

FOCUS

*Family as the Foundation Stone of Society*

LA FAMIGLIA: UNA CONCEZIONE NEO-ISTITUZIONALE?

Andrea NICOLUSSI  
Università Cattolica del Sacro Cuore

1. Se l'uomo come persona è valore per gli altri oltre che per se stesso, la famiglia offre una dimensione naturale in cui ciò può inverarsi e pertanto in un giurista completo come Mengoni il diritto della famiglia non può rimanere ai margini dell'orizzonte di studi. E infatti emerge nei suoi lavori fin dagli inizi sia come oggetto specifico di interesse sia nei suoi intrecci sistematici con il diritto del lavoro, il diritto delle successioni, la proprietà, gli studi sul metodo per divenire poi anche materia di decisione nel suo operato di giudice alla Corte costituzionale<sup>1</sup>.

Forse il rilievo secondo cui la famiglia sarebbe stata l'occasione d'avvio delle sue riflessioni sul metodo è eccessivo, ma si può senz'altro riconoscere che la consapevolezza dell'istanza metodologica, che Mengoni via via affina nel suo percorso intellettuale, è particolarmente congeniale per affrontare questo delicato settore del diritto in cui, più che in altri, il *nomos* non rinnega la sua relazione con l'*ethos* intendendo quest'ultimo come «dimora, luogo in cui l'uomo si stabilisce e, in comunità con altri uomini, si foggia un modo di vivere e di comportarsi»<sup>2</sup>. A questa dimora domestica o *oikia* la nostra Costituzione dedica senza alcuna remora kelseniana l'art. 29, primo articolo del titolo rapporti etico-sociali, nel quale non solo la famiglia è qualificata società naturale, ma addirittura viene utilizzato l'aggettivo morale: il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

Dentro le mura domestiche della società naturale di cui al primo comma trova quindi accoglienza la suggestione di giusnaturalisti kantiani come von Hippel e Hugo favorevoli all'uguaglianza fra i sessi<sup>3</sup> compendosi così una parabola storica. Una

<sup>1</sup> Sul punto mi permetto di rinviare al mio *Luigi Mengoni e il diritto privato*. L. NOGLER – L. NICOLUSSI: *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*. Padova, 2007. 69.

<sup>2</sup> *Una lettera di Luigi Mengoni* pubblicata a cura di N. Irti, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002. II, 1156.

<sup>3</sup> Cf. T. G. von HIPPEL: *Über die bürgerliche Verbesserung der Weiber*. Berlin, 1792. 183.; G. HUGO: *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*. Berlin, 1798. Spunti in merito

prima tappa in realtà si era raggiunta già nel codice civile austriaco che, eccezione tra le codificazioni ottocentesche, aveva emancipato la moglie almeno nelle relazioni con i terzi, ma il pieno sviluppo avviene con la costituzione di Weimar ripresa poi da quella di Bonn e dalla nostra che però sottolinea altresì l'esigenza di coordinare l'uguaglianza col valore dell'unità della famiglia.

L'uguaglianza dei coniugi, infatti, – come precisa Mengoni – non è un doppione inutile dell'uguaglianza prevista quale principio generale dall'art. 3 Cost. né è un'uguaglianza da concepire in senso materialista sullo stampo del rapporto di scambio: è appunto l'uguaglianza di persone unite dal rapporto di coniugio, non di individui *uti singuli*. È insomma veicolo di una modernizzazione della famiglia nella quale la naturalità, o autonomia rispetto allo stato, non deve essere tutelata a scapito della dignità umana delle persone, la quale secondo la sensibilità moderna non ammette la subordinazione della moglie al marito. Di qui la discontinuità con la famiglia patriarcale e gerarchica della tradizione romanistico-germanica, nonché una presa di distanza dalla concezione organicistica di matrice neohegeliana riconducibile nella dottrina italiana al pensiero di Cicu<sup>4</sup>.

Tuttavia la giuridicizzazione prodotta dall'innesto del principio di uguaglianza denota un possibile duplice volto della modernizzazione. Infatti a una interpretazione sistematicamente equilibrata in chiave riformatrice si contrappone «una ideologia dell'indifferenziato», come la chiama Mengoni, la quale è distorsiva dello stesso principio di uguaglianza», ed è rivolta a una decostruzione in senso volontaristico-individualista delle unioni familiari incompatibile con la concezione costituzionale della famiglia.

2. Mengoni sviluppa le sue riflessioni soprattutto a seguito della riforma del 1975 e quindi nell'ultimo quarto di secolo del Novecento, anche se i suoi primi scritti di diritto familiare risalgono agli anni cinquanta<sup>5</sup>. La sintesi più evoluta si trova in un saggio degli anni Novanta intitolato *La famiglia in una società complessa* nel quale egli stesso conferma «un maggiore distacco nella valutazione della Novella del 1975

---

anche in A. DUNCKER: *Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe: persönliche Stellung von Frau und Mann im Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft 1700 – 1914*. Köln–Weimar, 2003.

<sup>4</sup> Cf. A. CICU: *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914. 85., 106., citato da Mengoni, *Successioni per causa di morte*. Trattato CICU – MESSINEO – MENGONI, Milano 1999. 15 testo e nota 34 dove però Mengoni rileva che questa concezione della famiglia è frutto di una lettura di Hegel distorta dall'ideologia nazionalista. Analogamente al contesto italiano nel dopoguerra tedesco, a seguito della strumentalizzazione politica della famiglia operata dallo stato nazionalsocialista, si è assistito a una *Entpolitisierung* o *Entstaatlichung des Familienrechts*, nell'ambito della quale è stata riaffermata la collocazione del diritto di famiglia nel diritto privato all'insegna di una restaurazione del primato della *Privatautonomie* e della *Selbstverwaltung*: cf. S. SIMTIS: *Familienrecht*. D. SIMON (Hrsg.): *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Studien zur Wissenschaftsgeschichte*. Frankfurt a. M. 1994. 392. Lo stesso autore (406) ricorda che il problema dell'uguaglianza fra i coniugi è del resto un topos del diritto matrimoniale del dopoguerra in Europa.

