Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"
Catania 7-8 giugno 2013
"La famiglia davanti ai suoi giudici"

FRANCESCA BIONDI

FAMIGLIA E MATRIMONIO. QUALE MODELLO COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La portata innovativa delle disposizioni costituzionali sulla famiglia e la loro "tenuta" oggi: dall'uguaglianza nella famiglia all'uguaglianza tra "famiglie"? Una prospettiva da verificare. - 3. L'art. 29 cost. costituisce una specificazione dell'art. 2 della Costituzione? Esistono dei diritti "della famiglia" diversi da quelli dei suoi componenti? - 4. Il "nesso" tra famiglia e matrimonio e la presenza solo eventuale dei figli per definire che cos'è la famiglia nell'art. 29 cost. - 5. (segue) Considerazioni sulla presunta uguaglianza tra famiglia legittima e famiglia "di fatto". - 6. I vincoli costituzionali alla disciplina matrimoniale: il principio di parità morale e giuridica dei coniugi. - 7. L'unità della famiglia: da "limite" alla parità dei coniugi (soprattutto come genitori) … - 8. (*segue*) … a principio autonomo volto a garantire l'unità materiale della famiglia legittima e "nucleare". - 9. Che cosa si intende per famiglia come "società naturale"? La famiglia legittima fra tradizione e innovazione: sul paradigma eterosessuale del matrimonio. - 10. Il tentativo di estendere il matrimonio agli omosessuali in via giudiziaria: l'art. 29 cost. nella decisione della Corte costituzionale n. 138 del 2010. - 11. Impedire la discriminazione o tutelare la dimensione "istituzionale" della famiglia? E' possibile ridurre le distanze? - 12. L'argomento originalista e quello storicista, il rapporto tra giurisdizione costituzionale e discrezionalità politica: i possibili sviluppi della vicenda anche alla luce della giurisprudenza europea.

1. PREMESSA

E' opinione comune, e credo condivisa, che la nozione di famiglia sia fra quelle che, più di altre, nel corso della storia, ha subito delle trasformazioni, soprattutto in

epoca moderna quando, con la rivalutazione del sentimento, ci si affranca dalla concezione utilitaristica della famiglia[1] e il legame familiare inizia a fondarsi sull'*affectio* che lega le persone[2].

Definire che cosa sia una famiglia è però estremamente complesso, al punto che gli stessi sociologi, nell'impossibilità di individuare anche solo un "nocciolo duro" della famiglia, ossia «una sorta di "famiglia naturale" minima, fondata sulla natura umana, di cui le evidenze storiche e sociali rappresenterebbero delle semplici declinazioni», giungono ad affermare che «Lungi dal riconoscere e dare forma giuridica a una "natura che esiste la fuori", […], la norma – sociale, religiosa, giuridica – oggi come sempre costruisce la famiglia»[3].

Tutto ciò significa che il ruolo del diritto è essenziale nel dare forma e confini ad una realtà sociale di cui è difficile dare una definizione sulla base di indicatori "di natura"[4].

Imbrigliare la famiglia in una definizione legale è però oltremodo complesso: la "registrazione" di questo fatto sociale comporta scelte di campo fra concezioni culturali profondamente diverse, che emersero in Assemblea costituente (quando già nella scelta dei relatori, il democristiano Camillo Corsanego e la comunista Nilde Iotti, si cercò di coniugare il giusnaturalismo con la filosofia marxiana), si fecero sentire negli anni immediatamente successivi, quando si dovette dare attuazione ai nuovi principi costituzionali, e oggi si manifestano in modo ancora più lacerante.

Non è dunque un caso che le leggi statali e regionali, ma anche i regolamenti provinciali e comunali, per venire incontro alle esigenze concrete dovute al sorgere di più modelli "familiari", non muovano da un concetto unitario di famiglia: per esempio, nel definire l'accesso a prestazioni e benefici concessi nell'ambito delle

---

[1] Fino alla seconda metà del settecento la famiglia serviva a trasmettere il patrimonio e la proprietà, tra i ceti più ricchi, e a creare un'unità produttiva, tra le classi contadine (funzione economica e sociale del matrimonio).

[2] Cfr. M. D'Amico, *I diritti contesi*, Milano 2008, 87; G. Brunelli, *famiglia e Costituzione: un rapporto in continuo divenire*, in *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, a cura di C. Mancina e M. Ricciardi, Donzelli 2012, 69-74; G. Cerrina Ferroni – T.E. Frosini, *Presentazione* alla Sezione monografica *La tutela della famiglia nelle democrazie contemporanee: tra pluralismo dei modelli e multiculturalismo*, in *DPCE* 2010, 392

[3] Cfr. C. Saraceno, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Feltrinelli, Milano 2012, 17-23, *passim*.

[4] Se mi è consentito il paragone, analogamente avviene quando si tratta di definire altre formazioni sociali. Si pensi ai partiti politici, che, come la famiglia, sono riconosciuti dalla Costituzione: i costituenti presupposero una nozione di partito politico attinta dalle esperienze storico-costituzionali maturate prima dell'avvento della Costituzione; tale nozione è profondamente mutata nel tempo; di fronte alla difficoltà di trovare una definizione univoca tra gli scienziati della politica spetta al legislatore darne una definizione giuridica.

politiche a sostegno della famiglia, non sempre tengono conto delle medesime relazioni familiari e non sempre prevedono che queste relazioni debbano scaturire dal matrimonio. La stessa Corte costituzionale ha ammesso, nella sentenza n. 8 del 2011[5], che le Regioni possano scegliere la propria politica sociale della famiglia: salvando una disposizione della legge della Regione Emilia Romagna, nella parte in cui stabiliva che «i diritti generati dalla legislazione regionale nell'accesso ai servizi, alle azioni e agli interventi, si applicano» anche «alle forme di convivenza», la Corte ha osservato che la norma «si limita ad indicare l'ambito soggettivo di applicazione dei diritti previsti dalla legislazione regionale […] senza introdurre alcuna disciplina sostanziale delle forme di convivenza», materia, quest'ultima, riservata invece allo Stato (perché attinente allo "stato civile" e all'"ordinamento civile")[6].

Ma qual è la disciplina statale sostanziale in materia di famiglia? o, meglio, quali sono i principi costituzionali che delimitano la disciplina statale sostanziale in tema di famiglia? Obiettivo di questo lavoro è quello di provare a mettere in ordine gli argomenti che la dottrina ha addotto a sostegno delle diverse letture date alle disposizioni sulla famiglia e, in particolare, all'art. 29 Cost. - diposizione talmente criticata per la sua formulazione che, come osservò Carlo Esposito, "Ognuno può metterci dentro quello che vuole"[7] - per poi verificare come la giurisprudenza costituzionale ha ricostruito la nozione costituzionale di famiglia, e quali conseguenze ne ha tratto, senza trascurare, per quanto conta, le decisioni degli giudici comuni e degli organi sovranazionali.

2. La portata innovativa delle disposizioni costituzionali sulla famiglia e la loro "tenuta" oggi: dall'uguaglianza nella famiglia all'uguaglianza tra "famiglie"? Una prospettiva da verificare.

Diverse sono le disposizioni costituzionali in cui è contenuto un riferimento alla famiglia.

Prima di analizzarle è però importante sottolineare la novità costituita dal riconoscimento costituzionale della famiglia e cioè il fatto che, a dispetto di ciò che era stato sino ad allora[8], la maggioranza dei costituenti decise di formalizzare il ruolo

[5] V. punto 1.4 del considerato in diritto.

[6] Sulla decisione cfr. la nota di A.M. Benedetti, *Quali spazi per un diritto regionale della famiglia? (nota a Corte costituzionale, sentenza 12 gennaio 2011, n. 8)*, *in* Consulta OnLine, 2011, 13.

[7] Cfr. C. Esposito, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, ora in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 135.

[8] Nello Statuto albertino non vi era norma dedicata alla famiglia.

rivestito dalla famiglia nell'ordinamento, respingendo la posizione individualistica del partito liberale, per il quale sarebbe stato preferibile continuare a lasciare la materia al legislatore ordinario[9]. Ne conseguì per altro la vittoria di chi aveva sostenuto il carattere pubblicistico dei principi informatori della famiglia[10].

La nostra risulta tra l'altro una delle Costituzioni che più si occupano della famiglia[11].

Sempre in una prospettiva storica, e secondo una condivisibile lettura, il complesso delle disposizioni costituzionali dedicate alle famiglia vanno lette, insieme a quelle in materia di tutela economica e normativa dei lavoratori e di riforma delle istituzioni scolastiche, come momento di una più generale strategia di trasformazione della società (non è un caso che l'art. 29 cost. dedicato alla famiglia apra il titolo dedicato ai rapporti "etico-sociali"): «organiche direttive di contestuale trasformazione dell'ordinamento familiare e delle strutture di organizzazione della società risultano coerenti al progetto complessivo di una carta costituzionale che una volta di più si segnala per il suo valore di "documento politico, oltre che giuridico"»[12].

In questa direzione si ritenne cioè necessario, per dare attuazione al principio di uguaglianza, disposizione cardine nel nuovo ordinamento costituzionale, partire dall'istituzione familiare, garantendo, al suo interno, la posizione dei soggetti più deboli, la moglie nei confronti del marito, i figli naturali rispetto a quelli legittimi.

Le disposizioni costituzionali che garantiscono, nella famiglia, il principio di uguaglianza tra i coniugi e tra i figli legittimi e quelli naturali furono dunque fortemente innovative rispetto all'epoca. Dietro di esse vi era la volontà di rompere schemi millenari, basati su una concezione giuridica del matrimonio di tipo patriarcale. Ovviamente, dell'equilibrio che, all'interno della stessa Assemblea costituente, si trovò tra la posizione dei conservatori e quella degli innovatori restano tracce evidenti: la parità tra i coniugi può essere limitata dalla legge "a garanzia dell'unità familiare" e la tutela giuridica e sociale dei figli naturali deve essere conciliata, sempre dal legislatore, "con i diritti dei membri della famiglia legittima".

---

[9] Vittorio Emanuele Orlando nella seduta del 23 aprile 1947, in A.C., II, 1156 presentò un ordine del giorno, poi respinto a larga maggioranza, con cui si chiedeva la cancellazione degli articoli dedicati alla famiglia.

[10] L'osservazione è di P. Barile, *Eguaglianza dei coniugi e unità della famiglia* (1955), ora in *Scritti di diritto costituzionale*, Padova 1967, 175.

[11] Per un quadro comparato, cfr. S. Ceccanti, *Costituzioni, famiglie, convivenze in Europa*, 6 aprile 2006, in www.federalismi.it .

[12] Così M. Bessone, *Art. 29*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti etico-sociali (art. 29-34)*, Bologna-Roma, 1976, 3, ma analogamente già C. Grassetti, *I principi costituzionali relativi al diritto di famiglia*, in *Commentario Calamandrei-Levi*, I, Firenze 19650, 286.

All'indomani dell'approvazione della Carta costituzionale ancora ci si divise nell'interpretare le regole e le loro eccezioni (si pensi al dibattito sulla possibilità di intervento giudiziale nella famiglia e sull'indissolubilità del matrimonio), ma, anche grazie alle decisioni della Corte costituzionale, che, dopo qualche "timore" iniziale, contribuì decisamente a riequilibrare la posizione della donna e dei figli naturali[13], si giunse alla riforma del diritto di famiglia del 1975, che segnò la definitiva rottura del modello tradizionale che fino ad allora aveva improntato i rapporti tra i coniugi nella famiglia[14].

Nella fase successiva, il diritto costituzionale della famiglia ha dovuto invece affrontare problemi nuovi, originati dell'evoluzione di quell'unico modello tradizionale di famiglia con cui ci si era confrontati all'epoca dell'Assemblea costituente. Il diritto costituzionale della famiglia è stato chiamato ad occuparsi di temi di cui all'epoca della scrittura della Carta costituzionale si discusse solo in parte e in una prospettiva completamente diversa da quella di oggi.

Pensiamo anzitutto alle cd. famiglie di fatto eterosessuali: esistevano anche allora, ma il problema sentito non era quello di regolare la convivenza di chi non voleva o non poteva sposarsi, bensì di tutelare i figli nati da relazioni extra-coniugali e, infatti, la Costituzione di questo occupa. Al contrario, quanto alle relazioni tra persone dello stesso sesso, non se ne discusse affatto, perché la manifestazione dell'omosessualità, che pure esiste da sempre, non era socialmente accettabile.

Oggi la percezione sociale di questi fatti è mutata e, dunque, le disposizioni costituzionali sulla famiglia devono fare i conti sia con le cd. "famiglie di fatto" eterosessuali, siano con le unioni omosessuali[15].

Tutto ciò ha evidentemente imposto un mutamento di prospettiva.

Non ci si è più potuti occupare solo di ciò che avviene nella famiglia legittima, ossia della posizione dei singoli nella famiglia o, tuttalpiù, dei rapporti tra la famiglia legittima e i figli nati fuori da quella famiglia, ma si è dovuto iniziare a ragionare anche del rapporto tra famiglia come tradizionalmente concepita nel 1948 (famiglia monogamica, fondata sull'eterosessualità dei coniugi e tendenzialmente finalizzata alla procreazione) e altre "famiglie".

---

[13] Sulla portata innovativa dei "parametri" costituzionali sulla famiglia rispetto alla disciplina vigente al momento dell'entrata in vigore della Carta costituzionale, si vedano le decisioni con cui la Corte è stata chiamata a garantire l'eguaglianza giuridica e morale dei coniugi, ossia il principio di non discriminazione all'interno della famiglia (cfr. *infra* §§ 6 e 7), e l'uguaglianza tra figli legittimi e naturali.

[14] Per un quadro esaustivo delle diverse posizioni, cfr. M. Bessone, *op. cit*., 1 ss. (il quale si poneva tra coloro che sostenevano la necessità dei dare piena attuazione al principio di eguaglianza).

[15] Cfr. M. D'Amico, *op. cit.*, 87.

Da qui il sorgere di una serie di problemi interpretativi, poiché la nascita di nuove "famiglie" ha messo "in tensione" le disposizioni costituzionali, obbligando a ripensare una nozione di famiglia che era stata data per acquisita, in quanto presupposta.

Un primo approccio per dare risposta al problema della tutela delle famiglie di fatto e delle unioni omosessuali è stato quello di invocare il rispetto del principio di uguaglianza per ottenere l'estensione, in tutto o in parte, delle norme espressamente dedicate alla famiglia legittima fondata sul matrimonio a forme di convivenza basate su legami di tipo affettivo. Tale percorso, data l'inerzia del legislatore, è stato portato avanti, attraverso singole iniziative giudiziarie, sia per ottenere garanzie per le famiglie di fatto, sia, sottolineando il profilo discriminatorio, per le unioni omosessuali.

Con riferimento ad entrambe le ipotesi la Corte costituzionale, pur riconoscendo che si tratta di formazioni sociali che meritano tutela da parte dell'ordinamento ex art. 2 cost., ha rigettato le questioni proposte, ritenendo che non si tratta di situazioni comparabili con la famiglia legittima, ossia quella si forma con il matrimonio (v., *infra*, §§ 4 e 10).

Ma siamo certi che l'art. 29 cost. sia inconferente sia rispetto alle famiglie di fatto eterosessuali, sia alle unioni omosessuali? Siamo certi che il legislatore possa muoversi, nel regolare queste relazioni personali, solo al di fuori dell'art. 29 cost.? Non è, invece, possibile argomentare che il legislatore possa decidere se e a quali condizioni estendere la nozione costituzionale di famiglia fino a coprire altre forme di relazione affettiva stabile?

A queste domande si proverà a rispondere nei paragrafi successivi.

3. L'ART. 29 COST. COSTITUISCE UNA SPECIFICAZIONE DELL'ART. 2 DELLA COSTITUZIONE? ESISTONO DEI DIRITTI "DELLA FAMIGLIA" DIVERSI DA QUELLI DEI SUOI COMPONENTI?

E' sempre stato correttamente osservato che la famiglia è una formazione sociale[16]. La stessa Corte costituzionale l'ha definita "formazione sociale primaria"[17].

[16] Per una lettura diversa, che mette in discussione la stessa riconducibilità della famiglia alle formazioni sociali, cfr. però A. Cariola, *La dubbia utilizzazione del modello di famiglia come formazione sociale*, in *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. Bin e C. Pinelli, Torino 1996, 47 ss.

[17] V. sentenza n. 183 del 1988, al n. 4 del cons. dir.

E' utile però chiedersi se l'art. 29 cost. dedicato alla famiglia ci dica qualcosa di più rispetto all'art. 2 cost. ovvero ne costituisca un'esemplificazione.

Da una mera lettura del disposto costituzionale si nota che l'art. 2 cost. – prima espressione del principio personalista - è volto a tutelare i diritti degli individui "nella" formazione sociale, mentre l'art. 29 cost. garantisce i diritti "della" famiglia: da qui sorge il quesito in merito alla possibilità di considerare la famiglia un tutt'uno capace di porsi come espressione di un interesse unitario.

La dottrina generalmente concorda sul fatto che in questa parte l'art. 29 cost. vuole affermare l'autonomia della famiglia rispetto allo Stato, per segnare una discontinuità rispetto alle politiche perseguite nell'epoca fascista, quando era prevalso «un modello volto non a garantire la famiglia, bensì a "porla sotto tutela", nel senso che la protezione dei componenti della famiglia non era rivolta ad affermare i loro diritti individuali, bensì a tutelare, ciascuno secondo il suo specifico status, i membri di una collettività considerata vitale per il mantenimento dello Stato stesso»[18]. La Costituzione rifiuterebbe così la concezione totalitaria della famiglia (e, insieme, della famiglia patriarcale e gerarchica della tradizione romanistico-germanica), quale cellula genetica dello Stato[19], che aveva giustificato l'approvazione di norme che violavano la libertà matrimoniale[20]. Questo principio di autolimitazione non significa che lo Stato non possa intervenire nell'ambito familiare, ma che possa farlo solo se necessario a garantire i diritti dei suoi membri[21].

Oltre al profilo "negativo" del riconoscimento dei diritti "della famiglia" – che, com'è stato osservato, non differisce di molto dal rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 7 della Carta dei diritti[22] -, ci si è chiesti se esista un risvolto "positivo" di questa espressione. Su questo punto, però, che implica non solo la

[18] La frase citata nel testo è tratta da V. Pocar – P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, Laterza, 21. Il punto, però, è spesso sottolineato: sul punto si rinvia, per tutti, a E. Lamarque, voce *Famiglia (dir. cost.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano 2006, 2418.

[19] Per questa concezione, cfr., nella dottrina italiana A. Cicu, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma 1914, rist. Bologna 1978, 106.

[20] Cfr. M. Gattuso, *La Costituzione e il matrimonio fra omosessuali*, in *Il Mulino* 3/2007, 455.

[21] Questa lettura è sottesa alla posizione assunta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 46 del 1970, con cui è stata rigettata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 570 c.p. nella parte in cui prevede la perseguibilità d'ufficio del reato di omesso adempimento degli obblighi di assistenza familiare, ritenendo che si tratta di una scelta rimessa alla discrezionalità legislativa, che non determina «un eccessivo controllo del pubblico potere sull'intimo andamento della società coniugale» (posizione poi confermata, rispetto ad analoghe questioni, dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 42 del 1972 e, anni dopo, nella decisione n. 7 del 1987).

[22] R. Bin, *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, in *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit., 42.

definizione della posizione costituzionale della famiglia nei confronti dello Stato (con gli evidenti riflessi in ordine alle misure promozionali della famiglia)[23], ma anche – ed è ciò che a noi interessa - il rapporto tra la famiglia e i suoi membri, la dottrina si divide radicalmente.

Le diverse tesi possono essere sostanzialmente ricondotte a due prospettive, da cui poi discendono posizioni differenti in tema di regolazione delle convivenze di fatto e delle unioni omosessuali.

