



Data pubblicazione 23.01.2015

Dinamiche evolutive in materia di diritti della famiglia nella giurisprudenza costituzionale e di merito, e nuove formazioni sociali¹

di

F. Rinaldi²

*Vanae voces polui
non sunt audiaende*

SOMMARIO: – 1. Premessa: ripensare la fenomenologia della *sessualità* dell'uomo e della famiglia ? – 2. Sul possibile ruolo e significato della «famiglia» nel terzo millennio. – 3. L'apertura delle disposizioni costituzionali sulla famiglia verso nuove formazioni sociali di tipo familiare – 4. Considerazioni conclusive.

1. – Nella *premessa* al Suo celebre testo del 1974, l'illustre storico e deputato socialista, Paolo Ungari, osservava, in maniera particolarmente significativa, che: «alla nostra cultura delle riforme manca tuttora il retroterra di una chiara analisi della realtà storica della famiglia italiana»³. Il «romanzo della famiglia italiana»⁴, oggi più che in passato, appare scritto dalla relazione – mutevole, incerta e complessa – tra «diritto statale» e «diritto sociale».

Dall'angolazione del *privatista*, l'istituzione familiare nell'Italia contemporanea – ma non solo in questi angusti confini territoriali, oramai in obsolescenza –, sembra rappresentare, forse non senza paradosso, «la crisi del mondo giuridico “ancien régime”» e la volontà, in potenza, di costituire un «nuovo diritto civile»⁵, specialmente della «famiglia».

¹ Dedico questo piccolo scritto a mio padre, un *Socialista*.

² Il presente scritto costituisce la rivisitazione della *Relazione* tenuta in data 24.11.2014 presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale nell'ambito dell'Incontro organizzato dall'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale, Dottorato di ricerca in «La tutela dei diritti fondamentali».

³ P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, 1974, spec. p. 12.

⁴ L'espressione è tratta da UNGARI, *op. ult. cit.*, spec. p. 15.

⁵ Cfr. ancora UNGARI, *op. ult. cit.*, 9 ss.

In questa direzione, sembrano muoversi sia i numerosi e diversificati interventi legislativi di riforma della disciplina giuridica della famiglia⁶, anche attraverso l'introduzione di diversi ed alternativi *modelli familiari*; sia gli altrettanto numerosi e variegati interventi giurisprudenziali, nella prospettiva, entrambi, del riconoscimento di nuove formazioni sociali a carattere familiare, nell'ambito del cui statuto assicurare ampia tutela ai diritti ed agli interessi dei singoli componenti, a prescindere dalle diverse tendenze ed orientamenti sessuali, attribuendo preminente valore al «diritto» ad una «vita familiare» solidale ed affettiva.

L'affermarsi di nuove formazioni sociali – ad esempio, coppie di fatto, coppie omosessuali, coppie con diverse nazionalità e religioni, «famiglie» monogenitoriali, famiglie «surrogate»⁷, famiglie «omogenitoriali»⁸ – ripropone,

⁶ A titolo meramente esemplificativo, si considerino alcuni esempi: dalla storica riforma del diritto di famiglia ad opera della n. 151 del 1975; alla recente riforma dei rapporti di filiazione, ad opera della l. n. 219 del 10.12.2012 e del d.lgs. 28.12.2013, n. 154, che ha unificato lo *stato giuridico della filiazione*, non senza sollevare perplessità circa l'effettiva portata innovativa, sotto questo profilo, dell'intervento legislativo, ed in considerazione delle previsioni costituzionali di cui agli artt. 29, 30 e 31 Cost. (in argomento, cfr., in particolare, E. QUADRI, *Diritto privato* di F. Bocchini e E. Quadri, Torino, 2014, 409 ss.; C. M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1 ss.; V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 7 ss.; G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, 525 ss.; M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 231 ss.; F. DELFINI, *Riforma della filiazione e diritto successorio*, in *Corr. giur.*, 2013, 545 ss.; A. BARLETTA, *Contributo allo studio dell'accertamento degli status*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 231 ss.). Si ricordi la riforma della disciplina della crisi coniugale, attraverso l'introduzione dell'*affido condiviso*, di cui alla legge 8.2.006, n. 54, che ha novellato gli artt. 155 e ss. del cod. civ.; la riforma dell'adozione, con la legge 28.3.2001, n. 149 ed il d.l. n. 150 del 2001, sul *diritto del minore ad avere una famiglia* (in argomento, cfr. E. QUADRI, *L'affidamento del minore: profili generali*, in *Fam. e dir.*, 2001, 653 ss.); la legge sulla *violenza in famiglia*, l. 4.4.2001, n. 154 (v. L. SACCHETTI, *Allontanamento dell'autore della violenza dalla casa familiare: un problema aperto*, in *Fam. e dir.*, 2001, 665 ss.). Si considerino i diversi progetti di riforma in materia di *famiglia di fatto*: i *pacs*, disegno di legge n. 5354 del 7.7.2005, dal titolo *disciplina del patto civile di solidarietà e delle unioni di fatto*; i *dico*, disegno di legge n. 1339 dell'8.2.2007, dal titolo *diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi* (in argomento cfr. E. QUADRI, *La rilevanza costituzionale della famiglia: prospettive comparatistiche*, in *Dir. fam. pers.*, 1985, 1125 ss.; G. MAFFEI, *L'evoluzione della famiglia di fatto nello spazio europeo*, in *Nel diritto*, 2013, 11, 1914 ss.).

⁷ Il riferimento è a CASS., 26.11.2014, n. 24001, in *www.dirittifondamentali.it*, che, in continuità con il passato, ha confermato la nullità del contratto di «maternità surrogata», oggi esplicitamente vietata dall'art. 12, co. 6, della l. n. 40 del 2004, essendo, per l'ordinamento italiano, il rapporto di maternità in via esclusiva riconducibile al «parto». Si tratta, rileva la

con rinnovato vigore, l'interrogativo che l'antropologo Herbert Spencer sollevava nelle sue *Istituzioni domestiche*, ovvero se vi sia o meno un «limite a questa disintegrazione della famiglia»⁹, e ciò al di là di ogni legittima posizione ideologica che si intenda assumere al riguardo.

Corte, di un divieto «certamente di ordine pubblico (...) a presidio di beni giuridici fondamentali», quali, «la dignità umana – costituzionalmente tutelata – e l'istituto dell'adozione, con il quale l'istituto della maternità surrogata si pone oggettivamente in conflitto (...)». Inoltre, significativa è la recente decisione del G.U.P. di VARESE, 8.10.2014, in questa *Rivista*, 2015, 1 ss., per il quale è irrilevante il metodo di concepimento ai fini del riconoscimento della genitorialità: «a seguito della recente giurisprudenza CEDU in materia (...) non costituisce reato secondo l'art. 495 c.p. la condotta posta in essere dai genitori di figli nati all'estero con ricorso a maternità surrogata che ottengono un'iscrizione del certificato di nascita difforme dal vero, in quanto è da ritenersi ininfluenza il metodo di concepimento ai fini del riconoscimento di maternità e paternità (...) in favore di tale disgregazione ha, d'altronde, anche operato la stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 162/2014, seppure nel più modesto ambito della fecondazione eterologa, legittimando l'attribuzione di maternità e paternità a dispetto del processo di generazione naturale». In materia, cfr. E. QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1998, spec. p. 74 ss.

