio ed unioni affettive tra persone dello stesso sesso*, in *Federalismi.it*, n. 25 del 2013, 3 s. Per una diversa prospettiva cfr. M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. Dir.*, 2004, 453 ss.; EA., *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2009; C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *Biodiritto*, n. 2 del 2014, 67 ss.

³³ Al riguardo, nella poderosa dottrina sul tema, v. le riflessioni di P. PERLINGIERI – P. PISACANE, *Art. 30*, in P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione*, cit., 199; E. LAMARQUE, *Art. 30 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, Torino, UTET, 2006, vol. I, 631 ss.; M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, nonché in questa *Rivista*, n. 4 del 2010, 12 s.; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 525 s.

³⁴ Sul punto cfr. A.M. SANDULLI, *Aspetti pubblicistici della protezione del minore*, ora in *Scritti giuridici*, Napoli, Jovene, 1990, vol. II, 718 s.

³⁵ A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 710. Da tale garanzia ha tratto spunto una parte della dottrina per sostenere "la ricostruzione della libertà come situazione inattiva e quella della sua incidenza come operante esclusivamente nella sfera del lecito – anziché del possibile giuridico": in tal senso v. P.F. GROSSI, *I diritti di libertà*, cit., 254 ss. Per una diversa prospettiva v., invece, A. PACE, *Problemativa*, cit., 116 ss.; ID., *Libertà e diritti di libertà*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, cit., 1001 ss.

³⁶ A.M. SANDULLI, *Art. 30 Cost.*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian – G. Oppo – A. Trabucchi, cit., 44.

rispettoso, scriveva Sandulli richiamando l'art. 2 Cost., "dei diritti inviolabili dell'integrità fisica, della personalità ... e della dignità dei figli".³⁷

Quest'ultimo aspetto merita alcuni approfondimenti.

Va, anzitutto, ribadito quanto già affermato all'inizio di questa riflessione, e cioè che l'art. 30 Cost. costituisce un'applicazione del principio di sussidiarietà nell'ambito familiare.³⁸

Inoltre, occorre sottolineare che i diritti assicurati dalla Carta (anche) ai minori possono subire limitazioni rispetto all'esercizio della responsabilità genitoriale, mentre conservano, in linea generale, piena garanzia nei confronti dei poteri pubblici e di tutti gli altri soggetti privati diversi dai genitori (o, qualora siano stati nominati, dal tutore e dal protutore).

6. Alcune conseguenze del quadro costituzionale tracciato: I) Le norme costituzionali sulla famiglia tra i limiti alla revisione costituzionale

Così tracciato, sia pure in maniera sintetica, il quadro costituzionale di riferimento, è necessario trarne alcune conseguenze.

Anzitutto, su un piano generale, si dimostra ancora pienamente attuale la dottrina che considera le norme costituzionali sulla famiglia non modificabili, nella loro sostanza, nemmeno seguendo il procedimento di revisione costituzionale.³⁹

Sono ben noti gli sviluppi della giurisprudenza costituzionale in materia di limiti alla revisione,⁴⁰ a partire dalla celeberrima sent. n. 1146 del 1988,⁴¹ scritta dalla penna di Antonio Baldassarre. Nella suddetta categoria la decisione della Corte ha incluso "tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana".⁴²

³⁷ A.M. SANDULLI, *loc. ult. cit.* Al riguardo v. P. PERLINGIERI, *Sui rapporti personali nella famiglia*, cit., 22; E. LAMARQUE, *Art. 30 Cost.*, cit., 633 s.; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 526 s.

³⁸ Per analoghi rilievi nella dottrina tedesca con riferimento all'art. 6 GG v. S. WESTERMAYER, *Die Herausbildung des Subsidiaritätsverhältnisses*, cit., 168 ss.

³⁹ Cfr. sul tema C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 922.