<sup>5</sup> Cf., ad esempio, *Ancora sullo stato del figlio nato entro centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952. 874.

di quello consentito dalla metodologia delle prime analisi, le quali procedevano in via di contrapposizione sistematica della nuova disciplina all'ordinamento precedente. Il metodo della contrapposizione comporta inevitabilmente un certo schematismo, essendo guidato dal riferimento a tipi ideali che descrivono solo tendenze, senza cogliere compiutamente la complessa realtà socio-normativa<sup>6</sup>.

I «tipi ideali» fondamentali cui Mengoni allude riguardo alla comprensione dei concetti giuridici di matrimonio e di famiglia e tra i quali nel dibattito postnovella egli registra una contrapposizione fortemente radicalizzata e semplificata sono l'istituzione, da un lato, e l'associazione di matrice contrattuale, dall'altro. Da una parte l'approccio tradizionalista sembrava non saper cogliere nell'innesto del principio di uguaglianza fra coniugi altro che una contaminazione dell'istituzione, quest'ultima essendo fatta coincidere col modo d'essere della famiglia tradizionale impostata su basi gerarchiche e ancora molto diffusa nell'Italia del dopo guerra. Si pensi alla giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>7</sup> che ancora nei primi anni sessanta non riteneva illegittima la discriminazione fra i coniugi contenuta nella disciplina dell'adulterio in quanto corrispondente al modello sociale del tempo, e si pensi altresì ad autori di prestigio come Carnelutti che pure prendevano posizione a favore di quella discriminazione<sup>8</sup>. Paradossalmente una certa difesa della concezione istituzionale della famiglia la faceva coincidere col fatto del suo modo d'essere socialmente rilevante oltre che storicamente risalente e così adottava un criterio analogo a quello fatto valere in senso opposto dalla critica antiistituzionale che insisteva sullo stesso parametro dei costumi sociali considerati però in cambiamento. Come è noto, infatti, una lettura antiistituzionale dell'art. 29 Cost. e di fatto abrogante faceva coincidere la naturalità con i mutevoli costumi sociali, privando di normatività la norma costituzionale, ridotta alla stregua di un fotografo che disperatamente pretende di fissare la realtà e di seguirne al contempo il divenire<sup>9</sup>. In effetti il rinvio al sociale rischia di rimandare a tutto e al suo contrario: all'idea che il sociale respinga *tout court* il principio di uguaglianza oppure che il sociale esiga un'uguaglianza livellatrice che non distingue la famiglia fondata sul matrimonio da qualunque altra formazione sociale.

---

<sup>6</sup> MENGONI: *La famiglia in una società complessa*, cit., 9. nel quale si coglie un'evoluzione del suo pensiero rispetto ai suoi *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano, La coscienza contemporanea tra "pubblico" e "privato": la famiglia crocevia della tensione*. Atti del XLIX corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica, Milano, 1979. 267, e *Nuovi orientamenti nel matrimonio civile*, Jus 1980. 106.

<sup>7</sup> Cf. Corte costituzionale n. 64 del 1961.

<sup>8</sup> Cf. F. CARNELUTTI (*Fedeltà coniugale e unità della famiglia*, *Riv. dir. civ.*, 1962, I, 2-3). Ma cf. Corte Costituzionale n. 126/1968 riesaminò la questione della legittimità della discriminazione di diritto penale e successivamente (sentenza n. 127) quella di diritto civile.

<sup>9</sup> Cf. M. BESSONE: Art. 29-30-31, *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna - Roma 1976. 33. Una critica giuridico-filosofica a tale tesi è ben sviluppata da I. T. Mucciconi ALBI: *«Matrimonio di fatto» e pensiero giuridico*. Torino 2002. 237.

Di fronte a questo stallo il contributo mengoniano mette a partito la propria vocazione alla «storia dei dogmi» e quindi la consapevolezza metodologica<sup>10</sup> che le categorie della dogmatica giuridica non sono concetti cristallizzati una volta per tutte, ma continuano a essere suscettibili di una certa evoluzione sempre che siano rispettati i limiti del principio di verità della forma giuridica<sup>11</sup>, ossia i limiti irrinunciabili di flessibilità dei concetti stessi. Entro questi limiti un medesimo concetto può e deve essere adattato al mutare della realtà socio-normativa; oltre questi limiti, esso non può più essere impiegato pena la perdita della stessa comunicabilità scientifica del discorso giuridico<sup>12</sup>.

Di qui l'esigenza di uno studio delle categorie, tra le quali si gioca l'alternativa interpretativa, più attento alla realtà socio-normativa<sup>13</sup>.

L'istituzione secondo la concezione romaniana evoca l'idea di un corpo sociale che non si risolve in un prodotto della volontà quale puro effetto di norme giuridiche legali o negoziali, ma esibisce un momento oggettivo e indisponibile<sup>14</sup>. La categoria del contratto, invece, contrassegna un mezzo di costruzione volontaristica dei rapporti incentrata sul primato del diritto soggettivo e quindi sul potere di disposizione che ad

<sup>10</sup> Cf., in generale, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, e in particolare 52, 88.

<sup>11</sup> Il principio della verità della forma giuridica come è noto è stato formulato con riferimento alla società per azioni: cf. F. KLEIN: *Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft*. Wien, 1904. 55.

<sup>12</sup> Nella dottrina civilistica del secolo scorso, cf. L. FERRI: *Definizione giuridica e significato di contratto. La parola come limite di arbitrarietà dei concetti giuridici*. Scritti in onore di Santoro Passarelli, II, Napoli 1972. 127 s.; A. C. JEMOLO: *Il matrimonio*. In *Tratt. di diritto civile* diretto da F. Vassalli, 3 ed. rist., Torino, 1961., e, sotto il codice abrogato, F. VASSALLI: *Lezioni di diritto matrimoniale I*. Padova, 1932. 77.

La netta distinzione tra contratto e matrimonio è sottolineata con vigore già in G. W. F. HEGEL (*Lineamenti di filosofia del diritto* (a cura di G. MARINI), Roma-Bari, 2005, trad. it., 74), il quale nota criticamente che «questa sussunzione (del matrimonio sotto il concetto del contratto n.d.r.) è esposta – nella sua turpitudine, si deve dire – in I. KANT (*Metaphysik der Sitten, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, § 24)». Ma la critica hegeliana a Kant – come rileva Renda, *Il matrimonio civile come istituzione*, testo del manoscritto concesso in lettura dall'autore – sembra fondata in parte su uno slittamento semantico del termine «contratto» che nell'accezione di Kant vale semplicemente come *pactum*, impregiudicata la razionalità oggettiva dell'oggetto.