⁸ Ci si riferisce alla recentissima e controversa decisione della CORTE di APPELLO di TORINO del 7.1.2015, in *Guida al diritto. Rivista on line sole 24ore*, che, riformando la decisione del Tribunale, ha riconosciuto a due donne (benché divorziate nel 2014) eguale diritto di essere genitore di un bambino nato in Spagna da inseminazione eterologa, argomentando dal preminente interesse del bambino e benché in Italia non sussista, allo stato, la possibilità di «registrare» questa nascita, come è, invece, avvenuto in Spagna, presso l'anagrafe del comune di Barcellona (nel cui stato civile si indica «madre A» e «madre B»). A prescindere, dunque, dal legame del «parto». La decisione della Corte di Appello ha ordinato al Comune di Torino di trascrivere l'atto di nascita del bambino con le precisazioni di cui dianzi. Secondo l'annotata decisione: «la mancata trascrizione dell'atto di nascita limita e comprime il diritto all'identità personale del minore e il suo status» in Italia, dove non avrebbe alcuna relazione parentale con la mamma non partoriente, «non avrebbe un esercente la responsabilità genitoriale con riferimento a problematiche sanitarie, scolastiche, ricreative», e «verrebbe anche privato dei rapporti successori nei confronti della famiglia della signora» esclusa. Inoltre le due donne hanno divorziato a Barcellona nel 2014 ma «sulla base di un accordo nel 2013» hanno scelto la «condivisione delle responsabilità genitoriali», sicché «la mancata trascrizione del certificato di nascita comporterebbe anche conseguenze rilevanti in ordine alla libera circolazione del minore» e di una dei due genitori in Italia. La Corte ha rivolto particolare attenzione alla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989 e al regolamento comunitario 2201 del 2003, affermando espressamente che: «il concetto di ordine pubblico deve essere declinato in funzione dell'interesse superiore del minore (...). Nel caso in questione non si tratta di introdurre ex novo una situazione giuridica inesistente, ma di garantire la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da anni, nell'esclusivo interesse di un bambino cresciuto da due donne **che** la legge spagnola riconosce entrambe come madri».

⁹ H. SPENCER, *Istituzioni domestiche*, trad. it. di F. Federici e F. Tocco, Palermo, 1897, spec. p. 191 ss. Il riferimento è tratto da UNGARI, *op. ult. cit.*, spec. p. 9.

Famiglie monogamiche, famiglie patriarcali e famiglie matriarcali, famiglie nucleari, famiglie poligonali o «aperte», «famiglia occidentale». Le declinazioni dei possibili modelli familiari o, meglio potrebbe dirsi, di «antropologia familiare», sono sostanzialmente indeterminabili, indice pure dell'immediato legame «politico» di questa istituzione, cristallizzato nelle straordinarie *parole* di Cicerone: «*familia est quasi seminarium rei publicae*»¹⁰.

Volendo proseguire in queste, come definirle, suggestioni storiografiche, nel tentativo di comprendere e giustificare il fenomeno dell'emersione di nuove formazioni sociali, con particolare riferimento alla famiglia occidentale ed alle sue più recenti dinamiche evolutive, diverse prospettive di ricerca è possibile proporre: dalla demografia storica all'analisi economica del gruppo domestico, dalla composizione del nucleo familiare alla sua «sessualità», dal concepimento prematrimoniale ed extramatrimoniale ai modelli matrimoniali ed ereditari¹¹.

Naturalmente, molte altre non solo le prospettive di ricerca, ma anche le esperienze storiche, antropologiche ed etnografiche dell'istituzione familiare, a testimonianza della fluida diversificazione ed evoluzione di questa straordinaria istituzione sociale e giuridica, troppe volte simbolo di un'«umanità indifesa», per ricordare le parole di Lévi-Strauss¹². E, senza neppure potersi omettere il riferimento all'origine della famiglia e, con essa, pare doversi aggiungere, della «proprietà» e dello «Stato», secondo lo stretto legame suggerito da Engels¹³. E finanche con un piccolo invito alla cautela e,

¹⁰ CICERONE, *De officiis*, 1.17.54: «*prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae*».

¹¹ In proposito, basti rinviare a M. ANDERSON, *Interpretazioni storiche della famiglia. L'Europa occidentale 1500-1914*, Torino, 1982, 7 ss. In argomento, cfr. anche J CASEY, *La famiglia nella storia*, Roma-Bari, 1999, 3 ss.

¹² Ci si riferisce alla ricerca condotta del celebre studioso su di una delle popolazioni più primitive del Mato Grosso, LÉVI-STRAUSS, *La vita familiare e sociale degli indiani Nambikwara. Un modello di ricerca antropologica* (1948), Torino, 1970, 9 ss.

¹³ F. ENGELS, *L'origine della famiglia della proprietà privata e dello Stato* (1884), Roma, 2005, 7 ss.

cioè, ad evitare, possibilmente e, forse, ragionevolmente, di scadere nel «familismo», per quanto meritevole di massima considerazione possa essere ogni diversa valutazione in proposito¹⁴.

In tempi più recenti, la riflessione sembra, inoltre, da doversi condurre, per ciò che qui pure direttamente interessa, sulla fenomenologia della *sessualità* dell'uomo e della famiglia, come dimostra la sempre più frequente emersione di formazioni sociali familiari di tipo omosessuale¹⁵, manifestazione di una sessualità familiare *non generativa*¹⁶, ed inoltre mutevole o, meglio, *rettificabile*¹⁷.

¹⁴ In argomento, cfr. M. HERZFELD, *Anthropology Through the Looking-Glass: A critical Ethnography in the Margins of Europe*, Cambridge, 1987, 16 ss.; R. D'AMICO, *Diffusione e differenziazione dei modelli culturali*, Milano, 2004, 26 ss.; J. J. VON PUTTKAMER e G. SCHUBERT, *Kulturelle Orientierungen und Gesellschaftliche Ordnungskulturen in Südpsteuropa*, Wiesbaden, 2010, 34 ss.

¹⁵ Il riferimento è, in particolare, a CASS., 15.3.2012, n. 4184, in *www.federalismi.it*; e a CORTE EUR. DIR. UOMO, *grande chambre*, 7.11.2013, caso *Vallianatos e altri c. Grecia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 693 ss., con commento di P. PIRRONE, *La Corte eur. dir. uomo sul caso Vallianatos et autres c. Grèce: "patti di vita comune" e discriminazione basata sull'orientamento sessuale*.

¹⁶ In argomento, cfr., in particolare: F. D'AGOSTINO, *Sessualità. Premesse teoriche di una riflessione giuridica*, Torino, 2014, spec. 145 ss., in ordine alla complessa ed incerta relazione tra *sessualità umana, famiglia e diritto*; Aa. Vv., *Le figure del padre. Ricerche interdisciplinari*, a cura di F. Ferrarotti, Roma, 2001, 11 ss.; Aa. Vv., *Famiglia "generativa" o famiglia "riproduttiva" ? Il dilemma etico nelle tecnologie di fecondazione assistita*, a cura di E. Scabini e G. Rossi, Milano, 1999, 12 ss.; L. CENA, A. IMBASCIATI, A. GAMBINO, C. DONEDA, *La dimensione sessuale nel progetto generativo e genitoriale della coppia*, in *Riv. sessuol.*, 2011, 2, 78 ss.; Sotteso è anche il riferimento alle diverse istanze del sistema volte a legittimare la fecondazione di tipo eterologo, ammessa, non senza destare alcune perplessità, dalla recente decisione della Corte Costituzionale del 9.4.2014, che ha dichiarato l'incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 (spec. artt. 4, co. 3, 9, co. 1 e 9, e 12, co. 1) nella parte in cui non consente ma solo alle coppie con problemi di assoluta impossibilità di concepimento (infertilità) di utilizzare anche gameti esterni alla coppia. La citata decisione chiude una vicenda di rimessione alla Corte che ha avuto inizio con le ordinanze di rimessione dei Tribunali di Firenze, 6.9.2010, di Catania, 21.10.2010, di Milano, 2.2.2011. Nelle more del giudizio di costituzionalità dell'eterologa, interveniva, poi, la decisione della Grande Camera della Corte E.D.U. del 3.11.2011 che, diversamente, peraltro, da quanto affermato dalla prima sezione della medesima Corte nel 2010, ha affermato che «gli Stati hanno il diritto di scegliere le regole interne idonee a disciplinare l'accesso alla procreazione assistita di carattere eterologo», dovendosi, in ogni caso, «tenere conto dei mutamenti introdotti dalla scienza medica». La Corte Cost., pertanto, con l'ordinanza *interlocutoria* del 7.6.2012, n. 150, disponeva la restituzione degli atti ai giudici rimettenti, in considerazione dell' «incidenza sulle questioni di legittimità costituzionale del *novum* costituito dalla sentenza della Grande Camera. La questione veniva, dunque, riproposta dal Tribunale di Milano, con l'ordinanza del 3.4.2013 e dal Tribunale di Catania del 13.4.2013, in relazione alla discriminazione delle coppie sterili, per le quali può rendersi necessario il ricorso alla fecondazione eterologa, «nel proprio diritto di determinare la propria condizione genitoriale». La decisione è commentata da V. BALDINI, *Il*