⁴⁰ Sulla tematica dei limiti alla revisione costituzionale la dottrina è vastissima. Per un efficacissimo quadro di sintesi v. ora R. NANIA, *Principi supremi e revisione costituzionale (annotazioni sulla progressione di una controversia scientifica)*, in *Nomos*, n. 1 del 2016. Nella più recente giurisprudenza costituzionale va senz'altro segnalata la riconduzione di tale problematica all'interno della categoria dei "controlimiti" operata dalla sent. 22 ottobre 2014, n. 238, in *Giur. cost.*, 2014, 3853 ss., con note di B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, C. PINELLI, *Diritto alla difesa e immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera sul risarcimento per danni da crimini di guerra e contro l'umanità*, M. BRANCA, *Il punto sui "controlimiti"*, R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*. Su tale pronuncia sia consentito il rinvio a F. VARI, *Crimini internazionali e responsabilità degli Stati nell'età del costituzionalismo multilivello*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, Giappichelli, 2016, 2493 ss.

⁴¹ Corte cost., sent. 29 dicembre 1988, n. 1146, in *Giur. cost.*, 1988, I, 5565 ss.

⁴² §. 2.1. del *Considerato in diritto*.

In quest'ultima fattispecie sembrano rientrare le previsioni costituzionali in materia di famiglia.

Infatti, come è emerso dalla trattazione, le norme previste dalla Carta fondamentale per i figli costituiscono espressione di diritti fondamentali degli stessi e, dunque, non potrebbero subire alterazioni *in peius*, nemmeno seguendo il procedimento previsto dall'art. 138 Cost., pena la lesione di tali diritti. Analogo discorso vale per la libertà di formare una famiglia, per la garanzia dell'autonomia della stessa, come detto tutelata dagli artt. 29 Cost., e per i diritti-doveri dei genitori, garantiti dall'art. 30 Cost., secondo quanto sopra evidenziato: si tratta, infatti, previsioni che proteggono la sfera più intima della persona, la cui compressione finirebbe per intaccare non soltanto i diritti fondamentali della stessa, ma finanche l'impronta personalistica dell'ordinamento.⁴³

Emerge, così, come le norme sulla famiglia incidono su aspetti decisivi del rapporto tra autorità e libertà⁴⁴ e, dunque, in ultima analisi, sono legate al problema della forma di Stato.⁴⁵ Tale conclusione trova conferma nell'esperienza storica, nella quale, in corrispondenza all'affermazione di regimi totalitari, si verificano spesso pesanti compressioni – spesso legate a una loro funzionalizzazione⁴⁶ – delle libertà connesse al fenomeno familiare.

Il quadro tracciato nei paragrafi precedenti porta, inoltre, a ritenere non persuasiva la tendenza di una parte della giurisprudenza e di alcune amministrazioni che, anche tramite la trascrizione di atti di nascita redatti all'estero, finiscono per scardinare il modello costituzionale prima ricostruito.⁴⁷

Allo stesso modo esso non può essere alterato in forza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,⁴⁸ la quale, secondo una consolidata posizione del giudice delle leggi, può trovare applicazione nell'ordinamento interno soltanto qualora non si ponga in contrasto con le previsioni della Carta fondamentale.⁴⁹

⁴³ Sul nesso tra garanzia dei diritti inviolabili e impostazione personalistica cfr. le riflessioni di A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, 43 ss. Nella dottrina più recente v. A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, n. 17 del 2013, 3 ss.

⁴⁴ R. BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1989, 4.

⁴⁵ Sul tema sia consentito il rinvio a F. VARI, *Contributo allo studio*, cit., 24 ss.

⁴⁶ Sulla funzionalizzazione dei diritti di libertà v. la precedente n. 7.

⁴⁷ Sul punto v., per tutti, E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 917 ss.

⁴⁸ Al riguardo v. A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, cit., 746 ss. Per una diversa prospettiva cfr., invece, M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, cit., 27 ss., secondo la quale non è possibile riscontrare “una distanza se non opposizione assiologica tra l'ordinamento costituzionale italiano e le Carte europee” (pag. 27).

