



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

LUCILLA CONTE
LE UNIONI NON MATRIMONIALI

*There are these two young fish swimming along and they happen to meet an older fish swimming the other way who nods at them and says :
- «Morning boys. How's the water?». And the two young fish swim on for a bit, and then eventually one of them looks over at the other and goes:
- «What the hell is water?»*

DAVID FOSTER WALLACE

discorso pronunciato al Kenyon College, Ohio, il 21 maggio 2005

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Le unioni non matrimoniali: una definizione (soltanto) «in negativo»?; 3. Le unioni non matrimoniali e «la famiglia davanti ai suoi giudici»: la prospettiva delle convivenze; 4. Le unioni non matrimoniali: frammentarietà e/o inattivismo del legislatore? 5. Il ruolo della Corte costituzionale nell'inquadramento del fenomeno delle convivenze: l'applicazione dei principi costituzionali 6. L'utilizzo della riflessione costituzionale (con spunti europei) da parte degli altri giudici 7. Una provvisoria (e insufficiente) supplenza: il ruolo della giurisprudenza costituzionale, la suggestiva attività di accreditamento e persuasione rispetto a concetti nuovi e, nonostante questo, l'opportunità di un rinnovato impegno da parte del legislatore.

1. PREMessa

La citazione in epigrafe è tratta dal discorso augurale rivolto agli studenti del Kenyon College nel 2005 dallo scrittore David Foster Wallace, uno dei più importanti autori americani degli ultimi anni, prematuramente scomparso nel 2008¹. L'inizio è affidato al racconto di un breve apologo: due giovani pesci nuotano nell'acqua e ad un certo punto incontrano un pesce più anziano che augura loro buongiorno e chiede «Com'è

¹ Testo integrale del discorso disponibile al sito:

http://www.openculture.com/2012/03/david_foster_wallaces_kenyon_graduation_speech.html

l'acqua?». I due giovani pesci continuano a nuotare in silenzio ma ad un certo punto, quasi simultaneamente si rivolgono la stessa domanda: «Che cosa diavolo è, l'acqua?».

Riflettendo sul fenomeno delle unioni non matrimoniali e sulle questioni (non solo giuridiche) che esso pone, mi è stato fatto notare² come queste ultime assumano “la forma dell'acqua”, andando ad occupare spazi e situazioni apparentemente residuali, interstiziali, in parte o per nulla regolate dal diritto. Esse sono dunque un fenomeno che, se preso per intero, senza operare al suo interno le opportune differenziazioni, potrebbe risultare addirittura sfuggente e di difficile (giuridica) decifrazione.

In realtà, credo che, oltre a questa, anche la metafora “acquatica” indicata all'inizio possa risultare persuasiva: il fenomeno delle unioni non matrimoniali appartiene a pieno titolo alla realtà in cui siamo immersi, costituisce un fenomeno in espansione che il diritto non sembra poter ignorare, risponde ad esigenze di relazione, affetto e cura che sono esigenze comuni alla pluralità di esperienze attraverso cui si costruiscono i legami familiari.

È stato ricordato come la stessa etimologia della parola famiglia (dall'italico *famel*, vale a dire “casa”) rimandi ad una dimensione relazionale che si definisce attraverso la convivenza³. Per questo motivo appare utile condurre una riflessione giuridica di diritto costituzionale sul versante delle unioni non matrimoniali, la cui esistenza si fonda su ragioni - profonde ed ineliminabili - che si situano alla base della vita di relazione come occasione e luogo di sviluppo della persona umana: anche, oltre e nonostante le forme e gli schemi giuridici utilizzabili.

2. LE UNIONI NON MATRIMONIALI: UNA DEFINIZIONE (SOLTANTO) “IN NEGATIVO”?

Le unioni non matrimoniali, ad uno stadio preliminare di riflessione, potrebbero apparire come un fenomeno di, tutto sommato, facile definizione. Letteralmente, esse sono quelle unioni che non trovano il proprio fondamento nell'istituto matrimoniale. Questo costituisce un primo dato, che però non ci restituisce ancora la complessità del fenomeno: ci dice ciò che le unioni non matrimoniali *non* sono, ma non ci spiega (ancora) quali sono gli elementi su cui si fondano.

² Questa suggestione deriva dal Prof. Roberto Bin e si ricollega al titolo del romanzo di A. Camilleri *La forma dell'acqua*, Sellerio, Palermo, 1994

³ D. GALLI, *Il mito della famiglia naturale, la rivoluzione dell'amore civile*, in B. DE FILIPPIS, F. BILOTTA, *Amore civile. Dal diritto della tradizione al diritto della ragione*, Mimesis, Udine, 2009, 39. Sul fatto che nel nostro ordinamento la nozione giuridica di famiglia sia tutt'altro che costante, cfr. F. CUOCOLO, voce *Famiglia*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989, 5.



Che cosa intendiamo, dunque, per “unioni non matrimoniali”? E’ opportuno circoscrivere il perimetro di indagine, partendo dalla definizione “classica” di coppia di fatto, per cui: «un uomo e una donna [o una coppia formata da persone dello stesso sesso], liberi o già sposati con terzi, ma separati legalmente (può discutersi per la separazione di fatto) o divorziati vivono e si comportano, anche esternamente, come coniugi senza essere tra di loro sposati. Essi vantano pertanto una comunione tendenzialmente durevole e di interessi, al di là dei rapporti sessuali o genericamente affettivi»⁴. Altrove, si è evidenziata «l’impossibilità di ricondurre [nell’ambito della famiglia di fatto] una qualsiasi relazione riguardante due persone », sostenendo, «in via generale, che è famiglia di fatto quella che presenta nella sostanza lo stesso contenuto della convivenza che ha alla base il matrimonio»⁵ e cioè quella fondata sui vincoli di fedeltà, assistenza morale e materiale, collaborazione nell’interesse della famiglia e coabitazione ex art. 143 c.c.

Sembra dunque evidente che il termine “unione” attragga a sé i concetti da un lato di “famiglia” e dall’altro di “convivenza” e “coabitazione” uniti dalla presenza di un rapporto affettivo dotato di rilevanza esterna.

Tuttavia questi elementi non sono ancora in grado di restituirci un’immagine chiara del concetto di “unione non matrimoniale”: infatti, se confrontiamo le definizioni sopra riportate con quella classica e deduttiva di *affectio maritalis* per cui «prove dell’esistenza dell’*affectio maritalis* erano considerati principalmente l’*honor matrimonii*, desumibile dal reciproco comportamento della donna, e la *deductio in domum mariti* che, con l’ingresso della donna nella casa del marito, il *domicilium matrimonii*, rendeva palese e pubblica l’esistenza di un rapporto matrimoniale fra i due, anche in assenza dell’uomo, e ne segnava il momento iniziale»⁶, risulta evidente come – fermo restando il requisito della stabilità della convivenza e della coabitazione, l’elemento dell’*affectio* si sia potuto, nel tempo, riempire di contenuti ulteriori e comunque non limitati alla mera “replicazione” di un legame affettivo di tipo coniugale.

A loro volta, i concetti di “convivenza” e di “coabitazione” richiedono una precisazione. All’interno del Libro Primo del Codice civile sono entrambi citati, talvolta in via sinonimica: per esempio, si parla di coabitazione agli artt. 143 e di convivenza agli artt. 145 (in relazione all’acquisizione del parere dei figli conviventi) e 151

⁴ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009, 315.

⁵ L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, CEDAM, Padova, 2004, 29.

⁶ C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia, matrimonio, dote*, L’Erma di Bretschneider, Roma, 2005, II, 344.



(relativamente all'intollerabilità della prosecuzione della convivenza). E' tuttavia possibile, in via generale e al di là di queste singole ambiguità, effettuare una differenziazione proprio in relazione all'intensità acquisita dall'elemento dell'*affectio*: in sostanza, la definizione di "unione *non matrimoniale*" passa attraverso un'indagine sul come quest'ultimo requisito si saldi con quello della stabilità della convivenza o coabitazione, restando viceversa fuori le ipotesi di mera coabitazione in cui prevalgano rispetto ad esso (se pure eventualmente non eliminandolo) ragioni di semplice cura, oppure economiche, di studio, di lavoro⁷.

Sullo sfondo, ma non per questo marginale, resta poi il concetto di famiglia, attualmente oggetto di significativi mutamenti ed evoluzioni all'interno di un processo di «individualizzazione [e] privatizzazione dei rapporti di coppia» che, mettendo in crisi l'istituto matrimoniale, ha reso estremamente visibile il fenomeno delle cosiddette "famiglie di fatto", ritenuto «per lo più frutto di una scelta preferenziale della coppia [che si pone] sempre più in sostituzione o in alternativa alle nozze»⁸. Il concetto di famiglia – si è visto sopra – è etimologicamente (e perciò intrinsecamente) collegato al concetto di convivenza: entrambi i concetti, poi – famiglia e convivenza – disegnano un panorama inevitabilmente più ampio rispetto a quello delle unioni non matrimoniali e risultano spesso associati soprattutto all'interno della materia anagrafica.

Come è noto, il D.P.R. n. 223 del 1989, all'art. 4 ("famiglia anagrafica") stabilisce che: «per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio,

⁷ Cfr., sul punto, P. ZATTI, *Familia, familiae – Declinazioni di un'idea, Parte II, Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Familia*, 2002, 344, il quale ricorda come "convivenza non fondata sul matrimonio" sia «volutamente generica» e comprenda «un ampio campo semantico, una zona di confine nella quale l'esperienza che tradizionalmente ha il nome di "famiglia" – e che al di là delle sue forme fa centro sulla sessualità e sulla generazione – si stempera in modalità di convivenza differenti» quali «esperienze di vita comune tra persone legate da vincoli di parentela, di amicizia, di idealità o di credenze, secondo una fenomenologia molteplice che alla storia e alla realtà della famiglia in qualche modo si collega, perché ne riprende e ne trasforma un nucleo di schemi e valori – la coabitazione legata alla solidarietà, dunque a forti rapporti interpersonali e ad impegni reciproci che possono coinvolgere indirizzi di vita – interpretati però secondo esigenze e costumi che dall'antico modello della coppia feconda si allontanano in cerchi sempre più distanti».

⁸ A. L. ZANATTA, *Le nuove famiglie*, Il Mulino, Bologna, 2008, 25. È stato notato come vi siano due tendenze (ancora) in atto – e solo in apparente contraddizione – individuabili da un lato nella «degiuridificazione del rapporto coniugale fondato sul matrimonio» (per cui gli apetti più intimi e personali della relazione di coppia tendono ad essere affidati alle scelte autonome e consensuali degli stessi interessati) e dall'altro nella «giuridificazione della famiglia di fatto» (attraverso l'accumulazione di sempre più numerosi indici della rilevanza giuridica di quest'ultima «là dove questa esprime posizioni soggettive e interessi umani che appaiono meritevoli di tutela giuridica»), E. ROPPO, *Famiglia di fatto*, in *Enc. Giur.*, Roma, XV 1989, 5.



parentela e affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune. Una famiglia può essere costituita da una sola persona». Si tratta di una definizione estremamente ampia e contenente, addirittura, al suo interno, una sorta di “sineddoche” (quella figura retorica con cui si identifica una parte per il tutto) nella parte in cui recita che una famiglia «può essere costituita da una sola persona». È stato notato come la lingua italiana, in particolare nella materia anagrafica, utilizzi il termine “famiglia”, non distinguendo (come invece avviene nel caso della lingua inglese attraverso l'utilizzo alternativo dei termini *household* e *family*) – o distinguendo solo in parte attraverso la definizione di “convivenza anagrafica” contenuta nel successivo articolo 5 del D.p.r. n. 223/1989⁹ - tra l'insieme di persone che vivono all'interno dello stesso tetto e l'insieme delle persone che oltre a convivere, risultano legate da vincoli di matrimonio, parentela e affinità¹⁰. Si tratta di una utilizzazione “onnicomprensiva” del termine famiglia che risale già ai tempi del censimento del 1871, in cui la nozione di famiglia “anagrafica” fu così indicata: «Per famiglia [...] si vuole intendere [...] la convivenza domestica, sia abituale sia precaria, di tutte quelle persone che mangiano, per così dire, assieme, e si scaldano al medesimo fuoco, o ciò che si vuole chiamare un focolare. Là onde il servo abita con il padrone e dorme sotto il suo tetto, l'ospite, colui che trovasi alloggiato a dozzina e simili, concorrono a formare, insieme coi membri della famiglia naturale, il focolare. E di pari i soldati che vivono in uno stesso quartiere, gli alunni di un convitto, i ricoverati in una casa di pena ecc. si intendono formare un unico focolare insieme col loro capo e con gli assistenti e persone di servizio addetti allo stabilimento»¹¹.

L'idea per cui il concetto di “unione non matrimoniale” possa integrare ipotesi ulteriori rispetto a quella in cui vi sia una compresenza degli elementi dell'*affectio maritalis* e di una stabile convivenza è indubbiamente suggestiva, ed evoca, peraltro, il contenuto del disegno di legge 2263 (*Riforma del diritto di famiglia*) presentato al Senato nel corso della XVI legislatura. Quest'ultimo proponeva una disciplina articolata prevedendo «unioni libere», «intese di solidarietà» e «comunità intenzionali», programmaticamente ampliando «gli spazi di libertà e diversità (ricchezza) del diritto di

⁹ Per cui «agli effetti anagrafici per convivenza s'intende un insieme di persone normalmente coabitanti per motivi religiosi, di cura, di assistenza, militari, di pena e simili, aventi dimora abituale nello stesso comune» (art. 5, comma 1).

¹⁰ Cfr. L. MENCARINI, *Le famiglie in Italia: un'istantanea demografica*, in C. MANCINA, M. RICCIARDI, *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Donzelli, Roma, 2012, 31.

¹¹ Archivio Serie Storiche ISTAT, *La famiglia nei censimenti generali della popolazione*, http://seriestoriche.istat.it/fileadmin/allegati/Famiglie/testi/3_Le_famiglie_nei_censimenti_generali.pdf.



famiglia» e facendo perciò venire meno «il “monopolio” del matrimonio tradizionalmente inteso»¹².

Ai fini della presente relazione, si ritiene che tutti questi elementi di complessità, che inevitabilmente accedono alla definizione di “unione non matrimoniale” – qualora si volesse intendere quest’ultima nel significato più esteso, vale a dire di “unione non riconducibile all’interno della forma tipica del matrimonio” – possano essere tenuti sullo sfondo.

La prospettiva che verrà accolta, pertanto, all’interno della presente relazione, anche tenuto conto di quella che è l’architettura complessiva del presente Convegno, sarà quella relativa ad una definizione di unione non matrimoniale “in negativo”, come si è visto sopra, e tuttavia completata da elementi ulteriori.

Quello delle unioni non matrimoniali, costituisce un “titolo” che può essere scomposto in un quadro articolato che comprende una pluralità di fenomeni quali la famiglia di fatto, la famiglia anagrafica (anche sotto il profilo della coabitazione), le convivenze *more uxorio*, le convivenze tra persone dello stesso sesso. È possibile, in astratto, includervi anche quelle unioni aventi carattere matrimoniale, ma attualmente inidonee ad essere riconosciute come tali nel nostro ordinamento (come le unioni matrimoniali¹³ – siano esse matrimoni o partnership registrate – *contratte* all’estero, o le unioni poligamiche¹⁴).

¹² A. S. 2263 (XVI legislatura) di Riforma del diritto di famiglia, 13.

¹³ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. I civile, 15 marzo 2012, n. 4184, in cui alla richiesta di trascrizione sui registri dello stato civile italiano di un matrimonio contratto tra due persone dello stesso sesso, non si oppongono più ragioni di inesistenza dell’atto per contrasto con il limite dell’ordine pubblico, ma (più sfumate) ragioni di inidoneità al riconoscimento. Sul punto, B. PEZZINI, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di Cassazione 4184/2012*, in <http://www.forumcostituzionale.it/>; F. ANGELINI, *La Corte di Cassazione su unioni e matrimoni omosessuali: nell’inerzia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà sociale*, in *Giur. Cost.*, 2012, 1520-1528; 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 e ultramillenaria tradizione» superando anche il giudicato costituzionale?* (4 aprile 2012), in www.rivistaaic.it. Con particolare riferimento ad un’ipotesi di ricongiungimento familiare tra coniugi dello stesso sesso che avevano contratto matrimonio in Spagna, cfr. la pronuncia del Tribunale di Reggio Emilia del 13 febbraio 2012 (su un ricorso avverso il provvedimento di diniego della carta di soggiorno al coniuge dello stesso sesso di un cittadino italiano che aveva contratto con esso matrimonio in Spagna) in cui il tribunale afferma come: «a norma della Convenzione Europea sui diritti dell’uomo e le libertà fondamentali (...) i termini “matrimonio” e “coniuge” devono essere intesi in senso inclusivo delle coppie, sposate in un paese aderente alla Convenzione, formate da persone dello stesso sesso» (Diritto, punto n. 3 del dattiloscritto reperibile al sito



Di fronte ad un panorama così articolato sorge l'esigenza di individuare un profilo di indagine (anche tenendo conto del fatto che taluni aspetti saranno oggetto di relazioni ed interventi successivi) che ho ritenuto di individuare nella prospettiva della *convivenza more uxorio*¹⁵, essenzialmente per due ordini di ragioni.

