

EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN ITALIA ENTRE MEDIADOS DEL SIGLO XIX Y PRINCIPIOS DEL XX: INTERPRETACIONES DOCTRINALES Y RESPUESTAS JURISPRUDENCIALES*

Marianna PIGNATA

Profesora de Historia del
Derecho Medieval y Moderno
Seconda Università degli
Studi di Napoli (SUN)
mariannapignata@libero.it

I. EL DERECHO DE FAMILIA ENTRE REFLEXIONES Y TRANSFORMACIONES

Paolo Ungari en su monografía *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)* inició así su peculiar investigación: «*Per quanto riguarda, in ogni caso, l'Italia, se vi è tema che si presti ad esemplificare le interminabili continuità storiche care alle scuole della longue durée, questo è sicuramente la famiglia. Non appena dalla vicenda dei singoli istituti del diritto privato [...] si passa a ricostruire quella della società familiare, o più propriamente degli ordinamenti familiari, ecco subito si vede più di un tradizionale itinerario della storiografia giuridica metter capo a realtà ben più presenti, o da poco e neppur del tutto venute meno di tale società [...]. Fissare alcune linee di orientamento, che avvino a intendere questo processo nella sua essenziale unità storiografica, è l'ambizione, la sola, di questo lavoro [...]. Il sacrificio più grave che ne consegue non è peraltro quello di una comunque irraggiungibile completezza di trattazione degli istituti civilistici della famiglia. La quale, ove perseguita, condurrebbe sul diverso piano di un dizionario o manuale storico di istituzioni*»¹.

El eminente historiador del Derecho representa la evolución jurídica de la familia italiana a partir del momento crucial en que las Constitucio-

* Sobre el mismo tema la autora también publicará un ensayo en *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche della Seconda Università degli Studi di Napoli*, vol. 7.

¹ P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, Bologna, Il Mulino, 2002.

nes de finales del siglo XVIII y luego el gran avance del Código de Napoleón pusieron en crisis definitivamente el Antiguo Régimen familiar, así como la forma en que se había articulado en costumbres jurídicas y sociales, y mostró cómo, en términos de autoridad patriarcal o derechos y en el papel de la mujer y los derechos de herencia, formas más modernas hubieran entrado en los ordenamientos de los Estados miembros preunitarios, luego en el primer código de la Italia unida —Código Pisanelli de 1865— hasta el Código Civil de 1942.

En su obra, publicada en 1974, no pudo darnos testimonio más preciso de un contexto que pronto tendría un largo camino con la reforma de la ley de familia de 1975². Dentro de unos meses, de hecho, el legislador italiano, traduciendo en el plan normativo las fuertes presiones de un contexto social ahora en una profunda fractura con la lógica conservadora, habría alterado y subvertido el régimen de hostilidad hacia el reconocimiento de la protección más básica de la familia de hecho, donde el concepto de «familia», vaciado de contenidos éticos y políticos, se iba a vestir de nueva naturaleza. Por tanto, la evolución meteórica de la realidad social volvió la atención peculiar a la convivencia, y entonces, como ahora, el fenómeno mostró una clara distinción entre la función y la institución de la familia.

La convivencia y la familia no son, de hecho, dos expresiones simples que ahora se utilizan comúnmente para identificar «la formación social particular que refleja la estructura esencial de la familia fundada en el matrimonio, aunque carece de formalización de la relación de pareja»³. Bajo estas dos expresiones se oculta toda una forma de evaluar el problema de la relación entre los individuos y resolverlo; se encuentra un problema singular jurídico-conceptual que se ejemplifica, en la realidad actual de nuestro sistema de regulación, en la ausencia de una disciplina orgánica, aunque, como se analizará, existieron a través de los años leyes y resoluciones judiciales relacionadas con una gran variedad de perfiles en las que los bloques temáticos propuestos presentaron las peculiaridades distintivas.

Y es a estas fuentes a las que queremos echar un vistazo, aunque fugaz, para comprender plenamente el significado de un fenómeno jurídico en su consolidación «no final», conscientes del papel de la ley en sí, de la doctrina legal en la consultora función a la judicatura en el juzgar, de las que brota la verdadera respuesta a la experiencia histórica. Por supuesto, para

² Ley núm. 151, del 19 de mayo de 1975.

³ G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Milano, CEDAM, 2012, p. 7.

entender plenamente el valor de la familia «legal» se debe, para evitar quedarse sin el tratamiento en un análisis estéril de los cambios en el sistema de regulación, investigar la transformación de la realidad social y, sobre todo, identificar los valores e intereses que reconoce la conciencia colectiva. Se debería también renunciar a una gran parte de nuestra mentalidad bloqueada en limitaciones éticas, por un lado, y, por el otro, a nuestro positivismo legalista en el que la línea entre la realidad y la ley no sólo se entiende en un rígido formalismo, sino que también se resuelve en la regla de la primacía no controvertida de la ley en los hechos⁴. Se debería mirar más allá y ampliar el discurso: «*Sulla scia dei profondi mutamenti che la famiglia italiana, europea, ha conosciuto negli ultimi quarant'anni del xx secolo, del cambiamento delle relazioni tra i sessi e le generazioni, degli incredibili tassi di denatalità della popolazione di tutto l'Occidente e dell'impennata del numero di separazioni e di divorzi. Non a caso, gli storici hanno preso ad interrogarsi sulla effettiva valenza e solidità non solo dell'odierno istituto familiare legittimato dal vincolo matrimoniale, ma anche di quelli di antico regime, finendo così col ridimensionare l'immagine tradizionale, consegnataci da molta storiografia, di una famiglia del passato stabile, coesa e armoniosa, unico canale dei legami sia sessuali che affettivi delle coppie. Sono apparsi così, in molti studi, gli elementi di flessibilità ed elasticità che hanno per secoli caratterizzato la formazione delle coppie, le forme di trasgressione e i numerosi casi di discontinuità, rotture e ricomposizioni di matrimoni che irrupero nella vita degli individui e tra le carte degli antichi tribunali. Fino all'età moderna, la vita delle coppie, sia quelle di blasonate origini, che quelle di più umili natali, è apparsa assai più affollata di quanto non si credesse, 'di amanti, cavalier serventi e cicisbei, impegnati in triangoli amorosi dai confini spesso tortuosi e certo assai poco lineari. Più di recente un altro mito è stato poi sfatato, ed è quello che considera il celibato e il nubilito —l'esistenza, per intenderci, tra i giovani e meno giovani, di numerosi singles costituenti nuclei familiari autonomi— e delle cosiddette "coppie di fatto", etero e omosessuali che esse siano, come fenomeni esclusivi dei nostri tempi, o comunque pochissimo diffusi nei secoli precedenti*»⁵.