Espressione di una tendenza a scollegare, dunque, la «famiglia», in termini di «società naturale», non soltanto dal matrimonio ma anche dalla funzione procreativa, con ogni dovuta distinzione e precisazione, nonché comprensibili opposte reazioni, lontani apparendo i tempi del «medioevo maschio», per ricordare Duby¹⁸.

diritto alla genitorialità e la censura della PMA di tipo eterologo: aspetti problematici di un sillogismo un po' semplificato, in *Diritti Fondamentali. Rivista on line - Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale*, 2014, 1 ss. L'a., in maniera particolarmente significativa, osserva che per «quanto la decisione possa risultare convincente», tuttavia, un verifica dovrebbe essere condotta «sul doppio versante, della coerenza delle argomentazioni addotte e della loro fondatezza (...) versanti (...) distinti e paralleli» (spec. p. 5 ss.); prosegue l'a., «ciò che tuttavia viene in questione è essenzialmente la sostanziale fondatezza di tali argomentazioni, che la stessa difesa erariale aveva tentato di confutare. Innanzitutto si parte dall'asserto, tutt'altro che scontato, che la garanzia del diritto alla genitorialità giunga a coprire, conseguentemente, anche i modi e le forme attraverso cui questa può realizzarsi. Credo che sul punto la riflessione vada approfondita, tenendosi conto che non tutto quanto risulti secondo la scienza praticabile debba esserlo anche secondo il diritto (costituzionale). Vero è che il progresso, nel campo medico come in quello tecnologico, sposta in avanti la linea di confine che separa il noto dall'ignoto, finendo per giustificare in ultima analisi la nascita di nuovi interessi e di nuove pretese soggettive. Ma il discrimine tra ciò che è lecito e ciò che, invece, non lo è, tra ciò che è legittimo e la condotta illegittima, lo determina in ogni caso l'ordinamento giuridico. Si arriva così al nodo problematico essenziale la cui soluzione è, in ultima analisi, il rispecchiamento di differenti modi di intendere della Costituzione e le sue norme, vale a dire a chi spetta stabilire il significato e i limiti di norme generali come quelle recanti i diritti fondamentali».

¹⁷ Il riferimento è, in particolare, alla recente decisione della CORTE COST., sentenza n. 170 del 2014, in *www.cortecostituzionale.it*. La decisione è annotata, in maniera particolarmente significativa, da V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in *Diritti Fondamentali. Rivista on line - Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale*, 9.2014, 1 ss., cui si rinvia anche per ogni opportuno ed ulteriore approfondimento di natura bibliografica. Inoltre, ci si riferisce anche alla precedente sentenza di CORTE COST., 14.4.2010, n. 138, in *www.cortecostituzionale.it*; ed alla decisione della CORTE EUR. DIR. UOMO, del 24.6.2010, Caso Schalk e Kopf c. Austria, in *www.hudoc.echr.coe.int*. In argomento, cfr. particolare: PALADINI, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk e Kopf v. Austria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, 137 ss.; VITUCCI, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, 2012, 79 ss.; RAGNI, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: il caso Schalk e Kopf*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 639 ss.; DEL CANTO, *La Corte Costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 1361 ss.; PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *www.forumcostituzionale.it*; ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, 1361 ss. In argomento ci si soffermerà in prosieguo.

¹⁸ G. DUBY, *Medioevo maschio. Amore e matrimonio*, Roma-Bari, 1988, 5 ss.

2. – Discutere di dinamiche evolutive dei diritti della famiglia comporta, sul piano strettamente giuridico, dunque, la necessità di valutare il ruolo della famiglia nel terzo millennio, il valore che essa oggi esprime, il suo significato, ed in particolare, quando la «famiglia» («società naturale») diventa istituzione giuridica e quale comunità familiare è considerata dal diritto, oggi, «famiglia»¹⁹.

Una simile riflessione non sembra poter prescindere, del tutto, da una premessa condivisa, ossia l'incertezza del suo statuto giuridico, che riflette la «crescente fluidità della materia del diritto di famiglia», conseguenza «della sempre maggiore rapidità delle trasformazioni sociali»²⁰. E così, a voler testimoniare una filiazione interrotta con il passato, allorché, «la fissità di tale materia costituiva il riflesso della staticità degli assetti sociali»²¹.

Con una ulteriore riflessione, che muove da due importanti eventi di studio sulla materia (i 50 anni dal codice civile ed i 20 anni dalla riforma del diritto di famiglia): il modello familiare appariva «sfasato, rispetto alla società, già al tempo della codificazione». A quel tempo, pare il caso di ricordare, essendo il modello familiare fondato «su una struttura gerarchica e su una rigida distinzione e ripartizione dei ruoli familiari»²².

Modello familiare, questo, entrato in crisi con l'ingresso nell'Ordinamento della Costituzione (artt. 29, 30 e 31), che, in una prospettiva personalista, sembra aver fornito un contributo determinante nella direzione di un maggior riconoscimento degli interessi dei singoli componenti il nucleo

¹⁹ In argomento, più di recente, v.: Aa. Vv., *Il diritto di famiglia in Europa, plurimi e simili o plurimi e diversi*, Torino, 2011, spec. 56 ss.; M. R. MARELLA - G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari, 2014, 15 ss.

²⁰ Così, E. QUADRI, *Il diritto di famiglia: evoluzione storica e prospettive di riforma*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2003, 1511 ss.

²¹ Così, QUADRI, *op. ult. cit.*, 1511.

²² Cfr. QUADRI, *op. loc. ult. cit.*.

familiare o la coppia, ove si ritenga, anche a discapito di una idea di «solidarietà familiare»²³.

In un simile contesto non sembra neppure potersi prescindere dall'uso, in argomento, di un *linguaggio* quanto più possibile attento e sensibile alla profondità delle questioni trattate, che hanno pur sempre come termine di riferimento la valorizzazione, nell'ambito della famiglia, più che di vincoli meramente formali, dell'effettività dell'esperienza di vita e della continuità della relazione affettiva. Proiezioni esistenziali, queste, di tutti i soggetti coinvolti nell'ambito della vicenda «familiare»²⁴.

²³ In una simile prospettiva, forse, sono da valutarsi gli interventi di riforma del diritto di famiglia nella direzione del c.d. «divorzio breve» e dell'ampliamento dei poteri di autonomia anche in relazione allo scioglimento del vincolo, in valorizzazione – più o meno condivisibile, vertendosi, comunque, in materia di *status* – dell'esercizio di un diritto soggettivo potestativo, in presenza del presupposto dell'*intollerabile convivenza*.