Da una parte, troviamo coloro che, cercando di recuperare la dimensione comunitaria della famiglia, propugnano una concezione "neo-istituzionale" della stessa, ossia una concezione istituzionale della famiglia fondata però sul principio di uguaglianza. Secondo questa lettura la Costituzione definirebbe la famiglia come «una struttura paritaria della quale criterio organizzativo è la relazione di solidarietà che lega gli interessi individuali in ragione della dipendenza della loro realizzazione dalla condizione di partecipazione al gruppo, e quindi dalla stabilità del gruppo fondata sul matrimonio. La lettura dell'articolo 29 nel quadro dell'art. 2 ottiene così un altro guadagno ermeneutico: l'identificazione dell'unità della famiglia con l'accordo dei coniugi, implicita nel principio di uguaglianza, viene mediata dal principio di solidarietà»[24]. In questo quadro «ciascuno è valore per gli altri oltre che per sé, e in tal prospettiva il diritto di famiglia viene orientato a sostegno della stabilità di gruppo, anziché divenire una forma giuridica di composizione commutativa di interessi individuali e portare così la logica del conflitto all'interno della famiglia»[25]. L'espressione diritti "della" famiglia starebbe ad indicare la formalizzazione della dimensione comunitaria della famiglia, dei doveri di solidarietà e di impegno che i suoi membri si assumono reciprocamente, e consentirebbe al

[23] Sotto questo profilo, mentre alcuni ritengono di poter valorizzare la funzione sociale della famiglia, mettendo in relazione il riferimento ai diritti "della famiglia" con il dettato del primo comma dell'art. 31 cost. ("La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose"), altri esprimono posizioni decisamente contrarie rispetto alla costruzione di una soggettività giuridica della famiglia.

Per la prima tesi cfr. G. Razzano, *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*, relazione convegno Trapani del Gruppo di Pisa, § 7, con riferimento alle politiche di natura economica a sostegno della famiglia, ma anche E. Rossi, *Tutela individuale e tutela collettiva dei diritti fondamentali europei*, in *La carta europea dei diritti*, a cura di P. Costanzo, Genova 2002, 176, e V. Tondi della Mura, *Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti (sociali) della famiglia*, in *Dir. soc*. 2005, 519 ss. Tra coloro che, invece, escludono in radice ogni funzionalizzazione della famiglia, cfr., tra i primi, P. Barcellona, voce *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir*., XVI, Milano 1967, 782-784.

[24] Cfr. L. Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia* 1990, 12.

[25] Cfr. A. Nicolussi, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, in *Europa e dir. priv.* 2012, 1, 169 ss.

legislatore di bilanciare i diritti dei singoli con le esigenze della comunità familiare intesa come comunione spirituale dei suoi membri[26]. Il pregio di questa lettura è quella di sottolineare la necessaria socialità delle persone[27], il difetto è costituito invece dal fatto che la valorizzazione del diritti della comunità, costruendo una soggettività della famiglia, rischia di sacrificare le "parti" al "tutto"[28]. Ma, soprattutto, questa tesi viene criticata perché generalmente chi la sostiene scivola poi in una visione organicista della famiglia, affermando che la famiglia sarebbe regolata da una sua legge di vita naturale o comunque costruita su una tradizione immodificabile da parte del legislatore: da qui discenderebbero il "privilegio" di cui dovrebbe godere la famiglia legittima rispetto ad altre forme di convivenza eterosessuale che il legislatore volesse considerare e, soprattutto, l'impossibilità di estendere il matrimonio alle coppie omosessuali[29].

Da altra prospettiva muovono, invece, coloro che, aderendo ad concezione individualistica, osservano che, poiché l'intero sistema dei diritti fondamentali è costruito sulla soggettività individuale, per diritti della famiglia devono intendersi con certezza i diritti degli individui che compongono la famiglia[30]. Dal punto di vista

[26] Cfr. V. Tondi della Mura, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la* pretesa *dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quad. cost.* 2008, 105 ss.

[27] «Riconosciuta la precedenza sostanziale della persona umana», bisogna ammettere «ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e a perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale», e, da qui, l'affermazione dell'esistenza «sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato». Cfr. L. Elia, *Le norme sulle "formazioni sociali" nella Costituzione repubblicana*, in *Studi in onore di G. Vignocchi*, I, Mucchi, Modena 1992, 546-547.

[28] A questo proposito è interessante notare come siano stati avanzate riserve nei confronti dell'eventuale introduzione del cd. quoziente familiare, ossia dal passaggio da un sistema di tassazione individuale ad un sistema di tassazione familiare, poiché potrebbe penalizzare (nel senso di essere disincentivato a lavorare) il secondo percettore di reddito (di solito, la donna). Cfr. sul punto C. Saraceno, *Alcune considerazioni in tema di quoziente famigliare* (6 febbraio 2009), in *www.lavoce.info*.

[29] Rileva però in tutto ciò una contraddizione R. Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris* 2000, 10, 1066 ss., § 6, poiché, a suo avviso, da una parte tale dottrina afferma ideologicamente «un modello determinato di organizzazione sociale ispirata ai valori tradizionali, alla quale si vuol vedere riconosciuta una posizione di precedenza rispetto allo Stato e di autonomia nei suoi confronti», dall'altro, essa «nega nei fatti l'impermeabilità di questa organizzazione e si chiede invece che sia lo Stato a regolare i rapporti interni ad essa, contrapponendo alla libera determinazione dei membri della "società naturale" un complesso e pervasivo fascio di regole attinenti ai rapporti sessuali trai partner (per esempio, per quanto riguarda la violenza sessuale tra coniugi), ai rapporti tra genitori e figli (per esempio, per quanto riguarda le capacità educative), alla stessa procreazione (per esempio, per quanto riguarda la fecondazione assistita)».

[30] Cfr. G. Brunelli, *op. cit.*, 86.

testuale, l'espressione diritti della famiglia non viene considerata determinante, anche tenuto conto che l'art. 30, comma 3, cost. si riferisce, al contrario, ai "diritti dei membri della famiglia legittima". Questa interpretazione degli artt. 2 e 29 cost. pone l'accento sulla priorità dell'individuo in tutte le formazioni sociali - di cui la famiglia non sarebbe che una *species* - che sarebbero luoghi da tutelare solo in quanto sedi in cui si sviluppa la personalità individuale[31]. Secondo la visione individualista, poi, la famiglia, come "società" (così, del resto, la qualifica la stessa Costituzione), si costituisce e si caratterizza solo secondo quanto stabilito dalla legge umana.

Il pregio di questa lettura è sicuramente quello di escludere l'esistenza di una soggettività della famiglia, "altra" rispetto ai suoi componenti, costruita in base ad una concezione etica o religiosa, il difetto è forse quello di trascurare l'aspetto solidaristico che indefettibilmente connota il vincolo familiare.

Non sempre, infatti, essere parte di una famiglia comporta dei "privilegi", sia per ciò che concerne le relazioni con soggetti "terzi" rispetto alla famiglia[32], sia per ciò che riguarda i rapporti reciproci tra i componenti della famiglia. Con riferimento a quest'ultimo profilo, e senza affatto legittimare interventi normativi volti ad imporre forme di coesione e di stabilità dei rapporti familiari di carattere autoritativo, pare infatti difficile negare che nella famiglia, ben più che in altre formazioni sociali, esistano dei doveri di assistenza materiale e morale, che identificano le relazioni nella famiglia, e che possono comprimere il diritto individuale: si ricordino, nella giurisprudenza, la sentenza n. 75 del 1991, che ha salvato la disposizione che, ai fini della determinazione del reddito massimo per il diritto alla pensione sociale, dispone che il reddito dell'interessato sia cumulato con quello del coniuge, nei limiti di un equo e ragionevole punto di equilibrio tra la solidarietà collettiva e quella del coniuge; o la sentenza n. 644 del 1988, con cui è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la disposizione che, per la determinazione dell'assegno di invalidità, impone di considerare anche i redditi del coniuge.

Nulla a che vedere, dunque, con una concezione della famiglia capace di "prevalere" sui diritti individuali dei suoi componenti, né, tanto meno dei terzi - come

[31] Cfr. M. Pedrazza Gorlero – L. Franco, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in *Diritto pubblico* 1-2/2010, 273.

[32] Basti pensare alle disposizioni legislative in tema di incompatibilità familiari, su cui, in questo convegno, si sofferma l'intervento di F. Bailo, *Le incompatibilità familiari nel diritto pubblico*.

Per alcune considerazioni "di costume", si legga, invece, l'articolo di A. Polito, *La colpa di essere sposati. Troppi ostacoli al matrimonio*, pubblicato su *Corriere della Sera*, 10 marzo 2013.

la Corte ha affermato nella sentenza n. 494 del 2002[33] -, ma solo rilevare che i diritti dei componenti della famiglia talvolta incontrano dei limiti derivanti dal fatto che i titolari di quei diritti fanno parte di una formazione sociale sovra-individuale che essi stessi hanno volontariamente costruito, e da cui derivano degli obblighi[34].

Quasi sempre l'interesse della famiglia coincide con i diritti individuali dei suoi membri, ma se noi negassimo che la norma costituzionale ha voluto dare rilevanza anche al valore di un interesse comune della famiglia, consentendo, in taluni casi, un bilanciamento tra i diritti individuali dei componenti della famiglia, forse rischieremmo di dubitare della legittimità costituzionale di molte disposizioni del codice civile che impongono ai quei diritti limitazioni funzionali al mantenimento della famiglia[35] (si pensi, ad esempio, alle disposizioni, in materia successoria, che impongono la quota della legittima), nonché delle disposizioni contenute nel codice penale che puniscono la violazione degli obblighi di assistenza familiare[36]. Ovviamente si tratta di un bilanciamento assai delicato, che non deve sacrificare il

[33] Si tratta della decisione con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità del divieto di ottenere dichiarazioni giudiziali di paternità e maternità per i figli nati da rapporti incestuosi.

[34] Cfr. C. Esposito, *op. cit*., 137, per il quale «la formula "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia" non è inesatta, per quanto non fosse nelle intenzioni di trasformare la famiglia, la società familiare, in persona giuridica», e che «Situazioni attive o passive nella famiglia, se pure spettano ai singoli, tuttavia sono attribuite ai singoli nella specifica qualità di membri della famiglia, e per la loro particolare posizione entro tale ente; sono situazioni sociali dei singoli e non diritti individuali di competenza degli individui come incarnazione della famiglia e non nella loro separata esistenza».

[35] Sempre C. Esposito, *op. cit*., 137, osserva che «lo specifico riconoscimento della sussistenza o della possibilità di permanenza dei diritti familiari era più che opportuno, necessario in un testo costituzionale proclamante numerose libertà dei singoli, che in principio sarebbero inconciliabili con i diritti e i poteri assorbenti della famiglia».

[36] Si veda, in particolare, l'art. 570 cp. (violazione degli obblighi di assistenza familiare), che, tra l'altro, fu oggetto di una questione di legittimità costituzionale. Il giudice *a quo* dubitava della compatibilità con l'art. 29 cost. del primo comma della disposizione, nella parte in cui stabilisce la perseguibilità d'ufficio del reato. Nella motivazione dell'ordinanza si affermava che l'art. 29 «ha inteso superare la strumentalizzazione della famiglia, quale comunità collegata al perseguimento degli interessi di regime, ed accettare, invece, come principio fondamentale, quello dell'autonomia familiare come realtà immanente nella società, alla quale l'ordinamento dello Stato è, per alcuni versi, condizionato» e che dal riconoscimento della famiglia così configurata si deduce «che l'intervento dello Stato nell'ambito dei rapporti familiari non può operare altro che in funzione di limite all'esplicazione di tale autonomia, e soltanto in quanto i fini che il nucleo persegue risultino contrastanti con gli interessi dello Stato. In particolare, i limiti che gli organi pubblici possono porre all'autonomia della famiglia sono soltanto quelli che si ricavano dallo stesso art. 29, cioè il rispetto del principio di eguaglianza dei coniugi e dell'altro dell'unità familiare». La Corte, con la sentenza n. 46 del 1970, dichiarò la questione non fondata. Premesso che «è da escludere che gli interventi autoritativi in ordine alla sua gestione siano consentiti solo ai fini di assicurare l'unità del nucleo familiare», osservò che la decisione è rimessa alla discrezionalità legislativa.

principio di uguaglianza tra i membri della famiglia, nel senso che la limitazione eventualmente imposta deve quantomeno toccare tutti i componenti della famiglia in maniera eguale (ma sul principio di uguaglianza tra i coniugi nella famiglia, cfr. *infra* §§ 6 e 7).

Questa lettura che, pur dando rilievo alla soggettività individuale che si sviluppa anche attraverso l'assunzione del vincolo familiare, non annulla il ruolo proprio della famiglia come società, come collettività, sembra accolta anche dalla giurisprudenza costituzionale.

In questa prospettiva, la Corte costituzionale, da una parte, ha affermato che proprio dall'art. 2 cost., «conformemente a quello che è stato definito il *principio personalistico* che essa proclama, risulta che il valore delle "formazioni sociali", tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani» (v. sentenza n. 494 del 2002). Dall'altra, in tutte le decisioni in cui è stata chiamata ad estendere ai conviventi disposizioni destinate a regolare i rapporti personali e patrimoniali dei coniugi, ha sottolineato che il carattere specifico della famiglia sta proprio nella qualità del rapporto tra i coniugi, che non si risolve nella prevalenza del diritto individuale. Essa ha, infatti, notato che, «fermi in ogni caso i doveri e i diritti che ne derivano verso i figli e i terzi», nella convivenza bisogna tenere conto e rispettare il maggior spazio riconosciuto «alla soggettività individuale dei conviventi», mentre, nel rapporto di coniugio, bisogna dare «maggior rilievo alle esigenze obiettive della famiglia come tale, cioè come stabile istituzione sovraindividuale» (sentenza n. 8 del 1996, rel. Zagrebelsky). Oppure, si ricordi la motivazione della decisione avente ad oggetto l'art. 649 c.p., che esclude la punibilità dei reati contro il patrimonio commessi nei confronti del coniuge e di altri parenti conviventi: se si muovesse da una prospettiva che tenesse conto solo dei diritti individuali, la disposizione difficilmente sfuggirebbe a censure di costituzionalità, mentre la Corte costituzionale (nel negare l'estensione della norma i conviventi *more uxorio*) ha affermato che nella relazione matrimoniale vengono in rilevo «non soltanto esigenze di tutela delle relazioni affettive individuali, ma anche quella della protezione dell'"istituzione familiare", basata sulla stabilità dei rapporti» e, pertanto, che solo di fronte alla famiglia fondata sul matrimonio «si giustifica l'affievolimento della tutela del singolo componente, ravvisata da alcuni nell'art. 649 c.p.» (v. sentenza n. 352 del 2000).

Pare inoltre interessante ripercorrere la giurisprudenza in tema di reati a tutela della "morale familiare", ossia le decisioni aventi ad oggetto le norme – ancora vigenti - che puniscono l'"incesto" qualora susciti pubblico scandalo (art. 564 c.p.) e gli "attentati alla morale familiare commessi col mezzo della stampa periodica" (art.

565 c.p.)[37]. Si tratta di disposizioni molto contestate (si consideri, in particolare, il reato di incesto tra affini) – e non solo in Italia[38] - perché, essendo volte a proteggere l'immagine esteriore della famiglia, si lamenta che dietro di esse vi sia quella concezione etica ed autoritaria della famiglia non più conforme al rapporto tra famiglia e Stato fatto proprio dall'art. 29 cost.

Rispetto ad obiezioni di questo tenore, la Corte ha "salvato" le norme denunciate rispetto alla presunta violazione del primo comma dell'art. 29 cost., spostando, però, progressivamente la prospettiva dal rapporto Stato/famiglia alla tutela dell'identità della famiglia.

E così, in passato, rispondendo alla censura del giudice *a quo* che dubitava della compatibilità con l'art. 29 cost. della rilevanza penale dell'inosservanza del dovere di fedeltà coniugale, quale comportamento capace di compromettere l'esistenza stessa della comunità familiare, la Corte si limitò ad affermare che «gli obblighi fondamentali che accompagnano il vincolo matrimoniale devono essere presidiati da sanzioni che risultino idonee a svolgere anche una funzione preventiva … ed appartiene alla politica legislativa il potere di stabilire, in relazione ad un determinato contesto storico, se siano sufficienti le sanzioni di natura civile o se sia necessario disporre anche misure penali», con ciò semplicemente giustificando la possibilità che "la famiglia" possa essere protetta anche con la sanzione penale[39].

Successivamente, essa è stata chiamata a pronunciarsi sul reato di incesto tra affini. In quella decisione, la sentenza n. 518 del 2000, la Corte ha individuato il bene giuridico protetto dalla norma penale nella famiglia e, in particolare, nella serenità

[37] Tale disposizione potrebbe tra l'altro essere denunciata anche per contrasto con l'art. 21 cost.: in questo senso si veda, ad esempio, già Corte cost., sentenza n. 120 del 1968, con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità del divieto di pubblicazione di corrispondenza e avvisi amorosi.

[38] L'opinione pubblica tedesca si divisa di fronte al caso di un uomo condannato a sanzione penale per aver avuto con la sorella quattro figli. Il caso ha avuto un interessante seguito giudiziario. Dapprima si è pronunciato il Tribunale costituzionale tedesco con una decisione del 26 febbraio 2008 (BVerfGE 120, 224, pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2091 ss., con nota di G. Dodaro, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, ivi, 2115 ss.), quindi la Corte europea dei diritti dell'uomo, *Stübing* c. Germania, con decisione del 12 aprile 2012, con cui è stata dichiarata l'insussistenza di una violazione dell'art. 8 CEDU. Per approfondimenti, si rinvia al saggio di A. Nisco, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in *Diritto penale contemporaneo* 3-4/2012, 70 ss.

[39] In linea con le molteplici decisioni rese in materia penale, dove la Corte, una volta individuato il bene giuridico protetto della norma, afferma che bisogna rispettare le scelte legislative di politica criminale, essa, nella sentenza n. 147 del 1969, ha osservato che le norme denunciate non erano in contrasto con il primo comma dell'art. 29 cost. L'incostituzionalità fu infatti dichiarata per violazione del secondo comma dell'art. 29 cost. ossia per contrasto con il principio di uguaglianza tra i coniugi.

delle relazioni familiari (scelta, questa, molto criticata[40]), sottolineando – ed è questo che per noi rileva - che esiste una nozione di famiglia, che è "altro" rispetto ai suoi componenti, senza però che il suo carattere sia legato ad un punto di vista morale o religioso: «in corrispondenza a un ethos le cui radici si perdono lontano nel tempo, [*la norma penale*] mira a escludere i rapporti sessuali tra componenti della famiglia diversi dai coniugi: un'esclusione determinata dall'intento di evitare perturbazioni della vita familiare e di aprire alla più vasta società la formazione di strutture di natura familiare. Non c'è nessuna ragione per escludere che il legislatore possa dettare norme per il perseguimento di queste finalità: finalità che non corrispondono solo a punti di vista morali o religiosi circa la concezione della famiglia». Infine, nella sentenza n. 494 del 2002[41], richiamando la decisione del 2000, si legge che l'art. 29 cost. «consente di esigere comportamenti conformi e di prevedere conseguenze e misure, anche penali, nei confronti degli autori di condotte che della famiglia compromettano l'identità»[42]. Si tratta di una affermazione molto interessante, perché si esclude che il bene giuridico tutelato dal reato sia la "morale familiare" (del resto, quale tra le tante?) o la serenità delle relazioni familiari (che, semmai, dovrebbe essere tutelata a prescindere dal pubblico scandalo), ma si ammette che lo Stato possa tutelare l'"identità" della famiglia.

Così facendo, la Corte sembra aver trovato una sintesi tra le due prospettive teoriche prima enucleate, riconoscendo che lo svolgimento della personalità individuale avviene nell'ambito di una formazione sociale sovraindividuale, in cui i diritti dei singoli devono essere conciliati con le esigenze obiettive della famiglia, quale istituzione caratterizzata da stabilità e certezza e da reciprocità e corrispettività di diritti e doveri. In ciò va ricercata l'identità della famiglia, non in una concezione morale o religiosa della stessa.

4. IL "NESSO" TRA FAMIGLIA E MATRIMONIO E LA PRESENZA SOLO EVENTUALE DEI FIGLI PER DEFINIRE CHE COS'È LA FAMIGLIA NELL'ART. 29 COST.

[40] Sia consentito rinviare a F. Biondi, *La Corte costituzionale individua il bene giuridico tutelato dal reato di incesto*, in *Giur. it.* 2001, 995-997 e a M. Cerase, *Incesto tra affini e ragionevolezza negata*, in *Giur. cost.* 2000, 4066 ss.