In primo luogo, è il fenomeno in relazione al quale possiamo registrare una significativa (ri)elaborazione giurisprudenziale sia da parte della Corte costituzionale,

<http://www.equal-jus.eu/>). Di particolare interesse è la successiva Circolare del Ministero dell'Interno, Dipartimento della pubblica sicurezza – Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere del 26 ottobre 2012 (n. 8996) che, rispondendo al quesito formulato dalle questure di Pordenone e Firenze concernente proprio il rilascio del permesso di soggiorno previsto dal D.lgs. n. 30/2007 a cittadino straniero sposato in Spagna con un cittadino italiano dello stesso sesso, residente in Italia, pur ribadendo come «la legge italiana non preved[er] alcuna legge che riconosca le unioni civili e tuteli i diritti delle coppie omosessuali, risultando improponibile il rilascio del permesso di soggiorno di cui all'art. 10 del suddetto decreto legislativo» rileva che nella prassi «si registrano casi di segno opposto in seguito a decisioni della magistratura la quale, nell'esercizio della sua funzione, è comunque chiamata a riempire il vuoto in materia». In relazione a queste ipotesi di matrimonio omosessuale contratto e valido in Spagna, ma inesistente nel paese di cittadinanza del partner straniero è stata utilizzata l'efficace espressione di «matrimoni claudicanti», v. I. VIVAS TESÓN, *Le recenti riforme del diritto di famiglia in Spagna. Riflessioni critiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 412.

¹⁴ Si veda su questo punto il caso, citato da G. BRUNELLI, *Famiglia e Costituzione, un rapporto in continuo divenire*, in C. MANCINA, M. RICCIARDI, *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, cit., 107, di un'ordinanza della Corte di appello di Torino (18 aprile 2001), con cui viene disposto il ricongiungimento familiare della seconda moglie al marito già convivente con la prima, precisando che il provvedimento è concesso nell'interesse del minore e «non allo scopo di omologare un'unione matrimoniale poligamica».

¹⁵ Con riferimento all'espressione «conviventi more uxorio» (espressione utilizzata dal legislatore nell'art. 560 c.p., dichiarato costituzionalmente illegittimo con sent. Cost. n. 147/1969, e nell'art. 269 n. 1 c.c., successivamente abrogato dalla l. n. 151 del 1975 di riforma del diritto di famiglia e che è sopravvissuta – se pure con differente testuale formulazione - nell'art. 123 c.c. in tema di simulazione del matrimonio), cfr. S. ROSSI, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto: un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008, 148 ss., in cui si registra altresì come «la dottrina e la giurisprudenza [abbiano] realizzato un progressivo slittamento concettuale parlando, sempre più frequentemente, anziché di conviventi *more uxorio*, di famiglia di fatto: tale nozione, tuttavia, è più estesa rispetto a quella di convivenza *more uxorio*», ivi, 149. G. Ferrando, *Manuale di Diritto di famiglia*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 125 ss., precisa come «sul piano dei rapporti personali si può (...) dire che è proprio il fatto di convivere, assistendosi reciprocamente, contribuendo ai bisogni comuni, e riservando all'altro il posto di compagno della propria vita che rende riconoscibile come convivenza *more uxorio* una certa unione. Quel che nel matrimonio è materia di reciproci diritti e doveri nella convivenza, se spontaneamente osservato, costituisce, ad un tempo, l'elemento di fatto che distingue la convivenza come coniugi da relazioni di diversa natura e la prova della convivenza stessa».



sia da parte dei giudici di legittimità e di merito. Questa attività di ridefinizione del significato della convivenza *more uxorio* ha delle conseguenze tanto sull'individuazione delle fattispecie concrete che siano ad essa riconducibili, tanto in relazione alla disciplina matrimoniale, cui esse sono state rapportate in funzione di un riconoscimento di ineliminabili garanzie costituzionali. Inoltre, è un dato ineliminabile quello per cui il significato di “convivenza *more uxorio*” sia nel tempo andato al di là del mero dato testuale, inglobando anche il fenomeno delle convivenze tra persone dello stesso sesso, privilegiando il dato dell'*affectio* rispetto a quello della diversità di sesso dei componenti della coppia (su cui, *infra*, §6).

Ritengo che questa prospettiva sia supportata da due riferimenti testuali contenuti nella sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010: il primo, in base al quale l'unione omosessuale è «intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con connessi diritti e doveri»¹⁶; il secondo, per cui (esattamente come in passato è avvenuto con riferimento alle convivenze *more uxorio* “in senso stretto” e letterale) può accadere «che in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale», garantito dalla Corte attraverso il controllo di ragionevolezza¹⁷. Questa impostazione permette di concentrarsi in particolar modo sul rapporto orizzontale tra i componenti dell'unione non matrimoniale, lasciando sullo sfondo le problematiche relative alla filiazione (cui all'interno di questo Convegno è dedicata una specifica sessione) e riguardo alla quale, attraverso la l. 219/2012, sono state apportati significativi elementi di innovazione¹⁸.

¹⁶ Corte costituzionale, n. 138/2010, *Considerato in Diritto*, punto n. 8.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Anche l'utilizzo del termine “famiglia di fatto” risulta aderente a questa prospettiva di indagine di tipo “orizzontale”, come illustrato da P. ZATTI, *Famiglia, familiae – Declinazioni di un'idea*, cit., 345, che sottolinea come «quando l'espressione, in sé plurivoca “famiglia di fatto” viene riferita al gruppo formato, fuori dal matrimonio, da genitori e figli, la sostanza dei legami che hanno rilievo giuridico è costruita sul ruolo genitoriale. I legami che pure si configurano, orizzontalmente, tra i due *partners* della generazione, assumono una diversa consistenza in caso di non-convivenza o di convivenza. A quest'ultima ipotesi - oltre che alla convivenza di fatto della coppia senza figli - si riferisce correntemente l'espressione famiglia di fatto, e giustamente, perché in questa ipotesi è dal fatto della convivenza che nasce una complessa situazione giuridica nella quale la relazione tra i due partners assume connotati che, per alcuni aspetti - cioè prevalentemente per quelli che attengono al ruolo di “coppia di genitori” - è trattata come l'omologa relazione nell'ambito della famiglia legittima. Non sarebbe giusto invece parlare di famiglia di fatto con riguardo al gruppo formato dal singolo genitore naturale e dai figli con lui



In secondo luogo, l'analisi del fenomeno della *convivenza more uxorio* “*in senso esteso*”, e dunque della *convivenza avente carattere affettivo*, che nel nostro ordinamento non risulta ancora dotata di una disciplina giuridica di carattere generale (e perciò, tendenzialmente organica), costituisce un'ipotesi di lavoro che permette una riflessione aggiornata sui rapporti tra giudice e legislatore.

L'analisi si concentrerà dunque sul concetto di unione non matrimoniale, intesa come quell'unione che si differenzia consapevolmente dall'istituto matrimoniale oppure che, viceversa, non può attualmente essere configurata attraverso tale istituto¹⁹.

L'attenzione sarà quindi posta sulla “costruzione” giudiziaria e legislativa di uno spazio di elaborazione concettuale su un fenomeno “liquido” e in continua evoluzione.

3. LE UNIONI NON MATRIMONIALI E «LA FAMIGLIA DAVANTI AI SUOI GIUDICI»: LA PROSPETTIVA DELLE CONVIVENZE

Sembra opportuno far “reagire” il titolo della relazione che mi è stata affidata (*Le unioni non matrimoniali*) con il titolo di questo Convegno (*La famiglia davanti ai suoi giudici*), e con il titolo della relazione che precede (*Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*), valorizzando il dato per cui matrimonio e famiglia costituiscono due sfere di attrazione concettuale ineliminabili anche all'interno di un'analisi, come la presente, che pure contiene al suo interno una esplicita “negazione”.

Nel costruire una definizione giuridica di “unioni non matrimoniali” è inevitabile il riferimento ai giudici: vale a dire al ruolo della giurisprudenza nel ricondurre a sistema le possibili coordinate giuridiche attraverso cui inquadrare il fenomeno, ma anche il riferimento al ruolo della società “come giudice”, nel recepire e rielaborare il fenomeno della libera convivenza tra uomo e donna o tra persone dello stesso sesso (ora pienamente accettato, salvo alcune residue resistenze: basti pensare all'acceso dibattito

conviventi, perché questa è una famiglia legale a pieno titolo, non fondata sul matrimonio ma sulla generazione».

¹⁹ Con riferimento al fenomeno delle “unioni di fatto”, è stato notato come gli iniziali pregiudizi siano stati superati: «l'opinione pubblica e il giurista registrano la ricorrenza di questi rapporti nella realtà sociale, e ad essi -ancorché privi della sanzione legale e del fondamento che la norma costituzionale pone alla base della famiglia – si rapportano con attitudine diversa e in termini di maggiore disponibilità». In particolare, «il giurista e (...) la giurisprudenza (...) ricollegano pur sempre l'unione non formalizzata ad un'idea che potremmo dire “naturale” di famiglia, secondo lo stesso significato in cui la norma costituzionale discorre di “società naturale”», P. RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Famiglia*, 2002, 4-5.



all'interno di numerosi consigli comunali italiani in relazione alla semplice istituzione dei registri delle unioni civili basate sui vincoli affettivi²⁰).

All'inizio degli anni ottanta del secolo scorso veniva registrato il dato per cui, da un iniziale disfavore (morale, sociale, giuridico) nei confronti del fenomeno delle convivenze, si fosse passati ad una fase di sostanziale indifferenza e tolleranza del fenomeno, fino a giungere a proposte favorevoli ad una sua regolamentazione normativa²¹.

Un caso che esemplifica molto bene il mutamento avvenuto all'interno del giudizio della comunità²² in relazione alla convivenza *more uxorio* è quello plasticamente evidenziato da una pronuncia del Tribunale di Bari del 21 gennaio 1977 in tema di contestazione della titolarità della casa adibita a comune abitazione, in cui veniva prodotta in giudizio una lettera del parroco del luogo di residenza delle parti in causa, il quale attestava la convivenza *more uxorio* tra attore e convenuta²³.

Al di là di questo riferimento al “giudizio della comunità”, di volta in volta rimodulato in base alle progressive trasformazioni sociali²⁴ - e che costituisce materia di

²⁰ Per un'analisi sistematica relativa all'introduzione del registro delle unioni civili nel Comune di Milano, si rinvia alle considerazioni svolte da M. D'AMICO, *Il diritto alla famiglia ed al matrimonio, il passo in avanti del Registro delle Unioni Civili*, in <http://www.giuristidemocratici.it/>, ove si precisa come esse rappresentino «una realtà consolidata, sia pure solo nei fatti, che non può certo essere messa in discussione a causa del suo mancato riconoscimento normativo. (...) Tale realtà dimostra come le unioni basate sul vincolo affettivo non mett[ano] in crisi la famiglia tradizionale, poiché non le “fanno concorrenza”. I fattori di difficoltà della famiglia tradizionale sono da ricercare, se mai, altrove. Gli interessi riconducibili alla famiglia tradizionale, peraltro, sono gli stessi che impongono di conferire dignità giuridica anche alle unioni basate sul legame affettivo».

²¹ F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1983.

²² È stato evidenziato come le trasformazioni della società che incidono inevitabilmente sull'istituto matrimoniale tradizionale non determinino la fine della famiglia, ma un suo progressivo “adattamento” «ai cambiamenti sociali, culturali e economici della società nel suo complesso e la sua persistente vitalità affettiva e relazionale», A. L. ZANATTA, *Le trasformazioni familiari in Italia: un approccio sociologico*, in B. DE FILIPPIS, F. BILOTTA (a cura di), *Amore civile*, cit., 57.

²³ Il caso è riportato da F. D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio. Ristampa aggiornata con appendice di giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2001, 17.

²⁴ È stata sottolineato, in proposito, come «il diverso contesto socio-culturale, il più elevato grado di maturazione dei problemi collegati alla famiglia di fatto raggiunto attraverso l'analisi di dati statistici e sociologici impongono cautela all'operatore del diritto, impegnato in questo delicato compito di trasformazione dogmatico - operativa». E questo, in quanto «il settore dei rapporti familiari più degli altri risente, in via immediata e diretta, dei valori presenti nella c.d. coscienza sociale, e conseguentemente risulta caratterizzato da estrema variabilità e mutabilità, sia spaziale che temporale», oltre ad essere condizionato anche «d[agli] orientamenti ideologici dell'interprete, espressi (...) non solo a livello formale delle diverse espressioni semantiche utilizzate nella descrizione del fenomeno (concubinato,



carattere antropologico o sociologico - risulta ai nostri fini di maggiore interesse l'analisi della elaborazione giurisprudenziale del fenomeno, in accordo con l'impostazione che mi pare ravvisare nel titolo e che vede la famiglia, complessivamente intesa, non solo posta "davanti" ma anche "sotto" la lente dei giudici, impegnati in una significativa opera di ridefinizione concettuale.

A quali giudici si intende fare riferimento?

In primis, alla Corte costituzionale, che nel tempo ha avuto modo di inquadrare il fenomeno e di individuarne gli ambiti di applicazione in relazione alla concretezza dei casi individuati dai giudici del merito, i quali per primi hanno rilevato le incongruenze e le criticità di normative difficilmente adattabili ad un fenomeno così mobile e di difficile inquadramento secondo fattispecie tipiche.

L'attività dei giudici (di tutti i giudici) si colloca inoltre all'interno di un quadro complesso, che necessariamente deve tenere conto anche della pluralità di soluzioni adottate a livello europeo in alternativa all'istituto matrimoniale (attraverso l'introduzione di *partnership* registrate aventi contenuti analoghi o modulati, con differenziazioni, rispetto all'istituto matrimoniale) - o attraverso una sua estensione anche a soggetti diversi da quelli considerati tradizionalmente come parti del rapporto; nella consapevolezza dell'assenza - all'interno dell'ordinamento italiano - di un riconoscimento e di una disciplina giuridica complessiva del fenomeno.

Anche in relazione a questo profilo, vale a dire quello relativo all'elaborazione giurisprudenziale del fenomeno, sembra utile collocarsi in una prospettiva che privilegi l'analisi delle unioni non matrimoniali come convivenze aventi carattere affettivo tra due persone. Questa ci permette di valorizzare con maggiore intensità il profilo dell'applicazione del principio di eguaglianza che, nel caso del fenomeno delle convivenze, impone una duplice prospettiva: infatti, il giudizio di eguaglianza può avere come termine di paragone tanto l'istituto matrimoniale (nel senso di una valutazione di omogeneità di situazioni cui si riferisce la Corte costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010), quanto la stessa disciplina delle convivenze eterosessuali od omosessuali (ove

coppie non sposate, convivenza more uxorio, famiglia di fatto ma anche e soprattutto a livello sostanziale, nelle diverse soluzioni suggerite per la sua regolamentazione giuridica», R. TOMMASINI, *La famiglia di fatto*, nel *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, Tomo I, *Il diritto di famiglia*, 500-501. Con particolare riferimento alla famiglia di fatto, cfr. E. ROPPO, A. M. BENEDETTI, *Famiglia di fatto (postilla di aggiornamento)*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989, 1 ss., già sottolineavano come la definizione di quest'ultima costituisse «una questione ancora aperta e oggetto di continui possibili mutamenti», spettando al giurista il compito di «prestare attenzione alle evoluzioni della realtà sociale - onde coglierne le implicazioni giuridiche - nel momento in cui si affermeranno altre forme di unioni paraconiugali diverse dal modello della coppia eterosessuale».



esistente e differenziata). In questo senso, l'esistenza di una legislazione di carattere generale sulle unioni matrimoniali si colloca su di un gradino "intermedio" nella scala che conduce ad un avvicinamento della disciplina delle convivenze (eterosessuali o omosessuali) a quella del matrimonio, e di essa il giudice dovrà tenere conto nell'analisi della fattispecie concreta posta alla sua attenzione.

4. LE UNIONI NON MATRIMONIALI: FRAMMENTARIETÀ E/O INATTIVISMO DEL LEGISLATORE?

Attualmente – come è noto - nell'ordinamento italiano non è prevista una disciplina giuridica organica in materia di convivenze²⁵.

Il quadro giuridico di riferimento, tuttavia, non può dirsi inesistente, anzi, è particolarmente articolato, ma, per lo più, «fatto di materiali eterogenei, frammenti di legislazione, specie nel campo socio-assistenziale, orientamenti giurisprudenziali di legittimità e di merito, regolamenti amministrativi, elementi di autonomia privata: regole che non cadono dall'alto ma si formano dal basso, nella realtà sociale»²⁶ e che tendono a comprendere, accanto al matrimonio la convivenza, accanto al coniuge il convivente.

Si tratta di un "blocco" di disposizioni che, letteralmente, i commentatori riportano, in modo inevitabilmente tralaticio, se pure effettuando alcuni tentativi di sistematizzazione, (oltre ai necessari aggiornamenti), e che comprende una pluralità di fonti attraverso cui la figura del convivente o le ipotesi di convivenza assumono rilievo giuridico.

È un insieme vasto e complesso, estremamente eterogeneo, e di cui è possibile dare conto unicamente attraverso un criterio di tipo cronologico, e che comprende alcune disposizioni (oltre agli interventi normativi su testi già esistenti) contenute nelle

²⁵ Per un quadro aggiornato dei possibili livelli di tutela ad oggi disponibili, come risultano elaborati nell'esperienza di altri ordinamenti, anche con riferimento alle unioni omosessuali, cfr. S. AGOSTA, *Uno sguardo sulle unioni omosessuali dalla prospettiva comparatistica: una lezione che stenta ancora ad essere imparata*, e M. CARDUCCI, N. MUSARDO, *Istituzioni, formazioni sociali diverse dalla famiglia e condizione degli omosessuali in Italia*, contributi entrambi contenuti in AA. VV., *Discriminação por orientação sexual. A homosexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, Atti delle IV Giornate Italo-Spagnolo-Brasiliane di Diritto Costituzionale, Conceito, Florianópolis, 2012.