⁴ En este punto son reflexiones sugeridas por P. GROSSI, «Tra fatto e diritto», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. II, núm. 32 (2009), pp. 1899 y ss.

⁵ E. NOVI CHAVARRIA, «Amore, sesso, matrimonio e coppie di fatto nell'Italia moderna. Riflessioni ai margini di qualche libro recente», *L'Acropoli*, vol. IX, núm. 5 (2008), pp. 425 y ss. También en la gran bibliografía para lectura sucesiva se debe consultar el importante aporte de D. QUAGLIONI, *Coniugi nemici. La separazione in Italia dal XII al XVIII secolo*, Bologna, Il Mulino, 2000; íd., *Matrimoni in dubbio. Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo*, Bologna, Il Mulino, 2001; íd., *Trasgressioni. Seduzione, concubinato,*

Los ordenamientos medievales hasta el siglo XIX, como han señalado Raffaella Sarti y Margareth Lanzinger, editores del volumen *Nubili e celibi tra scelta e costrizione (secoli XVI-XX)*, tienen perspectivas y aberturas insospechadas: el derecho de familia vive el cotidiano cambio de los hechos sociales y se enriquece gracias al repudio de los esquemas legales y al pluralismo de la realidad particular, que no es capaz de unirse a una estricta contención y manifiesta su vitalidad. Sin duda es por eso que no pocas veces se nos da aviso de que en la Edad Media, antes de que las iglesias (incluso las protestantes) impusieran su control sobre el matrimonio, casarse era un proceso, no un hecho aislado, sino un recorrido que incluía varias etapas: la negociación entre los futuros cónyuges y/o sus familiares, el intercambio de consentimiento, el contrato y la boda real, es decir, las festividades, que podrían durar varios días: «*Le tappe di tale percorso potevano anche succedersi a notevole distanza di tempo tra loro, per cui non era infrequente il caso di uomini e donne che si trovavano a vivere situazioni intermedie tra la condizione di celibe e nubile e quella di marito e moglie a tutti gli effetti*»⁶.

Otro aspecto no menos importante fue el factor demográfico. Las numerosas investigaciones hechas en Italia demuestran que, entre los siglos XIV y XIX, la edad del matrimonio se aumentó y, efectivamente, aumentó también el número de las personas que no se casaron: «*Sennonché proprio la grande varietà di situazioni presenti in Italia —da quella dell'Italia centrale dominata dalla mezzadria, con nuclei familiari complessi e l'età adulta delle donne al matrimonio, a quella del Mezzogiorno d'Italia, dove l'età delle nozze delle ragazze era più bassa e prevaleva di gran lunga la famiglia neolocale e nucleare— si è rivelata irriducibile a qualsiasi sforzo di ricondurre il paese a un modello unico di formazione e tipologia della famiglia*»⁷.

El matrimonio resultó visiblemente, a lo largo de la Edad Moderna, para muchos hombres y mujeres, una mera alternativa, aunque el concepto de familia siempre se ha visto limitado por los principios rigurosamente jerárquicos y, especialmente, «basado en el matrimonio». Pero si cambiamos, en el sentido contrario, la tradicional llave de lectura nos damos

adulterio, bigamia (XIV-XVIII secolo), Bologna, Il Mulino, 2004; *id.*, *I tribunali del matrimonio (secoli XV-XVIII)*, Bologna, Il Mulino, 2006; B. CRAVERI, *Amanti e regine. Il potere delle donne*, Milano, Adelphi, 2005, y R. BIZZOCCHI, *Cicisbei. Morale privata e identità nazionale in Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

⁶ R. SARTI y M. LATZINGER (eds.), *Nubili e celibi tra scelta e costrizione. Secoli XVI-XX*, Udine, Società Italiana di Demografia Storica-Forum, 2006, pp. 145-318.

⁷ Para obtener una descripción completa del fenómeno en Italia cfr. M. BARBAGLI, *Sotto lo stesso tetto. Mutamenti della famiglia in Italia dal XV al XX secolo*, Bologna, Il Mulino, 1984.

cuenta de un itinerario sociolegal que no nace a partir de una impositación «definida», sino que encierra, por el contrario, un itinerario completa y extraordinariamente contra corriente⁸. Por otra parte, los estudios de los años ochenta del siglo xx en los aspectos cuantitativos del matrimonio habían sacado a la luz un modelo «europeo» de la conducta marcado por bodas tardías o tasas relativamente bajas de matrimonio. La estabilidad, de hecho, parece como una «anomalía». Muchas han sido las capacidades de adaptación de la familia a lo largo de los siglos y muchas las maneras de hacer familia, pero la familia tradicional no parece ser un modelo para contrarrestar la familia que ayer y hoy podrían ser determinadas por la elección de las personas que mostraban un rechazo del matrimonio⁹.

II. LA FAMILIA FUNDADA EN EL MATRIMONIO: UNA CONDICIÓN FORMAL «COERCITIVA»

Dejando a un lado un discurso puramente socioantropológico que desvía la atención del jurista del fenómeno en cuestión no podemos detenernos en los años transcurridos entre los siglos XIX y XX cuando, sobre todo en Italia, la *convivencia more uxorio* hoy en día, aunque con diferencias innegables, quiere mostrar la unión o la familia de hecho como equiparable con el concubinato que constituía un crimen¹⁰ y la causa de la separación por culpa. Eso se verificaba cuando uno de los convivientes ya estaba casado (sin preocuparse si el marido «en el domicilio conyugal o en otro lugar tomaría una concubina¹¹») y se preveía una fuerte

⁸ Cfr. G. DELILLE, *Famiglia e proprietà nel Regno di Napoli*, Torino, Einaudi, 1988.

⁹ F. D'ANGELI, «Profilo della famiglia di fatto: la fattispecie», *Rass. dir. civ.* (1988), pp. 225 y ss.