[41] V. n. 6.1 del considerato in diritto.

[42] L'inciso è tratto dalle sentenza n. 494 del 2002 (n. 6.1 del considerato in diritto), ma si veda anche la sentenza n. 518 del 2000, con cui la Corte respinse la questione di legittimità dell'art. 564 c.p., nella parte in cui punisce, qualificandolo come incestuoso, il rapporto sessuale e/o sentimentale tra affini in linea retta. In quella decisione la Corte ha individuato il bene giuridico del reato di incesto proprio nella famiglia (superando, in modo non molto convincente, l'obiezione costituita dal fatto che la condotta è punibile solo quando suscita pubblico scandalo).

Più volte è stato osservato che «è contraddittorio parlare di una società naturale che sorge dal matrimonio, cioè in sostanza da un negozio giuridico»[43], che l'art. 29 cost. contiene un ossimoro, perché definisce la famiglia mettendo in relazione due concetti incomparabili[44].

Eppure la Costituzione definisce "famiglia" proprio quella relazione sociale che si dà una forma giuridica stabile con il matrimonio. E' con il vincolo matrimoniale che si crea la famiglia. E' difficile negare – e infatti è questa la tesi prevalente – che sia l'istituto matrimoniale a distinguere la famiglia riconosciuta dalla Costituzione rispetto ad altre formazioni sociali composte da persone unite da un legame affettivo che decidono di convivere (le cd. famiglie di fatto)[45]. Il matrimonio è un atto giuridico che fa assumere alla convivenza caratteri di certezza, stabilità e funzionalità morale e materiale, che consente di formalizzare l'unione affettiva di due persone, che, con ciò, si assumono doveri di solidarietà reciproca.

Non sono mancate ovviamente letture diverse, secondo cui quella creata con il matrimonio, ossia la famiglia "legittima", sarebbe soltanto uno dei modelli di famiglia, ma ve ne sarebbero anche altri "egualmente" tutelati dalla Costituzione[46].

Si tratta, però, di una lettura non facilmente argomentabile nell'ambito di testi costituzionali – come il nostro – in cui la famiglia e il matrimonio sono trattati unitariamente e viene dunque dato particolare rilievo alla famiglia legittima (v. Corte cost. 237 del 1986, su cui *infra* al § 5), e che si differenziano da quelli in cui la famiglia e il matrimonio trovano, invece, tutela in distinte disposizioni costituzionali, con ciò favorendo l'espansione della tutela costituzionale a "famiglie" diverse da quella fondate sul matrimonio (sul punto, si dirà anche *infra*, al § 12).

Ciò premesso, merita tuttavia di essere ricordata la tesi, rigorosamente fondata sulla connessione tra gli artt. 29 e 30 cost., secondo cui la Costituzione italiana tutelerebbe, oltre che la famiglia fondata sul matrimonio (cioè la famiglia coniugale),

---

[43] Cfr. C. Grassetti, *op. cit*., 294-295; C. Esposito, *op. cit*., 135

[44] Cfr. R. Bin, *op. ult. cit*., § 1.

[45] «Il matrimonio, insomma, *costituisce* e, allo stesso tempo, *serve* la famiglia: la *fonda* ma la *riconosce*, e non potrebbe anzi fondarla senza riconoscerla»: così A. Ruggeri, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali* 2007, 757.

[46] Per es. cfr. N. Lipari, *Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. civ. e proc. civ.* 2005, 717, per il quale «oggi la realtà fenomenica è tutta spostata sul versante del rapporto e quindi la disciplina va ricercata in funzione della posizione dei soggetti all'interno del medesimo; si rende così necessario il superamento del "riferimento all'atto costitutivo" come criterio rilevante per la determinazione di una disciplina del vincolo familiare».

e negli stessi termini, anche la comunità di vita tra genitori e figli nati fuori dal matrimonio[47].

Tale ricostruzione ha il pregio – e, sotto questo aspetto, merita di essere condivisa – di valorizzare la tutela costituzionale della relazione genitoriale e di dare copertura costituzionale alle tante disposizioni che contengono misure di favore per le coppie, coniugate o no, che hanno dei figli.

Resta però il fatto che la Corte costituzionale generalmente riferisce l'art. 29 cost. alle sole famiglie coniugate: «Poiché i genitori naturali non costituiscono una famiglia e tanto meno una famiglia legittima, l'art. 29 della Costituzione, che riguarda solo la "società naturale fondata sul matrimonio", è male invocato» (Corte cost., sentenza n. 71 del 1976)[48]. E' vero che si tratta di una decisione risalente, ma non pare essere mai stata superata. In alcuni casi la Corte ha risolto la questione utilizzando congiuntamente gli artt. 29 e 30 cost. per eliminare disposizioni che recavano «grave pregiudizio sia al valore della protezione della famiglia che a quello - centrale e preminente - della tutela del minore», ma – a ben vedere - si trattava di questioni che riguardavano coppie sposate nella loro relazione con i figli e dove, dunque, l'art. 29 cost. era invocato insieme all'art. 30 cost., che, comunque, restava prevalente nella decisione[49]. Quando invece la medesima disposizione era stata censurata perché lesiva sia del rapporto "di fatto" tra i coniugi, sia del rapporto di filiazione, la prima questione è stata dichiarata infondata, la seconda, invece, accolta per violazione dell'art. 30 cost. (v., ad esempio, la sentenza n. 86 del 2009, in tema di

[47] Cfr. M. Manetti, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista Aic* del 2/7/2010 (ma destinato agli *Scritti in onore di A. Pace*), 14-15 del paper, che si riferisce al principio giuridico di responsabilità per la procreazione. Ma si leggano anche le riflessioni di M. Pedrazza Gorlero – L. Franco, *op. cit.*, 251 ss., per i quali la famiglia è la "stabile convivenza affettiva strumentale all'educazione dei figli".

[48] A questa obiezione M. Manetti, *op. cit.*, 18, replica osservando che la Costituzione, pur non imponendo la scelta matrimoniale, suggerisce un modello di rapporto idoneo ad assicurare tanto la migliore realizzazione del principio di vita in comune dei coniugi, quanto e soprattutto a garantire il diritto del figlio ad avere un padre e una madre: «In realtà, non sembra possibile dimenticare che il matrimonio, pur essendo profondamente mutato nella sua ratio, svolga per l'innanzi il ruolo di tenere unita la disciplina della coppia e la disciplina della filiazione».

[49] Si veda, ad esempio, la sentenza n. 1 del 1987, con cui la Corte ha esteso ai padri il diritto all'astensione del lavoro previsto per la madre lavoratrice, e, analogamente, negli anni successivi, le sentenze nn. 341 del 1991, 179 del 1993, 104 del 2003, 385 del 2005; ma si legga anche la sentenza n. 454 del 1989, in tema di opponibilità al terzo acquirente del provvedimento giudiziale di assegnazione della abitazione nella casa familiare al coniuge affidatario della prole mediante trascrizione; e, infine, la sentenza n. 28 del 1995, in tema di ricongiungimento con il figlio naturale da parte di cittadina straniera coniugata con un italiano.

corresponsione della rendita Inail in caso di infortunio sul lavoro che abbia avuto per conseguenza il decesso dello lavoratore convivente di fatto e padre[50]).

Paiono dunque esservi due tutele, una che scaturisce dal matrimonio, e che riguarda principalmente la relazione "orizzontale" tra i coniugi, l'altra che deriva dalla filiazione e che dà copertura al rapporto "verticale" tra genitori e figli, a prescindere dal legame giuridico tra i genitori[51].

A conferma di questa distinzione tra i due parametri, si possono ricordare alcune decisioni in tema di espulsione degli stranieri extra-comunitari. Quando la Corte ha ammesso il ricongiungimento del genitore non coniugato o ne ha impedito l'espulsione, lo ha fatto, ex art. 30 cost., per garantire il rapporto di genitorialità, non, più in generale, ex art. 29 cost., per tutelare la famiglia[52]. E quando si è trattato di estendere il divieto di espulsione al convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio, la Corte ha dichiarato fondata la questione con riferimento al "marito" della donna e infondata, invece, in merito alla posizione del "convivente", osservando come il rinvio dell'espulsione, nel primo caso, «presuppone una certezza dei rapporti familiari che non è dato riscontrare – e tanto meno è dato verificare nel giudizio *a quo* – nel caso di una relazione di fatto che, come tale, non può che essere affermata dagli interessati»[53].

---

[50] Può essere interessante ricordare che il giudice *a quo* aveva sollevato anche una questione di pregiudizialità alla Corte di Giustizia che, però, è stata rigettata in quanto non vi era alcun collegamento con il diritto comunitario (CG, 17 marzo 2009, causa C-217/08, *Marciano*, su cui cfr. L. Cappuccio, *La convivenza "more uxorio" tra Corte costituzionale e Corte di giustizia: uno strano caso di doppia pregiudiziale*, in *Foro it*., pt. I, 2010, 804 ss.).

[51] In questo senso anche B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, P. Veronesi, A. Pugiotto, Torino 2010, 11-12, per la quale «da un lato, l'uguaglianza dei sessi procede nella parificazione di padre e madre nel ruolo genitoriale, dall'altro, l'art. 30 relativizza l'art. 29 e la sua definizione di famiglia (legittima), precludendo qualsiasi interpretazione che costruisca un nesso rigido tra filiazione, famiglia e matrimonio»; e, ancora, la differenza tra famiglia legittima e famiglia di fatto «riguarda essenzialmente relazioni orizzontali tra i coniugi; mentre famiglia legittima e famiglia di fatto restano equiparabili in maniera molto netta nell'ambito delle relazioni verticali, cioè delle relazioni dei genitori con i figli».

Ma in questo senso anche E. Lamarque, *Gli articoli costituzionali sulla famiglia: travolti da un insolito (e inesorabile) destino*, in *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit., 193.

[52] Cfr. Corte cost., sentenza n. 203 del 1997.

[53] Cfr. Corte cost, sentenza n. 376 del 2000, da una parte, e ordinanze nn. 192 e 444 del 2006. Queste ultime due decisioni sono state criticate perché la Corte ha dato preminenza all'assenza di "certezza" e "stabilità" rispetto alla lesione del dovere fondamentale di solidarietà sociale di educare ed allevare figli minori da parte del padre ex artt. 2, 30, 32 cost. Sulla recessività del dovere di solidarietà, cfr. M. Ruotolo, *La solidarietà è un valore recessivo? Invito alla lettura delle decisioni nn. 190 e 192 del 2006 della Corte costituzionale*, in www.costituzionalismo.it .

Da questo modo di utilizzare i parametri costituzionali si possono infine trarre alcune considerazioni anche in merito alla necessità che la famiglia legittima tutelata dall'art. 29 cost. debba essere necessariamente finalizzata (almeno potenzialmente) alla procreazione.

E' innegabile che, soprattutto in passato, famiglia matrimoniale e filiazione fossero strettamente legate. Nel 1948 i figli generalmente nascevano da coppie sposate, tant'è che il problema che i Costituenti sentirono di dover affrontare fu proprio quello di riequilibrare la posizione dei figli naturali rispetto a quelli legittimi.

E anche oggi è difficile negare che tra le funzioni del matrimonio vi sia quella di dare ai figli un contesto familiare stabile. In questo senso si muove, ad esempio, la legge n. 184 del 1983 che richiede il vincolo matrimoniale per accedere all'adozione ordinaria, sul presupposto che la fragilità dell'adottando richieda un contesto familiare quantomeno stabile.

Oggi, però, la filiazione è spesso slegata dal contesto matrimoniale. Di questo tiene conto la l. n. 40 del 2004 che, riconoscendo la rilevanza della genitorialità al di fuori del matrimonio, consente l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita anche alle coppie conviventi.

Di questa evoluzione dei costumi ha tenuto conto la Corte costituzionale, che ha decisamente contribuito alla totale equiparazione tra la posizione dei figli naturali e quella dei figli legittimi, fino ad affermare, nella sentenza n. 166 del 1998, che "il matrimonio non costituisce più il punto di discrimine nel rapporto tra genitori e figli – legittimi naturali riconosciuti – identico essendo il contenuto dei doveri oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri".

Tutto ciò ha favorito il distacco del tema del matrimonio da quello della filiazione, al punto che oggi l'art. 29 cost. deve essere riferito principalmente al rapporto tra i coniugi, il quale non muta a seconda che vi siano, o no, dei figli. Ad esso si aggiunge o si affianca l'art. 30 cost. a tutela del rapporto di genitorialità.

In conclusione, la famiglia tutelata dall'art. 29 cost. è quella che nasce con il matrimonio tra due soggetti ed è tale a prescindere dall'esistenza dei figli.

5. (SEGUE) CONSIDERAZIONI SULLA PRESUNTA UGUAGLIANZA TRA FAMIGLIA LEGITTIMA E FAMIGLIA "DI FATTO".

La prima delle due tesi precedentemente prospettate, secondo cui la famiglia tutelata ex art. 29 cost. è quella che si costituisce con l'istituto del matrimonio, è dunque pacificamente accolta nella giurisprudenza costituzionale.

La Corte, nella sentenza n. 237 del 1986, lo ha espresso con estrema chiarezza: «L'art. 29 riguarda, […], la famiglia fondata sul matrimonio […]: come del resto fu pressoché univocamente palesato in sede di Assemblea Costituente la compagine familiare risulta, nel precetto, strettamente coordinata con l'ordinamento giuridico, sì che rimane estraneo al contenuto delle garanzie ivi offerte ogni altro aggregato pur socialmente apprezzabile, divergente tuttavia dal modello che si radica nel rapporto coniugale. E che gli stessi Costituenti così divisassero doversi intendere la ripetuta norma, fornisce un'obiettiva riprova la votazione per divisione, che ne seguì in aula. Fu esplicitamente rifiutato, infatti, un voto inteso a disgiungere, nell'art. 29, primo comma, la locuzione "diritti della famiglia come società naturale" dall'altra "fondata sul matrimonio"; si procedette - all'incontro - dapprima al voto sul riconoscimento dei diritti familiari, accorpandosi, in successiva votazione, la frase "come società naturale fondata sul matrimonio", rimasta avvinta in inscindibile endiadi».

Date queste premesse, la Corte ha distinto la famiglia legittima, fondata sul matrimonio, e tutelata dall'art. 29 cost., dalla convivenza "di fatto": mentre la convivenza di fatto è «fondata sull'*affectio* quotidiana - liberamente e in ogni istante revocabile – di ciascuna delle parti», il rapporto coniugale è «caratterizzato da stabilità e certezza e dalla reciprocità e corrispettività di diritti e doveri che nascono soltanto dal matrimonio» (sentenza n. 8 del 1996). Ancora: «l'art. 29 Cost. non nega dignità a forme naturali del rapporto di coppia diverse dalla struttura giuridica del matrimonio, ma è altrettanto vero che riconosce alla famiglia legittima una dignità superiore, in ragione dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività di diritti e doveri, che nascono soltanto dal matrimonio» (sentenza n. 310 del 1989)[54].

Ne consegue che la Corte costituzionale ha sino ad ora sempre escluso di poter estendere alla famiglia di fatto le tutele previste dall'ordinamento per la famiglia legittima sulla base del principio di uguaglianza: tutte le censure costruite sulla presunta violazione degli artt. 3 e 29 cost. sono state dichiarate infondate (già dalla sentenza n. 45 del 1980 e, successivamente, senza alcuna eccezione).

Affermare che la famiglia legittima ha, per la sua specificità, una forma giuridica "privilegiata", non significa, però, che questa disciplina sia anche esclusiva[55], che essa impedisca cioè al legislatore di regolare altre forme di convivenza basate su vincoli di natura affettiva. La stessa Corte costituzionale, pur riconducendo la tutela

[54] Nello stesso senso, si vedano anche Corte cost., sentenze nn. 45 del 1980, 423 del 1988, 140 del 2009.

[55] Cfr. C. Pinelli, *La nota del Consiglio episcopale permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e formazioni sociali*, ora in *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Napoli 2012, 341.

di tale situazione non all'art. 29 cost., bensì «nell'ambito della protezione, offerta dall'art. 2, dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali», ha riconosciuto «la rilevanza costituzionale del "consolidato rapporto" di convivenza, ancorché rapporto di fatto». In più occasioni ha riconosciuto implicitamente (sentenza n. 644 del 1988) o espressamente la possibile rilevanza giuridica delle cd. famiglie di fatto, consentendo al legislatore di intervenire in materia: «si è in presenza di interessi suscettibili di tutela, in parte positivamente definiti […], in parte da definire nei possibili contenuti» (v. sentenza n. 237 del 1986).

Da questa impostazione derivano due conseguenze.

Anzitutto, la distinta considerazione costituzionale della convivenza *more uxorio* e del rapporto coniugale non esclude affatto «la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altro che possano presentare analogie, ai fini del controllo di ragionevolezza a norma dell'invocato art. 3 della Costituzione» (v. sentenza n. 8 del 1996). E' sulla base di questa premessa che, ad esempio, la Corte ha esteso al convivente la successione nella titolarità del contratto di locazione, perché ha ritenuto che fosse violato il diritto fondamentale all'abitazione (v. sentenze nn. 404 del 1988 e 559 del 1989, dove peraltro aveva rilevanza anche la presenza di prole[56]). L'art. 3 cost. è qui venuto in rilievo non nella sua portata eguagliatrice, bensì sotto il profilo della ragionevolezza. Al contrario, essa ha escluso l'estensione quando non ha ritenuto che si trattasse di un diritto inviolabile dell'uomo ex art. 2 cost. (v. la sentenza n. 310 del 1989 in tema di successione *mortis causa*).

In secondo luogo, la Corte ammette un intervento del legislatore a regolare la famiglia di fatto o alcuni aspetti conseguenti alla decisione di convivere (si veda già la sentenza n. 6 del 1977), ma senza «alcuna impropria "rincorsa" verso la disciplina del matrimonio» (v. ancora sentenza n. 8 del 1996). Dalla distinzione che la Corte ha fatto tra famiglia legittima e famiglia di fatto è infatti possibile ricavare un principio utile a differenziare la disciplina giuridica della famiglia dalla disciplina giuridica delle convivenze di fatto. In questo secondo caso, l'intervento regolatorio dovrebbe ispirarsi ad una concezione diversa da quella che caratterizza i rapporti familiari improntati alla costruzione di una formazione sociale sovraindividuale quale è la famiglia. Come ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 166 del 1998, «la convivenza *more uxorio* rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza dal matrimonio: da ciò deriva che

[56] Mentre nel senso che non è possibile imporre la successione del contratto di locazione al convivente *more uxorio*, in caso di cessazione della convivenza, cfr. ordinanze nn. 204 del 2003 e 7 del 2010.

l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti».

Una disciplina delle convivenze di fatto è dunque necessaria perché, in assenza di una regolazione giuridica, la posizione del convivente resta quasi sempre priva di tutela. Si pensi ai ricongiungimenti familiari e alle espulsioni dei cittadini comunitari, rispetto ai quali può, ad esempio, essere ricordata, oltre alle già citate decisioni nn. 190 e 192 del 2006, l'ordinanza n. 313 del 2000, dove è stata esclusa, al fine di evitare l'espulsione, la possibilità di dare rilevanza giuridica alla convivenza della straniera extracomunitaria con un cittadino italiano, per la mancanza di certezza del rapporto giuridico.

Tale regolazione dovrebbe, tuttavia, essere rispettosa della scelta di non sposarsi, ossia del principio che la Corte ha definito "di libera determinazione" nei reciproci rapporti personali: non dunque uguaglianza tra famiglia legittima e famiglia di fatto, bensì disciplina nel rispetto della diversità.

6. I VINCOLI COSTITUZIONALI ALLA DISCIPLINA MATRIMONIALE: IL PRINCIPIO DI PARITÀ MORALE E GIURIDICA DEI CONIUGI.

Una volta dimostrato che – nell'interpretazione consolidata datane dalla Corte costituzionale - la famiglia tutelata dall'art. 29 cost. è quella società sovraindividuale che si costituisce con il matrimonio, si tratta di capire quali caratteri debba avere questo istituto secondo la Costituzione.

Credo che tutti concordino sul fatto che il matrimonio è un atto giuridico regolato dal diritto positivo, chiamato a dare stabilità e certezza ad un vincolo affettivo volontariamente e reciprocamente assunto da due persone, da cui scaturiscono diritti e doveri (tra i quali espressamente la Corte ha ricondotto l'obbligo di coloro che al matrimonio hanno dato vita di mantenersi reciprocamente)[57].