²⁶ G. FERRANDO, *La "via legislativa" al matrimonio same – sex*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI, *Unioni e matrimoni same – sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 2011, 35 ss.



seguenti fonti: la l. n. 365/1958 (Opera nazionale per gli orfani di guerra, in particolare art. 6); la l. n. 313/1968 (in tema di diritto alla pensione di guerra riconosciuto alla convivente per decesso del partner in operazioni belliche, in particolare, art. 42) n. 354/1975 (Ordinamento penitenziario, in particolare art. 30) la l. n. 405/1975 (Istituzione dei consultori familiari, in particolare, art. 1); la l. n. 184/1983 (Diritto del minore ad una famiglia, come modificata dalla l. n. 149/2001, in particolare art. 6); il D.P.R. n. 223/1989 (Approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente, in particolare artt. 6 e 13); la l. n. 302/1990 (Norme a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata, in particolare art. 4); la legge n. 104/1992 (Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate) la legge n. 179/1992 (Cooperative edilizie a proprietà indivisa, in particolare art. 17); la l. n. 44/1999 (Disposizioni concernenti il fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive e dell'usura); la l. n. 91/1999 (Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti, in particolare art. 3); la l. n. 53/2000 (Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città); il D.lgs n. 196/2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali); la l. n. 6/2004 (Disciplina dell'amministrazione di sostegno); la l. n. 209/2005 (Codice delle assicurazioni private in particolare art. 129, c. 2, lett b); la l. n. 54/2006 (Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli); la disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. n. 40/2004)²⁷.

Al di là dei singoli interventi attuati attraverso specifiche discipline legislative, sono inoltre presenti indici di rilevanza della convivenza all'interno dei Codici: in particolare, all'art. 317 bis c. c. che attribuisce congiuntamente la potestà sul figlio naturale ad entrambi i genitori, se conviventi, e, in ambito penale, in particolare agli artt. 570, comma 2, n. 2 c.p. (violazione degli obblighi di assistenza familiare); 572 c. p. (maltrattamenti in famiglia); 199, terzo comma, c.p.p. (in relazione alla facoltà di astensione del convivente dal testimoniare); art. 681 c.p.p. (in relazione alla possibilità per il convivente di presentare domanda di grazia al Presidente della Repubblica in

²⁷ Un riferimento a questo insieme eterogeneo di disposizioni e il correlato tentativo di operare una loro sistematizzazione si trova in G. FERRANDO, *La "via legislativa" al matrimonio same - sex*, cit., 37, in T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., 150-151; in F. D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2001, 47 ss., in E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, 962 (in particolare, nota n. 10) e in L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, CEDAM, Padova, 2004, 18 ss., che in proposito parla di «norma prive di qualsiasi coordinamento».



favore del condannato)²⁸. La legge 15 febbraio 1996 n. 66 sulla violenza sessuale, inoltre, ha valorizzato il profilo delle relazioni di convivenza sia al fine di qualificare come “presunta” la violenza compiuta ai danni di un minore (art. 609 quater c.p.), sia ai fini della procedibilità d’ufficio (art. 609 septies c.p.).

In sostanza, dunque, il legislatore italiano non è stato del tutto inerte, ma «ha attribuito rilevanza, di volta in volta, ad una realtà concreta da valutarsi ai fini della possibile estensione al convivente *more uxorio* di un diritto riconosciuto dalla legge al coniuge»²⁹: un atteggiamento, dunque, opposto e contrario rispetto alla possibile configurazione di una disciplina organica per le convivenze.

Tuttavia, quella relativa alla prospettiva di una costruzione legislativa di tale disciplina giuridica è un’aspirazione che si è manifestata all’interno del nostro ordinamento: di essa rimane traccia in una serie di progetti e disegni di legge. Da una ricerca sul sito del Senato della Repubblica - che permette di individuare sia i disegni di legge presentati al Senato, sia i progetti di legge presentati alla Camera a partire dalla XIII legislatura fino alla attuale XVII legislatura - risulta evidente come siano stati proposti, con una certa continuità, progetti e disegni di legge in tema di unioni non matrimoniali³⁰.

²⁸ È stato opportunamente sottolineato come all’interno della disciplina penalistica il concetto di famiglia assuma un significato proprio e non derivato dal codice civile, come è desumibile dal dettato dell’art. 307 c.p. in relazione alla definizione di “prossimi congiunti”, F. D’ANGELI, *La tutela della convivenza senza matrimonio*, cit., 53.

²⁹ A. SEGRETO, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione*, in *Dir. Fam.*, 1998, 1661.

³⁰ Il riferimento, in particolare, è, nella XIII legislatura, a A. C. 1020, A. S. 1518 (Disciplina della unioni civili) e A. S. 2725 (Disposizioni in materia di unioni civili); nella XIV legislatura a A. C. 3308 e A. S. 1951 (Norme in materia di unione registrata, di unione civile, di convivenza di fatto, di adozione e di uguaglianza giuridica dei coniugi); nella XV legislatura A. C. 580 (Disciplina dell’unione civile), A. S. 589 (*Disciplina del contratto di unione solidale*, c.d. “CUS”), A. S. 1339 (*Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi*, c. d. “DICO”), che conteneva peraltro, all’interno della Relazione illustrativa, il riferimento ad una di disegni e progetti di legge all’epoca già presentati; nella XVI legislatura A. C. 1756 (*Diritti e doveri di reciprocità dei conviventi*, c. d. “Di.Do.Re”), A. C. 1932 (*Disposizioni per la certificazione e l’autocertificazione della convivenza di coppia per legame affettivo*) A. C. 5427 (*Modifiche al codice civile e altre disposizioni in materia di disciplina del contratto di convivenza e solidarietà*); A. S. 2130 (*Disciplina dell’unione civile*), A. S. 2142 (*Disciplina per il riconoscimento giuridico delle unioni civili tra coppie omosessuali*), A. S. 2263 (*Riforma del diritto di famiglia*), A. S. 3301 (*Modifiche al codice civile in materia di disciplina del patto di convivenza*), A. S. 3438 (*Introduzione nel codice civile del contratto di convivenza e solidarietà*); nell’attuale XVII legislatura, il 15 marzo scorso è stato presentato al Senato il progetto di legge A. S. 14 (*Disciplina delle unioni civili*). Per un riferimento critico alle «novità normative da introdurre per via parlamentare» in tema di



Si tratta di un insieme, ancora una volta, eterogeneo: vi sono interventi di carattere “minimale” ed altri di respiro più generale, fino a giungere al disegno di legge n. 2263, presentato al Senato nel corso della XVI legislatura e che propone una globale riforma del diritto di famiglia. In alcuni casi con il termine “unione civile” si è voluto fare riferimento esclusivamente alla elaborazione di una disciplina giuridica per le coppie formate da persone dello stesso sesso (è il caso della proposta di legge n. 589 presentata nel corso della XV legislatura, il cui contenuto è ripreso in parte dal disegno di legge n. 2146 presentato nel corso della XVI legislatura); più spesso, il riferimento è comprensivo delle unioni eterosessuali e omosessuali: l’ “unione civile” indica pertanto il rapporto «tra due persone, anche dello stesso sesso (...) legate da comunione di vita materiale e spirituale» (A. S. 1518, XIII legislatura, contenuto in parte replicato dai successivi disegni e progetti di legge, con la significativa differenziazione, contenuta in A. S. 1951 e A. C. n. 3308 presentati nel corso della XIV legislatura, tra «unione registrata» - riservata alle sole coppie formate da persone dello stesso sesso legate da vincoli affettivi, di solidarietà e di assistenza morale e materiale reciproca», – e «unione civile» riservata a coppie eterosessuali od omosessuali che intendano legarsi o siano legate da comunione di vita materiale e spirituale»).

La continuità con cui sono stati presentati progetti e disegni di legge in Parlamento evidenzia plasticamente la difficoltà da parte del legislatore italiano di giungere ad una sintesi tra le varie proposte che rispondevano all’esigenza di fornire una disciplina per le convivenze. Essi sono rimasti, dunque, “lettera morta”, se pure ripresi e rielaborati in fasi successive.

Vorrei in particolare soffermarmi su due di essi: il disegno di legge governativo n. 1399 presentato al Senato della Repubblica nel corso della XV legislatura (il cosiddetto disegno di legge sui “DICO”, ovvero i “diritti e i doveri delle persone stabilmente conviventi”) e il disegno di legge n. 2263 sulla riforma del diritto di famiglia presentato al Senato della Repubblica nel corso della XVI legislatura. La scelta non deriva da una volontà di compiere un’operazione di carattere “antiquario”, ma perché credo che questi due progetti, più di altri, evidenzino due percorsi diretti al riconoscimento e alla

convivenze, denominate per brevità DICO, CUS o DiDoRe «da un legislatore tanto fantasioso negli acronimi quanto pigro nella produzione normativa», cfr. A. PUGIOTTO, *Alla radice dei “casi”: la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*, (Relazione svolta al convegno “Questioni attuali in materia di famiglia” in occasione della *dedicatio* di un’aula della Facoltà ad Alberto Trabucchi, Verona, Facoltà di giurisprudenza, 29 febbraio 2008), in <http://www.forumcostituzionale.it/>, § 1, e S. TROILO, *I progetti di legge in materia di unioni di fatto: alla ricerca di una difficile coerenza con i principi costituzionali*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto: un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, Jovene, 2011, 219-270.



disciplina delle unioni non matrimoniali di particolare interesse nella prospettiva del costituzionalista, in quanto caratterizzati da una «visione istituzionale della convivenza, che comporta l'attribuzione di effetti giuridici allo stare assieme – anche nei confronti delle istituzioni pubbliche»³¹.

In particolare, nella relazione che accompagnava il disegno di legge sui DICO, si evidenziava un obiettivo prioritario, corrispondente alla individuazione «per la prima volta in modo organico e sistematico» di forme «idonee ad assicurare alle persone che fanno parte di convivenze qualificate dal particolare sistema di relazioni (sentimentale, assistenziale e di solidarietà, il godimento dei diritti di cittadinanza sociale, secondo la linea che già la giurisprudenza e, in misura minore, il legislatore, hanno cominciato a tracciare con riferimento alla cosiddetta “famiglia di fatto”, incrementando e completando «l'arco delle posizioni giuridiche collegate alla situazione di fatto della convivenza, inserendole in un testo unitario». Veniva sottolineato inoltre come «l'opzione rappresentata dall'assenza di regolazione della materia» risultasse «impraticabile, dal momento che già il legislatore, e in misura ancora maggiore la giurisprudenza [avevano] da tempo ricollegato alla convivenza diritti ed obblighi, senza peraltro fornire una definizione univoca delle situazioni di fatto». Si esplicitava, inoltre, l'incidenza del progetto di legge «in ambiti, come la tutela dei diritti fondamentali e la previsione di doveri con profili di natura patrimoniale, in relazione ai quali appare necessario il ricorso allo strumento legislativo, perché un intervento attraverso fonti normative di grado inferiore risulterebbe in contrasto con il disposto costituzionale».

Formulate queste premesse, i titolari dei “diritti e doveri dei conviventi” erano identificati all'art. 1 come: «Due persone maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso, unite da reciproci vincoli affettivi, che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale, non legate da vincoli di matrimonio, parentela in linea retta entro il primo grado, affinità in linea retta entro il secondo grado, adozione, affiliazione, tutela, curatela o amministrazione di sostegno». Risultava quindi, già allora, evidente il riferimento privilegiato alla relazione affettiva all'interno di una coppia (potendo quest'ultima essere formata da due soggetti dello stesso sesso o di sesso diverso, maggiorenni, e in assenza dei vincoli sopra specificati) e riguardante quindi anche soggetti (ad esempio, nonno e nipote) la cui convivenza non potrebbe essere qualificata come “more uxorio”³².

³¹ M. SESTA, *Una disciplina per le convivenze*, ne *Il Mulino*, 2007, 450.

³² Sul punto, cfr. E. ROSSI, *La Costituzione e i DICO, ovvero della difficoltà di una disciplina legislativa per le convivenze*, in *Pol. Dir.*, 2008, 128. Cfr. altresì N. PIGNATELLI, *I DICO tra resistenze culturali e bisogni costituzionali* in *Quest. Giust.*, 2007, 249 – 260.



Come a suo tempo fu fatto opportunamente notare, uno dei nodi critici della disciplina sui DICO consisteva nella modalità con cui veniva prevista l'emersione della convivenza da una situazione di mero fatto: a questo proposito, veniva stabilita un duplice percorso, consistente o nella dichiarazione congiunta resa contestualmente dai conviventi all'ufficio di anagrafe, o in una dichiarazione unilaterale e comunicata al convivente mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Questa seconda ipotesi, non meglio specificata, poneva alcuni interrogativi in relazione al comportamento che avrebbe dovuto tenere il convivente (o presunto tale) una volta ricevuta la raccomandata, risolte nel senso di una applicazione della disciplina del silenzio – assenso, non essendo ammissibile fare «discendere diritti e doveri dalla volontà di uno dei due [conviventi] soltanto, con palese violazione della libertà di scelta dell'altro»³³. Tale procedura, invero piuttosto farragginosa, avrebbe dunque aperto ad una disciplina, che, se pure riservata soltanto alla dimensione della vita di coppia (per via del riferimento testuale all'art. 1 alla titolarità dei diritti e dei doveri dei conviventi a sole “due persone”) si proponeva di regolare il fenomeno della convivenza in relazione ad una pluralità di ambiti (assistenza per malattia e ricovero, decisioni in materia di salute e per il caso di morte, permesso di soggiorno, assegnazione di alloggi di residenza pubblica, successione nel contratto di locazione, agevolazioni e tutele in materia di lavoro, trattamenti previdenziali e pensionistici, diritti successori, obblighi alimentari), stabilendo (o prevedendo che fosse in seguito fissata da ulteriori norme) una durata minima della convivenza affinché potesse essere qualificata come rilevante.

In sostanza, si produceva il risultato per cui la nozione di «relazione affettiva» veniva «implicitamente assunta dal provvedimento in termini estremamente generici, individuando un minimo comune denominatore rilevabile in situazioni per altri aspetti eterogenee»³⁴.

Il quadro di riferimento approntato dai DICO in tema di diritti e doveri dei conviventi, includeva interventi in alcuni settori in cui era avvertita l'esigenza offrire una tutela giuridica anche alle coppie conviventi (come si è visto, diritti di assistenza e di cura, il diritto a designare l'altro convivente come fiduciario in relazione alle decisioni in materia di salute, il diritto a vedere riconosciuta la propria convivenza in relazione all'accesso a bandi regionali in materia di edilizia residenziale pubblica, il diritto alla successione nel contratto di locazione e il diritto di successione nei confronti del proprio partner) che se per alcuni risultavano dunque «espressamente finalizzati a non lasciare senza tutela chi convive rispetto a chi convive rispetto a chi ha contratto

³³ E. ROSSI, *La Costituzione e i DICO*, cit., 126.

³⁴ D. CABRAS, *Le ragioni dei DICO*, in <http://www.forumcostituzionale.it/>, t, (3 aprile 2007).



matrimonio (...) giustifica[ndo] l'affermazione che tra il matrimonio propriamente detto e il patto di convivenza la distanza sia, tutto sommato, breve»³⁵, per altri costituivano interventi unicamente ispirati «al buon senso, oltre che a un elementare senso di giustizia»³⁶.

La prospettiva delineata dal disegno di legge governativo sui DICO, come è noto, si conclude con un nulla di fatto, e con qualche interrogativo irrisolto, soprattutto in relazione alla compatibilità di tale disegno con l'impianto dei principi costituzionali: costituivano i DICO un "matrimonio di serie B" (questione della compatibilità con l'art. 29 Cost.), o erano, invece, uno strumento di tutela insufficiente, a partire dalle farraginose e incerte modalità di costituzione della convivenza, per fornire le adeguate garanzie ai rapporti di coppia non altrimenti formalizzati e fondati su vincoli affettivi? (questione di compatibilità con gli articoli 2 e 3 Cost.); da ultimo: quale avrebbe potuto essere l'impatto di tali disposizioni, di carattere generale, sulla legislazione regionale (in particolare, in tema di assegnazione di alloggi di edilizia residenziale popolare o residenziale pubblica, che costituisce materia riservata alla competenza legislativa regionale)?³⁷

Il disegno di legge n. 2263, in tema di riforma del diritto di famiglia si proponeva come un intervento di senso opposto e contrario rispetto a quello tutto sommato "minimale" integrato dal disegno di legge sui DICO e aveva l'obiettivo di contribuire – come evidenziato nella Relazione illustrativa - ad un progetto «globale di riscrittura, unificazione e modernizzazione di tutto il libro primo del Codice civile».

³⁵ L. VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto, praeter o contra constitutionem?*, in <http://www.forumcostituzionale.it/>.

³⁶ D. CABRAS, *Le ragioni dei DICO*, cit. In senso analogo cfr. M. GATTUSO, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza*, in *Quest. Giust.*, 2007, 272.