¹⁰ Observaciones expresivas son las de JEMOLO que se remitió plenamente a las posiciones expresadas por Trabucchi en «Natura, legge, famiglia», *Riv. dir. civ.* (1877), I, 1.27, remontarse el lenguaje común de la infancia, recordó que más bien de convivencia, en el supuesto de «*un uomo ed una donna che convissero senza il vincolo matrimoniale*», se habló de la familia ilegítima, de «*concubinato e di famiglia della mano sinistra*», ya que, como él mismo señala, a vivir como marido y mujer —a los efectos de la aplicabilidad de ciertas instituciones legales como, por ejemplo, el reconocimiento del hijo natural *ex art.* 269 del Código Civil, ahora derogado con la ley de reforma del derecho de familia— se puede hablar sólo en esos casos en que el Código Civil se refiere a «*vivere notoriamente come coniugi*».

¹¹ Los tribunales italianos juzgaron que la casa del marido no pudo dejar de ser considerada como antiguo hogar conyugal, tampoco cuando los cónyuges vivían separados de hecho, y que, por tanto, el marido durante el proceso de alejamiento, también voluntario de su esposa, que había vivido en la casa matrimonial con otra mujer antes de que se actuara juicio de separación, sigue siendo culpable de concubinato. En este sentido cfr. Corte App.

sanción para la protección de la familia legítima. Desde la segunda mitad del siglo XIX, en efecto, la única organización familiar que parecía digna de protección fue la fundada en el matrimonio como vínculo formal y coercitivo, cerrada, autoritaria, fuertemente protegida por posibles ataques externos; por tanto, se castigaban el adulterio¹² y el concubinato¹³, se colocaban graves obstáculos para el reconocimiento de la descendencia y la determinación de la paternidad, relegado a la condición peor el hijo natural, etc. Se puede decir que la historia del matrimonio, como institución religiosa que dio vida a la familia legal y legítima, es la historia de su lucha contra el concubinato, en la oposición de la Iglesia, flanqueada por el Estado que representaba su brazo secular, pero también del legislador italiano cuando reclamaba la propia competencia en asuntos matrimoniales. Este último enfoque era comprensible cuando el matrimonio era clasificable como contrato civil despertando el descontento popular e inconcebible en la concepción de una institución puramente religiosa enraizada en la conciencia social¹⁴. Empezó así una doble lucha: por un lado, entre el matrimonio civil y religioso, por lo que el Estado y la Iglesia consideraban como un no-matrimonio el matrimonio que no se celebraba de acuer-

Roma, 8 de enero de 1879, (*Giur. it.*, parte I, sez. II, 1879, p. 473); Corte App. Catania, 18 de octubre de 1881 (*Giur. it.*, parte I, sez. II, 1882, p. 115); Cass. Palermo, 4 de mayo de 1885 (*Legge*, parte I, 1886, p. 319); Cass. Firenze, 29 de septiembre de 1886 (*Foro it.*, parte II, 1887, p. 47), y Cass. Palermo, 18 de abril de 1887 (*Legge*, parte I, 1888, p. 203). Una posición discordante fue expresada por Corte App. Torino, 22 de octubre de 1867 (*Giur. tor.*, parte V, p. 75), que afirmó que no puede en cambio la mujer, que ha abandonado voluntariamente, sin justificación válida, el domicilio conyugal, demandar la separación a causa de su marido con base en el adulterio que el mismo consume manteniendo una concubina en el domicilio conyugal. Esta opinión, sin embargo, incluso el Ciccaglione dijo no «puede ser acogida». Para obtener una completa lectura cfr. CICCAGLIONE, «Separazione personale (*ad vocem*)», *DI*, vol. XXI, parte II, Torino, 1891-1896, p. 829.

¹² El art. 559 del Código Penal derogó la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 126, de 19 de diciembre de 1969 (*Giust. civ.*, III, 1969, p. 4).

¹³ El art. 560 del Código Penal derogó la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 147, de 3 de diciembre de 1969 (*Giust. civ.*, III, 1970, p. 3). En cuanto al concepto de concubinato, tanto los tribunales italianos como colegas extranjeros eran firmes en defender la idea de que, a diferencia del adulterio de la mujer, en relación con el cual el marido conseguía el derecho de exigir la separación personal incluso donde no se encontró una continuidad de la relación adúltera, de la traición de su marido: «*Un solo atto di adulterio, quand'anche consumato nelle pareti domestiche, non basta a fornire il concetto di concubina nel senso proprio di questa parola. Al contrario per la qualifica di concubina, se non occorre che la donna sia stata introdotta in famiglia dal marito ed a questo ufficio, occorre però sempre, che tra l'uno e l'altra siasi stretto un legame, ed una tale continuità di relazioni da far figurare quella donna quasi sostituita alla moglie e da fornire l'idea almeno di un dualismo con lei, a cui nulla può essere più oltraggioso*». Cfr. Corte App. Venezia, 16 de abril de 1878 (*Giur. it.*, parte I, sez. II, 1878, p. 698).

¹⁴ V. FRANCESCHELLI, *Diritto privato*, 5.^a ed., Milano, Giuffrè, 2011, p. 233.

do con sus propios ritos; por otra parte, la lucha del Estado para acreditar el matrimonio civil en sí, por lo que cualquier elusión de los trámites eran vistos con sospecha. Además, otro factor político-legal que «denigraba» a las «familias de hecho» fue el principio de la indisolubilidad del matrimonio dictado por la doctrina de finales del siglo XIX; doctrina que fue observador sensible y participante activa en proyectos para la introducción del divorcio en Italia, que era una barrera para el fenómeno de la «civilización» que ahora se había extendido por toda Europa.