Il testo costituzionale, fondando la famiglia "sul matrimonio", rinvia evidentemente al diritto positivo e sicuramente nello scrivere la norma si tenne presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile del 1942 (su questo vd. *infra*, ai §§ 10 e 12, Corte cost., sentenza n. 138 del 2010,). La Costituzione, tuttavia, non si limita a recepire l'istituto così com'era disciplinato all'epoca della sua redazione, poiché esprime qualcosa capace di scardinare una tradizione millenaria,

[57] Sull'obbligo di non lasciare prive dei necessari mezzi di vita le persone legate dai vincoli più stretti, v. Corte cost., sentenze nn. 209 del 1984, 286 del 1987, 1041 del 1988, 572 del 1989, 405 del 1993, 495 del 1993, 70 del 1999.

ossia che il matrimonio deve essere "ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare".

La Costituzione contiene un'indicazione essenziale. Attraverso l'affermazione della parità dei coniugi – dunque, anticipando e valorizzando l'evoluzione sociale e culturale[58] - essa segna un momento di rottura rispetto alla disciplina codicistica dell'epoca, che incapsulava una visione patrimonialistica del matrimonio che, «facendo del marito-padre l'unico titolare dei rapporti con i terzi, lo rendeva anche il "capo" di tutte le relazioni familiari, in termini palesemente inconciliabili con la reciprocità dell'*affectio*»[59]. All'origine della disposizione vi è cioè la volontà di riequilibrare la posizione della donna rispetto a quella dell'uomo, come già il costituente aveva dimostrato di voler fare in altre disposizioni (artt. 37, 48 e 52 cost.). Tale fu la novità insita nell'affermazione della parità "morale", prima ancora che "giuridica", dei coniugi che fu poi concesso alle istanze più conservatrici la possibilità di porvi un limite se necessario a garantire l'unità della famiglia.

Nei primi trent'anni dall'entrata in vigore della Costituzione il dibattito costituzionalistico sul tema della famiglia si è incentrato proprio sui problemi interpretativi posti da questo "compromesso": come evitare che l'uguaglianza dei coniugi fosse svuotata dalla "possibilità" – perché di una facoltà comunque si tratta - di derogarvi a tutela dell'unità della famiglia?

Per comporre il conflitto tra i due principi si è preliminarmente ragionato del rapporto tra l'art. 3 cost. e l'art. 29 cost., mettendo in relazione la norma sulla famiglia con i principi che informano la nostra Costituzione.

Da parte di alcuni si sostenne che l'art. 29 cost. dovesse essere inteso come una mera specificazione dell'art. 3 cost. e, di conseguenza, che il legislatore potesse dettare per i coniugi discipline diverse tenendo conto di situazioni differenti. Secondo questa ricostruzione, pur nella perfetta identità di valore tra i due coniugi e nella loro pari dignità sociale, la Costituzione avrebbe consentito di riconoscere loro l'attribuzione di funzioni diverse corrispondenti alle loro differenti attitudini biologiche, fisiche e sociali[60]. Questa interpretazione rischiava, però, di svuotare la portata innovativa del principio di uguaglianza e, infatti, quando la Corte seguì questa lettura, nella prima sentenza sull'adulterio (la n. 64 del 1961), dichiarò l'infondatezza della questione avente ad oggetto la norma penale che puniva solo l'infedeltà della moglie, ritenendo che la posizione della donna e quella dell'uomo potessero essere trattate diversamente per ragioni sociali.

[58] Cfr. M. Manetti, *op. cit*., 13.

[59] Cfr. M. Manetti, *op. cit*., 12.

[60] Ad esempio, cfr. F. Carnelutti, *La parità dei coniugi e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. dir. civ.* 1961, 144 ss., che così giustificava l'istituto della potestà maritale.

Va poi notato che questo modo di intendere l'uguaglianza avrebbe potuto favorire un'interpretazione "riduttiva" della parità anche sotto un altro aspetto, nel senso che avrebbe potuto condurre a ritenere soddisfatta l'uguaglianza a fronte di un "equilibrio" tra le due posizioni. In questo senso, particolarmente interessante è la sentenza n. 144 del 1967, con cui la Corte dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 145, primo comma, del Codice civile, nella parte in cui prevedeva che il marito dovesse somministrare alla moglie tutto ciò che le era necessario per i bisogni della vita in relazione alle proprie sostanze, senza consentire che si tenesse conto dei redditi della donna. La disposizione, in palese contrasto con il principio di parità giuridica dei coniugi, fu salvata perché, secondo la Corte, essa era coerente rispetto ad una disciplina, sicuramente non più adeguata «al nuovo ordine sociale»[61], ma improntata alla diversità della distribuzione degli oneri fra i due coniugi (da una parte, con l'attribuzione al marito dell'esclusività dell'esercizio della "patria potestà" sui figli, della titolarità di una "potestà maritale", tale da porlo in posizione di preminenza e di "protezione" sulla moglie, dall'altra, nella somministrazione ad essa di tutto quanto le è necessario per la soddisfazione di ogni suo bisogno, senza riguardo alle sostanze di lei) e dunque su un "equilibrio" che l'intervento demolitorio della Corte avrebbe rotto. La Corte, pur invitando il legislatore ad intervenire, salvò le disposizioni impugnate, «per l'incertezza che ne sarebbe derivata, data l'intima connessione che le lega fra loro e ne fa un tutto unitario», giustificando la deroga sulla base del principio di unità. In realtà, più che di unità della famiglia, si trattava di parità intesa come "corrispondenza" tra due posizioni trattate diversamente.

In una seconda fase della sua giurisprudenza, la Corte costituzionale, sollecitata a decidere molte questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto norme pre-costituzionali, ma in un contesto economico-sociale in profondo mutamento, ha seguito una diversa interpretazione, già avanzata da autorevole dottrina. Era stato sostenuto che il principio di parità ex art. 29 cost. non costituisce una mera ripetizione dell'art. 3 cost., bensì un suo svolgimento[62], nel senso che nel rapporto tra i coniugi non può venire in rilievo alcuna distinzione per ragioni sessuali, salve quelle eccezionalmente necessarie per garantire l'unità familiare. Analogamente la Corte costituzionale, dalla sentenza n. 126 del 1968, ha affermato che, «quando si tratti di questioni relative all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, queste vanno

[61] Tant'è che la Corte invita il legislatore ad intervenire con sollecitudine ad adeguare la disciplina, in quanto il codice civile non è più «aderente in ogni sua parte allo spirito informatore della sopravvenuta costituzione repubblicana, la quale ha tenuto conto della trasformazione verificatasi nella posizione della donna nella moderna società».

[62] Cfr. C. Esposito, *op. cit*., 141; P. Barile, *op. cit*., 176.

esaminate non alla stregua dell'art. 3, ma solo in riferimento all'art. 29, secondo comma, della Costituzione: e quest'ultima disposizione è stata interpretata (…) nel senso che "la Costituzione direttamente impone che la disciplina giuridica del matrimonio - col solo limite dell'unità della famiglia - contempli obblighi e diritti eguali per il marito e per la moglie"»[63]. Da quel momento il principio di uguaglianza è stato inteso come inammissibilità di qualsiasi forma di supremazia o di maggiore dignità morale di un coniuge sull'altro[64], a prescindere dal sesso di ciascuno.

E, dunque, la Corte non ha più valutato se le due posizioni, differenti, fossero quantomeno "in equilibrio", ma solo se fossero "uguali". Nella decisione n. 133 del 1970, essa stabilì che «le norme che siano fonte di svantaggio per un coniuge non possano essere giustificate, nell'ambito di una valutazione di legittimità costituzionale, dal fatto che altre norme conferiscano allo stesso coniuge, a proposito di altre situazioni subbiettive nascenti dal matrimonio, una posizione di vantaggio (o viceversa). Ed invero, dal momento che si riconosce che la salvaguardia dell'unità familiare costituisce il solo legittimo limite dell'eguaglianza dei coniugi, bisogna convenire che l'unico accertamento rilevante è se le diversità di trattamento di volta in volta considerate trovino in quella esigenza - e solo in essa - la loro giustificazione costituzionale».

Ciò consentì finalmente alla Corte costituzionale di incidere profondamente sul diritto di famiglia, tenendo conto del rapporto tra i coniugi in un mutato contesto storico-sociale[65] e, in particolare, per quanto qui interessa, del cambiamento del ruolo della donna nella società[66], e così porre le basi per la riforma del 1975 (oltre che di

[63] Il passaggio è sottolineato anche da S. Bartole, *La Costituzione è di tutti*, Bologna 2012, 117-118.

[64] Cfr. C. Mirabelli, *op. cit.*, 782, ma anche L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano 1965, 264-280.

[65] In questo senso sono particolarmente interessanti due decisioni degli anni settanta in tema di capacità testamentaria dei coniugi, ossia la sentenza n. 91 del 1973, con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità del divieto di donazione tra coniugi per violazione dell'art. 3 cost. (restando assorbito il profilo della violazione dell'art. 29 cost.), e la sentenza n. 153 del 1979, con cui la Corte ha annullato la disposizione che limitava la capacità testamentaria dei binubi e dei loro coniugi, determinando una distinzione tra il precedente matrimonio legittimo e quelli successivi. Le decisioni meritano di essere ricordate poiché in entrambe la Corte sottolinea che i divieti si basavano sulla presunzione assoluta che il matrimonio legittimo crei tra i coniugi uno stato reciproco di ineguaglianza e di inferiorità per cui l'uno possa essere sempre circuito e costretto dall'altro a spogliarsi a favore dell'altro, presunzione questa incompatibile con il principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi e con la stessa concezione del matrimonio.

[66] Se vedano le decisioni della Corte cost. nn. 6 del 1980 e 214 del 1984, ma anche le sentenze nn. 116 del 1990, 105 del 1980, 83 del 1983, 613 del 1987, in cui il giudice costituzionale espressamente afferma che le disposizioni impugnate sono state annullate perché legate ad concezione

altre leggi, come quella sulla cittadinanza). Moltissime sono le decisioni in cui essa ha riequilibrato la posizione dei coniugi sia sul versante dei rapporti personali[67], sia su quello dei rapporti patrimoniali[68], così come non vanno dimenticate le pronunce in

dell'organizzazione domestica basata sulla presunzione di estraneità della donna al mantenimento della famiglia, concezione da ritenersi in contrasto con il principio di parità dei coniugi.

[67] Si possono ricordare: la sentenza n. 9 del 1964, con cui venne dichiarata l'incostituzionalità della disposizione che, in ordine al reato di sottrazione di minore, attribuiva la titolarità del diritto di querela al solo genitore esercente la patria potestà; la sentenza n. 126 del 1968, con cui la Corte, superando il precedente costituito dalla decisione n. 64 del 1961, dichiarò l'incostituzionalità del reato di adulterio della donna, poiché la differenza di trattamento non era giustificata dalla garanzia dell'unità familiare; di conseguenza; la sentenza n. 127 del 1968, con cui fu dichiarata l'incostituzionalità del secondo comma dell'art. 151 c.c. nella parte in cui escludeva l'ammissibilità dell'azione per adulterio del marito quando non concorrono "circostanze tali che il fatto costituisca ingiuria grave alla moglie"; la sentenza n. 147 del 1969, con cui furono dichiarati incostituzionali gli artt. 559, commi 3 e 4 (relazione adulterina), 560 (concubinato) e 561 del codice penale (mentre la Corte "salvò" la norma penale quando era rivolta ad entrambi i coniugi, con la sentenza n. 107 del 1964, in materia di obblighi di assistenza); la sentenza n. 128 del 1970, con cui fu dichiarata l'incostituzionalità della disposizione che imponeva alla moglie, in caso di separazione con addebito all'altro coniuge, di portare il cognome del marito; la sentenza n. 87 del 1975, con cui – prima della riforma della legge sulla cittadinanza - è stata dichiarata l'incostituzionalità della disposizione che prevedeva che la cittadina italiana che si sposasse con uno straniero perdesse la cittadinanza italiana a prescindere dalla sua volontà; la sentenza n. 171 del 1976, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 45 del codice civile, primo comma (nel testo anteriore alla sostituzione operata dall'art. 1 della legge 19 maggio 1975, n. 151), nella parte in cui, in caso di separazione di fatto dei coniugi ed ai fini della competenza per territorio nel giudizio di separazione, prevedeva che la moglie, la quale avesse fissato altrove la propria residenza, conservasse legalmente il domicilio del marito; la sentenza n. 71 del 1987, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 delle diposizioni preliminari al codice civile, nella parte in cui, per il caso di mancanza di legge nazionale comune ai coniugi, stabiliva che si applicasse la legge nazionale del marito al tempo del matrimonio; la sentenza n. 477 del 1987, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 20, comma primo, delle disposizioni preliminari al codice civile, nella parte in cui, con riferimento all'ipotesi che siano noti entrambi i genitori e manchi una legge nazionale ad essi comune, sancisce la prevalenza della legge nazionale del padre.

[68] Si possono ricordare: la sentenza n. 46 del 1966, con cui la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 156, primo comma, c.c., nella parte in cui poneva a carico del marito, in regime di separazione consensuale senza colpa, l'obbligo di somministrare alla moglie tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita, indipendentemente dalle condizioni economiche della donna; la sentenza n. 143 del 1967, con cui venne annullato l'art. 622 c.p.c., che negava alla moglie convivente col debitore il diritto di proporre opposizione al pignoramento di mobili di proprietà di lei, pignorati nella casa coniugale, tranne che si trattasse di beni dotali o di beni di cui fosse provato, con atto di data certa, esserle appartenuti prima del matrimonio o esserle pervenuti per donazione o successione a causa di morte; la sentenza n. 133 del 1970, con cui fu dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 145, primo comma, del codice civile, nella parte in cui non subordinava alla condizione che la moglie non avesse mezzi sufficienti il dovere del marito di somministrarle, in proporzione delle sue sostanze, tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita; la sentenza n. 179 del

cui la Corte, rilevata l'inadeguatezza della disciplina legislativa alla luce del principio di parità, ma non potendo incidere direttamente, ha sollecitato l'intervento riformatore del legislatore (emblematico è il monito contenuto nella sentenza n. 187 del 1974 in ordine ai rapporti patrimoniali dei coniugi, dove si prefigura la sostituzione del regime legale di separazione dei beni con quello della comunione).

Ciò non significa che la Corte costituzionale non abbia mai salvato disposizioni che si ponevano in contrasto con il principio di uguaglianza dei coniugi inteso in senso rigoroso, ma, a parte le più risalenti decisioni di cui si è dato conto, è interessante notare – come a breve meglio si dirà – che si è trattato di casi rari, quasi tutti riconducibili alla definizione della posizione dei genitori nei confronti dei figli, e non dei coniugi nei loro reciproci rapporti.

7. L'UNITÀ DELLA FAMIGLIA: DA "LIMITE" ALLA PARITÀ DEI CONIUGI (SOPRATTUTTO COME GENITORI) …

Come accennato, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione la dottrina si interrogò a fondo sul significato dell'unità familiare, intesa ora come unità fisica, materiale[69], ora come unità spirituale[70], cercando quel faticoso bilanciamento tra

1976, con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità, anche per violazione del principio di parità dei coniugi, delle disposizioni che prevedevano il cumulo dei redditi della moglie con quelli del marito ai fini dell'applicazione dell'aliquota complessiva; le sentenze nn. 6 del 1980 e 214 del 1984, in tema di pensioni di reversibilità; la sentenza n. 116 del 1990, che ha dichiarato l'incostituzionalità della diposizione, in tema di assegni familiari ai coltivatori diretti, mezzadri, coloni e compartecipanti, che non prevedeva, tra gli aventi diritto a percepire gli assegni familiari per i figli a carico, in alternativa, la madre lavoratrice o pensionata alle stesse condizioni e con gli stessi limiti previsti per il padre; la sentenza n. 105 del 1980, con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione che non prevedeva che gli assegni familiari spettanti per i figli a carico potessero essere corrisposti, in alternativa, alla donna lavoratrice alle stesse condizioni e con gli stessi limiti previsti per il lavoratore; la sentenza n. 83 del 1983, in materia di quote aggiunte di famiglia dei pubblici dipendenti; la sentenza n. 613 del 1987, con cui la Corte dichiarò l'incostituzionalità di una norma nella parte in cui escludeva che le quote aggiunte di famiglia spettanti per il coniuge a carico debbano essere corrisposti anche alla moglie lavoratrice alle stesse condizioni previste per il marito lavoratore; la sentenza n. 254 del 2006 che dichiarò l'illegittimità dell'art. 19, comma primo, delle disposizioni preliminari al codice civile, nella parte in cui prevede che «I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio» (ancora applicabile alle questioni sorte prima della riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato del 1995).

[69] Così C. Esposito, *op. cit*., 142.

[70] Cfr. P. Barile, *op. cit*., 179, per il quale, poiché la Costituzione non ha eliminato la separazione personale dei coniugi, mentre il principio di uguaglianza fra i coniugi sussiste sia in caso di convivenza sia in caso di separazione, l'unità non può funzionare che in caso di convivenza: ne consegue che

principio di parità dei coniugi e unità della famiglia. Pur demandando il bilanciamento tra uguaglianza e unità al legislatore, ora si osservava che l'uguaglianza «non può condurre a rompere l'unità della famiglia»[71], ora che l'eccezione «deve essere intesa in senso strettissimo»[72]. L'obiettivo di queste ricostruzioni era quello di consentire al legislatore, nei casi eccezionali in cui emerga un disaccordo tra i due coniugi, di individuare la posizione istituzionale di prevalenza per il bene della famiglia.

Non erano tuttavia mancate interpretazioni diverse. Ad esempio, basandosi sulla distinzione tra uguaglianza all'interno dell'organismo familiare e unità della famiglia nei rapporti con gli altri soggetti o gruppi nell'ambito dell'ordinamento giuridico generale[73], era stato sostenuto che il principio di uguaglianza tra i coniugi andasse garantito nella famiglia, mentre la garanzia dell'unità familiare avrebbe dovuto tutelare «l'unità esterna dell'organismo familiare, attribuendo ad esempio ad uno solo dei due coniugi il potere di dichiarare la volontà della "famiglia", formatasi collegialmente all'interno dell'organismo col concorso paritario di entrambi i coniugi, e questo per un'esigenza di certezza a tutela dell'affidamento di terzi»[74].

Dal canto suo, la Corte costituzionale ha sempre affermato, fin dalle prime decisioni, che il limite dell'unità familiare, «rivestendo carattere di eccezione al principio generale che l'articolo stesso formula, della piena eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, dov'essere interpretato restrittivamente» (già dalla sentenza n. 64 del 1961). In un'altra decisione, sempre risalente, si legge: «Nel sancire dunque sia l'eguaglianza fra coniugi, sia l'unità familiare, la Costituzione proclama la prevalenza dell'unità sul principio di eguaglianza, ma solo se e quando un trattamento di parità tra i coniugi la ponga in pericolo» (sentenza n. 126 del 1968).

Scendendo poi a verificare come, in concreto, la Corte abbia utilizzato il principio di unità familiare, si possono svolgere alcune osservazioni.

Anzitutto, più volte la Corte ha sottolineato come raramente i due principi, quello della parità e quello dell'unità, si pongano in conflitto e, al contrario, come l'uguaglianza dei coniugi costituisca un presupposto per il mantenimento dell'unità familiare (si veda, in questo senso, già la decisione in cui fu dichiarato

---

«l'unità *non* è quella materiale, bensì quella spirituale; o, meglio, l'unità di indirizzo politico - […] - della compagine familiare in fase normale».

[71] Cfr. P. Barile, *op. cit*., 177.

[72] Cfr. C. Esposito, *op. cit.*, 142.

[73] Cfr. P. Schlesinger, *L'ordinamento interno della famiglia*, in *Iustitia* 1965, 37.

[74] Cfr. C. Mirabelli, *Uguaglianza dei coniugi, unità della famiglia e art. 145 cod. civ.*, in *Giur. cost.* 1966, II, 784.

incostituzionale il reato di adulterio). In tal modo, essa ha fortemente ridimensionato il problema della composizione della regola con la sua eccezione[75].