<sup>13</sup> In questo modo egli ha l'occasione di ritornare al confronto tra istituzione e contratto che aveva caratterizzato lo studio del rapporto di lavoro, con riguardo al quale il suo pensiero si era risolto nella direzione favorevole al contratto pur con le specialità dovute alle implicazioni personali del lavoro. La prospettiva contrattuale era stata preferita in quanto, anziché considerare l'organizzazione in sé come fonte autonoma di rapporti giuridici, veniva reputata in grado di dare forma sul piano dell'autonomia privata all'essenziale rapporto di scambio tra imprenditore e lavoratore: cfr. L. MENGONI: *Contratto di lavoro e impresa*, in Id., *Il contratto di lavoro*, a cura di M. NAPOLI, Milano, 2004. 17. D'altra parte, anche sul piano del rapporto di lavoro la concezione istituzionalistica veniva proposta nella sua versione autoritaria, la quale, almeno formalmente, trovava uno dei suoi capisaldi nell'art. 2086 c.c. («l'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori») al quale peraltro fece seguito l'art. 2087 c.c., incunabolo degli obblighi di protezione.

<sup>14</sup> Cf. Santi ROMANO: *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano, 1953. 68, e *L'ordinamento giuridico*2, Firenze, s.d., 56.

esso inerisce<sup>15</sup>. Certo, nemmeno il contratto è privo di un coefficiente di eteronomia, ma indiscutibilmente la libertà di determinazione del suo contenuto, quantunque non illimitata, è riconosciuta in via di principio. È anche vero che pure la tradizione canonistica ricorre al termine contratto per qualificare il matrimonio, ma nel significato generico di atto che necessita del consenso<sup>16</sup>, salva però l'indisponibilità dell'oggetto o, come diceva Antonio Rosmini, la sua non arbitrarietà<sup>17</sup>.

Infatti non è il principio del consenso matrimoniale ad essere messo in discussione dalla concezione istituzionale. A quest'ultima il modello contrattuale si contrappone piuttosto nella sua accezione tecnica quale contratto di scambio in cui l'accordo è imperniato su una causa sinallagmatica<sup>18</sup>. In questo senso il contratto è uno strumento di regolazione di interessi individuali contrapposti la cui logica di fondo è la giustizia commutativa: *do ut des*. Di qui l'apertura del contratto a una molteplicità tipologica fino alla stessa atipicità secondo l'ampiezza del potere di disposizione di cui è investito ogni titolare di diritti appunto disponibili. Perciò anziché al matrimonio il contratto dovrebbe essere riferito al patrimonio, ossia alla dimensione dell'avere e in generale delle prestazioni suscettibili di valutazione economica<sup>19</sup>. Pensare che il matrimonio partecipi di questa natura, nonostante la dimensione personale che viene profondamente coinvolta – nota Mengoni con un certo *humor* – significa ragionare come il Tribunale di Bari in una sentenza degli anni Ottanta nella quale venne negato l'addebito della separazione a causa dell'adulterio della moglie in quanto giustificato dall'impotenza del marito<sup>20</sup>.

3. L'accordo degli sposi quale espressione bilaterale del necessario consenso matrimoniale non è in grado di modificare il nucleo essenziale del contenuto del matrimonio. Del resto, i diritti e i doveri dei coniugi non sono legati da un vincolo

<sup>15</sup> La disputa se il matrimonio debba essere considerato un contratto o un'istituzione è cara all'ambiente giuridico francese, come sottolinea, M. DOSSETTI: *Lezioni di diritto comparato in tema di famiglia. Diritto francese*. Bologna, 1976. 11.

<sup>16</sup> A. C. JEMOLO: Sguardo sulla materia matrimoniale. *Riv. dir. civ.* 1962. II, 502: «chiunque sa che quando i canonisti parlano di contratto va tradotto nel nostro linguaggio "accordo"; ed accordo ad aderire a uno schema di norme inderogabili, poste dal legislatore».

<sup>17</sup> A. ROSMINI: *Filosofia del diritto*. (a cura di) R. ORECCHIA, Padova, 1967–69. 1021, secondo il quale il matrimonio mentre è arbitrario quanto allo stringersi, non lo è quanto al suo oggetto, «perocché l'oggetto del contratto è, e non può esser altro che la piena unione di diritto, che abbiamo trascritta, fra due persone di sesso diverso». Anche Kant (*La metafisica dei costumi*. trad. it. G. VIDARI, rivista da N. MERKER, Roma-Bari, 1991. 95) sosteneva che gli effetti del *pactum* coniugale discendono dalle «leggi giuridiche della ragione pura e non dalla volontà individuale».

<sup>18</sup> MENGONI: *La famiglia in una società complessa*, cit., 12.

<sup>19</sup> Questo naturalmente non significa obliterare il nesso tra famiglia proprietà, successioni, nonché tra famiglia e lavoro che storicamente ha avuto grande rilievo e di cui Mengoni è ben consapevole: cf., oltre agli scritti già citati di diritto della famiglia e di diritto del lavoro, *Successioni per causa di morte*, Trattato CICU – MESSINEO - MENGONI: Milano, 1999. 11; *Proprietà e libertà*. Riv. crit. dir. priv. 1988. 432.

<sup>20</sup> MENGONI: *La famiglia in una società complessa*, cit., 8. Il riferimento nel testo è a Tribunale di Bari, 5 ottobre 1976, Giur. it. 1980, I, 2, c. 750).

di reciprocità, non sono interdipendenti, ma derivano dallo *status* di coniuge, ossia da una situazione giuridica della persona legata all'appartenenza a una comunità e preordinata a realizzare l'interesse comune dei membri.

Pertanto l'atto matrimoniale ha la natura di una *foederatio* e l'oggetto del matrimonio non è disponibile né è possibile apporre termini o condizioni<sup>21</sup>. In esso il principio di uguaglianza non mette in discussione il principio di solidarietà – previsto dall'art. 2 Cost. e quindi operante *a fortiori* nella famiglia – il quale «impedisce che il primato del dovere, affermato dalla morale domestica tradizionale, si converta nel primato del diritto soggettivo, con la conseguenza di dissolvere la famiglia nelle relazioni interindividuali dei suoi componenti, cioè in una serie scoordinata di rapporti tendenzialmente conflittuali»<sup>22</sup>.