⁴⁹ 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*, n. 18 del 2012. Per un quadro di sintesi nella giurisprudenza costituzionale v., in particolare, Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in *Giur. cost.*, 2015, 391 ss. Sulla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul tema v. E. CRIVELLI *Il matrimonio e le coppie omosessuali*, in AA.VV., *Dieci casi sui diritti in Europa*, a cura di M. CARTABIA, Bologna, Il Mulino, 2011, 61 ss.; S. NINATTI – L. VIOLINI, *Nel labirinto del principio di non discriminazione: adozione, fecondazione eterologa e coppia omosessuale davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Forum Quad. cost.*, 2012; L. PONZETTA, *La sentenza Oliari e altri Vs. Italia: una pronuncia dai dubbi effetti*, *ibid.*, 2015; A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in *Cons. online*, 2014, 20 ss. In senso contrario a quanto sostenuto nel testo cfr., nella giurisprudenza, Corte cass., sez. I civ., sent. 15 marzo 2012, n. 4184, in *Foro it.*, 2012, I, p. 2727 ss., con nota di R. ROMBOLI, in cui la Supre-

Più complesso, invece, è il discorso relativo all'influenza in materia del diritto dell'Unione europea. È noto, infatti, come, pur in assenza di una specifica competenza sui regimi familiari, anche in questo settore la Corte di giustizia abbia promosso, per riprendere una bella espressione di Marta Cartabia, una sorta di "colonialismo giurisdizionale".⁵⁰

Essa, infatti, prendendo spunto da materie affidate dai Trattati alle competenze dell'Unione, ha finito per stabilire regole che vincolano l'evoluzione dei rapporti familiari all'interno degli Stati membri. Si pensi, sul punto, alla giurisprudenza che impone ai Paesi che abbiano dato rilievo pubblico a unioni tra persone dello stesso sesso di equiparare il trattamento dei *partner* – quanto meno nei settori connessi all'applicazione del diritto dell'Unione – a quello previsto per i coniugi.⁵¹

Se è vero quanto sopra evidenziato in relazione alla possibilità di ricondurre gran parte delle norme previste in Costituzione per i rapporti familiari tra i limiti alla revisione costituzionale e, dunque, nella più ampia categoria dei 'controlimiti' – secondo la più recente ricostruzione operata in proposito dal giudice delle leggi⁵² – ne discende l'impossibilità di attribuire in relazione a esse prevalenza al diritto eurounitario rispetto alla normativa interna.

6.1. II) L'inammissibilità di una disciplina rigida del rapporto matrimoniale...

Un cenno va fatto alla circostanza che l'art. 29 Cost., riconoscendo alla famiglia la sfera di autonomia sopra ricordata, come evidenziava ancora Esposito, "attribuisce rilievo giuridico alla constatazione che, tra i membri della famiglia, non sussistono solo freddi vincoli giuridici, ma legami affettivi, sentimentali, spontanei e di sangue (legami «naturali» che, come dice la Costituzione, rendono la famiglia «società naturale»)» giustificando, pertanto, "che siano configurati in maniera del tutto peculiare i rapporti tra i membri della famiglia: e che qui siano ammessi obblighi di dare senza alcun corrispettivo, diritti di ricevere senza obblighi di restituzione e che l'estensione dei poteri e degli obblighi sia elastica, e che la partecipazione

ma Corte ricostruisce il concetto di famiglia nell'ordinamento interno prendendo spunto da un passaggio contenuto in una sentenza di rigetto, relativa all'ordinamento austriaco, di una sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo (*Schalk and Kopf v. Austria*, Application n. 30141/04, disponibile sul sito Internet della Corte EDU, all'indirizzo www.echr.coe.int). Su tale pronuncia v. I. MASSA PINTO, "Fiat matrimonio I". *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 questa *Rivista*, n. 2 del 2012.

⁵⁰ Utilizza questa espressione M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in AA.VV., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. CARTABIA, Bologna, Il Mulino, 2007, 57 ss.

⁵¹ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 1° aprile 2008, C-267/06, *Tadao Maruko*; sent. 10 maggio 2011, C-147/08, *Römer*; sent. 12 dicembre 2013, C-227/12, *Hay*. Sul tema v. S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2012, 49 ss.; A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, 34 ss.

⁵² Corte cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 238, cit., spec. §. 3 del *Considerato in diritto*. Sugli sviluppi più recenti della tematica v. A. NICO, *La costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia al banco di prova dei controlimiti*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, in corso di pubblicazione, nonché in *Dir. fond.*, n. 2 del 2019.

alla famiglia dia luogo ad un vero «status» generale delle persone, ad un legame delle persone nella complessità della loro vita”.⁵³

Ne discende la necessità per il diritto statale di tenersi ai margini della predetta sfera di autonomia,⁵⁴ come pure l'impossibilità di far valere di fronte al giudice gli accordi secondo i quali, nella medesima sfera, è organizzato il *ménage* familiare.