En este sentido, las reflexiones agudas de Manfredini: *«L'altro modo di estinzione della famiglia, il divorzio, lo abbiamo trovato presso tutti i popoli, arrivati a qualche grado d'incivilimento [...]. Il divorzio é modo così naturale di scioglimento del matrimonio, che ebbe vigore sempre e dappertutto, finché gli uomini hanno ragionato senza artifizi gesuitici. Alla ragione e alla natura umana ripugna infatti che sia mantenuto un vincolo che più non esiste, che sia più curata la forma che la sostanza, e perciò l'indissolubilità. costringiva del matrimonio fu sempre sfavorevolmente accolta dai popoli ed ha recato sempre perfidi frutti. [...] La nostra legge, che non ammette lo scioglimento del matrimonio che per morte, acconsente alla distruzione della famiglia per separazione personale dei coniugi nei casi seguenti: adulterio, abbandono volontario, eccessi, sevizie, minacce gravi di un coniuge all'altro, la condanna di un coniuge ad una pena criminale, la mancanza di residenza fissa o conveniente, il mutuo consenso. Legge incivile, perché lascia libero campo a processi scandalosi, a odi violenti, a turpi rivelazioni e mantiene gli sposi in uno stato d'infedeltà permanente, che riesce di triste esempio ai figli, anche allora che tale infedeltà non si attua in uno stato di costante adulterio o di permanente concubinato. Legge iniqua, perché mantiene un vincolo fittizio, che rende impossibile la costituzione di nuove famiglie oneste fra due che si amano disonestamente, perché non possono amarsi onestamente; che é causa di aumento di figliazione illegittima e adulterina, di frodi nella trasmissione delle sostanze, di passioni feroci e di delitti; incentivo a vita disonesta; motivo di disordini, e di infelicità anche della parte onesta e della prole innocente. Legge insipiente, perché conserva come cosa sacra un vincolo che più non esiste; vuole uniti due che l'odio separa; vuole fedeli due che l'infedeltà divide; vuole separati e casti due che si sono congiunti per inclinazione opposta al celibato. Legge infine aristocratica, perché dell'istituto della separazione personale non può fruire la moglie del proletario se non a patto di patire la fame o di abbandonarsi alla prostituzione»¹⁵.*

¹⁵ G. MANFREDINI, «Famiglia», en *Il Digesto italiano*, vol 11.1, Torino, Unione Tipografica Editrice, 1895, pp. 424-435.

El principio de la «indisolubilidad del vínculo» encontraba en el ordenamiento una precisa referencia normativa que evocaba una «cierta forma de perjuicio» hacia las formas de uniones disonantes de la única organización considerada digna de protección, de hecho, la familia fundada en el matrimonio como «condición coercitiva formal». Cabe señalar, sin embargo, que a pesar de la clase atribuida al concubinato por los casos penales de la que brotaron los extremos civiles para dar culpa en los casos de separación, en ambos casos (Derecho penal y Derecho civil) el legislador no recurrió a la misma terminología. Para confirmar esto, mientras que el término «concubinato» fue utilizado como *nomen juris* del delito previsto en el art. 560 del Código Penal, en cambio, en el Derecho civil —en el curso de los trabajos preparatorios del Código Civil de 1942—, entre los que querían utilizar el mismo término bien conjurado «el concepto de continuidad» y los que creían innecesario el elemento semántico porque ya estaba claro *in re ipsa* «que la convivencia debe haber tenido una continuidad permanente» para calificar algunas de las consecuencias legales, la controversia se resolvió con la exclusión del término concubinato en el Código Civil, ya que estaba incluido en el Código Penal como un elemento constitutivo de una figura penal. Nos damos cuenta de que el cambio de la terminología corresponde a un sentimiento social particular que no quería referirse a las circunstancias de hecho de la familia, que, aunque no institucionalizada, podría realizar la misma función de la familia así llamada legítima en relación con los deberes de su mantenimiento, educación y establecimiento de los hijos, así como en el desarrollo y el enriquecimiento de la personalidad dentro de la pareja.

La prueba de esto se encuentra en las «blandas aberturas normativas» que se encuentran sólo en la primera mitad del siglo xx. En términos de «leyes especiales», en 1918 se aprobó el Decreto-ley núm. 726¹⁶, que

¹⁶ En el campo de la Seguridad Social la unión libre asume una relevancia particular en relación con la pensión de guerra, donde, en el Decreto del gobierno núm. 1726, de 27 de octubre de 1918, hay una igualdad real a la viuda del militar fallecido, incluyendo a la novia y los solteros. Esta asimilación, salvo alguna ligera variación, se ha mantenido hasta la Ley núm. 656, de 6 de octubre de 1986, que establece en su art. 20, segundo párrafo: «*Agli effetti della pensione di guerra è considerata come vedova la donna che non abbia potuto contrarre matrimonio per la morte del militare o del civile, avvenuta a causa della guerra, entro tre mesi dalla data della procura da lui rilasciata per la celebrazione del matrimonio o della richiesta delle prescritte pubblicazioni di matrimonio. Anche in mancanza di procura o di richiesta di pubblicazioni di matrimonio le disposizioni di cui al presente articolo sono applicabili quando il militare, durante lo stato di guerra, abbia dichiarato di voler contrarre matrimonio, purché risulti da apposito atto stragiudiziale o da altro documento certo, uno stato di preesistente convivenza da almeno un anno e purché le circostanze che impedirono la celebrazione del matri-*

decretó el pago de la pensión de guerra, en presencia de los requisitos específicos, a la viuda, la novia o la pareja de hecho; en 1958 el art. 6 de la Ley núm. 356¹⁷ prestó asistencia a los hijos naturales no reconocidos por el padre muerto en la guerra cuando la madre y él hayan vivido juntos «como marido y mujer» en el momento de la concepción, y el Decreto Presidencial núm. 136¹⁸, cuyo art. 2 considera «registro de familia» no sólo al basado en el matrimonio y la relación de consanguinidad, afinidad, filiación y adopción, sino cualquier otro elemento que se basa en los lazos emocionales, que se caracteriza por la convivencia y la comunión de la totalidad o parte de los ingresos de los componentes para satisfacer las necesidades comunes, así como el hogar de los hechos. Aunque nuestro sistema había mencionado débilmente valores por la mayoría sin relación con la definición de familia legítima, la convivencia planeó en el aire sin llegar a tener realmente contacto con el tejido ideológico y pragmático de la institución de la familia. Esta incertidumbre se refleja invariablemente en los alineamientos de la doctrina que destaca las posiciones en conflicto. Como prueba del marcado conservadurismo, por una parte, las observaciones sugerentes de Fumaioli en 1936: «*La tradizione è l'unica e suprema garanzia al mutar delle leggi laddove ogni brusca variazione è pericolosa: e soprattutto nell'istituto familiare, statico per natura, siccome più di ogni altro perenne, nel mutevole ritmo della vita sociale e dei suoi ordinamenti*»; por otro lado, las voces discrepantes como la de Capograssi: «*In definitiva matrimonio e famiglia non sono nell'ordinamento giuridico che una vera organizzazione di sacrificio, una esigenza perenne per il soggetto di sacrificare la propria tendenza di licenza e di vagabondag-*