³⁷ In relazione a quest'ultimo profilo, la Relazione illustrativa al disegno di legge sui DICO indicava che: «Non si ravvisano elementi di contrasto con l'attuale riparto delle competenze normative tra Stato e regioni. La disposizione di cui all'articolo 7 integra un livello essenziale del relativo diritto all'abitazione», affermazione giudicata problematica da E. ROSSI, *La Costituzione e i DICO*, cit., 131 ss., in quanto «si tratterebbe, secondo il Governo, di una competenza che lo Stato è chiamato a esercitare in forza dell'art. 117, comma 2, lettera m) della Costituzione: se così è, tuttavia, non pochi problemi si aprono. In primo luogo perché, trattandosi di livello essenziale, l'espressione "tengono conto" [art. 7 del ddl, il quale stabilisce che: «1. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano tengono conto della convivenza di cui all'articolo 1 ai fini dell'assegnazione di alloggi di edilizia popolare o residenziale pubblica»] pare assai vaga ed indeterminata; ed inoltre perché, come è noto, la tematica dei livelli essenziali è strettamente connessa al loro finanziamento, mentre in questo caso sarebbero le Regioni che non solo dovrebbero definire la reale garanzia del livello essenziale, ma se ne dovrebbero anche assumere i relativi costi».



Alcune delle proposte in esso contenute sono state superate (in particolare, quella in tema di filiazione, che andava nel senso di una abolizione delle differenze tra figli legittimi e naturali e ora prevista dalla l. 219/2012 e, in prospettiva, dai successivi decreti attuativi); altre, quali ad esempio quelle in tema di unioni libere e matrimonio tra persone dello stesso sesso risultano - come testimoniano anche i lavori di questo Convegno - ancora al centro del dibattito politico e giuridico. In questo senso, costituisce un dato di una certa rilevanza il fatto che sia stata più volte affermata, all'interno del Congresso nazionale dell'Associazione radicale Certi Diritti svoltosi nell'aprile di quest'anno (in cui erano presenti anche membri dell'attuale Parlamento), l'opportunità di una riproposizione del ddl n. 2263 (o di un suo riutilizzo come testo - base per nuove proposte e disegni di legge) nel corso della attuale XVII legislatura³⁸.

Il disegno di legge n. 2263 individua un quadro complessivo di istituti familiari e parafamiliari estremamente articolato, attraverso cui, come recita programmaticamente la Relazione illustrativa, «gli spazi di libertà e diversità (ricchezza) del diritto di famiglia vengono programmaticamente ampliati». Sono, pertanto, previste unioni libere, intese di solidarietà, comunità intenzionali. La differenza terminologica è significativa in quanto l'unione libera si celebra tra due persone determinando gli stessi effetti del matrimonio; l'intesa è possibile tra due o più persone, non implica un'unione sessuale e determina conseguenze ridotte rispetto all'unione matrimoniale o libera; le comunità intenzionali, invece, rispondono ad esigenze di vicinanza e comunità di gruppi di persone e si pongono come gruppi intermedi tra la coppia e la comunità generale, senza essere assimilabili a «famiglie». Ai fini di una identificazione delle possibili prospettive di disciplina delle unioni non matrimoniali risulta di un certo interesse la proposta di inserzione di due nuovi capi all'interno del Libro I del Codice civile (Capo VI-bis, dedicato alle *Unioni Libere* e Capo VI-ter, *Delle intese e delle altre forme di solidarietà sociale ed economica*, in particolare la Sezione I, rubricata *Delle intese di solidarietà*).

In esso era stabilito che alle unioni libere potessero accedere i soggetti che si trovavano nelle condizioni richieste dalla legge per contrarre matrimonio e che «per le medesime finalità e in alternativa» avrebbero potuto contrarre tra loro una convenzione di unione libera (art. 230-ter). Tale previsione andava coordinata con la previsione (contenuta nello stesso ddl. n. 2263) relativa all'introduzione della possibilità di

³⁸ *Verso l'uguaglianza. Impegno.org contro il proibizionismo sui corpi e sugli affetti. VI Congresso nazionale di Certi Diritti* (Napoli, 5-6-7 aprile 2013), registrazione degli interventi disponibile al sito www.radioradicale.it. In quella sede era stata altresì annunciata dall'on. Scalfarotto la richiesta, inoltrata all'Ufficio di Presidenza della Camera dei deputati, di estendere al convivente anche omosessuale del deputato l'assistenza sanitaria integrativa (richiesta successivamente accolta dallo stesso Ufficio di Presidenza il giorno 14 maggio 2013).



contrarre matrimonio anche per le coppie formate da persone dello stesso: in questo modo non si configurerebbero più discipline riservate alla sola coppia eterosessuale ed entrambe le opzioni (matrimonio o unione libera) sarebbero pertanto percorribili tanto dalle coppie eterosessuali quanto da quelle omosessuali. La disciplina dell'unione libera (stipulata con le formalità previste per la pubblicazione e la celebrazione del matrimonio) attribuiva i medesimi diritti ed obblighi derivanti da quest'ultimo, con talune differenziazioni (relative alla mancata applicazione della normativa relativa alla promessa del matrimonio, delle norme sul lutto vedovile, delle disposizioni in tema di errore sulla qualità della persona, del divieto di apporre condizioni; possibilità di stipulare accordi in vista del divorzio) e in ogni caso nel rispetto del principio di parità tra gli sposi e di reciprocità di diritti e doveri previsti dall'art. 143 c.c., in mancanza del quale la convenzione di unione libera avrebbe potuto essere dichiarata nulla in tutto o in parte.

Le intese di solidarietà, invece, erano previste come un accordo, tra due o più persone, con l'obiettivo di regolare rapporti personali e patrimoniali nell'ambito di un percorso comune di vita (e non di una "comunione di vita", che ne giustificerebbe l'esclusività e pertanto la limitazione a sole due persone) basato sull'affetto, sulla solidarietà e sull'effettiva convivenza. Era previsto che le intese fossero stipulate alla presenza contestuale dei soggetti ad esse interessati di fronte all'ufficiale dello stato civile che, accertata l'identità dei contraenti e raccolta la loro volontà, avrebbe conservato copia dell'atto, curandone l'iscrizione nel registro comunale dell'intesa. Il contenuto dell'intesa era dunque libero (potendo anche contenere disposizioni di carattere economico o assistenziale in vista di un suo eventuale scioglimento), salvo il rispetto del principio di parità tra i liberi conviventi.

Questo riferimento, sia pure sommario, a due esperienze di inattuazione legislativa di una disciplina giuridica per le unioni non matrimoniali, risulta a mio parere particolarmente significativo, in quanto esprime alcune delle problematiche che ancora oggi sono presenti e che potranno essere completate dalla successiva riflessione sugli apporti giurisprudenziali ad una discussione su questo tema.

La difficoltà relativa alla costruzione di una disciplina ritagliata su questo fenomeno risponde inevitabilmente anche alla non volontà politica di risolverlo (o di risolverlo subordinatamente alla trattazione di altri temi ritenuti prioritari), come si vedrà in seguito. Senza dubbio, però, entrambe le esperienze progettuali scontano la difficoltà di definire adeguatamente il fenomeno delle unioni non matrimoniali, mescolando e sovrapponendo le esigenze di regolamentazione da un lato della vita di coppia, dall'altro di una più generica "comunità di interessi" che potrebbe implicare rapporti di convivenza più estesa. Questa tendenza è particolarmente evidente nel disegno di legge



sui DICO, in cui non si chiarisce il concetto di «reciproci vincoli affettivi» e lo si rapporta ad una serie di ipotesi di (soltanto due) soggetti stabilmente conviventi che si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale, non legate da vincoli di matrimonio, parentela in linea retta entro il primo grado, affinità in linea retta entro il secondo grado, adozione, affiliazione, tutela, curatela o amministrazione di sostegno.

Viceversa, nel caso del disegno di legge n. 2263 di Riforma del diritto di famiglia, la frammentazione delle ipotesi appare talvolta addirittura eccessiva e (salvi i casi di incompatibilità dell'una con l'altra, previsti in modi puntuali), di difficile coordinamento complessivo, richiedendo un significativo sforzo di razionalizzazione, soprattutto al livello di pubblicità e quindi conoscibilità e certezza dei relativi rapporti.

Se si effettuasse il tentativo di sovrapporre le due ipotesi di regolazione qui sopra previste al complesso eterogeneo di disposizioni legislative all'interno delle quali la convivenza o la figura del convivente assume rilievo, si potrebbe forse mettere in luce l'attuale stato delle cose, per cui esiste una varietà di ambiti e settori oggetto di disciplina (in parte replicati, in parte completati dalle previsioni del disegno di legge sui Di.Co. –basti pensare al regime di assistenza per malattia e ricovero e alla materia successoria), dall'altra si rivelerebbe la totale assenza di un qualunque tipo di normativa di carattere generale applicabile ad una pluralità di ipotesi non testualmente previste dalla disciplina di settore.

A questo punto si apre la strada a due prospettive (tra di loro opposte e contrarie): o si attende che quello che non è un vuoto di diritto, ma un “abbastanza – pieno” di diritto in tema di unioni non matrimoniali si riempia progressivamente fino a raggiungere uno *standard* accettabile di tutela (immaginando un legislatore disciplinato che adegua progressivamente normative vecchie e nuove, inserendo ove necessario la figura del convivente e parificandola a quella del coniuge, e che accetti l'attività di supplenza o stimolo da parte di giudici che però, come è noto, hanno margine d'azione in riferimento a singoli casi concreti, senza la possibilità di garantire una tutela uniforme); oppure si accoglie la prospettiva per cui regolamentazione delle unioni non matrimoniali rappresenta un'opzione praticabile, seguendo peraltro l'indicazione formulata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138/2010 e rivolta in particolare al riconoscimento delle unioni formate da persone dello stesso sesso³⁹, monito ribadito

³⁹ Corte cost., n. 138/2010, Considerato in Diritto, punto n. 8, per cui per formazione sociale ai sensi dell'art. 2 Cost. «deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire o favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico». In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una



dallo stesso Presidente della Corte costituzionale nella riunione straordinaria del 12 aprile 2013⁴⁰.

In precedenza, si è fatto riferimento all'attività di stimolo e supplenza svolta dai giudici in relazione alle ipotesi in cui la tutela giuridica delle convivenze non sia supportata da un preciso riferimento testuale: non è l'unica. Già in relazione al riferimento, contenuto all'art. 7 del disegno di legge sui DICO (che stabiliva l'esigenza per le Regioni e per le province autonome di Trento e di Bolzano di tenere conto della forma di convivenza in esso disciplinata ai fini dell'associazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica e popolare), non poteva non essere evidenziato come proprio le stesse Regioni, nel disciplinare tale materia di propria competenza, avessero elaborato nozioni autonome di "nucleo familiare", includendovi anche il convivente *more uxorio*. In questo senso, è interessante notare, a titolo esemplificativo, come la legge della Regione Piemonte n. 46 del 1995 (Nuove norme per le assegnazioni e per la determinazione dei canoni degli alloggi di edilizia residenziale pubblica) avesse già individuato al suo interno (art. 3) tre diversi ambiti familiari, riconducibili: 1) alla famiglia nucleare in senso stretto (coniugi e figli legittimi, naturali, riconosciuti, adottivi o affiliati), per i cui componenti non si richiede che il requisito della convivenza con l'assegnatario abbia una particolare durata; 2) alla famiglia estesa (convivente *more uxorio*, ascendenti, discendenti, collaterali fino al terzo grado, affini entro il secondo grado) i cui componenti sono tenuti a dimostrare «nelle forme di legge» di avere convissuto con l'assegnatario da almeno due anni prima della data di pubblicazione del bando di concorso; 3) a persone non legate da vincoli di parentela o affinità le quali, a determinate condizioni, possono considerarsi rientranti nel nucleo familiare «sempreché la convivenza duri da almeno due anni alla data di pubblicazione del bando di concorso»⁴¹.

condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri».

⁴⁰ Parlando del difficile rapporto della Corte costituzionale con il proprio interlocutore naturale (il Parlamento) il Presidente della Corte ha individuato, tra gli esempi di moniti o «inviti» inascoltati «quello contenuto nella sentenza n. 138 del 2010. In tale pronuncia la Corte ha escluso l'illegittimità costituzionale delle norme che limitano l'applicazione dell'istituto matrimoniale alle unioni tra uomo e donna, ma nel contempo ha affermato che due persone dello stesso sesso hanno comunque il «diritto fondamentale» di ottenere il riconoscimento giuridico, con i connessi diritti e doveri, della loro stabile unione. Ha perciò affidato al Parlamento la regolamentazione della materia nei modi e nei limiti più opportuni», Corte costituzionale, riunione straordinaria del 12 aprile 2013, Relazione del Presidente, p. 9 del testo consultabile al sito www.cortecostituzionale.it

⁴¹ Proprio in relazione alla mancata specificazione delle circostanze di fatto necessarie al corretto inquadramento della fattispecie (pur chiaramente individuabile sulla base delle coordinate fornite dalla



Analogamente, in tempi più recenti, è stato portato all'attenzione del TAR Lazio il concetto di nucleo familiare contenuto all'art. 11, comma 5 della legge della Regione Lazio in tema di Disciplina delle funzioni amministrative regionali e locali in tema di edilizia residenziale pubblica n. del 6 agosto 1999, n. 12, (soltanto parzialmente riprodotto – per quello che da TAR viene giudicato come un difetto di coordinamento – all'interno dell'art. 12 della stessa legge, riguardante i casi di subentro nell'assegnazione dell'alloggio) in base al quale per nucleo familiare si intende «la famiglia costituita da una persona sola ovvero dai coniugi, dai figli legittimi, naturali, riconosciuti, adottivi, dagli affiliati, nonché dagli affidati per il periodo effettivo dell'affidamento, con loro conviventi. Fanno altresì parte del nucleo familiare il convivente *more uxorio*, gli ascendenti, i discendenti, i collaterali fino al terzo grado, purché la stabile convivenza con il richiedente duri ininterrottamente da almeno due anni alla data di pubblicazione del bando di concorso e sia dimostrata nelle forme di legge. *Sono considerati componenti del nucleo familiare anche persone non legate da vincoli di parentela, purché la convivenza abbia carattere di stabilità, sia finalizzata alla reciproca assistenza morale e materiale, sia instaurata da almeno quattro anni alla data di pubblicazione del bando di concorso e dimostrata nelle forme di legge*». Significativamente, dunque, viene prevista un'ipotesi adattabile alla convivenza, dotata di un certo grado di stabilità, anche tra persone dello stesso sesso non legate da vincoli di parentela⁴².

Neppure può essere taciuto l'attivismo delle amministrazioni locali in tema di riconoscimento delle unioni civili attraverso la predisposizione di appositi registri, che costituisce il tema di un successivo intervento e su cui non mi soffermerò, se non sottolineando come anche il livello locale partecipi a questa attività di stimolo del legislatore nella prospettiva di elaborazione di una disciplina complessiva e parzialmente rimediando all'inerzia di quest'ultimo, in modo analogo a quanto avvenuto in tema di contrasto all'omofobia, attraverso la raccolta in un Libro bianco delle buone prassi attuate a livello locale nell'ambito del progetto AHEAD (Against Homophobia. European local Administration Devices), cofinanziato dalla Direzione Diritti Fondamentali e Cittadinanza dell'Unione Europea e coordinato dal Comune di Barcellona (e che comprendeva tra i suoi partecipanti anche il Comune di Torino)⁴³.

legge regionale) la questione di legittimità costituzionale relativa ad un complesso di articoli di tale legge è dichiarata dalla Corte costituzionale manifestamente inammissibile con ordinanza n. 164/2004.

⁴² T.A.R. Lazio, Sezione II, n. 10373 del 13 dicembre 2012, consultabile al sito www.equal-jus.eu.

⁴³ G. COLL PLANAS (a cura di), *Combattere l'omofobia. Politiche locali di parità rispetto all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Un libro bianco europeo*, Città di Torino, Torino, 2011.



5. IL RUOLO DELLA CORTE COSTITUZIONALE NELL'INQUADRAMENTO DEL FENOMENO DELLE CONVIVENZE: L'APPLICAZIONE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI

Date queste premesse, si rende necessario guardare con rinnovata attenzione al vasto panorama delle sentenze costituzionali che possano fornirci materiali per una riflessione aggiornata sul tema delle unioni non matrimoniali in relazione ai parametri costituzionali richiamati e alla conseguente applicazione, su questo tema, dei principi costituzionali.

Data la difficile configurazione del fenomeno “unioni matrimoniali” nei termini sopra esposti, ho ritenuto che potesse essere utile effettuare una ricerca sulle pronunce utilizzando i motori di ricerca testuale del periodico telematico [Consulta OnLine](#) e del sito della [Corte costituzionale](#), effettuando la ricerca secondo alcune coppie di termini - chiave: innanzitutto unione/unioni e matrimoniale/matrimoniali e, per via delle implicazioni con i concetti di convivenza e famiglia, attraverso i termini: convivenza/convivente; convivenze/conviventi e familiare/familiari.

Incrociando i risultati, al netto delle inevitabili duplicazioni e delle disambiguazioni (soprattutto in relazione al termine «convivenza» che attrae su di sé una pluralità di significati) ho ricavato un complesso di pronunce che ho ritenuto rilevanti in quanto, se pure con gradi ed intensità diverse, contribuisce alla creazione di un “discorso” costituzionale sul tema delle unioni non matrimoniali⁴⁴.