Al tempo stesso, sarebbe da ritenere incostituzionale una disciplina legislativa che – muovendo dal dubbio inserimento del matrimonio tra i contratti⁵⁵ – cercasse, in senso contrario a quanto detto, di prevedere, secondo quanto ipotizzato *de iure condendo* da parte di alcuni autori,⁵⁶ la coercibilità dei vincoli assunti dai coniugi.

Ipotizzare una regolazione di tutti gli aspetti della vita matrimoniale, riconducendoli entro schemi contrattuali corrispondenti a quelli legislativamente previsti, equivarrebbe, infatti, a privare la famiglia del suo carattere di società naturale.

6.2. III) ...e di un controllo pervasivo sul ménage familiare: il c.d. *Named Person Scheme*

La disciplina costituzionale sopra ricostruita esclude, poi, che nel nostro ordinamento possano affermarsi tendenze come quella che segna la c.d. *Named person*, regolata nella quarta parte del *Children and Young People (Scotland) Act 2014*,⁵⁷ approvata nel 2014 dal Parlamento della Scozia.

Secondo tale normativa a ogni scozzese, dalla nascita quanto meno al compimento dei 18 anni, è assegnata una persona (*Named person*), che deve verificare il benessere del giovane, con lo scopo di far sì che la Scozia diventi il miglior posto nel mondo dove crescere.⁵⁸

La *Named person*, al fine di promuovere e proteggere il benessere del giovane, può svolgere, tra l'altro, attività di consiglio, informazione e sostegno a favore dello stesso o dei

⁵³ C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, cit., 138. Sul punto v. anche G. GUZZETTA, *Il diritto costituzionale di associarsi*, cit., 164, nonché, più di recente, M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 528.

⁵⁴ Per analoghe considerazioni nella dottrina tedesca v. S. WESTERMEYER, *Die Herausbildung des Subsidiaritätsverhältnisses*, cit., 172 ss.

⁵⁵ Su tale tematica, con riferimento alla definizione di Ulpiano (D.35.1.15, 35) “*consensus facit nuptias*”, v. R. ORESTANO, *'Diritto' incontri e scontri*, Bologna, Il Mulino, 1981, 315 ss, 337. Sul tema v. già, G. LA PIRA, *La famiglia sorgente della storia*, in *Il sentiero di Isaia*, Firenze, Cultura, 1978, 613; cfr., inoltre, P. CATALANO, *Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira*, cit.; L. SABBARRESE, *Il matrimonio canonico nell'ordine della natura e della grazia*, Roma, Urbaniana University Press, 2006, 7 s.; M.P. BACCARI, *Matrimonio e donna*, cit., 38 ss.

⁵⁶ Cfr. A. ZOPPINI, *Tentativo di inventario per il 'nuovo' diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 2001, 335 ss., pubblicato anche in AA. VV., *I contratti di convivenza*, a cura di E. Moscati – A. Zoppini, Torino, Giappichelli, 2002, 15 ss.

⁵⁷ Disponibile su Internet all'indirizzo <http://www.legislation.gov.uk/asp/2014/8/contents/enacted>.

⁵⁸ Cfr. le dichiarazioni in proposito riportate sul sito della BBC, il 7 marzo 2017, all'indirizzo <http://www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-35752756>.

suoi genitori, in particolare aiutando questi ultimi ad accedere a “*service or support*” o discutendo di un problema del minore con le pubbliche autorità.