monio non risultino imputabili a volontà delle parti». Es de señalar que toda la legislación de pensiones de guerra tiene la función de extenderse más allá de los límites de la familia legítima y que, por tanto, las disposiciones anteriores, en lugar de expresar un *favor familiae* con su equivalencia, muestran un *favor legitimationis*: simplemente hay que tener en cuenta que en el contexto de la convivencia disposición no se detecta por sí mismo, pero resulta ser sólo un elemento constitutivo del hecho jurídico en el que es particularmente importante la declaración de los militares (en cualquier forma), y la falta de circunstancias que no permiten el matrimonio son *ricollegabile* a la voluntad de los contrayentes. Es fácil concluir, por tanto, que la ley no está destinada a proteger cualquier tipo de cohabitación, sino sólo la que se suponía que iba a convertirse en una familia legítima, pero eso no sucedió por razones ajenas a la voluntad de las partes. Por tanto, se ha identificado la *ratio* de la disposición en *favor legitimationis* proyectado para el futuro: se reconoce una protección privilegiada a una relación familiar que no es legítima, pero podría sin duda llegar a ser, lo que justifica la equivalencia de tal relación con la de real matrimonio.

¹⁷ Ley núm. 356, de 13 de marzo de 1958.

¹⁸ DPR núm. 136, de 31 de enero de 1958.

gio, la propria ripugnanza a rimanere prigioniero di una rete di doveri e di responsabilità»¹⁹.

Otro paréntesis de apertura limitada a la «convivencia» está, sin duda, en los proyectos de ley presentados después de la sentencia de inconstitucionalidad del delito de adulterio y concubinato de 1968 reconfirmado en 1969²⁰: «*La sopravvivenza della seconda parte dell'articolo 559 del codice penale e dell'articolo 560 del codice penale viene insomma a colpire proprio le centinaia di migliaia di coppie cosiddette "illegali o irregolari" che si sono create e stabilizzate su tale rapporto continuativo, spesso con la riconosciuta e giustificabile impossibilità di convivere con il coniuge legittimo, in un paese come il nostro in cui nonostante le varie proposte di legge, non è stato riconosciuto, sia pure in casi limitati, il diritto allo scioglimento del matrimonio. Né si obietti che l'abrogazione dei reati di adulterio e concubinato, potrebbe costituire, un pericolo per l'unità familiare ed un tentativo di "moralizzare" la situazione delle coppie irregolari, perché se è vero che il nucleo familiare e la sua unità restano elementi basilari della vita sociale, è anche vero che tale unità non può essere fondata su discriminazioni od imposizioni di carattere feudale, ma sulla fiducia, sul rispetto e sulla considerazione e sul principio giuridico, religioso ed etico della identità del reciproco dovere di fedeltà coniugale. Anche la coscienza collettiva, oggi riconosce validi tali obiettivi*»²¹.

En cambio, el poder judicial en su función jurisdiccional, en respuesta a los casos de «justicia todos los días», continuó la tarea de aplicar la disciplina del instituto- matrimonio «codificado en todas sus articulaciones»²², siguiendo las directrices a veces en la continuidad, otras como ruptura parcial con las posiciones de la legislatura, pero, aparte de algunos pronunciamientos²³, nunca en contradicción con el sentimiento social que

¹⁹ Un cuidadoso análisis con respecto a las aberturas parciales de la doctrina de principios del siglo XX puede verse en G. CASSANO, *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 9.

²⁰ Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 126, de 19 de diciembre de 1968, y núm. 147, de 3 de diciembre de 1969.

²¹ *Atti Parlamentari*, V legislatura, Cámara de Diputados n. 793, proyecto de ley de 23 de diciembre.

²² Para comprender el largo y torturado proceso de codificación del instituto del matrimonio cfr. S. SOLIMANO, *Il Letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del Codice civile italiano. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano, Giuffrè, 2003, lo que indica la centralidad absoluta del proyecto presentado a la Cámara en 1861. El diseño contiene todas aquellas innovaciones que la historiografía posterior considera características y que connotan el Código de 1865 (por ejemplo, la introducción del matrimonio civil, el temperamento de la patria potestad, el avance de la herencia del cónyuge sobreviviente y el hijo).

²³ Especialmente en materia fiscal e impuestos. En esta área específica del ordenamiento jurídico la familia legítima y la convivencia *more uxorio* asumen el mismo valor cuando,

vivió el concubinato como un fenómeno dañino para la unidad familiar, un verdadero crimen que se castiga a toda costa por la expresión de la conducta del marido amoral y «persistente»: «Un solo atto di adulterio, quand'anche consumato nelle pareti domestiche, non basta a fornire il concetto di concubina nel senso proprio di questa parola. Al contrario per la qualifica di concubina, se non occorre che la donna sia stata introdotta in famiglia dal marito ed a questo ufficio, occorre però sempre, che tra l'uno e l'altra siasi stretto un legame, ed una tale continuità di relazioni da far figurare quella donna quasi sostituita alla moglie e da fornire l'idea almeno di un dualismo con lei, a cui nulla può essere più oltraggioso»²⁴. O nada menos que «muy conocida» donde la notoriedad es «la manifestazione esteriore durevole di quei rapporti sessuali ai quali si abbandona il marito con altra donna in dispregio della propria moglie»²⁵.

A continuación, los tribunales italianos creyeron que incluso la casa del marido no deja de poder ser considerada como vivienda ni siquiera cuan-

independientemente de la posición relativa de la familia que viven juntos, sólo la existencia de una articulación en el ámbito del patrimonio se tiene en cuenta a efectos fiscales. Así que para el impuesto sobre la familia hoy derogada (art. 52 del DPR núm. 597, de 29 de septiembre de 1973, en la introducción y aplicación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas) es operado de una interpretación amplia de las relaciones familiares para que, a efectos fiscales, además del cónyuge y otras personas unidas por lazos de parentesco y afinidad indicados en los arts. 112 y 113 del TU de Haciendas Locales (RD núm. 1175, de 14 de septiembre 1931, modificado por los arts. 28 y 29 de la Ley núm. 703, de 2 de julio de 1952) señaló también la pareja de hecho: esto es porque el tributo se dirige hacia la unidad económica de la familia, unidad que existe incluso en la familia de hecho. No es sorprendente que el Tribunal Supremo en 1927 afirmara que «famiglia è anche quella che si costituisce intorno ad un uomo ed una donna i quali, senza legale unione, convivono maritalmente, anche sulla base della considerazione che [...] la famiglia semplicemente naturale non deve godere di protezione privilegiata [...] nei confronti della famiglia legittima» [Cass. de 16 de junio de 1927 (Foro it., I, 1928, p. 89), y sigue siendo el principio de la responsabilidad solidaria de los miembros de la familia para el pago de impuestos, de conformidad con el art. 115 TU de financiación local, que se extendió también «alla persona che, non unita al debitore d'imposta da vincolo matrimoniale, coabita e conviva con lui more uxorio ed i cui redditi sono compresi nel coacervo dei redditi tassati» [Cass. Sez. Un. núm. 274, de 10 de julio de 1957 (Giur. it., I, 1, 1958, pp. 726 y ss.).