In secondo luogo, è interessante osservare come la Corte costituzionale abbia inteso l'unità familiare in due diverse accezioni, a seconda che si trattasse di farne un limite alla pari posizione dei coniugi, ovvero dei coniugi in quanto genitori.

Quando, infatti, è stata invocata come limite all'eguale posizione dei coniugi nei loro reciproci rapporti, l'unità familiare è stata sempre intesa come unità materiale, come unità fisica[76], come tale incapace di giustificare diversità di trattamento[77].

Quando, invece, l'unità familiare è venuta in rilievo per dirimere questioni che concernevano la pari posizione dei genitori nel loro rapporti con i figli, la Corte, almeno in passato, ha inteso l'unità familiare come necessità che, nella famiglia, per ragioni organizzative, fosse possibile esprimere una volontà in modo unitario.

Il diverso modo di intendere l'unità familiare come limite ha avuto diverse conseguenze.

Quasi mai la Corte ha giustificato la diseguale posizione personale o patrimoniali dei coniugi per ragioni di unità familiare[78], e, dunque, su questi aspetti, essa ha davvero anticipato la riforma del diritto di famiglia e, in particolare, l'affermazione del principio di parità dei coniugi nei loro diritti e doveri reciproci ora formalizzato nell'art. 143 c.c. (su questa giurisprudenza v. già *retro* § 6).

Diversamente, in passato, chiamata a pronunciarsi sulla pari posizione dei coniugi nei confronti dei figli, essa ha salvato le scelte legislative basate sulla regola della patria potestà. Prima della riforma del diritto di famiglia del 1975, la Corte, pur sollecitata in diverse occasioni a riequilibrare la posizione della madre rispetto a quella del padre, ha rigettato le questioni proposte per le ragioni «obiettivamente necessarie ai fini delle fondamentali esigenze di organizzazione della famiglia e che, senza creare alcuna inferiorità a carico della moglie, fanno tuttora del marito, per taluni aspetti, il punto di convergenza della unità familiare e della posizione della

[75] Ancora una volta con la sola e nota eccezione costituita dalla prima sentenza sul reato di adulterio, dove si legge «Per l'unità familiare costituisce indubbiamente un pericolo l'adulterio del marito e della moglie, ma, quando la legge faccia un differente trattamento, questo pericolo assume proporzioni più gravi, sia per i riflessi sul comportamento di entrambi i coniugi, sia per le conseguenze psicologiche sui soggetti» (v. sentenza n. 64 del 1961).

[76] Con la conseguenza, per altro, che l'unità della famiglia non è invocabile per i coniugi "giuridicamente" separati: v., in questo senso, Corte cost., sentenze nn. 46 del 1966; 144 del 1967 (in cui si afferma che però non rileva la separazione di fatto); 128 del 1970.

[77] Nelle poche decisioni in cui la Corte ha fatto riferimento all'unità "spirituale" dei coniugi, quest'ultima è stata indicata come la "compatibilità" tra i coniugi, necessario presupposto del mantenimento della convivenza: v. decisioni nn. 46 del 1966, 42 del 1972, 171 del 1976, 181 del 1976.

[78] Se non nei primi casi già citati nel precedente paragrafo.

famiglia nella vita sociale» (così, letteralmente, nella sentenza n. 102 del 1967). Le decisioni aventi ad oggetto norme riconducibili alla patria potestà sono le uniche in cui l'infondatezza è stata davvero dettata dal fatto che le disposizioni impugnate erano – secondo la Corte - riconducibili alla necessità di garantire l'unità familiare: si vedano la sentenza n. 49 del 1966, con cui fu dichiarata infondata la questione avente ad oggetto la disposizione del codice civile che poneva in una situazione differente, rispetto al potere di amministrare i beni dei figli minori, il vedovo e la vedova; la sentenza n. 71 del 1966, con cui la Corte salvò – sia pure invocando una riforma del diritto di famiglia – la disposizione secondo cui, pur essendo il figlio naturale riconosciuto da entrambi i genitori, i diritti derivanti dalla patria potestà sono esercitati di regola dal padre; e la già citata decisione n. 102 del 1967, con cui fu mantenuto l'impianto codicistico fondato sulla patria potestà.

Solo dopo la riforma del diritto di famiglia, che ha sostituito la patria potestà con la potestà genitoriale (v. ora l'art. 147 c.c.), la Corte ha posto sul medesimo piano la madre e il padre nel rapporto coi figli: si vedano la sentenza n. 30 del 1983, in tema di trasmissione della cittadinanza i figli, ma anche le molteplici e più recenti decisioni con cui la Corte ha esteso ai padri i diritti di astensione dal lavoro che la legislazione aveva concesso alle madri[79].

Venendo alle questioni più recenti, non è dunque forse un caso che la Corte sia stata chiamata a confrontarsi nuovamente con il principio della parità ex art. 29, comma 2, cost. proprio in una questione che concerne l'eguale posizione dei genitori nei confronti dei figli, ossia con la regola dell'attribuzione ai figli del cognome paterno, ultimo retaggio della concezione patriarcale.

La Corte costituzionale si è pronunciata su questo profilo in più occasioni, nel 1988 (v. ordinanze nn. 176 e 586) e nel 2006 (v. sentenza n. 61). Tutte le decisioni sono state risolte nel senso dell'inammissibilità, ritenendo che i giudici *a quibus* avessero sollecitato un intervento normativo precluso al giudice costituzionale, ma la motivazioni delle tre pronunce sono profondamente diverse.

Nella prima ordinanza, di "manifesta" inammissibilità, la Corte ha osservato che la scelta del cognome dei figli all'atto costitutivo della famiglia costituisce presidio dell'interesse alla conservazione dell'unità familiare, anche se «sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, il quale concilii i due principi sanciti dall'art. 29 Cost., anziché avvalersi

[79] Cfr. Corte cost., sentenze nn. 1 del 1987, 341 del 1991, 179 del 1993, 104 del 2003 e 385 del 2005.

dell'autorizzazione a limitare l'uno in funzione dell'altro». Nella successiva ordinanza di manifesta inammissibilità, la n. 586 del 1988, la Corte aveva osservato che «il limite derivante da tale ordinamento all'eguaglianza dei coniugi non contrasta con l'art. 29 Cost., in quanto utilizza una regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio». La Corte, in sostanza, affermò che la regola non era incostituzionale perché "radicata nel costume sociale", anche se il legislatore avrebbe potuto superarla.

Ben diversa è la motivazione contenuta nella "sentenza" di inammissibilità n. 61 del 2006[80]. Qui la Corte costituzionale, a distanza di diciotto anni dalle precedenti decisioni, osserva che «non può non rimarcarsi che l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna». Pur non potendo intervenire, non essendoci un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, né ritenendo di poter accogliere la questione, demandando ad un futuro intervento del legislatore la successiva regolamentazione organica della materia, la Corte – richiamando diversi atti di natura internazionale – invita il legislatore a modificare le norme vigenti, tenendo conto del fatto che, anche volendo evitare il doppio cognome, è necessario individuare un criterio di scelta che non ponga l'uomo in una posizione di prevalenza rispetto alla donna[81].

La Corte, dunque, aderisce alla lettura secondo cui l'unità familiare può anche comportare il sacrificio della posizione di uno dei due coniugi, ma la prevalenza non deve essere necessariamente attribuita all'uomo[82], finendo così per annullare, anche per ciò che concerne il rapporto genitoriale, ogni differenza basata sul criterio sessuale.

[80] Su cui cfr. la nota di I. Nicotra, *L'attribuzione ai figli del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale: le nuove Camere colgano il suggerimento della Corte per modificare la legge*, in www.forumcostituzionale.it

[81] Il fatto che tale "invito" della Corte costituzionale sia rimasto inascoltato è stato sottolineato dal Presidente della Corte costituzionale Ettore Gallo nella relazione pronunciata in occasione della riunione straordinaria del 12 aprile 2013.

[82] Così, da ultimo, anche M. Luciani, *I punti qualificanti della disciplina costituzionale dei rapporti etico-sociali. La famiglia*, in *Stato della Costituzione*, Milano 1998, 153, sia pure non con riferimento al tema del cognome.

8. (*SEGUE*) … A PRINCIPIO AUTONOMO VOLTO A GARANTIRE L'UNITÀ MATERIALE DELLA FAMIGLIA LEGITTIMA E "NUCLEARE".

Dalla ricostruzione svolta nei paragrafi precedenti è emerso come l'unità familiare come limite al principio di parità abbia sempre avuto un'applicazione residuale, anche - dalla riforma del diritto di famiglia in poi - nella definizione del rapporto tra i genitori.

Ciò tuttavia non significa che il principio costituzionale dell'unità familiare abbia perso la propria forza. La riforma del diritto di famiglia ha costituito un vero spartiacque su questi temi, poiché da quel momento l'unità della famiglia non è stata più imposta, ma salvaguardata[83], e ciò ha avuto l'effetto di trasformare il principio di unità familiare da "limite" a principio autonomo da garantire. Da quel momento, infatti, l'unità familiare, intesa come unità fisica, ha iniziato ad essere invocata come valore da tutelare in sé, assumendo in sostanza il medesimo significato che, nel sistema della Convenzione europea, ha il principio del rispetto della vita familiare ex art. 8 Cedu.

Nella giurisprudenza costituzionale questo mutamento emerge attraverso l'analisi dei casi in cui la tutela dell'unità della famiglia ha costituito argomento a favore o contro le discipline che, in tema di organizzazione del lavoro, favoriscono l'"avvicinamento" ai propri familiari (v. Corte cost., sentenze nn. 113 del 1998 e 183 del 2008), ma, soprattutto, leggendo le decisioni in tema di ricongiungimento ed espulsione degli stranieri extracomunitari.

E' interessante notare che la Corte costituzionale ha avallato questo mutamento di prospettiva, ossia ha ammesso che il principio di unità familiare possa essere evocato come parametro autonomo per ottenere un intervento positivo da parte dello Stato, ma ne ha, al contempo, delimitato rigorosamente l'applicazione alla famiglia legittima e nucleare, ossia alla famiglia che si crea con il matrimonio, formata dai coniugi e, se ci sono, dai figli minori.

Al di fuori di questi legami, costituzionalmente tutelati, ha ritenuto che spetti al legislatore decidere quale "ampiezza" riconoscere alla famiglia e, in tema di ricongiungimento ed espulsione dei non cittadini, operare un bilanciamento tra il diritto degli stranieri all'unità familiare e "il diritto dello Stato a regolamentare l'ingresso in Italia".

La Corte ha così operato una distinzione tra diritto costituzionale all'unità familiare, con riferimento ai legami tra coniugi e tra genitori e figli minori, e

[83] Cfr. V. Zambrano, *La famiglia e l'insostenibile leggerezza dell'essere. Un itinerario tra diritto privato e Chaos naturale delle relazioni umane*, in *DPCE* 2/2010, 400.

"interesse all'affetto", con riferimento a tutte le altre relazioni familiari[84]. In questo secondo caso non si ha più un bilanciamento tra valori di rango costituzionale, bensì «si aprono margini che consentono al legislatore di bilanciare 'l'interesse all'affetto' con altri interessi di rilievo»[85]. Secondo la Corte la solidarietà familiare non implica la convivenza, che, invece, deve essere assicurata, quale condizione dell'unità familiare, solo ai componenti della famiglia nucleare.

Ne consegue che, ex art. 29 cost., è costituzionalmente doveroso solo il ricongiungimento tra coniugi e, anche grazie all'art. 30, comma 1, cost., tra genitore e figlio naturale[86] e tra genitori non coniugati e figli minori[87]. Non è stato invece possibile ottenere dalla Corte il ricongiungimento con i genitori[88] e con i figli maggiorenni[89], al di fuori dei casi già previsti dalla legge[90].

Sulla base dello stesso principio la Corte ha deciso anche le questioni aventi ad oggetto le espulsioni dei cittadini extra-comunitari, che lamentavano la lesione del diritto all'unità familiare, in quanto avevano dei legami familiari in Italia.

In un caso, il provvedimento di espulsione aveva raggiunto uno straniero i cui familiari soggiornavano tutti regolarmente in Italia e che non aveva alcun legame familiare, sociale, linguistico e culturale con il suo paese di origine. La Corte costituzionale ha risolto la questione nel senso della manifesta inammissibilità, ritenendo che postulasse scelte lasciate alla discrezionalità del legislatore, ed escludendo, cioè, che esista una soluzione costituzionalmente obbligata[91]. Richiamando la propria giurisprudenza sui limiti alla tutela costituzionale del diritto

---

[84] Sul punto, cfr. G. Sirianni, *"Diritto alla unità familiare" e "interesse agli affetti" dei cittadini extracomunitari secondo la Consulta* (6/4/2006), in www.costituzionalismo.it

[85] V. Corte cost., sentenza n. 224 del 2005.

[86] V. Corte cost., sentenza n. 28 del 1995.

[87] V. Corte cost., sentenza n. 203 del 1997, con cui la Corte precisò che la propria decisione di ammettere il ricongiungimento del genitore non coniugato con il figlio minore si fondava sulla volontà di tutelare l'interesse di quest'ultimo, a prescindere dal rapporto dei genitori tra di loro.

[88] Con riferimento alla possibilità di ottenere il ricongiungimento con i genitori, cfr. Corte cost., sentenza n. 224 del 2005 e ordinanza n. 464 del 2005. I giudici rimettenti avevano invocato la violazione degli artt. 2, 3 e 29 della Costituzione, insieme all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, o come norma in grado di interpretare le disposizioni costituzionali o come parametro interposto. In entrambi i casi le richieste di ricongiungimento erano state respinte in quanto i genitori avevano altri figli nel paese di origine, sia pure non in grado di mantenere i genitori.

[89] Con riferimento, invece, alla relazione familiare intercorrente tra genitori e figlio maggiorenne, v. soprattutto Corte cost., ordd. n. 187 del 2004, 224 del 2005, 464 del 2005, 162 del 2006, 368 del 2006.

[90] Sul ricongiungimento familiare, si rinvia, nell'ambito di questo convegno, all'intervento di U. Ronga, *Il ricongiungimento familiare.*

[91] Cfr. Corte cost., ord. n. 260 del 2005.

all'unità familiare per il cittadino straniero, essa si è limitata a verificare se vi fosse un contrasto con l'art. 29 Cost. Poiché il soggetto da espellere non aveva costruito in Italia una propria famiglia (moglie e figli minori), ma invocava "solo" di avere tutti i parenti in Italia e di non avere più alcun legame con il paese di origine, la Corte ha ritenuto che si trattasse di scelta riservata alla discrezionalità legislativa[92].

Bisognerà vedere se questa applicazione estremamente rigorosa della nozione di unità familiare reggerà alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ben più attenta al mantenimento dei legami familiari intesi in senso ampio[93].

9. Che cosa si intende per famiglia come "società naturale"? La famiglia legittima fra tradizione e innovazione: sul paradigma eterosessuale del matrimonio.

Introducendo queste riflessioni, si è affermato che oggi il diritto costituzionale è chiamato a dare risposte ai problemi posti dall'evoluzione del modello "tradizionale" di famiglia (§§ 1 e 2). Dopo aver provato a definire quali siano le prospettive di fondo da cui muovono coloro che si occupano di questi temi (§ 3), si è ritenuto opportuno muovere da un'analisi delle disposizioni costituzionali e, in particolare, dell'art. 29 cost., per comprendere che cosa qualifichi la "famiglia" tutelata dalla Costituzione, anche in relazione all'art. 30 cost. (§ 4). Ciò ha consentito anzitutto di riconoscere lo *status* "differenziato" (non sempre privilegiato) che la Costituzione attribuisce alla famiglia fondata sul matrimonio rispetto alle altre forme di convivenza, che pure sono meritevoli di tutela (§ 5).

Per definire i caratteri della famiglia legittima, è stato però necessario ragionare dei principi costituzionali che caratterizzano il matrimonio, verificandosi come l'art. 29 cost. abbia avuto una portata "innovativa" all'interno del modello familiare (§§ 6 e 7) e come la giurisprudenza costituzionale abbia poi costantemente "aggiornato" la nozione di parità dei coniugi rispetto all'evoluzione della società.

---

[92] Mentre in altre decisioni la Corte ha anche osservato che impedire l'espulsione per motivi familiari potrebbe costituire un aggiramento delle disposizioni sui ricongiungimenti familiari. In quei casi, in effetti, i soggetti erano stati raggiunti da un provvedimento di espulsione in quanto soggiornanti illegalmente in Italia, pur avendo avuto la possibilità di chiedere previamente il ricongiungimento (v. Corte cost., ordd. nn. 232 del 2001, 158 del 2006, 361 del 2007).

[93] Ma sul punto, per una impostazione dei problemi, sia consentito rinviare a F. Biondi *L'unità familiare nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti europee (in tema di ricongiungimento familiare ed espulsione degli stranieri extracomunitari)*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli 2006, 63-98.

GRUPPO DI PISA
DIBATTITO APERTO SUL DIRITTO E LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Si tratta ora di capire se tale nozione di famiglia legittima possa, a sua volta, subire delle trasformazioni.

Questo ci pone di fronte al problema dell'ammissibilità del matrimonio omosessuale, tema che oggi, più di tutti (e non solo nel nostro Paese), interessa il dibattito costituzionalistico sulla famiglia[94].

Per provare a mettere sul tappeto i diversi problemi sollevati dalla dottrina, pare utile muovere dall'interpretazione della formula "società naturale" con cui l'art. 29 cost. definisce la famiglia.

Sicuramente a tale espressione è stato dato un peso eccessivo rispetto alle scelte compiute in Assemblea costituente[95] e, dunque, potrebbe sembrare a prima vista riduttivo affrontare il tema muovendo da questa prospettiva. Resta però il fatto che tutte le volte in cui la nozione giuridica di famiglia si deve confrontare con situazioni nuove, quando il legislatore o, in seconda battuta, i giudici sono sollecitati ad "innovare" il diritto di famiglia, si torna a discutere del significato della famiglia come "società naturale". Pensiamo al dibattito sull'introduzione dell'istituto del divorzio, a suo tempo osteggiato da alcuni perché il vincolo matrimoniale unirebbe gli uomini come un fatto "di natura" e, dunque, non potrebbe essere la volontà umana a scioglierlo[96], e, appunto, oggi, alla possibilità di estendere l'istituto matrimoniale a legami affettivi diversi da quelli che "secondo natura" si instaurano tra un uomo e una donna. Se è così, vale allora la pena di ripercorrere sinteticamente questi dibattiti, poiché nascondono il cuore del problema, ossia la possibilità di dare una regolazione giuridica a ciò che per alcuni non è nella "natura" delle cose o nella "natura" umana, come se esistesse un'«essenza ontologica sottratta a discussione» (prospettiva, per altro, affatto nuova, che non riguarda solo il diritto di famiglia, poiché, venuta meno, nella nostra società, l'omogeneità per lingua, etnia e religione, l'argomento della

[94] Cfr. R. Romboli, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali*, in *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, a cura di G. D'Elia, G. Tiberi e M.P. Viviani Schlein, Milano 2012, 625, per il quale l'eventuale riconoscimento del "diritto al matrimonio tra omosessuali" si pone come situazione costituzionalmente tutelabile nell'ambito dei c.d. "diritti nuovi".

[95] Così. F. Dal Canto, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto alla convivenza*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, ma anticipato in *Rivista Aic* n. 00 del 2.7.2010, 5 del paper.

[96] Si tratta di un dibattito ormai risolto, anche se, di recente, la tesi è stata nuovamente sostenuta da F. Vari, *Contributo allo studio della famiglia nella Costituzione italiana*, Bari 2004, 49-57.

Per maggiori approfondimento sulle diverse tesi si rinvia a M. Pedrazza Gorlero – L. Franco, *op. cit.*, 271 ss., come già, sulle tesi in merito alla possibilità di introdurre con legge ordinaria il divorzio, a P. Barile, *op. cit.*, 177, nota 9.

"natura" viene riproposto in tutti gli ambiti in cui ci si trova ad affrontare fatti che «sgretolano certezze elementari»[97]).

In merito alla possibilità di ammettere anche gli omosessuali al matrimonio, a costruire cioè una famiglia "legittima", va ricordato che, da tempo, individui e associazioni chiedono il riconoscimento della relazione affettiva tra persone dello stesso sesso attraverso l'accesso all'istituto matrimoniale, rivendicando un "eguale" trattamento rispetto alle coppie eterosessuali. Si tratta, tra l'altro, di coppie che – almeno in Italia[98] - non hanno nessun'altra possibilità di vedere riconosciuto giuridicamente il loro rapporto affettivo (con la sola eccezione dei registri delle unioni civili istituiti in alcuni Comuni[99]).