²⁴ «Diritto e linguaggio hanno una piattaforma comune. Innanzi tutto, per la loro intima socialità, per la loro natura di dimensioni necessariamente intersoggettive: un solo uomo vivente su un pianeta remoto non ha bisogno, finché resta in solitudine, né dell'uno né dell'altro. In secondo luogo, per il loro fondamentale carattere di essere strumenti che ordinano la dimensione sociale del soggetto, il linguaggio permettendo una efficiente comunicazione, il diritto permettendo una pacifica convivenza. E', infatti, ordinamento del sociale che, dai balbettii dell'infante, si giunga al discorso compiuto tra adulti. E' ordinamento del sociale che si disciplini la ma convivenza col vicino o i miei accordi con altri uomini di affari» (così, P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, spec. 25 ss., al quale si rinvia anche per ogni opportuno approfondimento di natura bibliografica). Prosegue ancora l'a., in maniera particolarmente significativa: «chi parla in un certo modo idoneo e corretto, non lo fa per obbedire ad una regola ma per la convinzione di instaurare in tal guisa un efficace rapporto comunicativo con i suoi simili. E' lo stesso identico atteggiamento dei membri della fila, che osservano non per obbedienza ma perché convinti del valore insito nella proposta organizzativa, e si auto-ordinano». Ed infine, «un lettore non più tanto novizio, memore del gran parlare che molti giuristi hanno fatto e fanno del termine/concetto di 'sanzione', e memore anche di acri e accaniti dibattiti dottrinali in proposito, potrà meravigliarsi che non se ne sia mai parlato nelle nostre pagine. Disattenzione? Ignoranza? Il motivo è molto più semplice e sta tutto in quel che ora si precisava. La cosiddetta 'sanzione', definibile come la misura messa in atto per assicurare l'osservanza o, il che è lo stesso, per castigare l'inosservanza, è soltanto un espediente estraneo alla struttura del diritto, alla sua dimensione fisiologica. Noi siamo troppo spesso abbacinati da quel che avviene nello Stato, che è un ordinamento autoritario, dove il diritto si deforma in comando e dove l'evento terribile della sanzione è una sorta di appendice normale del comando, tanto normale da farla ritenere sua parte integrante. Ma di appendice si tratta, e avente a oggetto un evento assolutamente ipotetico: la possibile inosservanza». In argomento, cfr. anche F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, Roma-Bari, 1978, 34 ss.

Così, il concetto di «famiglia», per effetto dell'emersione di nuove «formazioni sociali», sembra perdere di specificità, per assumere un significato anfibologico.

Un significativo esempio di «reinterpretazione» del concetto di «famiglia», sembra essere fornito da alcune recenti decisioni prospettatesi in giurisprudenza. Ci si riferisce alla possibilità, ampiamente sostenuta e riconosciuta dalla giurisprudenza, di affidare il figlio al genitore omosessuale, in conseguenza di eventi determinanti ed al fine di assicurare il preminente interesse del minore, ritenendo del tutto irrilevante l'orientamento sessuale del genitore sotto il profilo della sua idoneità ad avere cura del minore²⁵.

La fluidità della materia del diritto di famiglia, come dianzi osservato, unitamente ad un ambiguo ed ondivago rapporto tra «Stato» e «famiglia», cui pure dianzi si è fatto cenno, sembra abbiano contribuito, in maniera efficace, al suo carattere di «specialità», in quanto «comunità di persone fisiche» sottratta al «diritto comune patrimoniale», atteso che, diversamente dalla «proprietà e dal mercato», essa è il portato e la sintesi di tradizioni, storia e, soprattutto, dello «spirito del popolo»²⁶.

In una simile prospettiva, si muoveva già la Costituzione di Weimer del 1919, affermando, in sintesi, il «matrimonio» a «fondamento della vita della famiglia e del mantenimento e potenziamento della Nazione». Formula, questa, sensibilmente e significativamente modificata nella revisionata (nel 2006) e

²⁵ Ci si riferisce a: CASS., 11.1.2013, n. 601, in *www.federalismi.it*, che dispone l'affido esclusivo alla donna che convive con la sua compagna omosessuale, separata dal marito musulmano, il quale viene escluso dall'affido per aver compiuto atti di violenza; nella medesima direzione, più di recente, TRIB. ROMA, SEZ. MINORI, 2.9.2014, in *Iustitia*, 2014, 3, 231 ss., che ha ammesso la possibilità che la compagna omosessuale adotti la figlia della sua compagna, separata dal marito, reinterpretando la legge sull'adozione dei minori in stato di abbandono.

²⁶ Così, F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, Berlino, 1840-1849, 1 ss. La citazione è tratta da MARELLA - MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, cit., spec. 20 ss., nt. 2.

vigente Costituzione tedesca che, all'art. 6, co. 1, afferma: «il matrimonio e la famiglia sono della particolare protezione dell'ordinamento statale».

Disposizione, questa, cui fa eco la nostra Carta costituzionale del '48 che, com'è noto, definisce la famiglia «società naturale fondata sul matrimonio»²⁷.

Evidente l'assenza, in entrambe le Costituzioni, di una definizione del concetto di «famiglia», sottendendo la nostra Costituzione, una più «naturale» concezione in termini di «comunità», anche se, poi, il testo normativo del comma 1 dell'art. 29, utilizza il diverso – e da più parti criticamente valutato²⁸ – termine di «società»: «la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio».

E' noto che l'art. 29, co. 1 Cost., ancor più di altre disposizioni costituzionali, è sintesi di posizioni divergenti, espressione delle diverse anime presenti in Assemblea Costituente, quelle che, solo per esemplificare, possono essere indicate come «cattolica» e «socialista», proiezioni di diverse fondamentali manifestazioni: giusnaturalistica, secondo cui lo Stato non

²⁷ In proposito, si cfr. la *Relazione definitiva*, n. 34, al cod. civ., che motiva la scelta di intitolare il Libro I del cod. civ. *Delle persone e della famiglia*, al fine di porre in debita evidenza che la «parte essenziale» del libro è dedicata alla famiglia, intesa come «nucleo organizzato delle persone fisiche». Una definizione che può essere considerata neutra, ma che appare, tuttavia, significativa nella prospettiva della «specialità» di questo «nucleo», familiare.

²⁸ In argomento, in particolare cfr.: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 1165 ss.; A. C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Sen. Giur.*, Università di Catania, III, 1948, 1 ss.; A. FINOCCHIARO, *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, 1975, 93 ss.; P. BARCELLONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 785 ss.; S. RODOTA', *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Politica del diritto*, 1975, 661 ss.; P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 109 ss.; M. BESSONE, *La famiglia nella Costituzione*, Bologna, 1976, spec. 9 ss.; Id., *Sub art. 29 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca Bologna-Roma, 1991, 18 ss.; F. CAGGIA - A. ZOPPINI, *Commentario all'art. 29*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2007, 356 ss.; C. SALVI, *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 559 ss.; P. ZATTI, «*Familia, familiae*». *Declinazioni di un'idea*, in *Familia*, spec. 9 e 337 ss.; F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 510 ss.; U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione*, 1965, 13 ss.; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 14 ss.; A. CICU, *Il diritto di famiglia*, 157 ss.; C.M. BIANCA, *La riforma del diritto della filiazione (L. 10 dicembre 2012, n. 219)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, 437 ss.; V. CRISAFULLI- A.PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, spec. 204 ss.

avrebbe il potere di «creare i diritti della famiglia», bensì solo riconoscerli e tutelarli, avendo la famiglia «diritti preesistenti e originari»; secondo altra diversa impostazione, invece, sarebbe da escludersi ogni possibilità di «contrapporre allo Stato altre formazioni sociali, con relativi ordinamenti giuridici»²⁹.