²⁴ Corte App. Venezia, 16 de abril de 1878 (Giur. it., parte I, sez. II, 1878, p. 698.)

²⁵ Debe tenerse en cuenta que en el caso del mantenimiento de la concubina en el domicilio conyugal, la mujer, de no tratarse de un incidente aislado, tenía derecho a demandar la separación. Incluso cuando la relación no era conocida por el público, como en este caso, se consideró que el delito no fue el resultado de la reputación de traición por el hecho de mantener una relación ilícita con una concubina a los ojos de los demás miembros de la familia y los propios niños. El carácter que se atribuye al adulterio del marido para que pueda ser una causa legítima de separación puede verse en O. SECHI, *La separazione personale dei coniugi nella legislazione italiana*, Torino, L. Roux, 1894, pp. 18 y ss., y A. ASCOLI, «Adulterio del marito», *Riv. dir. civ.*, 1926, p. 500.

do ambos vivían separados en la realidad y que, por tanto, «*il marito che durante l'allontanamento, anche volontario della moglie, avesse convissuto nella casa coniugale con altra donna, prima che fosse intervenuta sentenza di separazione, continuava ad essere imputabile di concubinato*»²⁶.

De las grandes y complejas plataformas directrices de la jurisprudencia discordantes son las orientaciones de los tribunales a principios del siglo xx por el concepto de indemnización a favor del conviviente. Después de una apertura «parcial», por ejemplo, en el reconocimiento del derecho a la indemnización por daño moral a una mujer que está casada, pero sólo de acuerdo con el rito canónico, se cree que han dado lugar a la pareja fallecida a «una situación no muy diferente de la de una familia legítima y que nadie tenía derecho a interrumpir»²⁷, siguió un perjuicio rígido a la jurisprudencia que, en una situación similar, unos años más tarde, juzgó de manera opuesta: por el mero hecho de que carecía del matrimonio canónico, el Tribunal Supremo no concedió ninguna indemnización porque «la lesión, con respecto a ella y miró a un interés simple [...] y no un derecho individual, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.151 del código civil»²⁸. Se trata de discernir, de hecho, la jurisprudencia del Tribunal Supremo una posición desfavorable frente al fenómeno, y aunque en algunos casos el mismo no negó la importancia del fenómeno, incluso en los juicios que militan a favor de un reconocimiento, en la mayoría de los casos las posiciones se resolvieron en una pena de convivencia.

Aún entre avance y regresos viajó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que aunque no se desea «negar cualquier relevancia a la vida [...] aún no ha captado el talento para reforzar su protección constitucional»²⁹.

III. ¿VÍNCULO SACRAMENTAL DE LA FAMILIA? EL DEBATE EN LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

Será el primer paradigma verdadero y esencial de la Constitución para proponer una definición específica y clasificación de familia de hecho que

²⁶ Cfr. Corte App. Roma, 8 de enero de 1879 (*Giur. it.*, parte I, sez. II, 1879, p. 473); Corte App. Catania, 18 de octubre de 1881 (*Giur. it.*, parte I, sez. II, 1882, p. 115); Cass. Palermo, 4 de mayo de 1885 (*Legge*, parte I, 1886, p. 319); Cass. Firenze, 29 de septiembre de 1886 (*Foro it.*, parte II, 1887, p. 47), y Cass. Palermo, 18 de abril de 1887 (*Legge*, parte I, 1888, p. 203).

²⁷ Cass. Roma, 19 de mayo de 1911 (*Foro it.*, I, 1911, p. 798).

²⁸ Cass. núm. 956, de 24 de marzo de 1938 (*Foro it.*, I, 1938, p. 1026).

²⁹ G. ALPA, *Giurisprudenza di diritto privato*, vol. I, Torino, Utet, 1991, p. 84.

volverán a hacer entonces los intérpretes de la reforma de 1975 y, a través de ellos, la actual legislatura. Y el diseño comenzará desvelando su cuenta en el trabajo de preparación que tendrá como objetivo aclarar y solucionar el complejo problema para la coexistencia de diferentes formas de familia. Todo este proceso, sin embargo, requiere una premisa que, aunque obvia, confirma todos los argumentos acerca de la familia que se relacionan antes a un nivel socioantropológico y después legal. De hecho, las declaraciones de los mandantes sobre la indisolubilidad del matrimonio, el origen de la institución de la familia afectada por la cultura y la tradición jurídica en la que se encuentran y, por tanto, de un punto de vista historicista, debemos recordar el carácter firmemente de compromiso de las disposiciones constitucionales a menudo impregnadas por la ambigüedad léxica que esconde una ambigüedad ideológica mucho más profunda de lo que los mismos exponentes (en especial, los demócratas y comunistas) nunca han hecho ningún secreto³⁰. Sin tampoco recordar las declaraciones políticas de los protagonistas, sino simplemente releer las disposiciones pertinentes con el fin de comprender las contradicciones internas de todo: la familia «es una sociedad natural», sino que se funda en el matrimonio. Aquí, a este respecto, la sentencia sagaz de Calamandrei: «*Da un punto di vista logico ritengo che sia un gravissimo errore che rimarrà nel testo della nostra Costituzione come una ingenuità quella di congiungere l'idea di società naturale —che richiama al diritto naturale— colla frase successiva “fondata sul matrimonio”, che è un istituto di diritto positivo. Parlare di una società naturale che sorge dal matrimonio, cioè in sostanza da un negozio giuridico, è per me, una contraddizione in termini. Ma tuttavia, siccome di queste ingenuità nella nostra Costituzione ce ne sono tante, ce ne potrà essere una di più*»³¹.