Il parametro del benessere, espressione certamente vaga e onnicomprensiva, è un po’ meglio specificato nel momento in cui si stabilisce che esso vada valutato alla luce del c.d. *SHANARRI*, secondo quanto previsto dalla sec. 96, par. 2 del *Children and Young People (Scotland) Act 2014*, e cioè il relazione a quanto il giovane è *Safe, Healthy, Achieving, Nurtured, Active, Respected, Responsible and Included*.⁵⁹

Si tratta di previsioni lo stesso amplissime e talora assai generiche,⁶⁰ cui si accompagnano altrettanto vasti poteri di diffusione d’informazioni tra autorità, anche senza il consenso degli interessati.⁶¹

Esse aprono significativi spazi a un dirigismo pubblico nel settore dell’educazione familiare: l’intervento pubblico non è più sussidiario nei confronti delle situazioni familiari problematiche, come impone in Italia l’art. 30 Cost., e dunque non è rispettoso dell’autonomia della famiglia, diventando uno strumento generale in relazione al quale organizzare l’educazione dei figli.

Ciò è comprovato dal fatto che la *Named person* deve agire non di fronte a un pericolo, ma nell’ipotesi in cui sia probabile o, addirittura, possibile che esso si determini, con il conseguente stimolo a ingerirsi in via preventiva nella vita familiare.

L’applicazione della normativa sopra richiamata è per ora sospesa in quanto essa è stata dichiarata, dalla *Supreme Court* di Londra,⁶² contraria al diritto alla vita privata e familiare protetto dall’art. 8 della CEDU.⁶³

⁵⁹ Un tentativo di meglio definire tali parametri è nel *Revised Draft Statutory Guidance* (“RDSG”) del dicembre 2015 del Governo scozzese (disponibile su Internet, all’indirizzo <http://www.gov.scot/Resource/0049/00490013.pdf>), nel quale, al par. 2.4.2., si afferma che il bambino è “*safe*” allorché “*protected from abuse, neglect or harm at home, at school and in the community*”; “*healthy*” se gode di “*highest attainable standards of physical and mental health, access to suitable healthcare, and support in learning to make healthy, safe choices*”; “*achieving*”, nell’ipotesi in cui sia “*supported and guided in learning and in the development of skills, confidence and self-esteem, at home, in school and in the community*”; “*nurtured*” qualora abbia “*a nurturing place to live in a family setting, with additional help if needed, or, where this is not possible, in a suitable care setting*”; “*active*” se ha “*opportunities to take part in activities such as play, recreation and sport, which contribute to healthy growth and development, at home, in school and in the community*”; “*respected*”, quando abbia “*the opportunity, along with carers, to be heard and involved in decisions that affect them*”; “*responsible*”, nella situazione in cui goda di “*opportunities and encouragement to play active and responsible roles at home, in school and in the community, and where necessary, having appropriate guidance and supervision, and being involved in decisions that affect them*”; infine, per “*included*” si intende “*help to overcome social, educational, physical and economic inequalities, and being accepted as part of the community in which they live and learn*”.

⁶⁰ Al riguardo cfr. anche i rilievi della UK Supreme Court, sent. 26 luglio 2016, [2016] UKSC 51, *The Christian Institute and others (Appellants) v The Lord Advocate (Respondent) (Scotland)*, disponibile su Internet all’indirizzo <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0216-judgment.pdf>, §. 16.

⁶¹ Cfr. sect. 26, par. 2 e par. 4 dell’Act.

⁶² Sent. 26 luglio 2016, [2016] UKSC 51, cit.

⁶³ Quest’ultimo, come è noto, garantisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, consentendo di apportarvi restrizioni, previste per legge, nel caso in cui esse siano necessarie, in una società democratica, “alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”. Per un quadro di sintesi su tale articolo v. C. GRABENWARTER – K. PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, V ed., München, Beck, 2012, 225 ss.

6.3. IV) Il rapporto con altre culture

Dal quadro costituzionale tracciato si traggono anche utili indicazioni su come impostare il confronto con culture diverse da quelle che hanno ispirato la Carta repubblicana,⁶⁴ le quali reclamano un'assoluta affermazione dell'autonomia della famiglia, senza però garantire in pieno il rispetto dei diritti fondamentali della persona e, in particolare, delle norme costituzionali sopra richiamate.

Si tratta di problematiche sempre più importanti e attuali con l'intensificarsi dei flussi migratori.⁶⁵

Per affrontarle va, anzitutto, sgombrato il campo da una malintesa idea di pluralismo: la democrazia pluralista, pur implicando "una relativa indifferenza ... ai valori e l'essenzialità del metodo e delle procedure", secondo quanto puntualizzato da Baldassarre, al tempo "comporta l'opzione di ciascun popolo a favore di determinati valori di fondo e la loro codificazione in un patto fondamentale",⁶⁶ come avvenuto nella Carta costituzionale italiana.