E' evidente come questa istanza metta in discussione l'essenza stessa della nozione costituzionale di "famiglia" fondata sul "matrimonio", poiché significa capire se la nozione costituzionale debba o possa includere la relazione tra persone dello stesso sesso. Gli argomenti che i più adducono a favore o contro tale possibilità muovono spesso – come detto - dall'interpretazione dell'aggettivo "naturale", nel senso che il riferimento alla "naturalità" della famiglia costituirebbe un ostacolo all'intervento del giudice o del legislatore.

Quasi tutti ormai concordano sul fatto che, definendo la famiglia una società "naturale", non si intendeva affatto evocare i valori e i principi del diritto naturale[100]:

---

[97] Le formule usate sono di C. Pinelli, *Gli appelli alla natura e le prospettive del diritto costituzionale*, in *Diritto pubblico* 3/2008, 703 ss.

Ma così anche G. Zagrebelsky, *Contro l'etica della verità*, Milano-Bari 2008, 106: «La storia del "diritto naturale" è fatta di corsi e di ricorsi. Per lunghi periodi può essere dato per morto. Nei decenni passati, quasi nessuno ci pensava più. Ma questo è un momento di rinascita: quando la legge fatta dagli uomini secondo le loro mutevoli convenzioni appare ingiusta, le si contrappone la legge obiettiva della natura, che nessuno può alterare. Così si fa da parte della Chiesa cattolica, per opporsi al cambiamento in tema di unioni tra persone, eutanasia, sperimentazione scientifica, genetica, ecc. e per ritornare all'antico in tema di famiglia, contraccezione, aborto, ecc.».

[98] Per un quadro dei diversi livelli di tutela delle coppie omosessuali in Europa, si rinvia ai lavori di N. Pignatelli, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e "funzione" familiare,* in *Rivista di diritto costituzionale* 2005, 243 ss.; S. Agosta, *Uno sguardo sulle unioni omosessuali dalla prospettiva comparatistica: una lezione che stenta ancora ad essere imparata*, (21 settembre 2011), in *www.forumcostituzionale.it*.; agli scritti contenuti nel numero 2/2010 di *DPCE*.

[99] Ma su questo si rinvia all'intervento, in questo convegno, di L. Imarisio, *Il registro delle unioni civili*.

[100] Così invece G. Dalla Torre, *Motivi ideologici e contingenze storiche nell'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Famiglia, diritto e diritto di famiglia*, Milano 1985, 58. Sul punto, cfr. C. Grassetti, voce *Famiglia (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino 1961, 50; G. Santoro Passarelli, *Matrimonio e famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli 1961, 333; G. Lombardi, *La famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Iustitia* 1965, 3.

l'art. 29 cost. non presuppone l'esistenza di uno *jus naturale* della famiglia, intesa come ordinamento a normazione separata, astorico e immutabile, con immediati caratteri di sovranità, rispetto al quale lo Stato dovrebbe disinteressarsi e mai intervenire. Attente analisi dei lavori preparatori della Costituzione hanno dimostrato, senza nascondere come l'idea fosse cara ad alcuni costituenti, che la maggioranza dell'Assemblea superò le riserve nei confronti di tale formula solo quando fu chiaro che con essa si voleva solo riconoscere la preesistenza della famiglia rispetto allo Stato[101]. L'art. 29 cost. - come già si è detto (v. *retro* § 3) - utilizza questa locuzione per definire un rapporto tra famiglia e Stato tale da proteggere l'autonomia familiare rispetto ad una funzionalizzazione della famiglia ad interessi "superiori", diversi da quelli dei suoi componenti.

A questo punto, ci si potrebbe limitare ad osservare che la definizione della famiglia come "società naturale" «attribuisce rilievo giuridico alla constatazione di fatto che, tra i membri della famiglia, non sussistono solo freddi vincoli giuridici, ma legami affettivi (legami "naturali" che, come dice la Costituzione, rendono la famiglia "società naturale")»[102]. Analogamente, si potrebbe dire che «La qualifica di "società naturale" sta semplicemente ad indicare che la Costituzione dà per scontato l'impulso dell'uomo alla formazione di una famiglia, obiettivo che lo Stato non potrebbe legittimamente precludere né eccessivamente ostacolare, proprio perché si tratta di una meta "naturale" della vita umana»[103]. Così intesa, la "naturalità" evocherebbe ciò che già l'art. 2 cost. afferma per tutte le formazioni sociali, cioè che la famiglia è il luogo del "naturale" sviluppo della propria personalità.

L'evoluzione del modello familiare ha tuttavia riproposto il problema dell'interpretazione dell'art. 29 cost., poiché nell'aggettivo "naturale" è stato trovato, da alcuni, un presidio, un limite, rispetto a prospettate riforme del diritto di famiglia volte ad "aggiornarne" la nozione costituzionale, al punto da mutare quel nucleo duro strettamente legato alla tradizione, se non religiosa, almeno culturale in cui la norma era stata scritta.

Seguendo prevalentemente un criterio di interpretazione storica, si è sostenuto che, poiché il matrimonio conosciuto all'epoca della scrittura della Costituzione era solo quello costituito dall'unione tra uomo e donna, non sarebbe possibile caricare le parole di un significato diverso da quello originario: la "naturalità" andrebbe pertanto riferita al modello tradizionale, ereditato dalla tradizione cattolica e poi raccolto dal diritto civile. Secondo questa lettura, la "naturalità" della famiglia deve essere

[101] Su questo punto si rinvia all'analisi di P. Veronesi, *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, in *Quad. cost.* 2008, 579-583.

[102] Contestando il rinvio al diritto naturale: cfr. C. Esposito, *op. cit*., 138

[103] Cfr. M. Luciani, *op. cit.*, 153.

ricercata all'interno di ciascuna "tradizione" sociale e culturale e, con riferimento al nostro ordinamento, la famiglia non può che essere "naturalmente" fondata su una unione tra uomo e donna[104]. Ancora, si è detto che «ammettere che il modello di "famiglia come società naturale" a cui i Costituenti intesero riferirsi, pure aperto ad assumere forme diverse in armonia con le trasformazioni che avrebbero interessato la società, fosse del tutto fluido quanto alla sua struttura essenziale, pare davvero una forza storica»[105]. Tra gli argomenti addotti a sostegno di questa lettura, vi è poi quello legato alla finalità procreativa (almeno potenziale) del matrimonio: «L'unicità del modello familiare fondato sul matrimonio sarebbe avvalorato dagli artt. 30 e 31, comma 1, Cost., in quanto la filiazione si pone come elemento determinante, quanto meno in linea di tendenza, dell'aggregazione familiare riconosciuta e garantita dalla Costituzione»[106]. Infine, si osserva che il paradigma eterosessuale del matrimonio sarebbe un presupposto anche del principio di parità dei coniugi previsto dalla Costituzione, in quanto dettato dalla volontà di riequilibrare la posizione di svantaggio in cui si trovava la donna rispetto all'uomo all'interno della struttura familiare[107].

Diversamente, altra parte della dottrina, accentuando il legame tra "naturalità" e sviluppo della personalità individuale nella famiglia, ha sostenuto - anche ricordando alcune affermazioni rese durante i lavori preparatori dell'art. 29 cost.[108] - che la qualificazione della famiglia come società naturale serve a riconoscere positivamente la sua naturale attitudine ad essere formazione sociale in continua evoluzione, e che, per realizzare tale finalità, la nozione di famiglia ex art. 29 cost. deve essere adeguata all'evoluzione delle regole sociali[109]. "Naturalità" starebbe per "razionalità" e indicherebbe il «riconoscimento da parte del nostro ordinamento di ciò che *secundum*

[104] Cfr. A. Ruggeri, *op. cit*., 757; F. Dal Canto, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.* 2005; V, 275; V. Tondi della Mura, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della 'libertà'* (33 settembre 2010), in *federalismi.it* 17/2010; E. Giacobbe, *Osservazioni sulla famiglia nell'ordinamento giuridico italiano,* in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, a cura di A. D'Atena, Milano, 2012, 818-819, nota 27.

[105] Cfr. F. Dal Canto, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale*, cit., 6.

[106] Cfr. G. Giacobbe, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Materiali per una ricerca*, II ed., 44-45.

[107] Così G. Giacobbe, *Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, cit., 847.

[108] Cfr. ancora P. Veronesi, *Costituzione, «strane famiglie»*, cit., 580-581.

[109] Per la tesi della necessaria relatività e storicità dei principi di ordinamento della famiglia, cfr. M. Bessone, *op. cit*., passim, spec. 21; M. Manetti, *op. cit*., 5 (anche se non espressamente con riferimento all'introduzione del matrimonio omosessuale).

naturam s'intende per famiglia in un dato momento dell'evoluzione storica»[110]. Ciò significa che la nozione di "famiglia" può subire delle trasformazioni e non rimanere necessariamente cristallizzata alla tradizione culturale in cui è stato scritto l'art. 29 cost. E significa ammettere che la trasformazione del diritto di famiglia non avviene perché si amplia la conoscenza della "natura", ma perché si è modificata la percezione di ciò che è socialmente accettabile"[111], a prescindere – per ora – dal fatto che l'"aggiornamento" spetti anche ai giudici o solo al legislatore[112].

Per sostenere questa tesi, rispetto alla potenzialità procreativa dell'unione eterosessuale che sarebbe sottesa all'istituto matrimoniale, si obietta come si tratti di un'osservazione non giuridicamente argomentabile, non tanto, o non solo, per l'affermarsi di una concezione della procreazione cosciente e responsabile[113], quanto perché l'ordinamento consente di sposarsi anche a chi certamente non può avere figli per ragioni di età, di salute, ma anche per aver mutato sesso[114].

Per ciò che concerne, invece, l'argomento secondo cui è il principio di parità dei coniugi a presupporre l'eterosessualità, si osserva come il termine "coniugi" sia neutro, prestandosi ad una interpretazione "evolutiva" capace di includere la coppia omosessuale[115].

---

[110] Cfr. già Mancini, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Riv. dir. civ.* 1963, I, 225; P. Barcellona, *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 780; S. Rodotà, *La riforma del diritto di famiglia alla prova. Principi ispiratori e ipotesi sistematiche*, in *Pol. del dir.* 1975, 677; e, con specifico riferimento alla possibilità di estendere il matrimonio agli omosessuali, A. Pugiotto, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*, in *forumcostituzionale.it*; P. Veronesi, *op. cit.*, 577 ss.

[111] Cfr. C. Saraceno, *Coppie e famiglie*, cit., 24.

[112] Per questa seconda possibilità, cfr. M. Luciani, *op. cit*., 153, per il quale la formula "società naturale" «potrebbe voler indicare l'intenzione di non garantire la tutela dell'ordinamento a tutte quelle ipotesi in cui il nucleo familiare venga costituito in modo "non naturale" […] In questi casi, la Costituzione non esclude che il legislatore ordinario estenda l'ambito delle garanzie costituzionali oltre quello "naturale", ma certo non impone che simili garanzie vadano riconosciute», ma anche, fra i non giuristi, C. Saraceno, *op. ult. cit.*. 17-23, per la quale, ancora, «E' la norma che decide di volta in volta che cosa della "natura" è considerato socialmente legittimo (ad esempio la procreazione entro il matrimonio, l'eterosessualità coniugale) e ciò che non lo è (ad esempio, la procreazione fuori dal matrimonio, fuori dal rapporto di coppia eterosessuale stabile, l'omosessualità), ciò che, esplicitamente artificiale (ad esempio l'adozione), o solo parzialmente naturale (una qualche forma di riproduzione assistita), costituisce una famiglia e ciò che invece non può accedere a questo riconoscimento».

[113] P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, Milano 2007, 81 ss.

[114] Sul punto si rinvia a B. Liberali, *Eterosessualità e funzione procreativa del matrimonio: un argomento superabile dalla Corte costituzionale***,** in *La "società naturale"*, cit., 207.

[115] Cfr. B. Pezzini, *op. cit*., 18; R. Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giur. cost.* 2010, ma anticipato in *Rivista Aic* del 2/07/2010, 8 paper

10. IL TENTATIVO DI ESTENDERE IL MATRIMONIO AGLI OMOSESSUALI IN VIA GIUDIZIARIA: L'ART. 29 COST. NELLA DECISIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 138 DEL 2010.

Il tema del matrimonio omosessuale è stato affrontato dalla Corte costituzionale italiana nella notissima sentenza n. 138 del 2010[116] (poi confermata dalle ordinanze nn. 276 del 2020 e 4 del 2011).

La questione era stata sollevata da alcuni giudici[117] chiamati a decidere giudizi promossi in opposizione all'atto con il quale l'ufficiale di stato civile aveva rifiutato di procedere alla pubblicazione di matrimonio richiesta da due persone dello stesso sesso [118].

I giudici, constatando che la diversità di sesso non è requisito espressamente previsto dalla Costituzione, né da altra disposizione normativa per l'accesso al matrimonio[119], e ritenendo di non poter procedere autonomamente ad una interpretazione conforme a Costituzione[120], chiedono alla Corte costituzionale di dichiarare l'incostituzionalità di diversi articoli del codice civile[121], nella parte in cui, "sistematicamente interpretati", non consentono di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso[122].

---

[116] La questione di legittimità costituzionale è stata oggetto di studio nel seminario "preventivo" svoltosi a Ferrara il 26 febbraio 2010, i cui atti sono raccolti nel volume *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, P. Veronesi, A. Pugiotto, Torino 2010.

[117] Cfr. l'ordinanza del 3 aprile 2009 del Tribunale di Venezia, Sez. III civile; l'ordinanza del 29 luglio 2009, della Corte d'appello di Trento; l'ordinanza del 13 novembre 2009, della Corte d'appello di Firenze; l'ordinanza dell'11 dicembre 2009 del Tribunale di Ferrara.

[118] Sui precedenti, cfr. F. Dal Canto, *Persone dello stesso sesso. A distanza di ventotto anni dalla prima pronuncia, ancora chiuse le porte alle pubblicazioni matrimoniali*, in *Foro it.* 2008, pt. I, 3697 ss.

[119] Sul fatto che nel codice civile non si rinvenga alcuna disposizione capace di vietare, almeno formalmente, il matrimonio tra persone dello stesso sesso, cfr. P. Tincani, *Diritto, natura, diritti. L'affaire del matrimonio omosessuale*, in B. Pezzini (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli 2009, 173 ss.

[120] Cfr., sul punto, R. Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio*, 3-5.

[121] Precisamente, gli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis, 231 c.c.

[122] Non è chiaro se i giudici abbiano escluso di poter procedere attraverso un'autonoma interpretazione delle norme in senso conforme a Costituzione perché sul punto esiste un diritto vivente (in quanto la giurisprudenza ordinaria è costante nell'affermare che la diversità sessuale è un requisito che determina l'esistenza stessa del matrimonio), oppure perché hanno fatto loro il presupposto

I parametri costituzionali violati vengono individuati negli artt. 2, 3, 29, comma 1, e 117, comma 1, cost. (quest'ultimo in relazione agli artt. 8, 12 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e agli artt. 7, 9 e 21 della Carta di Nizza).

La motivazione era tuttavia principalmente incentrata sui primi due parametri, l'art. 2 cost., cui viene ricondotto il diritto di sposarsi quale libertà fondamentale della persona, e l'art. 3 cost., poiché, se il diritto di sposarsi è espressione della libertà della persona, non può incontrare ostacoli in discriminazioni basate sul sesso o sull'orientamento sessuale.

Le ordinanze di rimessione muovono dunque dal principio di "autodeterminazione" e da una concezione "forte" dell'uguaglianza come pretesa soggettiva.

Nell'impostazione dei giudici *a quibus* l'art. 29 cost. assume invece un ruolo "secondario", poiché viene invocato come limite dell'intervento dello Stato, il quale potrebbe, con legge, garantire i principi costituzionali dell'uguaglianza tra i coniugi e dell'unità familiare, ma non anche "imporre" l'eterosessualità. La "naturalità" della famiglia è, dunque, intesa come realizzazione della propria personalità.

Solo in un'ordinanza di rimessione si sosteneva che il divieto di matrimonio omosessuale si ponesse in contrasto anche con l'art. 117 cost., ossia con i principi stabiliti dalla Convenzione europea e dalla Carta dei diritti.

La decisione della Corte è stata oggetto di molteplici e approfonditi commenti[123], ma pare tuttavia utile ripercorrerne, sinteticamente, la motivazione, poiché costituisce una decisione molto importante – se non, forse, ad oggi, la più importante – nella definizione della relazione tra famiglia e matrimonio.

La Corte costituzionale, superando alcuni dubbi in merito all'individuazione dell'oggetto[124], entra nel merito della questione, modificando però l'impostazione datane dai giudici *a quibus*, forse per raggiungere un "compromesso": da una parte, come si vedrà, riconoscere la necessità di una tutela giuridica generale della "coppia" omosessuale, dall'altra, la esclude dalla nozione costituzionale di famiglia legittima.

---

interpretativo secondo cui la diversità di sesso dei nubendi costituisce un postulato implicito nel nostro ordinamento, ma sul punto sia consentito rinviare all'analisi di R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale e le sue interpretazioni*, in *Rivista AIC* 3/2011, 3-4.

[123] Di cui è non – per altro - possibile tenere interamente conto. Si rinvia, tuttavia, ancora una volta, per un panorama dei vari commenti, a R. Romboli, *op. ult. cit.*

[124] Su cui cfr. B. Pezzini, *op. cit.*, 4; G. Ferrando, *Questo matrimonio non si può fare?*, in *La società "naturale" e i suoi "nemici"*, cit., 155; R. Romboli, *op. ult. cit.*, 3.

Con riferimento alla lamentata violazione dell'art. 2 cost., la Corte – com'è stato osservato[125] – "crea" la questione.

Mentre i giudici avevano invocato tale disposizione come norma capace di estendere alla coppia omosessuale il diritto a sposarsi, la Corte si sofferma, invece, sulla riconducibilità dell'unione omosessuale alla categoria delle formazioni sociali e sulla loro tutela giuridica. E così essa afferma che certamente l'unione omosessuale, «intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso», rientra nella categoria tutelata dall'art. 2 Cost., e che ad essa spetta «il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia».

Tuttavia, il riconoscimento giuridico «con i connessi diritti e doveri» deve essere introdotto «nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge», dovendosi escludere - secondo la Corte - «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».

Poiché i giudici chiedono di pronunciarsi su una lacuna colmabile con una pluralità di modelli, la Corte ritiene di non potersi pronunciare direttamente e, pur riservandosi, per il futuro, «la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni» («Può accadere, infatti, 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»), decide nel senso dell'inammissibilità[126].

Nella seconda parte della decisione, la Corte si occupa della lamentata violazione degli artt. 3 e 29 cost., anche qui correggendo l'impostazione dei giudici *a quibus* e dando priorità alla norma sulla famiglia anziché al principio di uguaglianza: prima, secondo la Corte, bisogna verificare che cosa si intende per famiglia ex art. 29 cost., solo in seguito verificare se l'esclusione degli omosessuali costituisca una discriminazione.

---

[125] Cfr. R. Romboli, *op. ult. cit.*, 5.

[126] Tale decisione è stata ricondotta alla categoria delle sentenze di inammissibilità per discrezionalità legislativa, sul presupposto che la Corte fosse stata posta di fronte ad una lacuna (cfr. G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Torino 2012, 399). Il giudice costituzionale era stato, tuttavia, chiamato a pronunciarsi su un caso di natura costituzionale e avrebbe forse potuto adottare una decisione più incisiva, e, anziché limitarsi ad invocare la discrezionalità legislativa, affermare che una violazione c'è, pur ammettendo di non avere gli strumenti per intervenire (ad esempio, con una sentenza additiva di principio).

In questo notissimo passaggio della sentenza n. 138 del 2010, dopo aver escluso che sia la "naturalità" della famiglia ad impedire un'evoluzione del diritto di famiglia, poiché con l'espressione società naturale «si volle sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere», la Corte afferma che «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei princìpi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi». Immediatamente dopo si legge, però, che «Detta interpretazione, .., non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata». Richiamando i lavori preparatori della Costituzione, la Corte ritiene che i costituenti «tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, […], stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso» e, pertanto, che «Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa». A rafforzare tale interpretazione starebbero anche il secondo comma dell'art. 29 cost. 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, e l'art. 30 cost., che starebbe ad indicare il «rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale».