È proprio da questo punto di vista che si coglie il contributo di Mengoni il quale distingue la portata innovativa del principio di uguaglianza nel matrimonio senza rimanere prigioniero di uno schema rigido che confinerebbe la concezione istituzionale nel suo significato gerarchico tradizionale. Accogliere il principio di uguaglianza, in altre parole, non significa necessariamente scivolare, come in un *aut aut*, nel contratto di scambio. Occorre infatti condurre a sviluppo la concezione istituzionale della famiglia, la quale è vittima di un equivoco che la confonde con l'istituzione in senso tradizionale. In questo modo si riesce anche a distinguere, nella critica antiistituzionale, il filone che sollecita a una semplice riforma dell'istituzione familiare, che a ben guardare è contrario solo all'istituzione in senso gerarchico, dal filone che mira a dissolvere l'istituzione *tout court*. La prima prospettiva ammette la complessità e quindi è compatibile anche con una tutela distinta e differenziata delle convivenze senza matrimonio individuabili secondo il criterio del tempo e degli affidamenti creati<sup>23</sup>, non però secondo quello dell'atto che per i profili personali è prerogativa matrimoniale<sup>24</sup>; la seconda si rivela invece surrettiziamente omologante

<sup>21</sup> Cf. L. MENGONI: L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile e nella prassi sociale attuale nella cultura giuridica europea. In: L. MENGONI (a cura di C. CASTRONOVO – A. ALBANESE – A. NICOLUSSI): *Metodo e teoria giuridica*. Scritti I, Milano, 2011. 362.

<sup>22</sup> MENGONI: *La famiglia in una società complessa*, cit., 11.

<sup>23</sup> L. MENGONI: La famiglia nelle delibere del Consiglio d'Europa e nelle recenti riforme: principi e orientamenti. In: E. W. VOLONTÈ (a cura di): *La famiglia alle soglie del III millennio*. Lugano, 1996. 63.

<sup>24</sup> Significativamente afferma in proposito G. FERRANDO: *Il matrimonio*. Trattato CICU – MESSINEO – MENGONI di diritto civile e commerciale, V, t. 1, Milano, 2002. 235: «Solo riflettendo sul valore che spetta alla convivenza, in quanto luogo in cui trovano soddisfacimento i bisogni comuni di affetto, di sostegno morale ed economico, è possibile pensare a una disciplina dei rapporti tra conviventi che non sia una “brutta copia”, o un negativo di quella coniugale, ma che invece tenga conto della specificità e dell'originalità di questo diverso modello di famiglia». L'implicazione che se ne potrebbe trarre, è che per il diritto la convivenza senza matrimonio può essere valorizzata solo *a posteriori*, in quanto situazione effettiva, e giammai essa può giustificare le prerogative della famiglia fondata sul matrimonio, ossia su un vincolo rivolto al futuro. Dall'altra, ci si potrebbe chiedere se anche relativamente alla famiglia fondata sul matrimonio non vi siano spazi per dare rilievo all'effettività del rapporto almeno sotto la specie della durata. Un esempio nel diritto civile potrebbe essere la disciplina della successione del coniuge, oltre che quella degli effetti patrimoniali dell'annullamento

riducendo ogni forma di convivenza al modello contrattualistico per atti o fatti concludenti<sup>25</sup>.

Riprendendo il pensiero di Santi Romano, Mengoni ricorda che al concetto di istituzione non appartiene come elemento essenziale la presenza di un capo e pertanto non vi è ostacolo ad impiegare tale categoria anche per spiegare la famiglia paritaria. Alla concezione vetero-istituzionale, di stampo gerarchico, ossia patriarcale, la costituzione sostituisce una concezione neo-istituzionale: «una struttura paritaria – dice Mengoni, della quale criterio organizzativo è la relazione di solidarietà che lega gli interessi individuali in ragione della dipendenza della loro realizzazione dalla condizione di partecipazione al gruppo, e quindi dalla stabilità del gruppo fondata sul matrimonio. La lettura dell’art. 29 nel quadro dell’art. 2 ottiene così un altro guadagno ermeneutico: l’identificazione dell’unità della famiglia con l’accordo dei coniugi, implicita nel principio di eguaglianza, viene mediata dal principio di solidarietà. Nell’unità della famiglia il fine di ciascuno dei membri diventa lo sviluppo e la felicità dell’altro, e in questo senso i diritti dei membri della famiglia si esprimono, giusta la formula dell’art. 29, come “diritti della famiglia”»<sup>26</sup>.

La concezione neo-istituzionale proposta da Mengoni accoglie l’istanza tipicamente moderna di promozione della parità e quindi anche di emancipazione della donna rispetto a una cultura che la assoggettava alla potestà maritale, ma non se ne fa travolgere fino al punto da rappresentare i rapporti fra coniugi come se fossero degli estranei o dei passanti. Con velata ironia egli rovescia la formula illuministica del diritto alla felicità individuale all’insegna della quale si tende a contrattualizzare la famiglia strumentalizzando le persone dei familiari le une alla felicità delle altre<sup>27</sup>.

---

e del divorzio. La convivenza peraltro assume già nel matrimonio un rilievo testuale, anche se come elemento impeditivo di impugnative (ad es., artt. 122 e 123 c.c.): lo rileva anche C. CASTRONOVO: Dal diritto canonico al diritto civile: nullità del matrimonio ed effetti patrimoniali. *Scritti in onore di A. Falzea*, II, t. 1, Milano, 1991. 221, il quale propone di applicare, proprio in funzione di una certa durata della convivenza, la disciplina degli effetti patrimoniali del divorzio anche nel caso dell’annullamento. Una soluzione che se fosse stata accolta dal legislatore avrebbe probabilmente evitato certi imbarazzi giurisprudenziali come quelli che sembrano aver condizionato Cass. 1343/2011.