Tanto premesso, per dimostrare l'importanza dei principi costituzionali nel confronto con culture diverse da quelle che li hanno ispirati, si può richiamare il problema della poligamia.

Sul presupposto che quest'ultima tocchi i requisiti essenziali della nozione di matrimonio, garantiti dall'art. 29 Cost.,⁶⁷ parte della dottrina ha evidenziato come la Carta fondamentale impedisca d'introdurre, nell'ordinamento italiano, "conformemente alla nostra tradizione romanistica e canonistica, unioni poligamiche o poliandriche proprie di altre tradizioni culturali".⁶⁸

Un ulteriore argomento contrario alla poligamia può essere ricavato dal principio della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, di cui al secondo comma dell'art. 29 Cost.: infatti,

⁶⁴ In proposito, nella vasta dottrina, v. A. LOIODICE, *Attuare la Costituzione. Sollecitazioni straordinarie*, Bari, Cacucci, 2000.

⁶⁵ Cfr. G. CERRINA FERONI - V. FEDERICO, *Introduzione*, in AA.VV., *Società multiculturali e percorsi di integrazione*, a cura di G. Cerrina Feroni - V. Federico, Firenze, Firenze University Press, 2017, 2.

⁶⁶ A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., 147; Id., *Una risposta a Guastini*, in *Giur. cost.*, 2007, 3269. Sul punto, nella copiosa letteratura, v. A. SPADARO, *Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi di un giurista*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, Atti del Convegno di studi tenutosi presso l'Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 31 gennaio 2005, a cura di G. Razzano, Fasano, Schena, 2005, 444, per il quale è vero "che ci troviamo in società complesse, ormai multietniche e multiculturali, caratterizzate da un pluralismo etico, ma è pur vero che esiste un'etica pubblica, comune a tutti i consociati e coincidente con il «sistema dei valori» costituzionali, senza la quale proprio il ricordato pluralismo/politeismo dei valori non sarebbe possibile, prevalendo sempre e comunque la legge del più forte (in democrazia: la *maior pars* che, si sa, non sempre è la *melior pars*)"; P. PERLINGIERI, "Dittatura del relativismo" e "tirannia dei valori", in *Iustitia*, 2011, 234 ss.

⁶⁷ Cfr. P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., 286 s., nt. 8. Ivi dottrina sul tema.

⁶⁸ P.F. GROSSI, *La famiglia nella evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, cit., 12; Id., *Alcuni interrogativi sulle libertà civili nella formulazione della Carta di Nizza*, cit., 312. Nello stesso senso v. già P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, V ed., Palermo, Ed. universitarie, 1961, 528; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, X ed., Milano, Giuffrè, 1972, 457.

l'ammissione della poligamia porrebbe l'uomo in una posizione di superiorità (tanto giuridica, quanto morale) nei confronti delle possibili mogli, come emerge con evidenza ove si consideri che il marito potrebbe scegliere tra più donne, mentre queste ultime sarebbero vincolate ad un solo uomo. A sua volta, la previsione della poliandria porrebbe gli stessi problemi, ma con posizioni rovesciate tra uomini e donne. La contemporanea possibilità di ricorrere alla poliandria e alla poligamia, invece, finirebbe per dissolvere il concetto stesso di famiglia.

Se l'esempio fatto vale a dimostrare come dalla Costituzione si traggono fondamentali indicazioni da seguire nel confronto con culture che si "affiancano" alla nostra, nondimeno appare utile un richiamo all'esperienza del Regno Unito.