La presunta violazione del principio di uguaglianza viene quindi risolta in poche righe, osservando che la normativa impugnata non dà luogo a discriminazione in quanto «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio».

Con riferimento agli artt. 3 e 29 la questione è, dunque, dichiarata infondata.

Infine, rispetto alla lamentata lesione dell'art. 117 cost., la Corte costituzionale ribadisce la centralità del legislatore nazionale, poiché nessun atto comunitario o internazionale impone l'equiparazione tra uomo e donna, e si pronuncia per l'inammissibilità.

11. Impedire la discriminazione o tutelare la dimensione "istituzionale" della famiglia? E' possibile ridurre le distanze?

Ciò che più colpisce leggendo la decisione della Corte costituzionale è che il profilo "discriminatorio" sotteso al divieto del matrimonio omosessuale sia stato messo in secondo piano rispetto alla definizione dei caratteri costituzionali della famiglia e del matrimonio, che ci sia stata cioè un'inversione tra la violazione dell'art. 3 cost. e la lesione dell'art. 29 cost.

Nell'impostazione dei giudici *a quibus* traspare chiaramente l'impostazione di quella dottrina che, fondando il sistema dei diritti fondamentali sulla soggettività individuale, ha cercato di enucleare dalle norme costituzionali (con un'evidente influenza dell'impostazione tipica delle Carte dei diritti e delle giurisdizioni sovranazionali) un "diritto al matrimonio" degli omosessuali, espressione del principio di autodeterminazione, che sarebbe leso dalla mancata possibilità di sposarsi. In altre parole, se ci si sposa per sviluppare la propria personalità, se la famiglia è il luogo della realizzazione personale, perché ammettervi gli eterosessuali e non anche gli omosessuali?

La Corte risponde seguendo una prospettiva completamente diversa: senza affatto confermare, né smentire l'esistenza di un diritto al matrimonio[127], ha ritenuto necessario prima definire che cos'è la famiglia e, in particolare, la famiglia legittima, e solo poi verificare se il divieto di sposarsi si traduca in una discriminazione per ragioni di sesso o di orientamento sessuale. E poiché - secondo la Corte - la famiglia, nelle intenzioni dei costituenti o, comunque, secondo millenaria e consolidata tradizione (ma su questo passaggio si tornerà), è formata da un uomo e da una donna, la discriminazione non c'è, poiché si tratta di due situazioni "non omogenee".

Ma siamo certi che si tratti di due posizioni inconciliabili?

Certamente lo sono se chi chiede l'estensione del matrimonio agli omosessuali lo fa muovendosi solo nell'ambito dell'art. 2 cost., perché, così facendo, offre facilmente il fianco ad aperture – come quella che ha fatto la Corte – a tutele "diverse" da quelle che scaturiscono dal matrimonio.

Certamente lo sono se, dal canto suo, la Corte costituzionale, contraddicendo la propria decennale giurisprudenza, esalta certi "caratteri" della famiglia e, in

[127] Può essere interessante ricordare che la Corte costituzionale, almeno in tre decisioni, ha enucleato dalle norme costituzionale un "diritto" al matrimonio, inteso però come "libertà matrimoniale", ossia come impossibilità, per il legislatore, di impedire, direttamente o indirettamente, ad un soggetto di sposarsi: si possono ricordare la sentenza n. 27 del 1969, con cui la Corte salvò la norma che fissava il "divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio", anche se nella decisione l'art. 29 cost. non compare come parametro rilevante; la sentenza n. 445 del 2002, con cui venne dichiarata l'incostituzionalità della disposizione che imponeva l'assenza del vincolo coniugale per accedere ad impieghi militari; infine, la sentenza n. 345 del 2002, con cui venne annullata la norma che richiedeva che il cittadino extra-comunitario, per sposarsi, dovesse essere in possesso di un documento attestante la regolarità del soggiorno in territorio italiano.

particolare, la potenziale finalità procreativa della coppia che decide di sposarsi e il principio di parità dei coniugi.

Le due diverse impostazioni ripropongono in Italia dibattiti, già svoltisi negli Stati Uniti a partire dagli anni sessanta, e che ora interessano l'Europa, e che nascono dal tentativo di affermare nuovi diritti muovendo da una concezione individualistico libertaria degli stessi[128].

Con riferimento allo specifico tema del matrimonio omosessuale, si può tuttavia immaginare che le due posizioni possano trovare un punto di incontro.

Se, infatti, da parte degli uni, si prova a recuperare il valore della famiglia come «associazione totale di vita tra due persone non semplicemente diretta a soddisfare in via privata degli affetti, ma avente un interesse pubblico il cui atto fondativo deve essere serio, consapevole, responsabile e dichiarato di fronte alla comunità»[129], da cui scaturiscono diritti, ma anche doveri reciproci, se in tutto ciò viene individuata l'identità della famiglia (*retro* § 3); se, da parte della Corte, si ammette - coerentemente alla propria giurisprudenza - che l'art. 29 cost. è prevalentemente diretto a garantire la relazione coniugale, a prescindere dal fatto che vi siano o meno dei figli (§ 4); se, infine, essa rimane fedele alle proprie decisioni in cui si è presto abbandonata una concezione della pari dignità morale e giuridica dei coniugi capace di differenziare le due posizioni sulla base della diversità sessuale, per affermarne l'assoluta eguaglianza sia nei rapporti reciproci, sia nei confronti dei figli (§§ 6 e 7)[130], allora forse si può provare a pensare che aprire il matrimonio agli omosessuali non costituisca affatto una lesione all'identità della famiglia legittima eterosessuale, né la trasformazione del matrimonio in un contenitore vuoto, ma solo riconoscere che quella società naturale che il matrimonio può trasformare in "famiglia" nel tempo è cambiata.

12. L'ARGOMENTO ORIGINALISTA E QUELLO STORICISTA, IL RAPPORTO TRA GIURISDIZIONE COSTITUZIONALE E DISCREZIONALITÀ POLITICA: I POSSIBILI SVILUPPI DELLA VICENDA ANCHE ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA.

[128] Cfr. M. Cartabia, *In tema di "nuovi" diritti*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Napoli 2011, 625.

[129] Tale definizione è volutamente e "paradossalmente" ripresa dall'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del Tribunale di Ferrara dell'11 dicembre 2009.

[130] Su questo aspetto, cfr. C. Fusaro, *Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale*, in *La "società naturale"*, cit., 153 ss. e L. Imarisio, *L'estensione alle coppie omosessuali dell'accesso al matrimonio civile: la strada maestra per un diritto costituzionale della famiglia "preso sul serio"*, ancora in *La "società naturale"*, cit., 187 ss.

Quanto provato a sostenere nel precedente paragrafo incontra un ostacolo nel fatto che la Corte costituzionale ha sostenuto, sempre nella sentenza n. 138 del 2010, che l'art. 29 cost. intese riferirsi al matrimonio eterosessuale e che «questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, poiché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad una interpretazione creativa».

Questa passaggio della decisione mette evidentemente alla prova le diverse teorie sui criteri di interpretazione della Costituzione. Il tema, particolarmente affascinante proprio se applicato ai problemi della famiglia, è troppo ampio e complesso per essere affrontato in questo contributo[131]. Meritano tuttavia di essere riprese alcune specifiche osservazioni sull'uso che la Corte ha fatto, in questa occasione, del criterio dell'interpretazione originalista e sul rapporto tra il matrimonio ex art. 29 cost. e la nozione "definita dal codice civile del 1942".

Nella motivazione la Corte cerca anzitutto conforto nell'intenzione dei costituenti[132]. Per la prima volta, l'argomento originalista sembra assumere un peso decisivo - finanche eccessivo[133] - nella motivazione[134].

In realtà, l'argomento originalista risulta piuttosto debole, e non solo perché la Corte aveva esordito precisando che «i concetti di famiglia e matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore».

Essa, infatti, afferma che, «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». Ma tale

---

[131] Ma si veda il lavoro monografico di I. Massa Pinto, *La superbia del legislatore di fronte alla «natura delle cose»*, Torino 2012.

[132] Sul criterio originalista, anche con riferimento alla letteratura americana, si rinvia, per tutti, ai lavori di A.M. Poggi, *L'«intenzione del costituente» nella teoria dell'interpretazione costituzionale. Spunti per una sua ridefinizione alla luce della dottrina dell'«original intent»*, in *Dir. Pubbl.* 1997, 153 ss.; L. Pesole, *L'intenzione del legislatore costituente nell'interpretazione del parametro costituzionale*, in *Lavori preparatori ed* original intent *nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Torino 2008, 133; P. Bianchi, *Le trappole dell'originalismo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2012, 281 ss., ma anche a M. Luciani, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Diritto e società* 2009, 24-25, per il quale la polemica originalismo/antioriginalismo andrebbe superata, poiché l'aspirazione della Costituzione implica assoluta fedeltà al patto fondativo dell'ordinamento e, dunque, non alle disposizioni o alle norme, bensì al loro contenuto di valore.

[133] Cfr. F. Dal Canto, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale*, cit., 10.

[134] Mentre è stato dimostrato che, generalmente, esso viene utilizzato per rafforzare la consistenza di altri argomenti: cfr. L. Pesole, *op. cit*., 177.

osservazione avrebbe potuto condurre anche ad esiti opposti[135], ossia a sostenere che l'indifferenza dimostrata dai costituenti consente al legislatore di decidere se ammettere il matrimonio omosessuale e che, fino a quel momento, il divieto di matrimonio omosessuale non è incostituzionale[136].

La Corte, allora, nell'evidente intento di porre un freno all'introduzione del matrimonio omosessuale, cerca di ricostruire la volontà originaria dei costituenti, che pure sul punto non si erano pronunciati, "scivolando" nel problema dell'interpretazione della Costituzione rispetto alla legislazione ordinaria vigente al momento della scrittura della Carta costituzionale[137], ossia utilizzando l'argomento storicista[138]. Com'è noto, vi è chi ritiene che tale criterio consenta di individuare nel testo costituzionale quantomeno una delimitazione dell'area dei significati possibili[139] e chi, all'opposto, sostiene che esso impedisca lo sviluppo dell'ordinamento,

[135] Cfr. R. Bin, *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, cit., 43, osserva che "Siccome i costituenti neppure immaginavano che un giorno coppie omosessuali avrebbero avanzato la pretesa che il matrimonio riconosca in qualche modo la loro relazione, non si può neppure sostenere che l'art. 29. Cost. sia stato scritto proprio per impedire che le coppie omosessuali forzino il divieto di discriminazione in base al sesso sino al punto di contrarre matrimonio allo stesso modo in cui lo contraggono le coppie eterosessuali".

[136] In tal modo la corte sarebbe rimasta coerente alla "filosofia tollerante dell'argomento originalista". Così I. Massa Pinto – C. Tripodina, *Sul come per la Corte costituzionale le "unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio". Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in www.dircost.unito.it , 8 del paper, ma anche C. Tripodina, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in *Lavori preparatori e* original intent, cit., 246, che sottolinea come l'argomento originalista nell'ambito dei diritti fondamentali sia stato usato soprattutto per rendere più libera la discrezionalità legislativa, non per pietrificare la volontà originaria rispetto ad una maggiore tutela dei diritti.

[137] Nota M. Luciani, *op. ult. cit.*, 14: «Il canone dell'interpretazione conforme a Costituzione, […], sollecita uno specifico interrogativo. Esso, infatti, esalta la supremazia della Costituzione, che non si erge solo come limite e condizione di validità della legge, ma penetra *dentro* la legge, definendone lo spazio semantico. Se è così, però, e se la Costituzione resta immota, mentre è proprio della legge l'adeguarsi al mutare delle esigenze del gruppo sociale regolato, l'esaltazione della supremazia della Costituzione che si connette al canone non determina forse conseguenze inaccettabili in termini di capacità regolativa dell'ordinamento? E' proprio in forza di questo interrogativo, anche se spesso solo sottinteso, che […] la questione dell'interpretazione della *legge* conformemente a *Costituzione* è andata di pari passo con quella dell'interpretazione della *Costituzione* al *tempo*».

[138] Il punto è messo in luce da I. Massa Pinto – C. Tripodina, *op. cit*., 12; ma cfr. anche F. Dal Canto, *op. ult. cit*., 10, che avrebbe "preferito" che la Corte ricorresse con maggiore chiarezza al criterio della "tradizione", «nella misura in cui è capace di disvelare, nell'ambito dell'attività interpretativa, il significato degli enunciati normativi».

[139] Cfr. A. Ruggeri, *op. cit*., 752.

delimitando la portata prescrittiva della Costituzione[140]. Qui la Corte aderisce alla prima delle due posizioni, affermando che i costituenti facevano certamente riferimento alla disciplina dell'istituto come disciplinato dal codice civile del 1942 e che quella disciplina limita ancora oggi l'ambito interpretativo della disposizione costituzionale. Essa cerca di riempire il significato dell'art. 29 cost. attraverso la legge ordinaria allora esistente per legare la norma costituzionale al significato "tradizionale" di matrimonio: nella motivazione emerge inequivocabilmente che la Corte considera il paradigma eterosessuale del matrimonio come un dato storico-sociale. La conseguenza ultima di questo percorso è che la volontà originaria viene agganciata al significato "tradizionale" di matrimonio fatto proprio dal codice civile del 1942.

Rispetto alle motivazioni della sentenza n. 138 del 2010 la dottrina si è chiesta se e quali vincoli "positivi" o "negativi" la Corte abbia fissato, *pro futuro*, soprattutto in riferimento alla possibilità che il legislatore decida di introdurre il matrimonio omosessuale.

Quasi tutti concordano sul fatto che la Corte, riconoscendo «il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia» abbia, non solo consentito, bensì imposto[141] al legislatore di introdurre una disciplina generale per le unioni omosessuali (obbligo rafforzato dal fatto di essersi riservata, per il futuro, di tutelare, in assenza dell'intervento legislativo, alcune specifiche situazioni). Sarebbe un caso di "diritto costituzionale accertato, ma non tutelato"[142].

Del resto, non si può trascurare che il nostro è uno dei pochi paesi che non prevede alcuna forma di tutela per le unioni omosessuali.

Questa lettura della sentenza è stata poi confermata dallo stesso Presidente della Corte costituzionale Ettore Gallo che ha osservato come "l'invito" contenuto in quella decisione sia «rimasto sinora inascoltato»[143].

Dal perdurare di questa lacuna potrebbero scaturire conseguenze molto rilevanti, sotto diversi profili.

Anzitutto, in assenza di una disciplina generale, ma di fronte alla riconosciuta carenza di garanzia, i giudici ordinari saranno indotti ad intervenire caso per caso, fornendo una tutela "a macchia di leopardo". Sia sufficiente ricordare la nota sentenza

---

[140] Cfr. R. Bin, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quad. cost.* 2007, 11.

[141] In questo senso, condivisibilmente, R. Romboli, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit., 642; M. D'Amico, *Una decisione ambigua*, in *Notizie di Politeia* 2010, 85-86, per i quali la Corte avrebbe rivolto al legislatore un monito forte e non ignorabile.

[142] Così R. Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio*, cit., 9.

[143] Cfr. Relazione del Presidente Gallo nella riunione straordinaria del 12 aprile 2013 (pag. 8 del documento).

della Corte di Cassazione n. 4184 del 2012, dove - anche valorizzando un passaggio dell'altrettanto nota sentenza della Cedu *Shalk e Koptf* c. Austria[144] - si è affermato che le coppie omosessuali possono in alcune circostanze godere degli stessi diritti delle coppie sposate[145], così avallando interventi diretti dei giudici ordinari[146].

In secondo luogo, il perdurare della lacuna può determinare situazioni "paradossali", nel caso in cui l'ordinamento italiano sia costretto dal diritto comunitario a riconoscere, in situazioni particolari, l'unione civile o il matrimonio contratto all'estero tra omosessuali (per esempio, per ottenere il ricongiungimento con il partner sposato all'estero[147]), determinando una discriminazione "a rovescio".

Infine, l'assenza di una qualsiasi forma di regolazione della relazione affettiva omosessuale può costituire valido motivo di ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo sotto il profilo della violazione degli artt. 8 e 14 della Cedu[148]. Con la già citata sentenza *Shalk e Koptf* c. Austria, la Corte europea, oltre a pronunciarsi in merito alla presunta violazione dell'art. 12 Cedu, ha riconosciuto espressamente che la convivenza tra due persone dello stesso sesso rientra nella nozione di "vita familiare" e non solo in quella di "vita privata"[149]. Nel dichiarare la non violazione

[144] Si tratta della decisione della Corte Edu, sez. I, del 24 giugno 2010, n. 30141/04, originata dal ricorso di due cittadini austriaci del medesimo sesso che chiedevano di accertare che il diniego loro opposto di contrarre il matrimonio integrasse una lesione dell'art. 12 e del combinato disposto degli artt. 8 e 14 della Cedu, su cui cfr. E. Crivelli - D. Kretzmer, *Il caso Schalk e Kopf c. Austria in tema di unioni omosessuali*, in *Dieci casi sui diritti in Europa*, a cura di M. Cartabia, Bologna 2011, 59.

[145] Per una lettura critica della sentenza della Cassazione, soprattutto con riferimento all'uso che viene fatto di un inciso della sentenza europea, cfr. I. Massa Pinto, "*Fiat matrimonio" L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di cassazione: può una sentenza della Corte di cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultramillenaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale)?*, in *Rivista Aic* 2/2012.

[146] Si veda, ad esempio, la decisione della Corte d'Appello di Milano, sez. lavoro, n. 407 del 31 agosto 2012, in merito alla possibilità di includere il convivente omosessuale nella definizione di convivente *more uxorio*, quale requisito richiesto da una cassa previdenziale privata ai fini dell'accesso alle prestazioni, ma anche la sentenza del Tribunale di Milano, sez. IX, del 13 marzo 2009, che ha esteso al convivente more uxorio omosessuale il riconoscimento, già operato in favore del convivente eterosessuale, della legittimazione ad agire in responsabilità civile contro il terzo che abbia cagionato la morte del convivente.

[147] Si veda la decisione del Tribunale di Reggio Emilia, sez. I, del 13 febbraio 2012, in merito alla possibilità di riconoscere il matrimonio contratto all'estero ai fini del ricongiungimento. Sulla vicenda, cfr. S. Ninatti, *op. cit*., 60.

[148] Come suggerito da R. Romboli, *op. ult. cit*., 13.

[149] Cfr. E. Crivelli, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Napoli 2011, 106 ss., la quale ricorda come tale esito fosse stato già implicitamente riconosciuto nella sentenza della Corte Edu *Kozak* c. Polonia del 2 marzo 2010.

dell'art. 8 in combinato disposto con l'art. 14 della Cedu determinante è stata la circostanza che, nelle more del giudizio, l'Austria avesse approvato il cd. *Registred Partnership Act*. L'assenza, nel nostro ordinamento, di una qualsiasi regolazione della convivenze omosessuali pare dunque costituire valido motivo per ricorrere a Strasburgo[150].

Resta comunque da chiarire se la tutela generale invocata anche dalla Corte costituzionale potrebbe dirsi soddisfatta dall'introduzione di una disciplina delle convivenze di fatto eterosessuali estesa anche agli omosessuali (che sarebbe la soluzione "più leggera") – muovendosi così al di fuori della nozione costituzionale di famiglia e matrimonio - ovvero sia (anche) necessaria una disciplina *ad hoc* che riconosca il valore della "coppia" omosessuale.

Questa seconda soluzione potrebbe sembrare la naturale conseguenza del monito contenuto nella sentenza n. 138 del 2010, che risulta ben più forte dei rinvii alla discrezionalità legislativa che la Corte costituzionale ha fatto nelle decisioni sulle convivenze *more uxorio* (v. *retro* § 5)[151] e, inoltre, consentirebbe di mantenere distinta la condizione di chi non vuole sposarsi, dove, dando maggiore spazio alla soggettività individuale, la regolazione deve riguardare i componenti *uti singoli*, dalla condizione di chi non può sposarsi, ma vuole che sia riconosciuta la formazione di una "coppia"[152].