<sup>25</sup> Un tentativo di mediazione si coglie in L. BALESTRA: La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione. In: *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent’anni dalla riforma* (a cura di T. AULETTA), Milano, 2007. 74, Lo stesso MENGONI: *La famiglia nelle delibere del Consiglio d’Europa e nelle recenti riforme: principi e orientamenti*, cit., 62, sottolinea però che la racc. n. 88 del Consiglio d’Europa sollecita gli stati membri a non considerare nulli i contratti con cui i conviventi regolano i loro rapporti patrimoniali per la sola ragione che sono stati conclusi in queste condizioni. Sempre secondo MENGONI: *La famiglia in una società complessa*, cit., 6, posto che il diritto di famiglia non è suscettibile di estensione analogica *tout court* alla convivenza senza matrimonio, «per la soluzione dei problemi dalla famiglia di fatto possono essere utilizzati quei principi direttivi del diritto di famiglia che nell’ambito della famiglia legittima si traducono in specifiche strutture normative, ma la cui portata è generalizzabile, con appropriati strumenti del diritto comune, anche ai nuclei familiari non fondati sul matrimonio». Da questo punto di vista non sembra riferirne con precisione il pensiero Balestra, *Ibidem*, 76 nota 27.

<sup>26</sup> MENGONI: *La famiglia in una società complessa*, cit., 12.

<sup>27</sup> MENGONI: *L’impronta del modello canonico sul matrimonio civile e nella prassi sociale attuale nella cultura giuridica europea*, cit., 364 osserva che «la regola giuridica non è in grado di controllare

La relazione di solidarietà su cui l'istituzione familiare si struttura sollecita a pensare, invece, ai diritti della famiglia nella chiave di una felicità solidale di ciascuno, ossia non indifferente e anzi sensibile alla felicità degli altri. Solo in questo quadro, infatti, ciascuno è valore per gli altri oltre che per sé, e in tale prospettiva il diritto della famiglia viene orientato a sostegno della stabilità del gruppo, anziché divenire una forma giuridica di composizione commutativa di interessi individuali e portare così la logica del conflitto all'interno della famiglia. In questo senso il riferimento costituzionale all'unità acquista una *ratio*, la solidarietà familiare, e il principio di uguaglianza dell'art. 29, co. 2 Cost., anziché inoculare un'aporìa, rimane fedele al contesto normativo in cui è collocato. Più in generale, accogliendo una concezione istituzionale della famiglia che non la riduce a un affare privato, si potrebbe dire che se il contratto è una metafora rousseiana o smithiana della natura volontaria e interessata dei rapporti sociali, che notoriamente si esprime colla formula del contratto sociale<sup>28</sup>, la famiglia lo integra come metafora della solidarietà restituendoci un'immagine della convivenza umana non solamente appiattita sul c.d. imperialismo del contratto.

4. La concezione neo-istituzionale della famiglia e del matrimonio come atto specifico che la fonda restituisce senso all'art. 29 Cost. quale precetto che respinge una contrattualizzazione in senso pieno della famiglia<sup>29</sup>. In altre parole, il matrimonio non è una variabile dipendente dalla soggettività individuale per cui, radicalizzando, la medesima parola potrebbe non esprimere lo stesso significato nemmeno tra gli stessi coniugi. È abbastanza evidente come una tale lettura sterilizzi la norma costituzionale privandola di una fattispecie sufficientemente determinata o determinabile. La lettura mengoniana offre invece lo spunto per parlare di una garanzia d'istituto contenuta nell'art. 29 Cost., la quale, se non vuole essere la garanzia di una semplice etichetta a cui far corrispondere qualunque cosa, una garanzia di rubrica – come si è ironizzato –, implica un nucleo essenziale della categoria matrimonio<sup>30</sup>. Lo stesso art. 9 della carta di Nizza prevedendo il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sarebbe

---

le pretese della ragione soggettiva portata dall'illuminismo, essendo mancata finora un'analisi sistematica del "diritto alla felicità" e dei suoi limiti».

<sup>28</sup> Cf. C. W. CANARIS: *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*. München. 1997. 27.

<sup>29</sup> Circa il nesso tra famiglia e matrimonio cf., ad esempio, Corte cost. n. 237/1986.

<sup>30</sup> Per dirla col BverfGE 6, 55, 72 vi è un «*Normenkern des Ehe und Familienrechts*» determinato costituzionalmente. Purtroppo anche questo tema, come la qualifica istituzionale della famiglia, è gravato da una precomprensione storicamente condizionata dal dibattito tedesco che attribuiva alla *Institutsgarantie* il significato reazionario di contrastare il principio di parità tra marito e moglie: cf. C. FRANZIUS: *Bonner Grundgesetz und Familienrecht. Die Diskussion um die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der deutschen zivilrechtslehre der Nachkriegszeit (1945–1957)*. Frankfurt a. M. 2005. 92. Riconduce il concetto di garanzia d'istituto a C. SCHMITT (*Die Grundrechte und Grundpflichten des deutschen Volkes*. Anschütz THOMA (Hrg.): *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, t. 2, Tübingen, 1932. 591 – 596), L. NOGLER: *Die unfruchtbaren Weimarer Wurzeln des Grundrechts auf Koalitionsfreiheit*. *ArbuR* 1996. 206.



vanificato se l'ordinamento privasse il matrimonio del suo nucleo essenziale: non è possibile riconoscere un diritto eliminando lo strumento necessario per l'esercizio del diritto stesso<sup>31</sup>. L'indisponibilità di questo nucleo essenziale non è dunque una limitazione di libertà ma un limite necessario alla verità della forma giuridica, ossia a quella caratterizzazione specifica e intimamente coerente dell'atto che lo fa essere ciò che è<sup>32</sup>.