En esta situación particular, sin embargo, es bueno aclarar inmediatamente la presencia simultánea en los dispositivos legislativos, en especial en los arts. 2 y 29 de la Constitución, de las diferentes necesidades, a menudo contradictorias, si por un lado se refleja en la perspectiva histórica de las posiciones antitéticas vista, por otra parte, se hizo posible a la doctrina, la base de conjeturas, alcanzable sólo por confiar en o una u otra componente de su elección. El nudo de la familia legítima-familia de hecho, legalmente tan delicada, tan difícil y aun no completamente resuelto, no podía sino atraer la atención de los que pensaban imposible referir-

³⁰ Cfr. S. TALASSI, «La conivenza *more uxorio*», en *www.jus.unitn.it*, p. 12.

³¹ P. CALAMANDREI, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. II, Roma, Camera dei Deputati, 1970, p. 1201.

se a la disciplina de la familia legítima e incluso negaron la posibilidad y conveniencia *ex lege* de la familia de hecho³² y de los que, sin poner una igualdad total de los dos fenómenos, consideran plausible para hacer referencia a las disposiciones específicas y la regulación legislativa de ciertos aspectos de la vida familiar³³.

Quien apoyó la primera hipótesis³⁴ se basa en algunas consideraciones básicas: la Constitución tenía que proteger exclusivamente la familia legítima («establecido la indisolubilidad del matrimonio», arts. 29, 30 y 31 de la Constitución) precisamente porque asume un significado no sólo «interno» entre los cónyuges, sino también «externo» social. Por tanto, el sistema jurídico debe reconocer y proteger sólo cierto tipo de relación interpersonal, lo que histórica y culturalmente estuvo representado por un acto, el matrimonio, que «es la asunción de un conjunto unitario de derechos y obligaciones que forman un único inseparable, un estado, que no puede ser cambiado en los aspectos esenciales y característicos de la autonomía privada»³⁵.

Con esta posición, los miembros de la Asamblea mostraron claros signos de aprehensión en contra de supuestos peligrosos a *ex lege* de la fami-

³² Así Capua, en la sesión de tarde del 7 de marzo de 1947 de la Asamblea Constituyente presidida por Tupini: «*Ma se una famiglia, fondata sul puro rapporto naturale e fisiologico di filiazione, è ormai destinata per legge a produrre gli stessi effetti che conseguono ad una famiglia fondata sul matrimonio, io oso pensare che saranno ben pochi coloro che (a meno che non abbiano una superiore coscienza morale e un alto spirito religioso) accederanno a giuste nozze. Perché, in fondo, sarebbero sciocchi ad affrontare la indissolubilità del vincolo quando dall'altra parte si possono avere tutti i vantaggi del matrimonio. Questo riporta la famiglia ad un mero prodotto naturale, al suo momento primordiale. Non è ammissibile, a parer nostro, che un vincolo, contratto dinanzi alla legge e a Dio, nella consuetudine di un rito che esprime il sentimento etico e religioso di un popolo, abbia lo stesso valore e gli stessi effetti che può avere una unione la quale spesso sorge nel peccato, e nella riprovazione pubblica. Io vedo in ciò un divisamento: allorché si vuole scardinare lo Stato si comincia sempre con lo scardinare la famiglia.*».

³³ Así Bozzi, en la sesión de tarde del 4 de marzo de 1947 de la Asamblea Constituyente presidida por Tupini: «*Ora io francamente trovo che vi sono principî che devono essere rimandati alla legislazione ordinaria; per esempio i principî sul matrimonio. Vedete, quando si è posta la questione della indissolubilità, voi lo ricordate, io votai per l'indissolubilità del matrimonio; ma restavo fermo alla pregiudiziale, che cioè questa fosse materia non da Costituzione [...] Vi sono più profonde disarmonie. Guardate l'istituto della famiglia. La famiglia è tutelata dal progetto solennemente, come elemento fondamentale per la salvezza morale e la prosperità della Nazione. Frasi molto nobili ed elevate. Ma, subito dopo, si fa un trattamento ai figli nati fuori del matrimonio, uguale a quello dato ai figli nati nel matrimonio. Ed allora la tutela della famiglia legittima è o non è?*».

³⁴ A. TRABUCCHI, «Il ritorno all'anno zero. Il matrimonio come fonte di disparità», *Riv. dir. civ.*, II (1975), p. 488, y F. GAZZONI, «La famiglia di fatto tra legge e autonomía privada», *Giust. civ.* (1981), p. 261.

³⁵ «*Non a caso i nubendi limitano la propria dichiarazione di volontà al fatidico "sì"*» (GAZZONI, «La famiglia di fatto tra legge...», *op. cit.*).

lia de hecho de que la pareja que libremente eligió no ver su relación regulada legalmente debería haberse referido a la órbita de la «autonomía privada»³⁶. Se podría añadir que el intento de regulación orgánica se va a configurar como una interferencia indebida del Estado en una familia que no quería, en virtud de la autonomía y la libertad, la protección especial que la ley reserva a la familia legítima. A partir de esta suposición fue dejando el otro gran grupo de autores que, utilizando el art. 2 de la Constitución, reconoce garantía a todas las formaciones sociales en concreto adecuadas para el desarrollo de la persona: «*La norma di cui all'art. 2 Cost., infatti, se considerata come norma aperta, e non semplicemente riassuntiva di altre, è in grado di assicurare in via immediata tutela giuridica a tutte quelle forme associative che si sviluppano nella realtà sociale in vista dello svolgimento della personalità dei singoli*»³⁷.

Fue una protección diferente y un punto de vista diferente: «*La Costituzione, infatti, prevede una collisione fra famiglia di fatto e famiglia legittima e, in tal caso, privilegia la legittima [...] Ma la tutela generale delle formazioni sociali non può certo essere negata, al di fuori di questo, alla famiglia di fatto*»³⁸.

Pero también desde otro punto de vista, el art. 2 de la Constitución puede ser el instrumento para identificar una importancia consti-

³⁶ A propósito de los cónyuges de hecho, éstos pueden elegir para regular por contrato aspectos de propiedad de su relación en virtud del párrafo II del art. 1.322 del Código Civil, y el sistema legal podría intervenir con las normas relativas a la misma relación. Controvertidas son las observaciones de G. DE LUCA, *La famiglia non coniugale*, Padova, Cedam, 1996, p. 15: «*Non servirebbe affatto una legislazione in questo caso: gli acquisti effettuati in costanza della convivenza, i diversi contributi apportati alla "famiglia di fatto", tutto sarebbe disciplinato dalle norme sui contrattivi*».