Il primo dato che ho avuto modo di rilevare è che si è effettivamente formato un gruppo di pronunce costituzionali costantemente richiamate dalla dottrina in relazione alle convivenze *more uxorio*⁴⁵. Sotto questo profilo, dunque, nulla di nuovo: si tratta di

⁴⁴ Si tratta delle pronunce n. 179/1976; 6/1977; n. 45/1980; n. 124/1980; n. 128/1980; n. 30/1983; n. 280/1983; n. 237/1986; n. 404/1988; n. 423/1988; n. 310/1989; n. 352/1989; n. 559/1989; n. 522/1990; n. 281/1994; n. 28/1995; n. 8/1996; n. 416/1996; n. 127/1997; n. 203/1997; n. 2/1998; n. 113/1998; n. 166/1998; n. 104/1999; n. 313/2000; n. 352/2000; n. 461/2000; n. 491/2000; n. 121/2004; n. 61/2002; n. 204/2003; n. 121/2004; n. 164/2004; n. 372/1998; n. 378/2004; n. 394/2005; n. 192/2006; n. 444/2006; n. 94/2007; n. 158/2007; n. 183/2008; n. 308/2008; n. 19/2009; n. 86/2009; n. 140/2009; n. 138/2010; n. 276/2010; 299/2010; n. 4/2011; n. 8/2011; n. 94/2011; n. 245/2011; n. 301/2012; n. 29/2013.

⁴⁵ Cfr, sul punto, in particolare, G. BRUNELLI, *Famiglia e Costituzione: un rapporto in continuo divenire* in C. Mancina, M. Ricciardi, *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Donzelli, Roma, 2012; S. ROSSI, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008; E. ROSSI, N. PIGNATELLI, *La tutela costituzionale delle forme di convivenza familiare diverse dalla famiglia*, in S. PANIZZA, R. ROMBOLI (a cura di), *L'attuazione della Costituzione. Recenti riforme e ipotesi di*



un complesso di sentenze abbastanza eterogenee fra di loro e di cui è stata tentata una suddivisione «per materia», a seconda delle aree di specifico intervento dal parte della Corte costituzionale, individuate nella successione del convivente nel contratto di locazione, nella materia previdenziale (con riferimento all'esclusione del convivente dal novero dei beneficiari in tema di pensione di reversibilità), nel c. d. "diritto dell'immigrazione" (con riferimento alla convivenza come condizione ostativa all'espulsione per gli stranieri extracomunitari irregolarmente presenti nel territorio nazionale); nella materia successoria; nella materia penale, avendo riguardo, in particolare, all'inclusione del convivente all'interno della categoria dei "prossimi congiunti" evocata da norme penali contenenti previsioni di favore volte alla tutela dei sentimenti familiari⁴⁶.

In una nota alla sentenza n. 404/1988 della Corte costituzionale veniva sottolineato come lo stato della dottrina che si era occupata della rilevanza della famiglia di fatto potesse dividersi e riassumersi in «tre distinte posizioni»: la prima, che interpreta l'art. 29 Cost. «nel senso che la Costituzione esclude un riconoscimento di valore alle famiglie non fondate sul matrimonio»; la seconda che, sulla base di una lettura congiunta degli artt. 2 e 29 Cost., identifica «quale oggetto di riconoscimento costituzionale, un modello di comunità familiare naturale, fondato sulla solidarietà e sul consenso, piuttosto che sul fatto normale della celebrazione del matrimonio, con la conseguenza che tale modello è oggetto di una tutela che, prescindendo dal matrimonio, investe tutte le relazioni tra soggetti caratterizzate da quei contenuti che l'ordinamento vuole realizzati nella comunità familiare oggetto della sua garanzia e della sua protezione»; la terza che «pur escludendo che la famiglia di fatto sia coperta di garanzia costituzionale ai sensi dell'art. 29 Cost., e quindi fornita di uno speciale trattamento rispetto alle formazioni sociali [riconosce in essa] una formazione sociale ove si svolge la personalità umana e come tale protetta dall'art. 2 Cost.»⁴⁷.

Quest'ultima prospettiva è quella accolta dalla Corte costituzionale n. 138 del 2010, che - pronunciandosi in termini di inammissibilità e infondatezza in relazione alla questione di legittimità costituzionale relativa al complesso di articoli del Codice civile

revisione, Plus, Pisa, 2006; C. BERGONZINI, *La convivenza more uxorio nella giurisprudenza costituzionale (note a ritroso all'indomani di Corte Cost. n. 140 del 2009)*, in *St. Iuris*, 2010, 1-7; A. SEGRETO, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione*, cit., 1666-1674.

⁴⁶ Questa partizione è proposta da C. BERGONZINI, *La convivenza more uxorio nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 2.

⁴⁷ R. LENZI, *La famiglia di fatto e la locazione della casa di abitazione*, in *Giur. Cost.*, 1988, 1805-1806.



che, unitariamente considerati, non permettono il matrimonio tra persone dello stesso sesso – ha sottolineato come la convivenza omosessuale rientri tra le formazioni sociali tutelate ai sensi dell'art. 2 Cost. e sia possibile alla Corte garantire anche ad esse, attraverso il controllo di ragionevolezza (come avvenuto per le convivenze *more uxorio*), un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale⁴⁸.

Attraverso la sentenza n. 138/2010 si è aggiunto un ulteriore elemento rispetto a quello desumibile dalla lettura del complesso delle pronunce in tema di convivenze *more uxorio*, caratterizzato dalla presenza di unioni omosessuali che (al di là dell'ulteriore richiesta di accedere all'istituto matrimoniale) sono indubbiamente riconducibili alle unioni non matrimoniali e sono rapportabili – al pari delle convivenze *more uxorio* – alle coppie coniugate «in relazione ad ipotesi particolari [ove] sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo»⁴⁹. Questo aspetto è stato valorizzato in dottrina soprattutto con riferimento all'attività dei giudici comuni, che in sostanza hanno fatto propria questa previsione (originariamente e testualmente riservata dalla Corte costituzionale a se stessa) adattandola alle esigenze di giudizio del caso concreto⁵⁰; in realtà, esso costituisce, come si vedrà di seguito, un elemento di un certo

⁴⁸ Sul concetto di formazione sociale come «mezzo necessario per lo svolgimento della personalità umana», termine «adoperato dall'art. 2 [Cost.] in senso comprensivo di tutte le entità superindividuali a base associativa, volontaria o necessaria (come gli enti pubblici) o con elementi comuni alle une e alle altre (come la famiglia)», C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1969, II, 1050-1051. Sull'elemento della stabilità come uno dei caratteri qualificanti le formazioni sociali ex art. 2 Cost., insieme all'elemento materiale (riferibilità ad un insieme di soggetti persone fisiche); teleologico (scopo di tali aggregazioni di contribuire allo sviluppo della persona umana); psicologico (interno ai componenti e consistente nella coscienza di voler fare parte e perseguire i fini della formazione) come fattori che concorrono a definire il significato della formula «formazioni sociali», cfr. E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, CEDAM, Padova, 1989, 152-153. Una posizione critica sulla riconducibilità della famiglia (fondata o meno sul matrimonio) al novero delle formazioni sociali è espressa da A. CARIOLA, *La dubbia utilizzazione del modello di famiglia come formazione sociale*, in R. BIN, C. PINELLI, *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, 47 ss.

⁴⁹ Corte cost., n. 138/2010, *Considerato in Diritto*, punto n. 8.

⁵⁰ M. GATTUSO, *La giurisprudenza e le unioni same – sex*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same – sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011, 140, per cui «alla luce delle indicazioni della Consulta, si dovrà ritenere che ogni giudice sia richiamato ad accertare di volta in volta se nella situazione data «sia riconoscibile la necessità di un trattamento omogeneo» – verificando preventivamente se il dispositivo favorevole alla coppia coniugata possa essere applicato anche alla coppia omosessuale- (...) e, in caso negativo, interrogando la Corte per consentirle di verificare se sussista violazione del parametro dell'eguaglianza formale». Cfr., altresì, F. CHIOVINI, M. M. WINKLER, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i*



rilievo anche all'interno di un'indagine orientata al fenomeno delle unioni non matrimoniali complessivamente inteso.

La sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale è stata ampiamente commentata, e riguardo ad essa la dottrina ha assunto posizioni piuttosto articolate⁵¹, privilegiando ora l'esegesi dell'art. 29 Cost. che, a parere della Corte, contiene un nucleo immodificabile di significato costituito dall'eterosessualità dei coniugi⁵²; ora, invece, il profilo dell'eguaglianza, soprattutto con riferimento alla proposta, avanzata all'interno delle ordinanze di rimessione, di una estensione, in senso inclusivo, del significato dell'art. 29 Cost. (anche in relazione al dato per cui il dettato costituzionale non fa esplicito riferimento alla diversità di sesso dei coniugi), combinandolo con l'art. 3 Cost.⁵³; oppure sottolineando con forza il monito formulato dalla Corte (ex art. 2 Cost.) in relazione al diritto fondamentale dell'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, a vedere riconosciuta giuridicamente la propria unione nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge.

A queste prospettive, se ne può aggiungere una ulteriore, maggiormente utile ai fini della presente indagine, che valorizza quel passaggio, contenuto nella sentenza n.138/2010, per cui «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere (...) che in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale,

diritti delle coppie omosessuali, in *Giust. Civ.*, 2012, 1707 ss., che sottolineano come: «tale controllo di ragionevolezza non spetta soltanto alla Consulta in via esclusiva, bensì a ciascun giudice comune».

⁵¹ Sul punto, si rinvia a R. ROMBOLI, *La sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale e le sue interpretazioni*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI, *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, cit., e, volendo, L. CONTE, «Impara una quantità di cose dai dotti»: la vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale e nello «specchio» della dottrina, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁵² Passaggio della pronuncia particolarmente valorizzato da L. D'ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio "nun s'ha da fare"*, in <http://www.forumcostituzionale.it/>, (15 aprile 2010) e V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali tra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della "libertà"*, in <http://www.federalismi.it/> (21 settembre 2010).

⁵³ Su questo punto, cfr. G. BRUNELLI, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI, *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011, in particolare 146 ss.



trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza»⁵⁴. È opportuno sottolineare l'importanza di questo passaggio - al di là della sua pure significativa ricezione e applicazione anche da parte dei giudici comuni - in quanto costituisce un elemento di discontinuità che ci permette di rileggere “con occhi nuovi” la giurisprudenza costituzionale in tema di convivenze *more uxorio*. Quest'ultimo costituisce infatti l'ambito in cui è emerso, nel tempo, all'attenzione della Corte, il più generale fenomeno delle unioni non matrimoniali.

Dopo la sentenza n. 138/2010, tuttavia, viene acquisito un dato nuovo: vale a dire l'affermazione del rilievo giuridico di unioni/convivenze derivanti da scelte di vita non perfettamente coincidenti con una prospettiva differenziata rispetto al matrimonio, (caratterizzata dall'opzione per la “libertà da ogni vincolo”, e che invece appare un dato ricorrente con cui la Corte costituzionale, nel corso della propria giurisprudenza, definisce il fenomeno delle convivenze).

Questo stato di cose impone un'analisi aggiornata del fenomeno delle convivenze, privilegiando non soltanto gli aspetti di libertà, ma anche quelli di “necessarietà” che sembrerebbero evidenziare l'opportunità di una loro disciplina giuridica uniforme.

La giurisprudenza costituzionale, anche quella più “datata” ci fornisce alcuni riferimenti essenziali che hanno tuttora rilievo nella identificazione del fenomeno delle unioni non matrimoniali (essenzialmente nella loro tipologia di “convivenze *more uxorio*”) e che – a differenza delle prospettive riguardanti una disciplina uniforme sulle convivenze, rimaste, come si è visto, improduttive – costituiscono nella loro progressiva stratificazione, elementi concretamente utilizzabili dai giudici e, in generale, dagli interpreti del diritto.

a) Le tipologie di giudizio

Con riferimento alla tipologia dei giudizi in cui emerge il fenomeno delle unioni non matrimoniali, il primo dato che può essere evidenziato risulta quello relativo alla netta prevalenza del giudizio in via incidentale, anche se non mancano casi – anche significativi - di giudizi in via principale, con particolare riferimento all'esatta configurazione della potestà legislativa regionale in relazione ad ambiti afferenti alle materie “stato civile e anagrafi” e “ordinamento civile”, di competenza esclusiva statale ex art. 117, comma 2, lett.i) e l) Cost.

La presenza se pure con percentuali diverse, di giudizi in via incidentale e di giudizi in via principale deriva, in entrambe le ipotesi, dalla complessità del quadro che si è cercato di delineare nei paragrafi precedenti, e che risulta caratterizzato, da un lato, da

⁵⁴ Corte cost., sentenza n. 138/2010, *Considerato in Diritto*, punto n. 8.



una disciplina legislativa frammentata e disorganica in cui episodicamente rilevano le ipotesi di convivenza (al netto delle quali residua la totalità delle ipotesi non oggetto di previsione e che possono emergere nei casi concreti portati all'attenzione dei giudici di merito); dall'altro, dalla mancanza di una disciplina legislativa di carattere generale al livello statale, che ha inevitabilmente creato "margini" di azione per il legislatore regionale (sia a livello di previsioni statutarie⁵⁵, sia all'interno delle materie di propria esclusiva competenza⁵⁶).

b) Il giudizio in via principale

Con particolare riferimento al giudizio in via principale, devono essere menzionate in particolare le sentenze n. 372 e 378 del 2004⁵⁷. Come è noto, la Corte costituzionale si pronunciò nei termini dell'"inefficacia giuridica" di alcune disposizioni statutarie, che in alcuni casi riguardavano il fenomeno delle convivenze. È il caso dell'art. 9, comma 2 della delibera statutaria della Regione Umbria, in base al quale la Regione intende tutelare forme di convivenza ulteriori rispetto a quella costituita dalla famiglia e dell'art. 4, comma 1, lettera h) della Statuto della Regione Toscana che prevedeva, tra le finalità prioritarie della stessa, il riconoscimento di "altre forme di convivenza". Nel primo caso, le censure statali lamentavano la violazione degli artt. 2, 29 e 117, secondo comma, lett. l) della Costituzione; nel secondo caso veniva evidenziata la violazione, oltre che dell'art. 117, comma 2, lett. i) e l), anche dell'art. 123 Cost. nel senso di un contrasto con il vincolo dell' "armonia con la Costituzione" integrato dall'affermazione di valori (quali il riconoscimento delle unioni libere e delle unioni tra persone dello stesso sesso) reputati in contrasto con l'art. 29 Cost. e non riconducibili alla sfera di protezione di cui all'art. 2 Cost.

La vicenda relativa all'inefficacia giuridica delle disposizioni statutarie evidenzia come in esse sia presente (come si avrà modo di vedere anche con riferimento alle

⁵⁵ Cfr., in particolare, Corte cost. n. 372 e 378/2004.

⁵⁶ Con riferimento, in particolare, alla competenza esclusiva regionale in materia di edilizia residenziale pubblica, cfr. Corte cost., n. 104/2004 e n. 94/2007.

⁵⁷ Sulle pronunce della Corte costituzionale sul tema dell'"inefficacia" delle norme programmatiche contenute negli Statuti, cfr. F. CUOCOLO, *I nuovi statuti regionali tra Governo e Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2004, 4047 ss.; A. MANGIA, *Il ritorno delle norme programmatiche*, in *Giur. cost.*, 2004, 4068, A. ANZON, *La Corte condanna all'"inefficacia giuridica" le norme programmatiche degli Statuti Regionali ordinari*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it> ; R. BIN, *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, in *Le Regioni*, 2005, 15-20; A. RUGGERI, *Gli Statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro. Note a Corte cost. nn. 372, 378 e 379 del 2004*, in <http://www.forumcostituzionale.it/>.



questioni prospettate alla corte in via incidentale) il problema di una definizione compiuta delle sfere costituzionali di tutela relative alle unioni non matrimoniali da un lato, e al rapporto coniugale dall'altro. Essa evidenzia anche il tentativo (sostanzialmente inutile), effettuato dalla Regione, di offrire, attraverso i propri statuti, indicazioni di principio suscettibili di ampliare e per certi versi rimodulare il dettato costituzionale⁵⁸.

In una pronuncia più recente, la Corte costituzionale, nell'ambito di un giudizio in via principale, ha avuto modo di pronunciarsi in materia di disposizioni regionali volte a regolare l'accesso ai servizi anche alle forme di convivenza. Queste sono state ritenute dalla Corte, nella sentenza n. 8/2011, idonee a meramente circoscrivere l'ambito di applicazione di una norma. Oggetto di censura nel caso specifico era l'art. 48, comma 3, della legge della Regione Emilia-Romagna del 22 dicembre 2009, n. 24, nella parte in cui prevede che i diritti generati dalla legislazione regionale nell'accesso ai servizi, alle azioni, e agli interventi di applicano anche alle «forme di convivenza» di cui all'articolo 4 del Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223 (Applicazione del nuovo regolamento anagrafico alla popolazione residente). A giudizio della Corte, tale censura è fondata su di un presupposto interpretativo erroneo, per cui il legislatore avrebbe «inteso *disciplinare* tali forme di convivenza. Viceversa, la norma impugnata *si limita ad indicare l'ambito soggettivo di applicazione* dei diritti previsti dalla legislazione regionale nell'accesso ai servizi, alle azioni e agli interventi *senza introdurre alcuna disciplina sostanziale delle forme di convivenza*»⁵⁹.

⁵⁸ Come è stato correttamente notato, dal fatto che tali pronunce siano sostanzialmente qualificabili come interpretative di rigetto (non comportando, dunque, l'incostituzionalità di tali disposizioni programmatiche) si deduce che «difficilmente si potrà ritenere queste ultime come giuridicamente inesistenti, anche perché la posizione assunta dalla Corte sul valore solo culturale e politico di disposizioni contenute in un atto – fonte non può ritenersi vincolante per gli operatori giuridici e per i giudici in particolare», E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011, 154.