La dottrina che desidera rimanere fedele alla Costituzione deve perciò darsi cura di ricostruire il nucleo essenziale del matrimonio, sebbene le difficoltà in questa direzione siano accresciute da una serie di fattori tra i quali spicca una certa debolezza culturale che Mengoni chiama ideologia dell'indifferenziato, nel segno della quale sono eguagliate situazioni diverse rinunciando alle distinzioni e alle differenze. Questa debolezza culturale, sul piano giuridico, è stata alimentata anche da un certo modo di procedere alla comparazione che negli ultimi decenni è stata condotta per lo più privilegiando alcuni ordinamenti rispetto ad altri e secondo un criterio funzionale che rifiuta *a priori* di ricostruire il *Wesensgehalt* degli istituti<sup>33</sup>. Né può aiutare l'incertezza di una certa giurisprudenza europea che anche in una materia molto delicata come questa sembra oscillare tra l'adozione del criterio lockiano della maggioranza e il rifugio nella diversità delle etiche che alimentano i diversi ordinamenti nazionali<sup>34</sup>. Tuttavia, nel nostro ordinamento si può ancora cogliere un nucleo essenziale del matrimonio come atto irriducibile al contratto. Sul piano metodologico, del resto, questa linea interpretativa trova conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale secondo cui «i punti di vista di principio assunti dalla Costituzione valgono innanzitutto come criteri vincolanti di

<sup>31</sup> L'art. 52 della stessa Carta di Nizza prevede un confine al principio di nazionalità del diritto familiare e matrimoniale, in quanto esso consente limitazioni ai diritti e alle libertà previsti dalla Carta ad opera della legge solo nel rispetto del «contenuto essenziale di detti diritti e libertà». Condivide l'idea di un «nucleo essenziale» di contenuti del concetto di famiglia, P. ZATTI: *Familia, familiae – Declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia. Familia 2002*. 16, il quale però (9) insiste altresì sulla possibilità di diversificazione delle discipline nazionali. Ma questa tesi, se seguita coerentemente, vanifica lo stesso art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione europea che pure presuppone un'idea comune, nel suo contenuto essenziale, di diritto di sposarsi e di costituire una famiglia: se infatti il matrimonio e la famiglia fossero ciò che ciascun ordinamento reputi che siano, a cosa mai si potrebbe riferire l'art. 9?

<sup>32</sup> Cf. A. BALDASSARE: *Diritti inviolabili*. Enc. Giur. Treccani. Roma, 1989. 36, secondo cui la garanzia d'istituto implica l'ineliminabilità degli specifici principi ordinatori e l'immodificabilità del tipo del loro rapporto reciproco e C. MORTATI: *Istituzioni di diritto pubblico II*. Padova, 19769. 1165. Una posizione contraria è stata espressa da G. FURGIUELE: *Libertà e famiglia*. Milano, 1979. 84.

<sup>33</sup> Cf. SIMITIS: *Familienrecht*, cit., 424 – 425.

<sup>34</sup> Per un esempio si vedano da ultimo le sentenze di primo grado e la sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, rispettivamente sez. I, 1, 1.04.2010, n. 57813/00, causa *S.H. and others c/ Austria*, in [www.coe.int/T/1/Corte\\_europea\\_dei\\_diritti\\_dell'Uomo](http://www.coe.int/T/1/Corte_europea_dei_diritti_dell'Uomo), e sentenza della *Grand Chamber* n. 57813/00 del 3 novembre 2011 che ha ribaltato la decisione presa in prima istanza confermando la legittimità del divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge austriaca. Sulla prima sentenza, cf. U. SALANITRO: *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della corte di Strasburgo*, *Fam. Dir.* 2010. 981 .

comprensione e classificazione, e quindi di assimilazione o differenziazione dei fatti sociali giuridicamente rilevanti»<sup>35</sup>.

Anzitutto, il diritto di sposarsi, oltre a presupporre l'esistenza dell'istituto matrimoniale senza il quale l'esercizio del diritto risulterebbe impossibile, implica la libertà del matrimonio<sup>36</sup>, ossia il principio del consenso, il cui corollario peraltro dovrebbe essere una disciplina orientata, diversamente da quella contrattuale, soprattutto alla garanzia della genuinità del consenso. In secondo luogo i doveri di solidarietà derivanti dallo *status* di coniuge non sono disponibili come si ricava anche dall'art. 123 c.c. Proprio la dimensione istituzionale della famiglia rende ragione peraltro della loro prevalenza su altri doveri, come ad esempio l'obbligazione del lavoratore che diviene inesigibile qualora una circostanza sopravvenuta renda l'adempimento di tale obbligazione incompatibile con un dovere familiare<sup>37</sup>. Vi sono poi due ulteriori elementi i quali appartengono in modo così forte alla tradizione della cultura europea che pure le legislazioni che riconoscono negozi di tipo paramatrimoniale non mancano di prevederli: l'impedimento della parentela o affinità, ossia il divieto di endogamia, e il divieto di poligamia o poliandria. Il primo limite attribuisce al matrimonio una funzione di apertura della famiglia verso la società, impedendone la chiusura in una specie di clan. Il secondo limite è una declinazione del principio di pari dignità tra coniugi la quale implica una dedizione reciproca e non asimmetrica, cioè non solo da una parte esclusiva e parziale dall'altra, ma esclusiva per entrambi. Il perdurante consenso a questi limiti dimostra chiaramente che in questa materia l'autonomia non è mai riconosciuta in modo illimitato.

All'epoca in cui fu approvata la costituzione un altro elemento indiscusso, da non dover essere nemmeno menzionato, era la differenza di sesso che nel matrimonio è tradizionalmente essenziale se non altro dal punto di vista etimologico: matrimonio è *matris munus*, unione solidale nel dono dei figli o nel dovere della loro cura, tanto è vero che ancora oggi l'art. 147 c.c. inquadra i doveri verso la prole come doveri dei coniugi<sup>38</sup>. Senza sottovalutare il *bonum coniugum*, e quindi senza funzionalizzare il matrimonio alla «continuazione della loro specie», va rilevato che il *bonum prolis* e i correlativi doveri di cura sono un elemento indefettibilmente oggettivo di questo

<sup>35</sup> Corte cost. 11-18 gennaio 1996, n.8 (redattore Zagrebelsky). Di recente questa formula è stata richiamata anche da P. A. CAPOTOSTI: Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010. *Quaderni costituzionali* 2010. 363.

<sup>36</sup> Da ultimo Corte cost. 25 luglio 2011, n. 245 considera che il diritto di contrarre matrimonio è diritto inviolabile dell'uomo, non solo del cittadino, e quindi tutelato anche a favore del cittadino straniero «irregolare».

<sup>37</sup> Cf. MENGONI: Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro. In *Obbligazioni e negozio*, cit., 109.