Molte altre considerazioni potrebbero essere svolte in ordine a questa fondamentale disposizione che è l'art. 29 Cost., a cominciare dalla circostanza che pur non dubitando i Costituenti del fatto che la famiglia costituisca una – la più significativa – «formazione sociale» protetta per effetto anche dell'art. 2 Cost., tuttavia, è oggetto di vivace discussione (specialmente in dottrina) la natura «sovrana» o «autonoma» del suo ordinamento. Sicuramente, inquadrare la famiglia nell'ambito delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., è affermazione della sua continua, inarrestabile ed inesauribile evoluzione, anche in termini di *status* sociale, nella direzione di una piena assicurazione dello sviluppo della *personalità* dei suoi membri.

In una simile prospettiva, la centralità della famiglia quale «primaria formazione sociale» è determinata anche, e soprattutto, dal suo collegamento con il rapporto di filiazione, con efficacia tale da mettere in discussione sia la congruità della terminologia definitoria adottata, ed in termini di «società», in luogo di «comunità» che – come significativamente osservato – meglio sembrerebbe essere in grado di evocare il suo carattere «naturale»; sia la completezza della definizione adottata dall'art. 29 Cost., essendo la famiglia legittima «generata» non solo dal matrimonio, bensì dalla «procreazione in matrimonio», ed in raccordo con le disposizioni di cui agli artt. 30 e 31 Cost. Così come pure è stato ritenuto «contraddittorio» il riferimento al matrimonio che, in quanto istituto dello *ius in civitate positum*, sembrerebbe anch'esso

²⁹ Cfr. autori citati nella nota precedente.

manifestazione di un senso di contrapposizione o diversificazione rispetto alla famiglia intesa, appunto, quale «società naturale»³⁰.

3. – Le disposizioni costituzionali sulla famiglia di cui all'art. 29 Cost., sotto il profilo della portata effettiva della sua qualificazione giuridica, si mostrano aperte, ossia estensibili sia al modello classico – quello sicuramente contemplato in Costituzione – della «famiglia cattolica», sia ad altre possibili tipologie di modelli familiari, che non si riconoscono né nel crisma sacramentale né in quello legale dello stato civile del matrimonio.

Tuttavia, il riferimento al «matrimonio», sul quale è fondata la nozione di famiglia, oltre ad essere rappresentativa almeno del «modello» di famiglia, in effetti, di riferimento per i Costituenti – che, in tal senso, non può non osservarsi come avessero le idee chiare –, ha indotto alla riflessione in ordine alla possibile incostituzionalità di «dottrine» sostenitrici di alcuni peculiari e diversificati modelli familiari quali, a titolo semplicemente esemplificativo: quella del «matrimonio collettivo», del «libero amore», del «poliamore» (per adoperare una più recente e singolare espressione, tutto sommato poco significativa), del «matrimonio di Stato». A voler porre un limite, ove si ritenga, anche al potere del legislatore di introdurre nuove formule familiari, affermando, in una simile direzione, l'art. 29 Cost. una riserva di legge ed un *favor constitutionis*³¹.

Insomma, per la Costituzione, sembra potersi osservare, la famiglia naturale è, paradossalmente, quella «legittima», appunto, «fondata sul matrimonio» – atto della «pubblica autorità», considerato indispensabile alla costituzione della famiglia e dei correlativi *status*, con ovvie e comprensibili

³⁰ Cfr., in particolare, BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, cit., 138 ss.; GRASSETTI, *Commentario Calamandrei - Levi*, cit., 294 ss.; ESPOSITO, in *Studi Cicu*, cit., 555 ss.

³¹ In argomento, v. in particolare: MORTATI, *op. cit.*, 1166 ss.; ESPOSITO, *op. cit.*, 560 ss.; BESSONE, *op. cit.*, 31 ss.

conseguenze in ordine al suo scioglimento –, argomentando anche dalle successive disposizioni costituzionali sui rapporti di filiazione (artt. 30 e 31 Cost.), quale comunità stabile ed affettiva, monogamica ed eterosessuale³². Profilo, quest'ultimo dell'eterosessualità, oggetto di vivace discussione ad opera della più recente giurisprudenza costituzionale, comunitaria e di legittimità, sulla quale ci si soffermerà nelle pagine che seguono, non senza potersi, forse correttamente segnalare una diversità di tendenza tra la Corte Costituzionale (ci si riferisce alle decisioni n. 138 del 2010 e 170 del 2014), che sembra voler porre al sicuro il matrimonio e, dunque, la famiglia «eterosessuale», e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (ci si riferisce alla decisione del 24.6.2010, caso Schalk e Kopf c. Austria e alla decisione del 7.11.2013, caso Vallianatos c. Grecia) , che sembra, invece, porsi in una prospettiva di maggiore apertura e parificazione, seguita dalle più recenti decisioni interne dei Giudici di merito (il riferimento è alla citata decisione del Tribunale di Roma, sez. Minori, del 2.9.2014) e di legittimità (ci si riferisce a Cass. n. 601 del 2013, e Cass. n. 4184 del 2012).

Quanto, poi, di questa consapevolezza e chiarezza si riverberi nel testo costituzionale è tutt'altro discorso, che investe la procedura ed il metodo dell'interpretazione costituzionale³³.

In ogni caso, le annotate disposizioni costituzionali (artt. 2 e 29 Cost.), come accennato, non solo non escludono affatto bensì favoriscono e proteggono l'emersione di nuove formazioni sociali a carattere familiare, ogni qual volta la libera unione di fatto dei *conviventi*, anche dello stesso sesso, non fondata sul matrimonio e con o senza prole, sia in grado di assolvere a quella funzione di sviluppo di valori di ordine «spirituale» e di garanzie di stabilità, meritevoli di

³² In argomento, basti rinviare a MORTATI, *op. cit.*, spec. 1166 ss.

³³ In proposito, basti rinviare a V. BALDINI, *Lo stato multiculturale e il mito della Costituzione per valori*, in questa *Rivista*, 2012, 1 ss.; Id., *Diritto, pluralismo culturale, Costituzione. La prospettiva storico-filosofica quale 'precomprensione' per l'interpretazione dei valori costituzionali*, in *Multiculturalismo* a cura di V. Baldini, Padova, 2012, 1 ss.

tutela in quanto manifestazione di una comunità di «affetti» ove si esprime la personalità dell'individuo.

Così come non del tutto superata e meritevole di considerazione sembra poter essere ancora considerata quella prospettiva di differenziazione tra «famiglia di fatto» e famiglia legittima, potendo mancare alla prima quel carattere di certezza, stabilità e «corrispettività» dei diritti e dei doveri che sembrano nascere soltanto per effetto del matrimonio³⁴. Ad esempio, la coabitazione del convivente *more uxorio* può cessare in qualsiasi momento, senza dar luogo ad abbandono del tetto coniugale, secondo alcuni orientamenti causa possibile causa di addebito nell'ambito della separazione personale tra i coniugi. Senza neppure doversi omettere di ricordare che, stando ad una comune e condivisa impostazione, si tende a configurare tra conviventi solo obbligazioni naturali, secondo il paradigma dello spontaneo e non coercibile adempimento di cui all'art. 2034 cod. civ.³⁵.

Naturalmente, senza neppure doversi confondere la problematica della rilevanza della «famiglia di fatto» con quella della *famiglia naturale*, attenendo, quest'ultima, propriamente al rapporto di filiazione al di fuori del matrimonio

³⁴ Prospettiva, questa, tracciata, in particolare, da CORTE COST., sentenze n. 8 del 1996 e n. 45 del 1998, in *www.cortecostituzionale.it*, per le quali non sarebbe da attuare alcuna equiparazione tra le due situazioni, «non corrispondendo alla visione fatta propria dalla Costituzione», essendo il «consolidato rapporto di convivenza» da rapportare all'ambito di protezione offerto dall'art. 2 Cost., ed essendo, invece, la particolare garanzia di cui all'art. 29 Cost. da riservare solo al vincolo coniugale, in quanto caratterizzato da «stabilità e certezza e dalla reciprocità e corrispettività di diritti e doveri». La convivenza essendo, invece, caratterizzata da un' «*affectio* quotidiana, liberamente e in ogni istante revocabile» (così, anche CORTE COST., 11.6.2003, n. 204, in *www.cortecostituzionale.it*).