⁵⁹ Corte cost., n. 8/2011, *Considerato in Diritto*, punto 1.4.1, su cui cfr. A.M. Benedetti, [Quali spazi per un diritto regionale della famiglia?](#), in [Consulta OnLine](#), 2011. È stato rilevato come da questa pronuncia possa dedursi chiaramente la possibilità, per le Regioni, di «approvare norme che, in modi diversi, presuppongono una certa nozione di famiglia quale condizione per l'accesso a determinati benefici» potendo da ciò derivare la praticabilità, in concreto, per le Regioni, di una politica sociale della famiglia, cfr. G. BRUNELLI, *Famiglia e Costituzione: un rapporto in continuo divenire*, in C. MANCINA, M. RICCIARDI, *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, cit. 95. Con riferimento alla giurisprudenza costituzionale in tema di riparto di competenze tra Stato e Regioni è stato rilevato come la materia «ordinamento civile» si stia utilizzata dalla Corte «in senso estensivo, addirittura usandola come un grimaldello» atto «a impedire qualunque intervento regionale anche solo tangente all'area dei rapporti familiari», E. LAMARQUE, *La tutela legale della famiglia*, Relazione tenuta al Convegno internazionale



c) Il giudizio in via incidentale

La semplice individuazione dei passaggi fondamentali, contenuti all'interno di alcune tra le pronunce della Corte costituzionale che ho avuto modo di esaminare e relative ad un primo inquadramento del fenomeno della convivenza *more uxorio*, ci fornirebbe un dato inevitabilmente parziale se non venisse rapportata – come qui si intende fare – ai parametri costituzionali di volta in volta evocati all'interno dei giudizi in via incidentale. L'intento non è dunque soltanto quello di ricostruire un percorso giurisprudenziale, ma di sottolineare gli elementi di attualità forniti dall'elaborazione concettuale della Corte in relazione al fenomeno delle convivenze *more uxorio* all'interno del quadro costituzionale.

La netta prevalenza, tra i parametri evocati all'interno dei giudizi in via principale, spetta – come appare logico – all'articolo 3 Cost. e risponde alla domanda, posta dai giudici *a quibus*, relativa alla parificazione del convivente *more uxorio* al coniuge in relazione a determinate e specifiche situazioni in cui risulti evidente «una disparità di trattamento tra situazioni obiettivamente eguali»⁶⁰.

La prima questione posta all'attenzione della Corte in tema alla rilevanza giuridica di unioni non riconducibili allo schema – tipo matrimoniale riguardava la conformità all'art. 3, comma primo, della Costituzione italiana della norma dell'art. 350 c.p.p. nella parte in cui non consentiva che potesse astenersi dal deporre, in aggiunta ai prossimi congiunti di cui all'art. 307, ultimo comma, c.p. «chi, nei confronti dell'imputato o di uno dei coimputati del medesimo reato, si trovi in una situazione affettiva di natura familiare, basata sulla convivenza e animata da intenti di reciproca assistenza e da propositi educativi della prole comune, di fatto ed oggettivamente identica a quelle disciplinate [all'interno dell'art. 307]»⁶¹. La situazione che si assume omessa – precisa la Corte – riguarderebbe «chi (...) sia legato ad altro soggetto di sesso diverso da una relazione sentimentale e da rapporti sessuali». Tuttavia, il raffronto tra la posizione del coniuge e quello del convivente, a giudizio della Corte, rileva una netta diversità, che giustifica la conseguente pronuncia di non fondatezza. Tale diversità è ricollegata alla *ratio* dell'art. 350 c.p.p. che tutela una determinate categorie «individuate sulla base di tipici rapporti giuridici (coniugio, parentela, affinità) presupponendosi – che secondo l'*id quod plerumque accidit* – tali soggetti sono portatori dei detti interessi e perseguono

dal titolo *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, Università degli Studi di Milano - Bicocca, 16-18 giugno 2010, p. 5 del testo provvisorio, in www.personaedanno.it.

⁶⁰ Corte cost., n. 6/1977, *Considerato in Diritto*, punto n. 1.

⁶¹ Corte cost., n. 6/1977, *Considerato in Diritto*, punto n. 2.



quei determinati scopi» permettendo in questo modo al giudice «con immediatezza e sicurezza» di accertare se il soggetto chiamato a deporre debba essere avvertito della facoltà di astenersi dal deporre. La Corte sottolinea come l'accertamento dei «caratteri per cui in fatto [la convivenza *more uxorio*] possa essere accostata al rapporto di coniugio» richiedono, in assenza di precisi indici di carattere normativo al riguardo, «una indagine che non può essere né breve né facile»⁶². Da questo stato di cose la Corte formula una previsione (che costituisce anche un monito) ancora oggi di una certa attualità - particolarmente suggestiva in quanto già contenuta in una tra le prime pronunce costituzionali in tema di convivenze: «De iure condendo, la normale presenza [degli interessi collegati alla protezione del sentimento familiare anche all'interno di rapporti configurabili come convivenze *more uxorio*] non dovrebbe rimanere senza tutela per le dette situazioni omesse e in particolare per quella che ricorre nella specie. E sarebbe, quindi, compito del legislatore di valutare, per detti interessi, l'importanza e la diffusione»⁶³.

Fin da questa pronuncia emerge, (al di là del significativo monito sopra riportato), l'attitudine da parte della Corte – che risulterà costante anche all'interno dei giudizi successivi – a tenere separati matrimonio e convivenza *more uxorio* come due situazioni distinte e rispondenti ad esigenze e aspirazioni diverse.

L'invocazione del parametro dell'art. 3, comma primo, Cost. è altresì presente nella questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 2 bis, comma primo, parte prima della l. n. 351/1974 e dell'art. 1, comma quarto, parte prima, della l. n. 253/1950 in quanto non comprendente il convivente *more uxorio* con il conduttore defunto tra coloro che hanno diritto alla proroga legale del contratto di locazione. La Corte costituzionale, nel giudicare l'infondatezza di tali questioni di legittimità costituzionale precisa che non sussiste violazione del principio di eguaglianza «perché la situazione del convivente *more uxorio* con il conduttore defunto è nettamente diversa da quella del coniuge». Ciò deriva dal fatto che la convivenza *more uxorio* si configura

⁶² Corte cost., n. 6/1977, *Considerato in Diritto*, punto n. 4.

⁶³ *Ibidem*, *Considerato in Diritto*, punto n. 5. Questo monito inizialmente fu oggetto di critica da parte di A. TRABUCCHI, *Natura legge famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 4 ss., riconoscendo il “pericolo” evocato dall'auspicio formulato dalla Corte, che il riconoscimento della famiglia di fatto (individuata dall'A. nel passaggio in cui «la Corte – non richiesta – ha finito per auspicare de iure condendo che la legislazione giunga a tutelare il sentimento familiare in tutte le situazioni, anche in quelle dei conviventi non coniugati e con prole») andasse a «togliere alla famiglia legittima le sue caratteristiche, le prerogative e le qualifiche che le sono connesse, per trarre estensioni che, come tali, verrebbero sostanzialmente a limitare il senso e lo scopo della giuridicità di una società, la famiglia legittima, che forma l'ossatura della compagine sociale».



come «un rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità o certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri, previsti dagli artt. 143, 144, 145, 146, 147, 148 cod. civ., che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della famiglia legittima»⁶⁴.

Nella sentenza n. 30/1983, viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell' articolo 1, numero 1, e dell'art. 2 della legge 13 giugno n. 555 del 1912, nella parte in cui non prevedevano che fosse cittadino per nascita anche il figlio di madre cittadina. Il *giudice a quo*, in particolare, aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2, della legge 13 giugno 1912, n. 555, nella parte in cui collegava al riconoscimento paterno l'effetto automatico dell'acquisto della cittadinanza del padre e la perdita di quella della madre. Si dubitava, nello specifico, della compatibilità di tale norma con gli articoli 3, primo comma e 29, secondo comma della Costituzione, in primo luogo in quanto essa risultava ispirata alle norme di diritto familiare risalenti nel 1912 (che prevedevano il solo padre come titolare normale della patria potestà) e che pertanto risultavano ingiustificate e riduttive della posizione della madre naturale in relazione all'attuale assetto normativo. In secondo luogo – ed è l'elemento di maggiore interesse ai nostri fini – il Tribunale riteneva il principio di uguaglianza morale e giuridica tra uomo e donna affermato dall'art. 3 della Costituzione e, per quanto riguarda i rapporti familiari, dall'art. 29, dovesse essere applicato «anche al di fuori dell'istituto matrimoniale, a situazioni di libera unione»⁶⁵.

La Corte ridimensiona in parte il riferimento all'art. 29 Cost. «che riguarda la famiglia fondata sul matrimonio», ma ritiene corrette le argomentazioni svolte in relazione all'art. 3, primo comma, della Costituzione, da cui deriva l'illegittimità costituzionale delle previsioni censurate della legge n. 555 del 1912 per lesione della posizione giuridica della madre nei rapporti con lo Stato e la famiglia, sia in relazione al diverso trattamento che deriverebbe tra figli (legittimi o naturali) di padre italiano e madre straniera e tra i figli (legittimi o naturali) di padre straniero e madre italiana.

Questa pronuncia risulta di particolare interesse per l'utilizzo combinato dei parametri di cui agli artt. 3, primo comma e 29, secondo comma, Cost. proposto dal giudice *a quo*. Esso risulta indubbiamente orientato a ragioni di protezione del figlio in relazione alle anacronistiche disposizioni della l. n. 555 del 1912, ma sottolinea altresì l'esigenza di un'applicazione, anche a «situazioni di libera unione» del principio giuridico di eguaglianza tra uomo e donna ex art 3, primo comma Cost., ancorandolo al principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi di cui all'art. 29 Cost., secondo comma.

⁶⁴ Corte cost., n. 45/1980, *Considerato in Diritto*, punto n. 4.

⁶⁵ Corte cost., n. 30/1983, *Ritenuto in Fatto*, punto n. 3.



Il parametro integrato dall'art. 29 Cost. ritorna all'interno della questione di legittimità costituzionale degli artt. 307, ultimo comma, c.p., e 384 c. p., nella parte in cui non prevedevano che la scriminante di cui all'art. 384 c.p. potesse estendersi al convivente *more uxorio*, su cui la Corte costituzionale si pronuncia, in termini di infondatezza e inammissibilità, nella sentenza n. 237/1986.

In questo caso, alla Corte è nuovamente proposto di riflettere sulla nozione di “prossimo congiunto” - così come era accaduto in Corte cost., n. 6/1977, sopra richiamata, ma con integrazione, appunto, di un parametro nuovo ed ulteriore.

A parere di giudici *a quibus*, infatti, situazioni quali la «convivenza fondata su vincolo giuridico e convivenza di fatto appaiono sostanzialmente identiche, essendo entrambe improntate a quei principi di “società naturale” cui fa riferimento l'art. 29 della Costituzione»⁶⁶. La Corte costituzionale nega recisamente questa impostazione, ribadendo come l'art. 29 Cost., riguardi «esclusivamente la famiglia fondata sul matrimonio» con la conseguenza per cui: «rimane estraneo al contenuto delle garanzie ivi offerte ogni altro aggregato pur socialmente apprezzabile, divergente tuttavia dal modello che si radica nel rapporto coniugale»⁶⁷.

Con riferimento al parametro di cui all'art. 3 Cost., la Corte svolge alcune riflessioni significative. Pur rilevando, come già sottolineato all'interno della sentenza n. 45/1980, l'esigenza di tenere distinto il rapporto di fatto dalla famiglia legittima, un consolidato rapporto, ancorché di fatto, «non appare [...] costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.)»⁶⁸. Ai rapporti “di fatto” sono quindi ricollegati «interessi suscettibili di tutela, in parte positivamente definiti (...) in parte da definire nei possibili contenuti» e comunque «meritevoli indubbiamente, nel tessuto delle relazioni sociali odierne, di compiuta, obiettiva valutazione»⁶⁹. La Corte, poi, anche in relazione alla questione ad essa sottoposta, sottolinea come ricorra l'«opportunità di una valutazione legislativa degli interessi

⁶⁶ Corte cost., n. 237/1986, *Ritenuto in Fatto*, quinto paragrafo.

⁶⁷ Corte cost., n. 237/1986, *Considerato in Diritto*, punto n. 1, 2 b). Nella sentenza n. 310/1989 la Corte costituzionale precisa, con riferimento al parametro integrato dall'art. 29 Cost., che: «l'art. 29 non nega dignità a forme naturali del rapporto 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 corresponsività di diritti e doveri, che nascono soltanto dal matrimonio» (*Considerato in Diritto*, punto n. 2).

⁶⁸ Corte Cost., n. 237/1986, *Considerato in Diritto*, punto n. 1, 3 b).

⁶⁹ *Ibidem*.



dedotti, carenti, allo stato, di tutela positiva», e su cui la Corte non avrebbe facoltà di pronunciarsi senza invadere quelle competenze che spettano al Parlamento⁷⁰.

Se si pone mente ai passaggi sopra individuati della sentenza n. 237 del 1986 non si può non riconoscere una loro indubbia vicinanza con le argomentazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010, e che potrebbe forse essere maggiormente valorizzata. È indubbio che la sentenza n. 138 del 2010 abbia affrontato una questione peculiare (vale a dire la possibilità di estendere l'istituto matrimoniale anche alle coppie formate dallo stesso sesso), ma è altrettanto vero che – come si è avuto modo di rilevare più sopra - all'interno della motivazione della Corte siano presenti alcuni passaggi in cui emerge una riflessione sul fenomeno delle convivenze, con un significativo richiamo alla propria giurisprudenza in tema di convivenze *more uxorio* (sentenze n. 404/1988 e n. 559/1989).

L'argomentazione della Corte nella sent. n. 138/2010 in relazione alle convivenze omosessuali, inoltre, richiama in modo evidente quella – contenuta nella pronuncia n. 287/1996 - per cui un rapporto consolidato, ancorché di fatto, non possa configurarsi come costituzionalmente irrilevante, ma risulti tutelato dall'art. 2 Cost. potendosi configurare come “formazione sociale” in cui la personalità di un soggetto può trovare occasione di sviluppo. In entrambe le pronunce, poi, vi è un richiamo alla discrezionalità del legislatore, cui spetterebbe il compito di fornire tutela ad interessi attualmente carenti di una tutela positiva⁷¹.

Appare utile contestualizzare il riferimento, operato dalla Corte costituzionale all'interno della sentenza n. 138/2010 in relazione alla propria giurisprudenza in tema di convivenze *more uxorio*. Il richiamo – testuale – è alle sentenze n. 404/1988 e n. 559/1989: si tratta di due pronunce in cui la Corte effettua, dichiarando l' illegittimità costituzionale parziale di disposizioni che non contemplano al loro interno la disciplina della posizione del coniuge *more uxorio*⁷², una valutazione positiva di «omogeneità»

⁷⁰ Corte cost., n. 236/1987, *Considerato in Diritto*, punto n. 1, 3 a).

⁷¹ In particolare, il dispositivo di inammissibilità della sentenza n. 138/2010 in relazione alla questione di legittimità costituzionale ex art. 2 Cost. deriva proprio dal riferimento all'ambito di discrezionalità del legislatore nella definizione di una disciplina generale in tema di convivenze.

⁷² Si trattava, nel caso della sentenza n. 404/1988, dell'art. 6 della l. 27 luglio 1978, n. 392 (Disciplina della locazione di immobili urbani), dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevedeva tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente *more uxorio* e nella parte in cui non prevedeva la successione nel contratto di locazione al conduttore che abbia cessato la convivenza, a favore del già convivente quando vi sia prole naturale. Nel caso di cui alla sentenza n. 559/1989, invece, veniva dichiarata l' illegittimità costituzionale dell'art. 18, commi primo e secondo, della l. 64/1984 della Regione Piemonte nella parte in cui non prevedeva la



tra la condizione della coppia convivente e quella della coppia coniugata, in applicazione del principio di ragionevolezza. In questi casi l'art. 3 della Costituzione risulta «invocato (...) non per la sua portata uguagliatrice, restando comunque diversificata la condizione del coniuge da quella del convivente more uxorio, ma per la contraddittorietà logica della esclusione del convivente»⁷³. Questi sono dunque i termini in cui è richiamato il parametro di cui all'art. 3 Cost., mentre, in entrambi i casi, è invocato l'art. 2 della Costituzione come base normativa per il riconoscimento, nel contesto dell'ordinamento italiano, del fondamentale diritto sociale all'abitazione, collocato tra i diritti inviolabili dell'uomo. In sostanza, non rileva di per sé la situazione di fatto della convivenza, quanto piuttosto «il diritto umano a non perdere il tetto sotto cui si è protratta la convivenza (...) rafforzato dal *munus* a provvedere all'interesse morale e materiale della prole generata mediante la conservazione della compagine domestica nella stabilità della dimora»⁷⁴ (e di qui l'implicito richiamo all'art. 30 Cost., testualmente riportato all'interno della sentenza n. 404/1988).

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte nelle pronunce in tema di assegnazione della casa familiare in caso di fine della convivenza di fatto, è in parte diverso e non conduce a declaratorie di illegittimità costituzionale⁷⁵. In questo caso, il fulcro

cessazione della stabile convivenza come causa di successione nell'assegnazione ovvero come presupposto della voltura della convenzione a favore del convivente affidatario della prole.