<sup>38</sup> Per MENGONI: *La famiglia nelle delibere del Consiglio d'Europa e nelle recenti riforme: principi e orientamenti*, cit., 63 il requisito della differenza di sesso è nell'essenza del matrimonio. Questa è del resto l'opinione ancora dominante in Germania con riferimento alla nozione costituzionale di matrimonio contenuta nell'art. 6 della Costituzione di Bonn: cf. E. KOCH: Einleitung, Familienrecht, I, Band 7. *Münchener Kommentar*. München, 2000. 48.

istituto<sup>39</sup>: la riduzione di esso a mero accordo delle parti vertente su un oggetto disponibile lascerebbe nell'arbitrio genitoriale la tutela dei figli proprio mentre il matrimonio nasce come una struttura preposta a cogliere in un unico rapporto collettivo e solidale la filiazione<sup>40</sup>. Né può essere addotta in senso contrario quella concezione pneumatica (spiritualizzata, volontaristica) e legalistica della filiazione, che taluno va proponendo, la quale pretenderebbe di dissolverne l'elemento naturalistico, riducendo questo specialissimo rapporto a una mera scelta dell'adulto con la conseguente artificiale dissociazione tra biologia e biografia<sup>41</sup>. Certo, ridotta in questi termini, la filiazione effettivamente non implicherebbe più la naturale differenza di sesso dei genitori; ma una simile concezione non è compatibile con la nostra costituzione e in particolare col principio della responsabilità genitoriale che l'art. 30 Cost. prevede sia per i figli nati nel matrimonio sia per quelli nati fuori da esso, e cioè in funzione proprio del fatto generativo, dal quale peraltro sorge comunemente in chi ha generato il senso di responsabilità genitoriale. Un criterio che invece facesse leva sull'astratta volontà di assumere il ruolo di genitore, ossia sulla libertà individuale, non sarebbe in grado di fondare una responsabilità certa e determinata (o determinabile), come lo è invece il fatto naturalistico – irreversibile e quindi irrevocabile - di avere generato, cioè di aver dato causa all'unione tra gameti maschili e femminili originando una nuova vita. Né tale criterio sarebbe adeguato, dal momento che il rapporto è asimmetrico – il nuovo nato necessita materialmente e moralmente della cura dei genitori –, e perciò tale *status* non può essere rimesso all'arbitrio di un adulto, sostituendo così la responsabilità per l'aver messo al mondo un figlio con una decisione unilaterale e quindi eventuale di assumere il ruolo di genitore. Alla genitorialità occorre insomma l'oggettività di un fatto, non già la soggettività di un atto unilaterale che riproporrebbe in forma nuova l'arcaico rito di innalzamento del figlio; sicché dalla fattispecie originaria dello *status* l'elemento biologico non può essere eliminato, privando il minore di un elemento dell'identità personale che deve riflettersi nella filiazione tra le persone, associando, non dissociando, biologia e biografia.

A questo punto, la genitorialità, attesa la sua funzione specifica e la differenza dagli altri tipi di relazione, non può essere che bigenitorialità, di un padre e di una madre<sup>42</sup>, non genitorialità puramente volontaria e quindi eventualmente anche individuale, quasi che i figli fossero *res nullius* soggette a occupazione<sup>43</sup>. Lo stesso art. 30, co.

<sup>39</sup> D'altra parte alla «famiglia dei figli» la Costituzione fa riferimento negli artt. 30, 31 e 37 Cost., ossia in ben tre su quattro delle norme che danno rilievo alla famiglia, sebbene di per sé la procreazione non sia essenziale al matrimonio.

<sup>40</sup> Tale profilo è stato colto da ultimo anche dalla recente novella francese che ha conservato la regola paolina *pater is est quem nuptae demonstrant* (Paolo, 4 ad ed. D. 2, 4, 5). Cf. RENDA. L'accertamento della maternità. *Profili sistematici e prospettive evolutive*. Padova, 2008. 317.

<sup>41</sup> Cf. C. SHALEV: *Nascere per contratto*. Milano, 1992.

<sup>42</sup> Cf. A. BARBERA: La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali, AA.VV. *Procreazione assistita: problemi e prospettive*. Brindisi, 2005. 335.

<sup>43</sup> Cf. T. HOBBS: *The Elements of Law Natural and Politic*. Whitefish, 2004. (Chapter XXIII), 90.

2, cost. ne dà conferma, prevedendo che solo l'incapacità dei genitori naturali può far subentrare altre forme di intervento, come ad esempio l'adozione, che perciò assumono carattere sussidiario e solidale per offrire al bambino abbandonato la cura di cui ha bisogno e possibilmente un ambiente familiare. Del resto, lo stesso art. 1 della legge sull'adozione, coerentemente col principio costituzionale fissato dall'art. 30 Cost., stabilisce il diritto di crescere ed essere educato nella *propria* famiglia, l'adozione essendo correttamente concepita come uno strumento sostitutivo di solidarietà verso la famiglia originaria. Altrettanto coerentemente l'art. 4 l. 40/2004 vieta la cosiddetta fecondazione eterologa mediante la quale una coppia ricorre a gameti di un terzo estraneo esonerando quest'ultimo dalla responsabilità genitoriale e imponendo legalmente una sorta di simulazione di filiazione naturalistica, ma destinata a svolgersi al proprio interno in un rapporto asimmetrico in cui un genitore sarebbe tale anche biologicamente, mentre l'altro lo sarebbe solo legalmente<sup>44</sup>. È il paradosso dell'eterologa: da un lato attinge alla concezione pneumatica (volontaristica) della filiazione e dall'altro si vuole esibire all'esterno come filiazione naturalistica scaricando sul minore il peso di tale ambiguità<sup>45</sup>.

In definitiva, se il matrimonio continua a essere una struttura in grado di unire collettivamente e solidalmente coniugi e figli e se i figli di regola non sono tali in funzione di una semplice decisione unilaterale ma del fatto generativo, il requisito della differenza di sesso nel matrimonio si rivela una conseguenza ovvia che solo una certa ideologia dell'indifferenziato può mettere in discussione. Del resto, che tale requisito corrisponda al modello della nostra costituzione si ricava pure dal secondo comma dell'art. 29 Cost. come ha riconosciuto da ultimo anche la Corte costituzionale: che senso avrebbe infatti il precetto dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi senza la differenza di sesso?<sup>46</sup>

Infine, la Costituzione ha rinunciato a prevedere il requisito dell'indissolubilità accogliendo così la concezione moderna più diffusa del matrimonio che ammette la compatibilità del divorzio col nucleo essenziale di esso. Questa compatibilità,

<sup>44</sup> Lo stesso MENGONI: *La famiglia in una società complessa*, cit., rileva l'incoerenza dell'eterologa con la regola dell'art. 1 l. 184/1983.