³⁵ In argomento, fondamentali le riflessioni di: M. GIORGIANNI, *Sugli effetti della obbligazione naturale*, Napoli, 1947, 7 ss.; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 230 ss.; P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, 5 ss.; Id., voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. it.*, 1968, 1228 ss.; E. MOSCATI, voce *Indebito*, in *Enc. dir.*, 1971, 567 ss.; Id., voce *Obbligazioni naturali*, in *Enc. dir.*, 1979, 987 ss.

ed ai relativi doveri dei genitori nei confronti dei figli naturali, oggetto di recente riforma ad opera della l. 10.12.2012, n. 219, cui si è fatto dianzi cenno³⁶.

Il riferimento alla *famiglia di fatto* o *convivenza al di fuori del matrimonio* appare particolarmente significativo, non tanto in considerazione di una sua ampia valorizzazione in attuazione dell'art. 2 Cost. ed a superamento di una sua non condivisibile valutazione in termini di convivenza di «serie b»³⁷, quanto, invece, del suo essere snodo problematico di contrasti, oscillandosi tra tendenze al riconoscimento ed alla previsione di una disciplina organica ed uniforme³⁸ e, in senso contrario, tendenze orientate al mantenimento dello *status quo*, caratterizzato dall'assenza di una disciplina organica ed uniforme e da interventi settoriali e frammentari, spesso interpretativi³⁹.

³⁶ In proposito, v. l'art. 317 bis cod. civ. e l'art. 155 *quater*, ora art. 337 *sexies*, del cod. civ. in materia di assegnazione della casa familiare.

³⁷ Cfr., CORTE COST., 13.5.1998, n. 166, in *www.cortecostituzionale.it*, secondo cui le parti «nel preferire un rapporto di fatto hanno dimostrato di non voler assumere i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio»; prosegue la decisione in maniera particolarmente significativa, «la convivenza *more uxorio* rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza del matrimonio (...) l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti».

³⁸ Ci si riferisce, in particolare, ai tentativi legislativi di regolamentazione del fenomeno noti come: «DICO», ossia al D.D.L. n. 1339 (XV legislatura, Senato) sui *diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi*, intendendosi per *convivenza* quella «tra due persone maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso, unite da reciproci vincoli affettivi, che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale», e quale emergente dalle risultanze *anagrafiche* (c.d. *famiglia anagrafica*), secondo la previsione di cui all'art. 4, DPR n. 223 del 1989; le «Unioni Solidali» o «CUS», di cui al D.D.L. n. 589, XV legislatura Senato, recante *disciplina del contratto di unione solidale*, in favore dell'*autoregolamentazione*.

³⁹ Con riferimento al nostro Ordinamento, gli interventi della giurisprudenza e del legislatore in materia possono essere, a titolo esemplificativo, distinti in interventi favorevoli al riconoscimento ed all'estensione di tutele previste per la famiglia legittima ed interventi, invece, escludenti. Nel primo senso, ad esempio: la successione anche del convivente nel contratto di locazione, al fine di assicurargli l'essenziale diritto di abitazione (v. art. 6, l. equo canone, l. n. 392 del 1978; e CORTE COST., 7.4.1988, n. 404, in *www.cortecostituzionale.it*); il riconoscimento della risarcibilità del danno da «perdita di congiunto» anche in favore del convivente, data la rilevanza del legame affettivo (si ricordi già CASS., 28.3.1994, n. 2988, in E. QUADRI, *Problemi attuali di diritto privato*, Napoli, 2001, 134 ss.; più di recente, CASS., 16.9.2008, n. 23725; ed a superamento di ogni possibile differenziazione, v. CORTE COST., n. 138 del 2010, in *www.cortecostituzionale.it*, e CASS., 15.3.2012, n. 4184, in *Foro it.*, 2012, I, 2727 ss.; ed anche CASS., 16.6.2014, n. 13654, in *Foro it.*, 2014, I, 2055 ss., purché sia provata la sussistenza di un legame

Inoltre, questa diversa forma di convivenza di tipo familiare si mostra, sotto il profilo euristico e ricostruttivo, particolarmente sensibile ad indagini di tipo comparativo, particolarmente sentita apparendo in tempi più recenti l'estensione della tutela e del *riconoscimento* non soltanto in favore delle unioni eterosessuali ma anche omosessuali, complesso e delicato fenomeno, quest'ultimo, che, stante l'impulso comunitario e sopranazionale, rende utile ed opportuna una breve indagine comparatistica, con particolare attenzione ai diversi ordinamenti di Francia, Germania e Spagna Belgio Olanda.

In Francia, si assiste al pieno riconoscimento della convivenza *more uxorio*, senza alcuna differenziazione fondata sull'orientamento sessuale, dunque, sia eterosessuale che omosessuale, attraverso la previsione di una

affettivo stabile); l'accesso anche alle coppie conviventi alle tecniche di *procreazione medicalmente assistita* (art. 5, l. n. 40 del 2004 e s. m. e i.); la rilevanza della «convivenza prematrimoniale» al fine dell'ammissione all'*adozione* dei coniugi, che «abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni» (art. 6, l. n. 184 del 1983 e s. m. e i.); anche lo *stabile convivente* può proporre azioni per *amministrazione di sostegno*, *interdizione*, *inabilitazione* (art. 417 cod. civ.); la convivenza, in quanto vincolo affettivo e di lealtà, può essere motivo di esercizio della *facoltà di astensione dalla testimonianza* (v. art. 199 cod. proc. pen.), analogamente all'applicazione della disciplina di cui all'art. 342 *-bis* cod. civ., in materia di *ordini di protezione contro gli abusi familiari*; l'estensione alla *famiglia di fatto* delle garanzie di «vita familiare» di cui agli artt. 31, 34, 36 e 37 Cost.; anche il convivente può opporsi al *prelievo di organi* (v. art. 23, l. 1.4.1999, n. 91); sul diritto di abitazione del convivente v. anche CASS., 27773 del 2011, in *Mass. Foro it.*, 2012, n. 34; sull'estensione della tutela possessoria al convivente (del comodatario di immobile) v. CASS., 2.1.2014, n. 7, in *Nuova giur. civ. comm.*, 652 ss. Si esclude, invece, in favore del convivente di ogni diritto successorio, non avendo la qualità di coniuge ai fini di diritto ereditario, così si esclude l'applicabilità anche dell'art. 540 cod. civ., ossia l'attribuzione, in termini di legato anomalo *ex lege*, del diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare che spetta al coniuge quale erede necessario, non potendo esservi certezza sul convivente, per quanto l'argomento non manchi di sollevare legittime ed opposte reazioni; si esclude l'estensione in favore del convivente del regime degli acquisti in comunione legale (art. 177 cod. civ.), si osserva in quanto non opererebbe il regime relativo al dovere di contribuzione; e con riferimento al regime patrimoniale dell'impresa familiare, si ritiene che ogni eventuale «pretesa» economica del convivente che vi ha prestato la propria attività lavorativa possa essere configurata, al più, in termini di ingiustificato arricchimento, secondo la previsione di cui all'art. 2041 del cod. civ. Si consideri il regime di quiescenza dell'assegna di mantenimento per il coniuge che convive con terzi; si consideri anche il vivace dibattito in ordine al riconoscimento – allo stato, almeno sotto il profilo legislativo, escluso, del TFR e della pensione di reversibilità in favore del convivente, argomentando anche dalla «successione» nel tfr del coniuge divorziato (art. 9 l. sul divorzio, l. 898 del 1970). Per questa sintesi ricostruttiva, v. E. QUADRI, *Diritto privato*, cit., spec. 347 ss.

disciplina uniforme introdotta dal l. 99-944 del 15.11.1999, sul *pacte civil de solidarité*, ammettendosi anche la possibilità di accedere all'istituto del matrimonio da parte di coppie dello stesso sesso. Nella medesima prospettiva, anche Spagna, Belgio e Olanda, in applicazione dei principi comunitari di non discriminazione neppure in relazione all' «orientamento sessuale», ed in affermazione – secondo l'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo degli artt. 7, 9 e 21 della Carta dei diritti dell'U.E., e degli artt. 8 e 12 della Convenzione EDU – di un generalizzato diritto di sposarsi e di costituire una famiglia e, comunque, ad una vita familiare ed affettiva. Utili modelli di comparazione, in tal senso, si manifestano anche gli ordinamenti tedesco⁴⁰, austriaco⁴¹ e svizzero⁴², orientati specificamente verso il riconoscimento delle unioni omosessuali⁴³.