⁷³ Così, Corte cost., n. 404/1988, *Considerato in Diritto*, punto n. 5. In questo senso, cfr. anche Corte cost., n. 8/1996, *Considerato in Diritto*, punto n. 3, per cui «la distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale (...) non esclude affatto, tuttavia, la comparabilità di discipline riguardanti aspetti particolari dell'una o dell'altro che possano presentare analogie, ai fini del controllo di ragionevolezza» a norma dell'art. 3 Cost. Vale la pena notare, tuttavia, come in astratto questo schema non operi sempre e soltanto in ragione di un «avvicinamento» della disciplina delle convivenze a quella del rapporto coniugale, potendosi rilevare ipotesi in cui quest'ultimo risulti disciplinato in modo peggiore rispetto alle prime (cfr., sul punto, le considerazioni svolte da Corte cost., n. 179/1976, in tema di cumulo dei redditi familiari, ove si rileva come la normativa censurata non agevoli con misure economiche ed altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, e «anzi d[ia] vita per i nuclei familiari legittimi e nei confronti delle unioni libere, delle famiglie di fatto e di altre convivenze familiari, ad un trattamento peggiore» (*Considerato in Diritto*, punto n. 7).

⁷⁴ Corte cost., n. 559/1989, *Considerato in Diritto*, punto n. 3. In un altro caso, invece, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 540, comma secondo c.c. nella parte in non riserva al convivente il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza della coppia, se di proprietà del defunto o comune è giudicata dalla Corte costituzionale inammissibile, spettando «al legislatore valutare il grado di meritevolezza della tutela dell'interesse all'abitazione», cfr., sul punto, Corte cost., n. 310/1989, *Considerato in Diritto*, punto n. 3.

⁷⁵ Nella sentenza n. 166/1998 (con argomentazioni recuperate dalla successiva sent. n. 395/2005), la Corte costituzionale dichiara, rispettivamente, non fondata la questione di legittimità costituzionale



dell'argomentazione della Corte è costituito dalla prospettiva del rapporto di filiazione (rispetto al quale «nello spirito della riforma del 1975, il matrimonio non costituisce più elemento di discriminazione nei rapporti tra genitori e figli (...) identico essendo il contenuto dei doveri (oltre che dei diritti) degli uni nei confronti degli altri»⁷⁶). La dimensione della convivenza rimane sullo sfondo: la norma impugnata è collocata nel capo relativo allo scioglimento del matrimonio e pertanto non risultano suscettibili interpretazioni analogiche, atteso che l'analogia presuppone la similarità della situazioni, la quale «oltre a non essere presente tra il rapporto coniugale e quello di mera convivenza in sé considerati, non è voluta dalle stesse parti, che nel preferire un rapporto di fatto hanno dimostrato di non voler assumere i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio»⁷⁷; la convivenza *more uxorio*, a giudizio della Corte «rappresenta una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza del matrimonio» da ciò derivando che «l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione della parti»⁷⁸. Dunque, se da un lato

relativa all'art. 155, comma quarto, c.c., sollevata in riferimento agli articoli 3 e 30 della Costituzione, nella parte in cui non prevedeva la possibilità di assegnazione in godimento della casa familiare al genitore naturale affidatario di figlio minore e manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli articoli 151, primo comma, e 155 del codice civile, nella parte in cui non era previsto che la separazione giudiziale e i provvedimenti giudiziali relativi ai figli e all'assegnazione della casa familiare potessero essere richiesti al giudice dal convivente *more uxorio* con il procedimento ex artt. 706, 707, 708 e 709 c.p.c.

⁷⁶ Corte cost., n. 166/1998, Considerato in Diritto, punto n. 3.

⁷⁷ Corte cost., n. 166/1998, Considerato in Diritto, punto n. 3. La prospettiva per cui il rapporto di convivenza potrebbe essere preferito al vincolo coniugale è ben espressa da E. Roppo, *Famiglia di fatto*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, XV, 2, per cui non va trascurata «la possibile incidenza di motivazioni meramente pratiche, che possono suggerire la convivenza fuori del matrimonio a chi non vuole perdere una pensione di reversibilità, o intende aggirare una *condicio viduitatis*, o sottrarsi ad un trattamento fiscale più rigoroso, o comunque conservare vantaggi che legalmente verrebbero meno in caso di matrimonio».

⁷⁸ Corte cost., n. 166/1998, Considerato in Diritto, punto n. 5. Con riferimento alle tecniche argomentative adottate in questa pronuncia, cfr. R. BIN, *Tra matrimonio e convivenza di fatto: un difficile esercizio di equilibrio*, in *Giur. Cost.*, 1998, 2518-2221, il quale sottolinea come: «L'operazione suggerita dalla Corte» sia quella di «non forzare, con gli strumenti dell'interpretazione, la nozione di “coniuge”, ma di espandere la categoria dei “doveri verso i figli”», in modo da non superare (e dunque, forzare) «l'argine che separa il matrimonio dalla convivenza». G. FERRANDO, *Crisi della famiglia di fatto, tutela dei figli naturali, assegnazione della casa familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, 684, con riferimento a questa stessa pronuncia, sottolinea come la Corte in essa affronti la questione «non in termini di rapporto di coppia, ma di rapporto tra genitori e figli, rapporto che è disciplinato in modo eguale vi sia o non vi sia il matrimonio tra i genitori, come dimostrano in primo luogo gli artt. 317 bis e 261 cod. civ.»



l'assenza di un procedimento specularmente corrispondente a quello della separazione dei coniugi non equivale ad affermare una assenza di disciplina, essendo comunque invocabile l'intervento del giudice, dall'altro i profili di incompatibilità costituzionale dell'art. 155, quarto comma c.c. sono assorbiti da quella che la Corte definisce come una "tutela immanente del minore" attraverso l'assegnazione in godimento dell'abitazione⁷⁹.

Le ragioni dell'opportunità di una perdurante differenziazione tra convivenza *more uxorio* e legame coniugale è ribadita dalla Corte con grande frequenza e con formule che riprendono, in modo talvolta testuale, le affermazioni contenute nelle più risalenti pronunce e di cui sopra si è dato conto: nella sent. n. 310/1989 (riguardante, tra l'altro, la questione di legittimità costituzionale ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost. della mancata inclusione del convivente *more uxorio* tra i successibili *ab intestato*) essa afferma che: «la situazione del convivente *more uxorio* è nettamente diversa da quella del coniuge»; nella sentenza n. 423/1988 la convivenza *more uxorio* è definita come «fattispecie tutt'affatto diversa» dal matrimonio e «per sua natura fondata sull'*affectio* quotidiana – liberamente e in ogni istante revocabile – di ciascuna delle parti»⁸⁰; nella sentenza n. 2/1998 (in cui la Corte giudica infondata la questione legittimità costituzionale relativa alla mancata previsione della sospensione dei termini di prescrizione, ex art. 2941, n. 1 c.c., anche per i conviventi *more uxorio*) viene ribadito come «la famiglia legittima, essendo una realtà diversa dalla famiglia di fatto, non costituisc[a] un adeguato *tertium comparationis*»⁸¹. Anzi, proprio il fatto che «i diritti e i doveri inerenti al matrimonio si caratterizz[ino] per la certezza e la disciplina legale del rapporto su cui si fondano» determina che sia ravvisabile una (parrebbe quasi "ontologica" ed ineliminabile, stando

⁷⁹ In questo senso, anche Corte cost., n. 308/2008. Cfr. altresì la sentenza n. 203/1997, in cui viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1 della legge 30 dicembre 1986, n. 943 (Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine), nella parte in cui non prevede, a favore del genitore straniero extracomunitario, il diritto di soggiorno in Italia, sempre che possa godere di normali condizioni di vita, per ricongiungersi al figlio, considerato minore secondo la legislazione italiana, legalmente residente e convivente in Italia con l'altro genitore, ancorché non unito al primo in matrimonio. La Corte, tuttavia, non fa riferimento ad un'automata rilevanza del rapporto di convivenza tra i genitori e ricollega alla «garanzia della convivenza del nucleo familiare»: il diritto al ricongiungimento, infatti, «non concerne il rapporto dei genitori fra di loro, bensì il rapporto fra i genitori e il figlio minore, in funzione della tutela costituzionale di quest'ultimo», con particolare riferimento al «diritto fondamentale del minore a poter vivere, ove possibile, con entrambi i genitori» (*Considerato in Diritto*, punto n. 4).

⁸⁰ Corte cost., n. 423/1988, *Considerato in Diritto*, punto n. 2.

⁸¹ Corte cost., n. 2/1998, *Considerato in Diritto*, punto n. 4.



alle parole della Corte) «non omogeneità» tra le due situazioni.⁸² La Corte costituzionale, nella sent. n. 86/2009, insiste sulle “ragioni della differenziazione”, in particolare, tra famiglia di fatto e famiglia fondata sul matrimonio «in ragione dei caratteri di stabilità, certezza, reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri che nascono soltanto da tale vincolo»⁸³, oltre che sull’evidenza per cui il rapporto coniugale trova tutela diretta nell’art. 29 Cost.; da questa premessa deriva che la mancata inclusione del convivente *more uxorio* tra i soggetti beneficiari del trattamento pensionistico di reversibilità. Nella sentenza n. 140/2009, si precisa inoltre come «posto che la posizione del convivente meriti riconoscimento, essa non necessariamente deve coincidere con quella del coniuge da punto di vista della protezione di vincoli affettivi e solidaristici»⁸⁴.

Quest’ultima affermazione merita di essere sottolineata in quanto rappresenta in modo chiaro l’attuale punto di sintesi raggiunto dalla giurisprudenza costituzionale, volto alla prospettiva di un opportuno riconoscimento della posizione del convivente, attraverso soluzioni legislative differenziate che, proprio in quanto tali, mantengono la distinzione fra l’una e l’altra ipotesi di vita comune (matrimonio e convivenza) le quali trovano una tutela costituzionale “diversa e non sovrapponibile”, ora nell’art. 29, ora nell’art. 2 Cost.

Senza dubbio – e si tratta di una circostanza ribadita tanto nella sentenza n. 140/2009 quanto nella più recente sentenza n. 138/2010 – è possibile, in relazione a ipotesi particolari, riscontrare tra convivenza *more uxorio* e rapporto coniugale caratteristiche tanto comuni da rendere necessaria una identità di disciplina, garantita dalla Corte costituzionale attraverso il controllo di ragionevolezza ex art. 3 Cost. Risulta significativo come in entrambe le pronunce si faccia riferimento alle stesse ed uniche due sentenze in cui ciò in concreto è avvenuto: vale a dire le pronunce n. 404/1988 e n. 559/1989 in cui l’ «elemento unificante tra le due situazioni» è stato individuato

⁸² Corte cost., n. 2/1998, *Considerato in Diritto*, punto n. 5. Alla «non omogeneità» fra le due situazioni matrimonio/convivenza *more uxorio* fa riferimento anche Corte cost., n. 352/2000.

Per una definizione della famiglia legittima, cfr. S. PULEO, voce *Famiglia* (disciplina privatistica) in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989, 3, secondo cui essa costituisce «un unicum tra le società intermedie, e soprattutto nei riguardi di quelle altre formazioni sociali fondate sulla convivenza fuori del matrimonio, anche se riproducono in fatto le caratteristiche della famiglia legittima. Al riguardo si può rilevare che la famiglia legittima esiste indipendentemente da una situazione di fatto, e quindi anche se non si dà attuazione al matrimonio, non si realizzano gli scopi di questo, non si adempiono i doveri reciproci che la legge pone a carico dei coniugi e quindi anche se manca o non è mai avvenuta la coabitazione. Il vincolo, infatti, che crea la realtà sociale e giuridica costituita dalla famiglia, opera indipendentemente dai comportamenti dei membri della famiglia, finché esso non sia sciolto».

⁸³ Corte cost., n. 86/2009, *Considerato in Diritto*, punto n. 2.

⁸⁴ Corte cost., n. 140/2009, *Considerato in Diritto*, punto n. 3.



nell'esigenza di tutelare il diritto sociale all'abitazione qualificato come fondamentale e collocato tra i diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost.

Dall'esame delle più rilevanti pronunce costituzionali in tema di possibile configurazione (attraverso il richiamo, in particolare, ai parametri di cui agli articoli 2, 3, comma primo e 29, commi primo e secondo Cost.) alcune coordinate costituzionali indispensabili per inquadrare il fenomeno e gli orizzonti di tutela della convivenza, ricavandone un quadro piuttosto articolato, e complicato da (almeno) un fattore che si è aggiunto in tempi recenti. In primo luogo, la convivenza *more uxorio* risulta attratta nell'ambito dell'art. 2 Cost. in quanto formazione sociale in cui la personalità individuale trova occasione di sviluppo; in secondo luogo, è stato ribadito (anche in tempi più recenti attraverso la sentenza n. 138/2010) il «monopolio eterosessuale del matrimonio»⁸⁵ come argine alla domanda di accesso a tale istituto da parte delle coppie omosessuali, supportando questa affermazione attraverso il richiamo alla finalità (potenzialmente) procreativa di quest'ultimo⁸⁶. Questo ultimo aspetto è di un certo rilievo in quanto risulta conforme ad un orientamento (già esplicitato dalla Corte nella sentenza n. 8/1996) per cui nella convivenza andrebbe riconosciuto «un maggior spazio (...) alla soggettività individuale dei conviventi», mentre nel rapporto di coniugio» dovrebbe essere riconosciuto un «maggior rilievo alle esigenze della famiglia come tale, cioè come stabile organizzazione sovraindividuale»⁸⁷.

Ristabilite queste due sfere di tutela costituzionale (l'una riconducibile all'art. 2 Cost., l'altra all'art. 29 Cost.), si pone il problema dell'applicazione dell'articolo 3 Cost. all'interno di quelle ipotesi particolari in cui, sulla base di un controllo di ragionevolezza, si ravvisi la necessità di un trattamento omogeneo tra le due forme di vita comune costituite dalla convivenza e dal rapporto coniugale. L'esiguità dei due precedenti, relativi al diritto sociale all'abitazione qualificato dalla Corte, sulla scorta delle principali Carte internazionali, come fondamentale ex art. 2 Cost., per la sua specificità non pare fornire coordinate chiare di giudizio⁸⁸, in grado di completare il

⁸⁵ Questa formula si trova in A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in <http://www.forumcostituzionale.it/>, e ora negli *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011.

⁸⁶ Corte cost., n. 138/2010, *Considerato in Diritto*, punto n. 9.

⁸⁷ Corte cost., n. 8/1996, *Considerato in Diritto*, punto n. 2.

⁸⁸ Meritano a questo proposito attenzione i rilievi critici, formulati in relazione alla sentenza n. 404/1988, da A. PACE, *Il convivente more uxorio, il «separato in casa» e il c. d. diritto «fondamentale» all'abitazione*, in *Giur. Cost.*, 1988, 1801-1802, il quale sottolinea come la Corte abbia costruito «sulla base di indicazioni desumibili da leggi ordinarie o da trattati internazionali» un «diritto costituzionale alla “non privazione del tetto”». In questo modo. La Corte costituzionale verrebbe «a dar corpo a diritti



quadro generale che dunque sembra imporre una necessaria valutazione “caso per caso” (non solo da parte della Corte costituzionale, ma anche ai giudici *a quibus* in sede di eventuale redazione delle ordinanze di rimessione).

Il quadro si complica ulteriormente se si considera che, per il tramite della vicenda costituzionale relativa alla questione di legittimità costituzionale di una serie di articoli del codice civile che, complessivamente intesi, non permettono il matrimonio tra persone dello stesso sesso (e quindi, della relativa compatibilità costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso), in relazione al fenomeno della convivenza omosessuale la Corte costituzionale ha enunciato un preciso indirizzo di tutela del diritto fondamentale a vivere liberamente tale unione (riconducibile tra le formazioni sociali ex art. 2 Cost.) ottenendone un riconoscimento attraverso una disciplina legislativa di carattere generale. L’ingresso delle convivenze omosessuali all’interno del discorso di carattere costituzionale in tema di unioni non matrimoniali problematizza, dunque, il fenomeno stesso della convivenza come finora inteso e configurato dalla Corte nei termini di una personale scelta di libertà da ogni vincolo (che anche nel caso delle unioni omosessuali potrebbe essere tale, ma che in altrettante ipotesi potrebbe invece collegarsi ad esigenze di “istituzionalizzazione” della forma di vita comune scelta). Lo stesso richiamo, contenuto all’interno della sentenza n. 138/2010, al meccanismo attivato attraverso il giudizio di ragionevolezza, risponde ad un temperamento delle “ragioni di differenziazione” previste anche in questo caso, poiché – a giudizio della Corte – le unioni omosessuali «non possono» ritenersi omogenee al matrimonio⁸⁹.

Una questione di particolare interesse in relazione alla prospettiva delle unioni non matrimoniali è quella affrontata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 301/2012⁹⁰.

costituzionali (ex art. 2 Cost.) non aventi una precisa natura giuridica, né una chiara struttura, né conseguentemente, un ben identificabile “contenuto”(quali mai “facoltà” e quali mai “poteri”derivano al diritto “fondamentale” di abitazione dall’art. 2 Cost.?).». Con riferimento all’intera giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di “famiglia di fatto”, M. DOGLIOTTI, *Dig disc.priv.*, voce *Famiglia di fatto* (aggiornamento), II, UTET, Torino, 2003, 709, nota come: «La Corte sembr[i] escludere ogni rilievo al vincolo di solidarietà che nasce dalla convivenza, al valore degli affetti, alla tutela della personalità individuale, che invece si manifestano e si potenziano nella famiglia di fatto. E le rare volte in cui essa accoglie la questione sollevata, sembra sentire l’esigenza di giustificare la sua scelta, richiamando altri valori, differenti dalla tutela della famiglia fuori del matrimonio, e sarà così per la protezione del minore o la tutela del diritto di abitazione , anche se è evidente che pure alla tutela della famiglia di fatto, non certo così irrilevante come la Corte vorrebbe far credere, ci si deve riferire»

⁸⁹ Corte cost., n. 138/2010, *Considerato in Diritto*, punto n. 9.