In esso da tempo si affronta il problema di un sistema di diritto di famiglia speciale per i musulmani,⁶⁹ anche alla luce dell'affermazione di tribunali sciaraitici.⁷⁰

Vale la pena ricordare, per inciso, i gravi dubbi sollevati dalla Corte di Strasburgo, nel caso *Refah Partisi*,⁷¹ sul rapporto tra la *sharia* e i principi a fondamento dei sistemi liberal-democratici, protetti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Un ruolo determinante per l'affermarsi dei tribunali suddetti è stato svolto dalla normativa britannica in materia di arbitrato. Essa non prevede a monte settori esclusi dalla sua applicazione e ha finito per consentire d'attribuire valore vincolante per l'ordinamento generale a decisioni religiose di carattere privato.⁷²

Al contrario, nel nostro ordinamento mancano finora pressanti problematiche in tal senso, sia per il carattere più recente del confronto con la *sharia*, sia soprattutto per il solido baluardo costituito dall'art. 806 c.p.c., secondo il quale "le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili", rientrando in questa categoria i diritti relativi alle situazioni familiari.⁷³

7. In conclusione, l'*aequa libertas*: il problema del sostegno pubblico alle famiglie

Le considerazioni svolte hanno cercato d'illustrare i tratti dell'efficace equilibrio trovato dal Costituente tra affermazione dell'autonomia della famiglia, da un lato, e inderogabile rispetto di alcuni principi ordinamentali fissati dalla Carta fondamentale, dall'altro.

Occorre, tuttavia, ricordare che la piena affermazione dell'autonomia della famiglia e del connesso principio di sussidiarietà chiama in causa, nella prospettiva della *aequa liber-*

⁶⁹ Cfr. M. NEGRI, *Le Sharia Court in Gran Bretagna. Storia ed evoluzione dei tribunali islamici nel Regno Unito*, in *Stato, Chiese plur. conf.*, 2018, 2 ss.

⁷⁰ Cfr. sul punto A. RINELLA -M.F. CAVALCANTI, *I Tribunali Islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato*, in *DPCE*, 2017, 69 ss.; G. DALLA TORRE, *Matrimonio e famiglia tra laicità e libertà religiosa*, in *Stato, Chiese plur. conf.*, 2018, 14 ss.

⁷¹ *Grande Chambre*, sent. 13 febbraio 2003, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* (Applications 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98), disponibile sul sito della Corte EDU, all'indirizzo www.echr.coe.int, spec. §§. 123 ss.

⁷² Sui due punti v. ampiamente M. NEGRI, *op. cit.*

⁷³ In proposito cfr., sia pure su una posizione diversa da quella sostenuta in questo scritto, F. DANOVÌ, *L'arbitrato di famiglia in Italia, tra antitesi e possibili consonanze*, in *Riv. arbit.*, 2016, 49 ss.

tas,⁷⁴ le politiche pubbliche e, in particolare, il sostegno che esse devono garantire all'istituzione familiare per lo svolgimento delle sue funzioni, ai sensi dell'art. 31 Cost.⁷⁵

Paradigmatica del mancato rispetto di tale articolo è la vicenda della normativa fiscale: la sua iniquità è stata da tanti anni denunciata dalla Corte costituzionale,⁷⁶ ma la pronuncia del giudice delle leggi è rimasta lettera morta e non ha trovato alcun seguito in Parlamento.

La mancata attuazione del disegno costituzionale sul sostegno alle famiglie ha, nell'attuale situazione di debolezza dell'economica italiana, conseguenze ancor più gravi del passato: secondo le indicazioni fornite dal Governatore della Banca d'Italia, "la povertà è aumentata tra le famiglie numerose e tra le coppie con due o più figli", con la conseguenza di "un ulteriore aumento della povertà minorile".⁷⁷

Sotto altro profilo, la generale disattenzione dei poteri pubblici verso la famiglia non soltanto finisce per incidere sull'effettiva garanzia dell'autonomia della stessa, ma tocca anche il complessivo funzionamento della mobilità sociale e, pertanto, le fondamenta del sistema democratico, come messo in luce dall'ISTAT, che ha collegato il titolo di studio e le possibilità economiche dei genitori alle scelte di studio dei figli.⁷⁸

Se a queste considerazioni si aggiungono gli impressionanti dati sull'inverno demografico che attraversa il nostro Paese⁷⁹ e sulle conseguenze nefaste che esso ha sul funzio-

⁷⁴ Cfr. il noto passo di M.T. CICERONE, *De republica*, I, 47, sul quale v. ora G. GILIBERTI, *Constitutio e Costituzione*, in *Cult. giur. dir. viv.*, n. 1 del 2014, 11. Sul concetto di *aequa libertas* nella Costituzione italiana v. L. MENGONI, *I diritti sociali*, in AA.VV., *Dalla Costituente alla Costituzione*, Convegno in occasione del cinquantenario della Costituzione repubblicana, Roma, 18-20 dicembre 1997, Roma, Bardi, 1998, 173 ss. Sul rapporto tra diritti di libertà e risorse pubbliche v. i rilievi di P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *DSF*, 2017, 174.