4. – La complessità e la fluidità del fenomeno in indagine, com'è emerso dalle brevi riflessioni che precedono, pongono all'interprete numerose e diverse questioni, tra le quali due sembrano destinate ad assumere rilievo particolare: in primo luogo, se siano da considerarsi maturi i tempi per nuove iniziative di riforma dell'istituzione familiare, e precipuamente nel senso dell'apertura verso nuovi modelli di tipo familiare senza preclusioni e differenziazioni fondate sull'orientamento sessuale; in secondo luogo, se sia possibile l'adozione di scelte largamente condivise, con l'avvertenza, però, se valgano in materia

⁴⁰ La *Lebenspartnerschaftsgesetz*, legge 12.2.2001, entrata in vigore nel mese di agosto del 2001 e modificata in diverse occasioni, da ultimo nel mese di giugno del 2014, art. 5 G, 20.6.2014.

⁴¹ *Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz-EPG)* del 2010, anch'essa successivamente modificata.

⁴² La *Partnerschaftsgesetz* del 5.6.2005, ed entrata in vigore nel mese di gennaio del 2007.

⁴³ In argomento, cfr., specialmente, V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sen. n. 170/2014)*, in questa *Rivista*, 2014, 1 ss., cui si rinvia per ogni opportuno ed ulteriore approfondimento anche di natura bibliografica.

comuni regole democratiche e, dunque, maggioritarie, o se, al contrario, «il peso di minoranze possa condizionare le scelte maggioritarie»⁴⁴.

Così, non sembra non potersi convenire con il riconoscimento – pur nella differenziazione dei modelli ed istituzioni – sia delle unioni solidali ed affettive di tipo eterosessuale sia di tipo omosessuale, in rivendicazione della relativa dignità, in quanto *formazioni sociali* ove si esprime e si forma la *personalità* dell'individuo *sociale*, nella dimensione dell'art. 2 Cost.

E ciò, al di là delle legittime perplessità che possono sorgere in ordine all'adozione, nell'ambito del nostro ordinamento, di esperienze, tutto sommato, diverse. Una diversificazione di modelli e di obiettivi, anche nell'ambito delle unioni, sembra, in effetti, poter essere altrettanto condivisa, argomentando proprio dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE che, all'art. 9, opera una significativa distinzione tra il «diritto di sposarsi» (di unirsi, cioè, in matrimonio o atto equiparato) e il diritto di «costituire una famiglia». Ed inoltre, sotto il profilo – come definirla – della prospettiva di vita, neppure sembra potersi omettere di considerare la possibilità di una diversificazione tra coppie di fatto eterosessuali e coppie omosessuali: le prime, sembrano, difatti, voler perseguire uno «statuto matrimoniale minimo», nel senso, cioè, che, pare potersi osservare, scelgono la convivenza proprio al fine di sottrarsi agli obblighi che scaturiscono dal matrimonio; al contrario, le coppie omosessuali dimostrano, invece, di voler perseguire uno «statuto matrimoniale massimo», ossia la piena istituzionalizzazione dell'unione, al fine dell'ottenimento dello *status* matrimoniale o «di uno *status* quanto più possibile simile»⁴⁵.

Meglio sembrano, dunque, potersi comprendere le recenti, non uniformi, decisioni intervenute in argomento, cui si è fatto dianzi cenno. Così, il

⁴⁴ Così, seppure con riferimento ad altro tema «esistenziale», G. ALPA, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità, divieti*, in *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, spec. p. 143.

⁴⁵ Secondo la riflessione di E. QUADRI, *Il diritto di famiglia: evoluzione storica e prospettive di riforma*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, cit., spec. 1519.

caso del rifiuto da parte del Sindaco del Comune di Latina, nella qualità di Ufficiale di Stato Civile, della trascrizione del matrimonio contratto da due cittadini italiani omosessuali nei Paesi Bassi (a L’Aja) e rientrati in Italia, non ritenendo valido il matrimonio omosessuale. La Suprema Corte, innanzi alla quale i *partners* giungono, con una significativa, quanto controversa, decisione «manifesto»⁴⁶ oppone che la diversità di sesso – benché non prevista né nella Costituzione né nell’ambito del Codice civile e leggi speciali, a differenza, peraltro, del Codice del 1865⁴⁷ – è, tuttavia, un «“postulato” implicito» fondamento dell’istituto matrimoniale, unitamente al consenso da considerarsi «requisito minimo indispensabile per la stessa “esistenza” del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante»⁴⁸; prosegue, sul punto, la decisione: «una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio fondata sulla diversità di sesso, come sottolinea la nota decisione della Corte Costituzionale n. 138 del 2010»⁴⁹. Lo stesso sembrerebbe valere anche per le fonti comunitarie e internazionali, a cominciare dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948: «uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare

⁴⁶ Si tratta di CASS., 15.3.2012, n. 4184, cit., di cui si riporta la massima ufficiale: «sebbene l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza, rientri nel novero delle formazioni sociali, di cui all’art. 2 Cost., non si può riconoscere il diritto, alle persone dello stesso sesso, di contrarre matrimonio all’interno del nostro Paese o, comunque, di vedere riconosciuto in Italia siffatto matrimonio contratto all’estero. Infatti, mancando a livello Europeo ed extra Europeo una disciplina sostanziale comune e cogente delle unioni di tipo coniugale tra persone dello stesso sesso, non si può prescindere dall’esaminare la corrispondenza dei modelli normativi liberamente scelti nei vari Stati agli istituti dell’ordinamento nazionale, non potendo attuarsi con lo strumento della trascrizione del matrimonio nei registri dello stato civile e attraverso la forzosa esportazione delle scelte operate da altre comunità nazionali il riconoscimento di nuove realtà di tipo familiare che deve trovare ingresso nella sede e nelle forme istituzionali proprie».

⁴⁷ Il Codice civile del 1865, all’art. 55, esplicitamente menzionava «uomo» e «donna»: «non possono contrarre matrimonio l’uomo prima che abbia compiuto gli anni diciotto, la donna prima che abbia compiuto gli anni quindici».

⁴⁸ Così, p. 11 motivazione. Prosegue al riguardo la decisione, richiamando propri precedenti e l’attenzione su altre disposizioni del cod. civ. che, «inequivocabilmente», postulano la diversità di sesso a fondamento del matrimonio: ad esempio, gli artt. 107, co. 1, e 108, co. 1, che fanno riferimento a «moglie» e «marito»; nonché l’art. 143 bis cod. civ. e la legge sul divorzio.