³⁷ L. BALESTRA, «La convivenza *more uxorio*: profili di rilevanza», in *Atti del Convegno di Alghero «La famiglia nel terzo millennio» tenutosi il 6 maggio 2006 su iniziativa del Consiglio Nazionale di Notariato*, pp. 1 y ss., citado por P. PERLINGIERI, «Sulla famiglia come formazione sociale», en P. PERLINGIERI (ed.), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, Esi, 1982, p. 39; F. D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 323 y ss., donde afirma además que «*tra i "diritti inviolabili" dell'uomo, richiamati con formula indeterminata dalla predetta norma, può ben essere ricompreso il diritto di convivere ad modum coniugii, espressivo di una fondamentale libertà della persona, alla quale, peraltro, è garantito tanto il diritto di formare una famiglia legittima quanto il diritto di non formarla, cioè la libertà matrimoniale nel suo contenuto positivo e negativo, quanto il diritto di procreare*», y F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 146 y ss.. Cfr. también Cass. pen., 31 de marzo de 1994 (*Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 371), con nota de Peyron, donde afirma que «*la convivenza di fatto costituisce un diritto di libertà tutelato costituzionalmente ex arts. 2, 18 e 29 Cost., e, come tale, di carattere assoluto e tutelabile erga omnes*».

³⁸ P. BARILE, «La famiglia di fatto. Osservazioni di un costituzionalista», en *AAVV, La famiglia di fatto. Atti del convegno nazionale di Pontremoli (27-30 maggio 1976)*, Montere-gio-Parma, 1977, p. 45.

tucional del fenómeno en cuestión, y Aldo Moro fue de los primeros, en la Asamblea Constituyente, que subrayó cómo las formaciones sociales representaban la máxima expresión de la libertad humana, que constituye el resultado del ejercicio concreto de los derechos fundamentales de la autonomía, de la dignidad y de las libertades reconocidas y garantizadas a la persona como tal en el art. 2, segundo párrafo, de la Constitución: «*La libertà dell'uomo è pienamente garantita se l'uomo è libero di formare degli aggregati sociali e di svilupparsi in essi. Lo Stato veramente democratico riconosce e garantisce non soltanto i diritti dell'uomo isolato, che sarebbe in realtà un'astrazione, ma i diritti dell'uomo associato secondo una libera vocazione sociale*»³⁹.

De acuerdo con este enfoque, la creación de una familia de hecho, por tanto, sería relacionada al ejercicio de un derecho fundamental como la libertad a vivir *ad modum coniugii*, es decir, para dar lugar a una formación social en la que realizar su propia personalidad, mientras que con el derecho a formar una familia no institucionalizada. Aun así desde la vertiente del derecho humano fundamental a formar una familia (legítima o no) para engendrar hijos sin matrimonio asumió importancia la familia de hecho en la Constitución.

Por tanto, si la función del art. 29 de la Constitución fue la de dar protagonismo y garantía constitucional a la familia legítima, tal preeminencia no excluye, sin embargo, un reconocimiento, aunque menor, de la familia no fundada en el matrimonio⁴⁰. El art. 2 de la Constitución, en efecto, si se considera como ley abierta, y no es simplemente resumen de otra, incluso en la opinión de la doctrina dominante en la actualidad, capaz de realizar en medio de protección jurídica inmediata a todas las formas de asociación que se desarrollan en la realidad social en vista de la evolución de la personalidad del individuo⁴¹ y entre las formas de asociación, se puede entrar

³⁹ A. MORO, *La Costituzione della Repubblica*, vol. I, p. 593.

⁴⁰ «*Un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare —anche ad una sommaria indagine— costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto la riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.). Tanto più allorché la presenza di prole comporta il coinvolgimento attuativo di altri principi, pur costituzionalmente apprezzati: mantenimento, istruzione, educazione*» [Corte Cost. núm. 237, de 18 de noviembre de 1986 (*Foro it.*, I, 1987, p. 2353)]. En la doctrina véanse G. PIEPOLI, «*Realtà sociale e modello normativo nella tutela della famiglia di fatto*», *Riv. trim. dir. proc. civ.* (1972), pp. 1439 y ss.; M. BESSONE, «*La famiglia nella Costituzione*», *Comm. Cost. Branca*, sub art. 29, Bologna-Roma, 1977, pp. 31 y ss.; V. ROPPO, voz «*Famiglia di fatto*», en *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989, p. 2, y, por último, A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano 2001, p. 20.

⁴¹ P. PERLINGIERI, «*Sulla famiglia come formazione...*», *op. cit.*, p. 39.

también a la familia de hecho, en la base está el consentimiento de las personas que la componen, así como el vínculo emocional⁴².

Después de la lectura de la Constitución que parece estar en la dirección de una abertura a las formas de convivencia no formalizadas, se considera como una expresión de un derecho humano fundamental que elige entre una formación familiar legalizada o no, y como una formación social diseñada para fomentar el desarrollo de la personalidad de los miembros individuales del grupo, si es que el historiador tenga presente todo el itinerario doctrinal de los siglos futuros, no puede dejar de señalar la dialéctica entre la doctrina y la jurisprudencia de la familia de derecho y la familia de hecho en el siglo XIX y XX un intento de superar el entramado cultural imperante y lleno de aporías, un intento que queda sólo esbozado, que se negó en varias ocasiones por decisiones contrarias. Sin embargo, nos enfrentamos a una premonición de que la reforma a partir de 1975 en adelante alteraría el «tradicional derecho de familia».

⁴² Cfr. Cass. núm. 556, de 8 de febrero de 1977 (*Giur. it.*, I, 1, 1980, p. 346), con la nota de Dogliotti: «L'art. 2 della Costituzione —si è giunti ad affermare con decisione che non si sottrae facilmente a critica— riveste una portata imperativa, nel senso di rendere nullo ogni atto di autonomia privata che discrimini tra coniuge e convivente more uxorio» [Pret. Genova, 17 de julio de 1979 (*Dir. fam.*, 1981, p. 203); la sentencia fue reformada por el Tribunal de Genova, 17 de diciembre de 1979 (*Giur. it.*, I, 2, 1980, p. 544), con la nota de Roppo].