In questa seconda ipotesi, si aprono, però, due ulteriori scenari.

Il primo consiste nell'adozione della soluzione tedesca[153], dove si è preso a modello il matrimonio (eterosessuale), escludendo alcuni istituti (oltre all'adozione), per costruire una tutela solo per la coppia omosessuale.

---

[150] Pare utile segnalare che ad oggi pendono almeno tre ricorsi di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo proposti da coppie omosessuali (assistite dagli Avv. M. D'Amico, M. Clara, C. Ragni, C. Pitea), in cui si lamenta anche la lesione della propria "vita familiare" rispetto ad un ordinamento, il nostro, che non consente il matrimonio omosessuale (ricorso n. 36030/2011, depositato il 10 giugno 2011, Felicetti e altri c. Italia), che non riconosce la trascrizione del matrimonio concluso all'estero tra due cittadini italiani dello stesso sesso (ricorso n. 26413/12, Orlandi e altri c. Italia, presentato il 20 aprile 2012); che non consente la trascrizione del matrimonio concluso all'estero da un cittadino italiano e da un cittadino extracomunitario dello stesso sesso (ricorso n. 26742/2012, Isita e Bray c. Italia, presentato il 20 aprile 2012).

[151] E, infatti, ha suscitato le critiche di chi ha sottolineato come la Corte abbia difeso il *nomen* matrimonio, ma non la sostanza dell'istituto: cfr. V. Tondi della Mura, *La sentenza che ha difeso la parola "matrimonio"* (19 aprile 2010), in www.ilsussidiario.net

[152] Cfr. R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale*, cit., 5

[153] Cfr. E. Bertolini, *la tutela della famiglia nell'ordinamento tedesco*, in *DPCE* 2010, 579; F. Saitto, *«Particolare tutela» del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al Tribunale costituzionale tedesco*, in *Ianus* 4/2011, 109 ss.

Questa soluzione ha il vantaggio di non mettere in discussione la nozione "tradizionale" di famiglia fondata sul matrimonio, a cui la nostra Costituzione (*retro* § 4) e quella tedesca (v. art. 6 GG[154]) attribuiscono uno *status* privilegiato[155].

Può, infatti, non essere irrilevante ricordare che molte altre Costituzioni svincolano la tutela della famiglia dall'istituto matrimoniale (come, del resto, fanno anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, agli artt. 8[156] e 12, e la Carta dei diritti, all'art. 9) e che questa circostanza ha probabilmente favorito, oltre che l'estensione della tutela costituzionale a relazioni familiari non giuridicamente istituzionalizzate, anche l'apertura del matrimonio agli omosessuali, consentendo quantomeno di affermare formalmente che quest'ultimo non mette in discussione la famiglia legittima (si vedano le decisioni con cui altre Corti costituzionali hanno rigettato questioni aventi ad oggetto la legge sul matrimonio omosessuale rispetto al principio costituzionale che tutela la famiglia e, in particolare, oltre alla più risalente decisione dell'allora *Cour d'Arbitrage* belga, *arrêt* n. 195 del 2004[157], la sentenza del Tribunale costituzionale portoghese n. 121 del 2010, al § 24, e la più recente decisione del Tribunale costituzionale spagnolo n. 198 del 2012, al § 5[158]).

Nel nostro ordinamento costituzionale, come in quello tedesco, l'estensione del diritto al matrimonio porta invece inevitabilmente con sé una radicale trasformazione della nozione di famiglia.

Dev'essere, però, notato che la soluzione "tedesca" non chiude la questione, poiché apre le porte ad un rigoroso controllo di uguaglianza tra due istituti, quello che regola l'unione omosessuale e quello del matrimonio eterosessuale, che potrebbero finire per differenziarsi, oltre che per il nome, solo con riferimento al tema della filiazione. Di questo possibile sviluppo è significativa proprio la vicenda tedesca dove la distinzione tra matrimonio e *Lebenspartnerschaft* stenta ad essere mantenuta soprattutto per l'impatto della giurisprudenza della Corte di Giustizia che, attraverso

---

[154] Secondo cui "Il matrimonio e la famiglia sono oggetto di particolare tutela da parte dell'ordinamento statale".

[155] Per l'ordinamento tedesco, cfr. ancora F. Saitto, *op. cit.*, 114.

[156] Tenendo per altro conto che la nozione di "vita familiare" include sia le relazioni giuridicamente istituzionalizzate, sia quelle fondate sul dato biologico, sia quelle che costituiscono "famiglia" in senso sociale: così, e per la relativa giurisprudenza, cfr. *Art. 8*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, Padova 2012, 300ss.

[157] Su quest'ultima decisione, cfr. M. Dicosola, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Belgio tra diritto e società: l'apporto del legislatore, del Consiglio di Stato e della Cour d'Arbitrage, in Ianus n. 4/2011, 73 ss.*

[158] Su questa decisione, cfr., per una sintesi delle argomentazioni, L. Conte, *Spagna: la sentenza del tribunale Constitucional del 6 novembre 2012 sul matrimonio omosessuale, tra "polisemia" e normalizzazione*, (12 dicembre 2012), in www.forumcostituzionale.it

il controllo sul rispetto della direttiva in tema di discriminazioni sul lavoro, arriva ad incidere sullo stato di famiglia (che pure è materia riservata agli ordinamenti nazionali)[159], influendo, oltre che sulle decisioni dei giudici comuni, sulla giurisprudenza dello Tribunale costituzionale tedesco[160].

Ciò significa che introdurre questa soluzione di compromesso, da una parte, non pone al riparo dalle critiche di chi ritenga tale istituto comunque lesivo dell'identità della famiglia legittima eterossessuale, dall'altra, non riesce a dare una risposta piena e soddisfacente alla pretesa di non discriminazione da parte degli omosessuali, per i quali l'accesso al matrimonio ha un profondo significato simbolico[161].

Il vero nodo – almeno per ciò che concerne la definizione del modello costituzionale di famiglia e matrimonio – resta, dunque, ancora quello relativo alla possibilità di introdurre con legge il matrimonio omosessuale.

Si è visto che la Corte costituzionale ha escluso di poterlo fare un via giudiziaria. Siamo certi che la porta sia chiusa per il legislatore?

Secondo parte della dottrina, la sentenza n. 138 del 2010 avrebbe definitivamente impedito che, a Costituzione invariata, il legislatore italiano possa estendere il

---

[159] Si fa qui evidentemente riferimento alle sentenze delle Corte di giustizia, *Tadao Maruko*, 1 aprile 2008, C-267/2006, in tema di pensioni di reversibilità a favore di partner omosessuali (per i cui effetti sulla giurisprudenza interna, cfr. L. Violini, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte alla sentenza Maruko: un dialogo tra sordi*, in *Quad. cost.* 2009, 410 ss.) e *Römer c. Hambur*, 10 maggio 2011, C-147-08, in tema di pensioni complementari di vecchiaia (quest'ultima annotata da S. Ninatti, *Il caso Römer: limiti di materia, principio di uguaglianza o tutela di diritti?*, in *Quad cost.* 3/2011, 693), con cui il giudice europeo ha valutato se, tra le due discipline, esistesse una discriminazione diretta ai sensi della direttiva 2000/78/CE, in tema di discriminazioni sul lavoro, mettendo a confronto i due istituti. La vicenda è ben ripercorsa, anche con riferimento all'intreccio tra giurisprudenza europea e giurisprudenza interna, da S. Ninatti, *Ai confini dell'identità costitituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Torino 2012, 100 ss.

[160] Sul punto, si rinvia a F. Saitto, *op. cit.*, 118 ss.; Id., *La giurisprudenza tedesca in materia di* eingetragene Lebenspartnerschaft *tra garanzie d'istituto e* Abstandsgebot. *Spunti di comparazione con la sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana*, (17 marzo 2011), in www.forumcostituzionale.it. Da ultimo si segnala la sentenza del *BVerfG* 1 BvL 1/11 con cui il Tribunale costituzionale tedesco ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di adozione successiva da parte di persona dello stesso sesso legata al "primo" genitore da unione civile. Questa decisione, che pure è tutta incentrata sul preminente interesse del minore, segna un'ulteriore tappa verso l'equiparazione tra matrimonio eterosessuale e unione civile. Sulla decisione si legga la nota di F. Saitto, *Il paradosso di Zenone, ovvero dell'adozione successiva per le unioni civili al vaglio del Bundesverfassungsgericht* (22 aprile 2013), in www.diritticomparati.it .

[161] Per mezzo dello status matrimoniale si richiede infatti il riconoscimento di uno dei profili più significativi dell'identità personale: così M. Pedrazza Gorlero – L. Franco, *op. cit.*, 277.

matrimonio agli omosessuali[162]. Aderire a questa lettura significa ammettere che la Corte ha costituzionalizzato una tradizione, in modo – per altro - assai pericoloso per il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali ed in particolare dei "diritti nuovi"[163].

E' stato però sostenuto anche l'opposto, ossia che quando la Corte costituzionale ha affermato che «si deve escludere […] che l'aspirazione a tale riconoscimento […] possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio», essa avrebbe lasciato aperte tutte le possibilità al legislatore, escludendo solo che il matrimonio possa essere introdotto in via ermeneutica[164].

In realtà, è difficile negare che la Corte costituzionale abbia voluto affermare che il matrimonio si connota anche per il paradigma eterosessuale.

Avrebbe potuto fare come il Tribunale costituzionale portoghese, la cui I sez., nella sentenza n. 359 del 9 luglio 2009, si limitò a rigettare il ricorso perché la Costituzione non "impone" l'estensione del matrimonio agli omosessuali, trattandosi di una scelta che compete al legislatore[165], oppure come il *Conseil Constitutionnel*

---

[162] In questo senso, A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010. Il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli 2001, III, 2697, ma anticipato su *forumcostituzionale.it*; I. Massa Pinto – C. Tripodina, *op. cit.* (per le quali il legislatore è costretto ad arrendersi poiché la Corte avrebbe considerato il paradigma eterosessuale un dato storico radicato hic et nunc nella società e come tale un dato positivo giuridicamente vincolante); F. Dal Canto, *op. ult. cit.*, 19-20; P. Bianchi, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Giur. it.* 2010, 537; F. Calzaretti, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?* (31 maggio 2010), in www.forumcostituzionale.it

Già prima della sentenza, nel senso che sarebbe necessario procedere ad una revisione costituzionale, cfr. A. Morrone, *Art. 2*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, vol. I, Milano 2009.

[163] Così R. Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio*, 7; Id., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, 638, e M. D'Amico, *op. ult. cit.*, 87.

[164] Così B. Pezzini, *Il matrimonio* same sex *si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 2010, 2719 ss.; A. Melani, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, in www.forumcostituzionale.it 12.

[165] Tant'è che, l'anno successivo, in Portogallo il legislatore è intervenuto consentendo l'accesso al matrimonio anche alle persone dello stesso sesso (sulla vicenda, coeva alla pronuncia della Corte costituzionale italiana, cfr. E. Crivelli, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, (2 luglio 2010), in *Rivista Aic*). Nuovamente sollecitato a pronunciarsi sul tema, in un controllo preventivo di costituzionalità, il medesimo Tribunale ha dichiarato che la scelta legislativa non si pone in contrasto con la Costituzione: v. sentenza pronunciata in seduta plenaria n. 121 dell'8 aprile 2010 (su questa pronuncia, v. il commento di L. Conte, *Matrimonio omosessuale e giustizia costituzionale: la posizione del Tribunale costituzionale portoghese (sentenza n. 121/2010) e*

secondo cui «la diversità della situazione delle coppie omosessuali rispetto a quella delle coppie composte da un uomo e una donna può

giustificare una diversità di trattamento nell'ambito della disciplina del diritto di famiglia» e, comunque, spetta al legislatore decidere se parificare le coppie omosessuali a quelle eterosessuali[166].

La Corte costituzionale italiana, invece, ha voluto, seppure non richiesta, dire qualcosa di più, qualcosa "di troppo"[167].

Va, tuttavia, notato, in primo luogo, che si tratta di una decisione di infondatezza, che le considerazioni sul fatto che la nostra Costituzione consenta o escluda il matrimonio omosessuale non erano richieste, e che sono contenute in un *obiter*, come tale non vincolante[168].

In secondo luogo, può non essere indifferente il fatto che la Corte abbia fondato il proprio *obiter* sull'argomento storicista, anziché su quello originalista o, superando un inciso contenuto in una sentenza del 1961[169], su quello fondato sulla naturalità intrinseca della famiglia[170]. Mentre questi ultimi due avrebbero "cristallizzato" la nozione di famiglia e di matrimonio, al contrario la "tradizione" può cambiare.

Oggi, però, il matrimonio omosessuale può essere introdotto solo con una decisione politica, perché solo il legislatore non è obbligato ad attendere che una diversa "morale" sia stata socialmente accettata dalla maggioranza[171] ed, inoltre, sempre sul presupposto che matrimonio e filiazione non siano inscindibilmente collegate, solo il legislatore può valutare, tenendo conto dello "stato" della coscienza sociale e delle acquisizioni scientifiche, se equiparare pienamente le "conseguenze" del matrimonio fra due persone di sesso diverso a quello fra due persone dello stesso

---

del Tribunale costituzionale spagnolo (sentenza n. 198/2012), (11 febbraio 2013), in www.forumcostituzionale.it).

[166] *Considérant* n. 9 della decisione 2010-92 QPC.

[167] Per riprendere il titolo della nota di R. Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio*, cit., 12.

[168] Cfr. R. Romboli, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit., 644-645.

[169] V. Corte cost., sentenza n. 64 del 1961, dove è scritto che «la qualifica di "naturale", anche se non ha un preciso connotato giuridico, ha certamente implicito il richiamo e il riconoscimento del tradizionale concetto di famiglia, quale tuttora vive nella coscienza del popolo".

[170] Sull'importanza di aver respinto l'argomento "naturalista", cfr. anche B. Pezzini, *op. ult. cit*., 2721.

[171] In questo senso, invece, E. Rossi, *L'Europa e i gay*, in *Quad. cost.* 2000, 406, e G. Gemma, *Matrimonio tra omosessuali: una soluzione doverosa, ma con i tempi necessari*, in *La «società naturale» e i suoi nemici*, cit., 185.

Sul punto, cfr. anche le ampie considerazioni di M. Manetti, *op. cit*., 5.

sesso (in particolare, se l'unione omosessuale sia idonea ad ospitare relazioni di filiazione naturale, di uno dei due componenti, o artificiale[172]).

E' invece difficile chiedere alla Corte costituzionale, in assenza di un *idem sentire*, di fare questo salto in avanti[173].

Ciò però non significa escludere che, come la giurisprudenza costituzionale ha già dimostrato proprio in tema di diritto e stato di famiglia, e, in particolare, nei rapporti interni alla famiglia, l'evoluzione dei costumi e della coscienza sociale possano in un futuro (neanche troppo lontano) costituire argomento per giustificare un *overruling*, soprattutto qualora si trattasse, più semplicemente, di "salvare" una scelta compiuta dal legislatore[174].

E nel determinare questa evoluzione certamente avranno un peso sia la pressione delle organizzazioni sovranazionali[175], sia l'influenzata esercitata dalla circolazione dei modelli giuridici, intesa come impatto del diritto comparato[176] e delle decisioni della Corti sovranazionali sulla formazione della cultura giuridica. Basti pensare alla risonanza che ha avuto la sentenza *Schalk e Kopf* c. Austria con cui i giudici, all'unanimità, superando la precedente decisione *Sheffield* c. Regno Unito del 30 luglio 1998, hanno stabilito che l'art. 12 della Cedu, nonostante si riferisca a persone di sesso diverso, debba essere inteso, analogamente all'art. 12 della Carta dei diritti, come inclusivo del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Tra l'altro, in queste stesse decisioni che toccano la sfera politica, religiosa o sociale assume un'importanza decisiva l'esistenza, o meno, di un consenso europeo, quale

[172] Su questo punto di rinvia però all'intervento, in questo Convegno, di B. Liberali, *L'adozione dei single e delle coppie omosessuali*.

[173] Questa difficoltà era già stata sottolineata in occasione della proposizione delle questioni di legittimità costituzionale che hanno dato origine alla sentenza n. 138 del 2010: cfr. C. Tripodina, *Costituzione e matrimonio omosessuale:* quis interpretabitur?, in *La «società naturale»*, cit., 360; R. Bin, *Per una lettura non svalutativa*, cit., 44.

[174] In questo senso, emblematica è la vicenda della rettificazione degli atti di stato civile e del riconoscimento del nuovo genere dei transessuali: prima la Corte escluse di poter intervenire (v. sentenza n. 98 del 1979, con nota di S. Bartole, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giur. cost.* 1979, 1178), poi, però, salvò la norma introdotta dal legislatore (v. sentenza n. 161 del 1985).

[175] Cfr. risoluzione del Parlamento europeo dell'8 febbraio 1994 sulla parità dei diritti degli omosessuali e delle lesbiche nella Comunità europea, con cui si esortano gli Stati a "porre fine agli ostacoli frapposti al matrimonio omosessuale", i cui contenuti sono stati ripresi nelle risoluzioni del 16 marzo 2000, del 4 settembre 2003.

[176] Ad oggi otto Stati aderenti alla Cedu hanno introdotto il matrimonio omosessuale (Belgio, 2005; Islanda, 2010; Norvegia, 2009; Paesi Bassi, 2001; Portogallo, 2010; Spagna, 2005; Svezia, 2009; Francia, 2013) e, ad oggi, in nessun caso l'istituto è stato dichiarato non conforme a Costituzione, anche in quei Paesi in cui i testi costituzionali (ad es. in Spagna) attribuiscono il diritto al matrimonio all'uomo e alla donna.

circostanza capace di aumentare o restringere il margine di apprezzamento degli Stati[177].

Va, comunque, ribadito (già § 11) che la decisione della Corte costituzionale n. 138 del 2010, pur non precludendo al legislatore l'introduzione del matrimonio omosessuale, invita a non adottare solo la prospettiva del diritto individuale e del diritto antidiscriminatorio, bensì obbliga a ragionare, prima, dell'evoluzione della concezione della famiglia legittima[178], che ancora svolge un ruolo fondamentale nel nostro Paese. Ciò significa tentare di coniugare una concezione dei diritti in cui il limite degli stessi è l'eguale diritto altrui[179], e non un ordine "giusto" precostituito[180], con la definizione dell'identità della famiglia fondata sul matrimonio, inteso non come un "contenitore vuoto", bensì come l'istituto capace, dando forma pubblica, stabilità e certezza ad un rapporto affettivo (anche tra omosessuali), di costruire una società sovraindividuale, in cui i diritti dei componenti *uti singoli* si bilanciano attraverso l'assunzione di doveri di solidarietà reciproca.

[177] Cfr. sul punto, con riferimento a questa decisione, E. Crivelli – D. Kretzmer, *op. cit*., 64. Sul margine di apprezzamento nei casi in cui siano in discussione casi che toccano la "morale", cfr. P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 170

[178] Che l'ostacolo, nell'ordinamento costituzionale italiano, non sia rappresentato tanto dagli artt. 2 e 3 cost., bensì dall'interpretazione dell'art. 29 cost. è stato sottolineato anche da A. Saitta, *Il matrimonio delle coppie dello stesso sesso alla Consulta o dei limiti dell'interpretazione costituzionale evolutiva*, in *La «società naturale» e i suoi nemici*, cit., 327 ss.

[179] Nel senso che – come ben sottolinea il Tribunale costituzionale spagnolo nella già citata sentenza n. 198 del 6 novembre 2012, al § 11 – l'accesso all'istituto matrimoniale non pregiudica l'analogo diritto già precedentemente concesso alle coppie eterosessuali.

[180] Per questo si rinvia a quanto già detto *retro*, al § 9, ma si ricorda anche quanto scritto da G. Zagrebelsky, *Contro l'etica della verità*, cit., 68, secondo il quale «La democrazia non presuppone affatto quel relativismo etico che il magistero della Chiesa giustamente condanna. Essa, al contrario, si alimenta di convinzioni etiche e ideali che cercano di diffondersi e di affermarsi fino a diventare forza costitutiva della società. Ciò presuppone però il libero confronto e questo, a sua volta, la libera e diretta partecipazione di coloro che vi portano le proprie convinzioni, quale che ne siano la fonte e il fondamento, laico o religioso».