⁷⁵ Sul quale v., nella dottrina più recente, v. L. CASSETTI, *Art. 31*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., 641 ss.; I. NICOTRA, *La famiglia in "divenire" di fronte a un legislatore "fuori tempo massimo"*, cit., XXXI ss.; L. PRINCIPATO, *Famiglia e misure di sostegno: la legislazione nazionale*, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 167 ss.; M. TROISI, *Famiglia e misure di sostegno: la legislazione regionale*, *ibid.*, 199 ss.; F. FARRI, *Un fisco sostenibile per la famiglia in Italia*, Padova, Cedam, 2018, 25 ss.

⁷⁶ Cfr. Corte cost., sent. 13-24 luglio 1995, n. 358, in *Giur. cost.*, 1995, 2645 ss. Sul tema v. M.A. GRIPPA SALVETTI, voce *Famiglia (Dir. trib.)*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, cit., vol. III, 2437 ss.; P. SELICATO, *Le imposte sul reddito delle persone fisiche in Italia*, in AA.VV., *Scienza delle finanze*, a cura di A. Balestrino - E. Galli - L. Spataro, Torino, Giappichelli, 2015, 413 ss.

⁷⁷ Relazione del Governatore della Banca d'Italia presentata nel maggio 2017 e disponibile su Internet all'indirizzo <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/relazione-annuale/2016/index.html>, pag. 82. Sul tema v. L. CAMPIGLIO, *Solo attraverso la natalità usciremo dalla stagnazione*, in *Vita e pens.*, 2019, 51.

⁷⁸ ISTAT, *Rapporto annuale 2107. La situazione del Paese*, disponibile su Internet, all'indirizzo <https://www.istat.it/it/files/2017/05/RapportoAnnuale2017.pdf>, pag. 225 s.

⁷⁹ Al riguardo tra i numerosi dati disponibili cfr. le stime per l'anno 2018 degli Indicatori demografici dell'ISTAT (su Internet all'indirizzo <https://www.istat.it/it/files/2019/02/Report-Stime-indicatori-demografici.pdf>), nei quali si rileva che: "al 1° gennaio 2019 si stima che la popolazione ammonti a 60 milioni 391mila residenti, oltre 90mila in meno sull'anno precedente (-1,5 per mille)"; "nel 2018 si conteggiano 449mila nascite, ossia 9mila in meno del precedente minimo registrato nel 2017"; "il saldo naturale nel 2018" tra nascite e decessi "è negativo (-187mila), risultando il secondo livello più basso nella storia dopo quello del 2017 (-191mila)". Sul problema demografico, in una prospettiva più ampia, legata al continente europeo v. G. WEIGEL, *The Cube and the Cathedral. Europe, America, and Politics Without God*, New York, 2005, trad. it. *La Cattedrale e il Cubo. Europa, America e politica senza Dio*, a cura di F. Felice, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2006, 21 ss.; S. ACQUAVIVA, *L'eclissi dell'Europa. Decadenza e fine di una civiltà*, Editori riuniti, Roma, 2006.

namento e sulla generale tenuta dello Stato sociale,⁸⁰ emerge con evidenza come la realizzazione di effettive politiche di sostegno alla famiglia può costituire un utile strumento non soltanto per garantire nei fatti l'autonomia della stessa e attuare il disegno costituzionale, ma anche per contribuire a far uscire il nostro Paese dalle secche di una crisi di sistema – con risvolti che vanno ben al di là del mero profilo economico – nella quale è oramai da troppo tempo arenato.

⁸⁰ Cfr. ad es. F.R. PIZZUTI, *Considerazioni di sintesi*, in AA.VV., *Rapporto sullo Stato sociale 2017*, a cura di F.R. PIZZUTI, Roma, Sapienza, 2017, 28 ss.