<sup>45</sup> Il divieto posto dalle legge italiana è quindi costituzionalmente ben giustificato. Tuttavia sulla scorta del primo pronunciamento della Corte dei diritti dell'uomo sez. I, 1, 1.04.2010, n. 57813/00, causa *S.H. and others c/Austria*, in [www.coe.int/T/1/Corte\\_europea\\_dei\\_diritti\\_dell'Uomo](http://www.coe.int/T/1/Corte_europea_dei_diritti_dell'Uomo), i tribunali di Firenze (13.09.2010) e di Catania (21.10.2010), entrambi in *NGCC* 2011, I, 42 ss., hanno sottoposto alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, della l. n. 40/2004 per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost. e per violazione degli artt. 2, 3, 13, 32 Cost. In merito, cfr. L. D'AVACK: *Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviavano la questione alla Corte costituzionale*, *Dir. fam. e pers.*, 2011, 40 ss.; M. MELI: Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e convenzione dei diritti dell'uomo. In *NGCC* 2011, 14 ss.; M. SALANITRO: *La fecondazione eterologa: la parola alla Consulta*, *Fam. e dir.* 2010.

<sup>46</sup> Cf. Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138, la quale sembra accogliere l'istanza di riconoscere un concetto essenziale di matrimonio nonché l'argomento che avevo proposto in *La famiglia e nuove letture della Costituzione*, in *Valori costituzionali*, Atti del Convegno UGCI Roma, 5 – 7 dicembre 2008, a cura di F. D'AGOSTINO, Milano, 2010, 187.

però, come precisa Mengoni, è limitata al divorzio inteso come diritto potestativo giudizialmente controllato in riferimento al sopravvenire di condizioni che rendano impossibile il mantenimento della originaria promessa, la quale ha come contenuto la costituzione di una comunione di vita stabile e senza possibilità di recesso volontario. Il divorzio in altri termini non trasforma il matrimonio in un mero fatto di cui il giudice si limiterebbe ad accertare la sussistenza o il venir meno, lo scioglimento del matrimonio essendo l'effetto di una sentenza costitutiva che attua la volontà del coniuge o dei coniugi in concomitanza con certe cause legalmente stabilite<sup>47</sup>. Ma realisticamente la questione del divorzio mette allo scoperto i limiti del diritto in una materia in cui contano soprattutto gli stili di vita e l'impronta etica delle persone<sup>48</sup>, i quali diventano particolarmente problematici proprio in un'epoca in cui la stessa essenza del matrimonio viene messa in dubbio e frantumata in declinazioni soggettivistiche ed estemporanee. Perciò il divorzio si trova spesso a operare in situazioni a mezza via tra consenso non del tutto consapevole e impossibilità di mantenere la promessa iniziale, così che la soluzione giuridica risulta inevitabilmente una *tragic choice*. In ogni caso, secondo Mengoni «specialmente nella disciplina del divorzio per cause oggettive diventa nevralgico il problema del limite di durezza oltre il quale non deve essere consentito a un coniuge di costruire la propria felicità sull'infelicità dell'altro o a entrambi di “rifarsi una vita” trascurando l'interesse dei figli minori»<sup>49</sup>. È un problema che i paesi di tradizione divorzista (Francia e Germania) non si sono nascosti (cfr. art. 240 c.c. e § 1586 *BGB*), anche se la forza dei fatti sembra prevalere sulla cautela legale. Del resto, quanto ai minori occorre tener conto dei limiti strutturali del processo: il principio del contraddittorio esige per la sua applicazione sostanziale, e non soltanto formale, che all'iniziativa di una parte corrisponda direttamente una difesa della parte controinteressata, e perciò le ragioni dei minori (il loro *best interest*), come non hanno trovato un «avvocato» all'origine della crisi coniugale, così sono destinate a dipendere dalla sensibilità degli adulti anche nella fase ormai tardiva del processo<sup>50</sup>.

Mengoni conclude il suo saggio sulla *Famiglia in una società complessa* sostenendo che uno dei compiti più urgenti della dottrina giuridica nel campo del diritto di famiglia è precisamente la ricostruzione del concetto di famiglia come istituzione. Proprio l'idea che la famiglia non sia un affare privato implica che *ethos* e *nomos* concorrano ciascuno sul proprio piano a sostenere la famiglia. Se «il Novecento è un

<sup>47</sup> MENGONI: *La famiglia in una società complessa*, cit., 5.

<sup>48</sup> Come scrive MENGONI: *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, cit., 109 nota 8 (con citazione di E.R. BIERLING: *Juristische Prinzipienlehre I*. Freiburg-Leipzig, 1894. I, 23–24) il diritto può tutelare «il dovere di amore» solo come manifestazione esteriore, non come sentimento interno, il quale, di per sé non può costituire il contenuto di un dovere giuridico. Nondimeno la norma giuridica può operare a sostegno oppure in funzione di ostacolo nell'adempimento dei doveri di amore delle persone verso i loro familiari.

<sup>49</sup> MENGONI: *L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile*, cit., 364.

<sup>50</sup> Quanto alla regola dell'ascolto del minore (art. 155 *sexies* c.c.), essa può essere vista come una spia del problema più che la sua soluzione.

secolo in cui tutto è stato rimesso in discussione»<sup>51</sup>, e certo la famiglia non lo è stata meno del resto, secondo Mengoni «al nuovo tipo di bisogni legati alla difficoltà di partecipazione sociale, alla crisi dei valori e al disorientamento individuale e sociale, alla caduta della qualità dei rapporti interpersonali, alla solitudine, non è possibile rispondere senza il contributo di una rinnovata forza istituzionale della famiglia»<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> L. MENGONI: *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Prefazione. Milano, 1996. VII.

<sup>52</sup> MENGONI: *La famiglia in una società complessa*, cit., 13–14.