⁴⁹ Che richiama l’ «icastica espressione del Tribunale di Venezia nell’ordinanza di rimessione». Il riferimento è al considerando n. 6 della decisione della Corte Costituzionale n. 138 del 2010.

una famiglia» (art. 16, par. 1). Tuttavia, la Corte prende atto del fatto che le unioni tra persone dello stesso sesso costituiscono, oggi, un diffuso e rilevante fenomeno sociale, ponendo la questione giuridica del riconoscimento in loro favore del diritto al matrimonio o «del più limitato diritto alla formalizzazione giuridica di tali stabili convivenze e di alcuni diritti a queste connessi», attraverso una «interpretazione profondamente “evolutiva”» dell’art. 12 della Convenzione EDU e dall’art. 9 della Carta dei diritti dell’UE, che, appunto, «garantisce il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia», ma «secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio»⁵⁰, in favore di tutti e senza discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale.

Sin qui, tutto sommato, non sembrano manifestarsi particolari novità, la rilevanza sociale del fenomeno imponendo all’interprete di verificare se, nell’ambito della Costituzione, possa esservi spazio per sostenere l’esistenza di un diritto fondamentale a contrarre matrimonio all’interno del nostro Paese anche da parte di persone dello stesso sesso, e ciò considerando anche l’art. 117, co. 1, Cost. La Corte, richiamando le citate decisioni di Corte Cost. n. 4 del 2011, n. 138 del 2010 e n. 276 del 2010, risolve negativamente la questione⁵¹. Tuttavia, reinterpreta e da lettura della decisione della Corte Costituzionale n. 138 del 2010, rilevandone l’importanza per aver collocato, per la prima volta, anche le

⁵⁰ Così, p. 15 della motivazione.

⁵¹ Citando da p. 18 ss. della motivazione: «in estrema sintesi: 1) la questione sollevata in riferimento agli artt. 3 e 29 Cost., è stata dichiarata non fondata, sia perché l’art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di matrimonio definita dal codice civile come unione tra persone di sesso diverso, e questo significato nel precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica “creativa”, sia perché, in specifico riferimento all’art. 3, primo comma, Cost., le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee rispetto al matrimonio; 2) la questione sollevata in riferimento all’art. 2 Cost. è stata dichiarata inammissibile, perché diretta ad ottenere una pronunzia additiva non costituzionalmente obbligata; 3) la medesima questione – sollevata in riferimento all’art. 117, primo comma, Cost., in relazione alle specifiche norme “interposte”, di cui ai già citati art. 12 della CEDU e 9 della cosiddetta “Carta di Nizza” – è stata dichiarata del pari inammissibile, perché tali norme interposte, “con il rinvio alle leggi nazionali (...) conferma(no) che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento».

coppie omosessuali nell'ambito delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., con il conseguente diritto ad un trattamento omogeneo⁵².

L'influsso delle fonti comunitarie (art. 12 CEDU e art. 9 Carta UE) e delle decisioni della Corte EDU⁵³ appare evidente, favorendo, nel senso di cui dianzi, l'interpretazione evolutiva della categoria dei diritti fondamentali – nel cui ambito la distinzione, non esente da critiche in termini di «artificiosità», anche tra «diritto ad una vita privata affettiva» e «diritto alla vita familiare» –, e facendo leva specialmente sul principio di non discriminazione.

In effetti, il *novum* della questione – come introdotto dall'annotata decisione del 2010 della Corte EDU e condiviso, pur nel rigetto, dalla citata decisione di legittimità del 2012 – sembra poter essere posto in questi sintetici termini, ossia se argomentando specialmente dagli artt. 12 e 14 della Convenzione EDU e dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: da un lato, possa essere sostenuto il diritto al matrimonio in favore di persone

⁵² Secondo Corte Cost., n. 138 del 2010: per «formazione sociale» di cui all'art. 2 Cost., «deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico (...). In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il fondamentale diritto di vivere liberamente un condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. E' sufficiente l'esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi, che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate. Ne deriva, dunque, che, nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988), potendo accadere che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza».

⁵³ Ci si riferisce, in particolare, alla decisione della Corte EDU, sentenza del 24.6.2010, caso Schalk e Kopf c. Austria, emessa in una fattispecie analoga a quella decisa da Cass., n. 4184 del 2012. Particolarmente significative, inoltre, le considerazioni offerte da Corte Cost., n. 138 del 2010 in relazione all'interpretazione delle citate fonti comunitarie ed europee.

dello stesso sesso anche nell'ambito del nostro ordinamento, con buona pace per la *secolarità* dell'istituto che, in una simile prospettiva, si arricchirebbe, dunque, di «nuovo contenuto»; dall'altro, se la relazione affettiva e la stabile convivenza di una coppia omosessuale rientri nell'ambito della nozione di «vita familiare», nell'accezione degli artt. 8 e 14 CEDU.

E, la risposta ad entrambi i quesiti posti appare poter essere affermativa, «fermo restando che la sua garanzia (del diritto al matrimonio, *n. di r.*) è rimessa al potere legislativo dei singoli Stati»⁵⁴, spettando ogni decisione di apertura nel senso dianzi indicato allo Stato contraente.

L'annotata decisione sembra, quindi, concludere nel senso dalla possibilità per la coppia omosessuale di agire per ottenere un trattamento uniforme ed «omogeneo»⁵⁵; e, di conseguenza, per l'inesistenza nell'ambito del nostro ordinamento di limitazioni ad una scelta legislativa in una simile direzione, non essendo a ciò di ostacolo alcun principio sovraordinato, che, al contrario, sulla spinta comunitaria ed europea, sembrerebbe poter muovere proprio in questa diversa prospettiva.

Naturalmente, non senza mancare di sollevare legittime perplessità in considerazione delle considerazioni che precedono, non potendo neppure essere omessa la riflessione sugli effetti di una simile equiparazione sull'istituto

⁵⁴ Così, Cass. n. 4184 del 2012, cit., p. 56 ss.

⁵⁵ Così, anche la più recente di decisione della CORTE EUR. DIR. UOMO, 7.11.2013, ricc. n. 29381/09 e 32684/09, caso Vallianatos e altri c. Grecia, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2014, 693 ss., secondo cui «sarebbe artificioso continuare a considerare che, al contrario delle coppie eterosessuali, una coppia omosessuale non potrebbe conoscere una «vita familiare» ai sensi dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo. L'assenza di coabitazione, dovuta a ragioni professionali o sociali, non priva la coppia omosessuale della stabilità che consente di ricondurla alla nozione di «vita familiare» ai sensi dell'art. 8»; prosegue la decisione, «una differenza di trattamento è discriminatoria, ai sensi dell'art. 14 Conv. eur. dir. uomo, se non persegue uno scopo legittimo o se non c'è un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e l'obiettivo perseguito. Le differenze fondate sull'orientamento sessuale devono essere giustificate da ragioni particolarmente solide e convincenti. In questo campo il margine di apprezzamento degli Stati è stretto». Ed inoltre, «le coppie omosessuali sono, come le coppie eterosessuali, capaci di impegnarsi in relazioni stabili (...)».

del matrimonio e, con esso, sull'istituzione familiare *secolarmente* intesa, ed avuto riguardo anche al principio di ragionevolezza.

Ulteriori e significativi spunti riflessione derivano, da ultimo, dalla decisione della Corte Costituzionale n. 170 del 2014 in materia di rettifica di sesso e mantenimento del vincolo familiare⁵⁶, cui si è fatto cenno nelle pagine introduttive di questo lavoro, destinata ad arricchire il quadro delle unioni parafamiliari. L'annotata decisione coglie l'occasione per invitare l'interprete alla prudenza, ponendo dei limiti all'attività ermeneutica, che non sembra possa spingersi, in fattispecie così delicate quali quelle in indagine, ad «incidere sul nucleo della norma (art. 29 Cost., *n. di r.*), modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»⁵⁷.

⁵⁶ In questa *Rivista*, 2014, 1 ss.

⁵⁷ Prosegue in motivazione la decisione: «infatti, come risulta dai citati lavori preparatori la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale». «Luci e ombre della decisione» vengono indicate da V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in questa *Rivista*, 15.9.2014, 1 ss.