⁹⁰ Il Magistrato di sorveglianza di Firenze aveva sollevato, in relazione ad una pluralità di articoli della Costituzione (artt. 2, 3, primo e secondo comma, 27, terzo comma, 21, 31, 32, primo e secondo



Al di là del problema - riconosciuto come particolarmente urgente - relativo ad una garanzia effettiva del diritto fondamentale all'affettività in carcere, da ricomprendersi tra i diritti inviolabili dell'uomo (che possono dunque essere limitati, ma non annullati dalla condizione di restrizione della libertà personale), la pronuncia evidenzia come all'interno della legislazione penitenziaria, in tema di ammissione ai colloqui non sussistano (per via di una espressa previsione testuale) differenziazioni tra la posizione del coniuge e quella della persona legata al detenuto «da uno stabile rapporto di convivenza». Questo è il risultato del riferimento ad una normativa, quale quella penitenziaria, in cui – come in altre ipotesi sopra evidenziate - la posizione del convivente legato da uno stabile rapporto affettivo acquisisce rilievo.

Tra gli elementi di criticità contenuti nell'ordinanza di rimessione, puntualmente rilevati dalla Corte, e che conducono ad una declaratoria di inammissibilità, vi sono la carenza di motivazione in punto di rilevanza e la proposta nel senso di un «intervento puramente e semplicemente ablativo» della previsione del controllo visivo sui colloqui.

Quest'ultimo, a giudizio della Corte – e questo costituisce il passaggio maggiormente interessante ai nostri fini - determinerebbe conseguenze inidonee a raggiungere l'obiettivo di una piena realizzazione dell'affettività in carcere, essendo viceversa necessario un intervento del legislatore attraverso una disciplina organica che stabilisca termini e modalità del diritto di cui si discute, «a fronte dell'ineludibile necessità di bilanciare il diritto evocato con esigenze contrapposte, in particolare con quelle legate all'ordine e alla sicurezza nelle carceri». Esiste infatti – ricorda la Corte – una «varietà di soluzioni» al riguardo prospettabili, essendo «sufficiente scorrere i numerosi progetti di legge sinora presentati in materia e non coronati da successo, nonché le discipline concretamente adottate in altri stati»⁹¹. Tali soluzioni, come viene puntualmente rilevato, potrebbero, in ipotesi, configurare situazioni ulteriori rispetto al rapporto coniugale o alla stabile convivenza di cui all'art. 18, secondo comma, legge n. 354/1975, comprendendo ai fini della completa esplicazione del diritto alla sessualità/affettività in carcere anche relazioni affettive consolidate, ancorché non accompagnate dalla convivenza, o da una convivenza stabile.

comma) questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma secondo, della legge 26 luglio 1974, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) nella parte in cui prevede il controllo visivo del personale di custodia sui colloqui dei detenuti e degli internati, impedendo così a questi ultimi di avere rapporti affettivi intimi, anche sessuali, con il coniuge o con la persona ad essi legata da uno stabile rapporto di convivenza.

⁹¹ Corte cost., n. 301/2012, *Considerato in Diritto*, punto n. 3. Delle numerose proposte di legge al riguardo dà conto S. TALINI, *Un diritto "sommerso": la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte costituzionale*, in <http://www.forumcostituzionale.it/>, (18 ottobre 2012), 10.



Il profilo della questione, così come in questo caso esaminati dalla Corte costituzionale soprattutto in relazione alle opzioni di politica legislativa, offrono senza dubbio alcuni elementi di riflessione anche riguardo al problema relativo ad un riconoscimento giuridico delle unioni non matrimoniali. In particolare, tra le righe, la Corte ricorda come sia possibile percorrere la via “giudiziaria” dell’applicazione interinale di un diritto nelle more dell’intervento legislativo (quanto a modi e limiti di esplicazione), soltanto quando essa abbia identificato, in modo chiaro, un diritto desumibile dai principi costituzionali, e non espressivo di scelte di fondo (che risultano in ogni caso attribuite al legislatore). Ciò non può avvenire in relazione alla questione su cui la Corte si pronuncia con la sent. n. 301/2012, in quanto le è richiesto un intervento di carattere puramente e semplicemente ablativo; ed è invece ciò che accade nella sentenza n. 138/2010 in relazione alle convivenze omosessuali. In quest’ultimo caso emergono con evidenza (almeno) due ruoli: quello del legislatore, che è invitato ad elaborare una disciplina giuridica in tema di convivenze omosessuali – obiettivo che appare prioritario ma che sembrerebbe escludere la possibilità di elaborare una disciplina di carattere sostanzialmente neutro volta a garantire una tutela giuridica indifferenziata valida quindi anche per le coppie eterosessuali – e quello della Corte nella sua attività riequilibratrice, in applicazione del giudizio di ragionevolezza, delle situazioni in cui risulti necessaria una tutela omogenea tra il rapporto di convivenza (sia etero che omosessuale) e il rapporto coniugale.

È riscontrabile poi una terza attività, rimessa ai giudici comuni, e che coinvolge la possibilità di garantire interinalmente i diritti attraverso gli strumenti ermeneutici a loro disposizione (come precisa la stessa sentenza n. 301/2012, al punto 4 del Considerato in Diritto) e che può costituire un puntuale riscontro del prestigio e dell’autorevolezza riconosciuti a taluni orientamenti ed elaborazioni concettuali sviluppate dalla Corte stessa, e di cui si dirà nel successivo paragrafo.

6. L’UTILIZZO DELLA RIFLESSIONE COSTITUZIONALE (CON SPUNTI EUROPEI) DA PARTE DEGLI ALTRI GIUDICI

La ricostruzione non sarebbe completa se non si facesse riferimento anche all’elaborazione, effettuata dai giudici di legittimità e di merito, in tema di unioni non



matrimoniali, attraverso l'utilizzo e il completamento della coordinate tracciate dalla Corte costituzionale⁹².

La giurisprudenza di legittimità e merito in tema di convivenze *more uxorio* è estremamente vasta e rispecchia la complessità e la varietà dei casi concreti. Proprio per queste ragioni, è pressoché impossibile darne conto in modo esauriente in questa sede⁹³:

⁹² I giudici di legittimità e di merito infatti fanno a pieno titolo parte dell'insieme dei «destinatari» della sentenza costituzionale. La qualificazione di questi ultimi, come è stato rilevato, «risulta profondamente condizionata dalla caratteristica dell'inimpugnabilità delle decisioni della Corte e dalla conseguente scarsissima rilevanza della loro motivazione (almeno nel giudizio incidentale), cui fa da contraltare, però, una sua altrettanto evidente valenza “politica” di veicolo di ricongiunzione delle varie componenti sociali con la Costituzione quale è resa “viva” nell'interpretazione a base della decisione costituzionale». La motivazione della sentenza costituzionale è dunque «per definizione, rivolta [in astratto] ad un uditorio universale», A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1996, 125 e 127 ss. Sul versante “attivo” del ruolo dei giudici (non solo tra i destinatari delle pronunce della Corte) come interpreti del diritto, cfr. R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, in *Quest. Giust.*, 2008, 202, che sottolinea come vi siano ipotesi in cui l'attività interpretativa del giudice «non si riduce (...) ad una scelta tra due diverse letture di un testo normativo, ma diviene un'operazione più complessa, spesso “aperta” o resa possibile attraverso pronunce “di principio” con cui la Corte si limita a esprimere principi costituzionalmente rilevanti, cui il giudice dovrà attenersi nella sua attività interpretativa». Sul ruolo dei giudici, la cui funzione «li costringe (...) giorno dopo giorno a chinarsi su[ll]a realtà, dato che essi sono chiamati a decidere casi che coinvolgono persone reali, fatti concreti, problemi attuali di vita», M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984, 94. È stato rilevato come «La tensione tra il potere di emanare le leggi e il potere di interpretarle e applicarle ai casi concreti gener[i] l'equilibrio di forze che sostiene lo stato di diritto e che dà senso alla separazione dei poteri». In particolare, «l'aderenza ai “fatti di causa” e la stretta attinenza al caso sono tratti identificativi della funzione del giudice», da cui discende la conseguenza «tanto ovvia quanto importante» per cui «tutte le decisioni che enunciano come premessa maggiore un principio di diritto – una norma generale in cui sia sussunta quella individuale riprodotta nel dispositivo – contengano, sia pure per implicito, la clausola *rebus sic stantibus*», R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine in una prospettiva “quantistica”*, Franco Angeli, Milano, 2013, 105-106. Sul ruolo dei giudici comuni nel «selezionare gli interessi da proteggere alla stregua di diritti costituzionali», cfr. E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, 287.

⁹³ Per una ricostruzione sistematica dell'opera della giurisprudenza di legittimità e di merito nella ricostruzione della disciplina applicabile alla unioni non fondate sul matrimonio si rinvia a T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2011, 154 ss. La varietà e la pluralità delle soluzioni riscontrabili, oltre che il proliferare di orientamenti giurisprudenziali anche contrapposti, rende d'altro canto evidente la tendenziale stabilità della giurisprudenza costituzionale, in cui «la forza del precedente si fonda su una ragione in più, la costituzione come norma di durata, destinata a stabilizzare la vita politica e sociale, sottraendola all'incostanza delle vicissitudini quotidiane: una caratteristica che sarebbe evidentemente contraddetta da una giurisprudenza costituzionale che “andasse vagando”, procedesse attraverso strappi e contraddizioni, o addirittura in condizioni di continua “emergenza”», G. ZAGRABELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 113.



verranno privilegiati, dunque, soltanto alcuni profili in cui tuttavia emergano in modo chiaro, da un lato, l'utilizzo delle formule individuate dalla Corte costituzionale per definire il tema, e dall'altro, gli elementi di problematicità relativi sia ad una loro ricezione anche in senso difforme da parte dei giudici, sia ad un loro non sempre agevole adattamento anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso.

Il tema della revoca dell'assegno divorzile all'ex coniuge che abbia intrecciato una stabile convivenza di fatto è recentemente tornato di attualità in seguito alla sentenza della Corte d'Appello di Bologna del 8 aprile 2013, n. 394 che si è pronunciata in proprio in questo senso, in base al presupposto per cui alla coppia di fatto andrebbe riconosciuta una valenza giuridica pari a quella del rapporto coniugale⁹⁴.

La sentenza è di particolare interesse in quanto si colloca (e prende posizione) in relazione a due orientamenti assunti sul tema da parte della Corte di Cassazione. Il primo è quello per cui «va considerato che il diritto all'assegno di divorzio, in via di principio, non può essere automaticamente negato per il fatto che il suo titolare abbia instaurato una convivenza *more uxorio* con un'altra persona, influenzando tale convivenza solo sulla misura, ove si dia la prova, da parte dell'ex coniuge onerato, che tale convivenza – pure se non assistita da garanzie giuridiche di stabilità, ma di fatto consolidata e protraentesi nel tempo» influisca «in melius sulle condizioni economiche dell'avente diritto». E questo, in ragione della considerazione per cui «la convivenza, di

⁹⁴ A questa pronuncia (il cui testo ad oggi non risulta ancora disponibile) è stato dato grande risalto dagli organi di stampa. In particolare, si segnala in proposito la dichiarazione del presidente dell'Associazione avvocati matrimonialisti italiani (AMI) che ricorda come «a colpi di sentenze dei giudici di merito e di legittimità la famiglia di fatto v[enga] sempre più legittimata, a dispetto della imperdonabile inerzia del legislatore italiano, sordo ai profondi cambiamenti sociali e di costume del Paese» e precisa che «Le famiglie di fatto in Italia (...) sono ormai una imponente realtà (circa 2 milioni). Non è pertanto ammissibile che il nostro Paese sia uno dei pochi in Europa a non aver legiferato per tutelare i diritti e i doveri di quanti, per scelta o per necessità, decidono di creare sodalizi familiari con una struttura complessa sovrapponibile a quella delle coppie sposate». Viene ribadito, inoltre come esistano «conviventi per scelta» e «conviventi "per forza", che sono costretti ad attendere anche 10/12 anni una sentenza di divorzio dal coniuge. Le coppie di fatto mettono al mondo figli (circa 120.000 all'anno), acquistano immobili, accendono mutui e sono stabili esattamente allo stesso modo delle famiglie degli sposati. Sostenere la tesi che il matrimonio sia di per sé una garanzia di solidità del rapporto è sconfessato dalle statistiche (ogni anno 4 matrimoni su 10 finiscono in Tribunale)», fonte: http://www.ilmondo.it/attualita/2013-04-09/famiglia-ami-giurisprudenza-consacra-sempre-pi-quella-fatto_231713.shtml.

L'accresciuta rilevanza, sociale e demografica, del fenomeno delle unioni di fatto è peraltro attestata, in modo costante nell'ultimo quinquennio, dai Rapporti Istat (Report del 15 settembre 2011 dal titolo *Come cambiano le forme familiari* e, in una prospettiva speculare, il Report del 28 novembre 2012 dal titolo *Il matrimonio in Italia*, pubblicati sul sito www.istat.it).



per sé, si rivela neutra ai fini del miglioramento delle condizioni economiche del titolare», essendo ravvisabile una «intrinseca precarietà dei benefici economici derivanti al titolare dell'assegno dalla convivenza *more uxorio*»⁹⁵.

Il secondo orientamento, invece, sottolinea come: «il parametro dell'adeguatezza dei mezzi rispetto al tenore di vita goduto durante la convivenza matrimoniale da uno dei partner non può che venir meno di fronte all'esistenza di una famiglia, ancorché di fatto». In questo modo, «si rescinde così ogni connessione con il tenore ed il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale e, con ciò, ogni presupposto per la riconoscibilità di un assegno divorzile»⁹⁶. Senza dubbio, nel caso di una unione di fatto, viene rifiutato ogni automatismo, non essendo riscontrabile «né identità, né analogia tra il nuovo matrimonio del coniuge divorziato, che fa automaticamente cessare il suo diritto all'assegno, e la fattispecie [della convivenza] in esame, che necessita di un accertamento e di una pronuncia giurisdizionale»⁹⁷ e che, proprio per le caratteristiche di minore stabilità e certezza derivanti dalla convivenza, potrebbe determinare una sorta di “quiescenza” del diritto all'assegno.

All'interno di questo secondo orientamento della Corte di Cassazione emerge una valorizzazione della convivenza nella misura in cui assuma connotati di stabilità e continuità e non si caratterizzi soltanto per il fatto di «convivere come coniugi», ma «individu[i] una vera e propria “famiglia”, portatrice di valori di stretta solidarietà, di arricchimento e sviluppo della personalità di ogni componente» e dunque integrante a pieno titolo i caratteri di «formazione sociale in cui si svolge la personalità dell'individuo, ai sensi dell'art. 2 Cost.»⁹⁸.

Questo orientamento, forse più progressista, maturato all'interno della giurisprudenza della corte di Cassazione, mantiene tuttavia una – a parere di chi scrive, tutto sommato artificiosa – distinzione tra i concetti di convivenza *more uxorio* e famiglia di fatto e che non si intende qui accogliere (anche perché non coerente con gli indirizzi assunti dalla Corte EDU in relazione all'interpretazione dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo⁹⁹). Tale concezione risulta peraltro superata, in modo maggiormente

⁹⁵ In questo senso, *ex multis*, Cass. civ., I sezione, n. 24056 del 10 novembre 2006.

⁹⁶ Cass. civ., I sezione, n. 17195 del 11 agosto 2011.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 7 del testo della pronuncia disponibile al sito <http://www.cortedicassazione.it/>

⁹⁸ *Ibidem*, p. 6.

⁹⁹ Cfr., sul punto, gli orientamenti assunti dalla Corte EDU in relazione alla possibile estensione anche alle coppie di fatto (etero od omosessuali) della nozione di vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione, e che, partendo dall'individuazione, da parte degli Stati membri, di elementi di «disomogeneità» tra coppie sposate e non (*M W c. Regno Unito*, ric. n. 11313/02, sentenza del 26



persuasivo, da una più recente pronuncia della Seconda sezione civile di quella stessa Corte¹⁰⁰.

Il caso concreto riguardava un'ipotesi di estromissione del convivente dall'abitazione senza preventivo avviso formulato nei confronti di quest'ultimo e tale da potergli fornire «un termine congruo per reperire altra sistemazione». I giudici di merito avevano riconosciuto la legittimazione del convivente *more uxorio* alla tutela possessoria (ex art. 1168 c.c.) nei confronti del convivente proprietario. La Corte di Cassazione non solo conferma l'orientamento assunto dai giudici di merito – che avevano riconosciuto in capo al convivente non proprietario una situazione di “compossezzo”- ma qualifica, più intensamente, la condizione del convivente non proprietario come «detenzione qualificata», fondata su un titolo autonomo e definito come «negozio a contenuto personale alla base della scelta di vivere insieme e di instaurare un consorzio familiare, come tale anche socialmente riconoscibile»¹⁰¹.

Questa concezione indubbiamente “forte” formulata dalla Corte di Cassazione in questo caso costituisce l'esito di un percorso argomentativo che risulta di un certo interesse, soprattutto se rapportato alle riflessioni svolte nei precedenti paragrafi. A giudizio della Corte, la convivenza di fatto è caratterizzata da «rilevanza giuridica» e costituisce «un autentico consorzio familiare investito di funzioni promozionali» e fondato sul «reciproco rispettivo riconoscimento dei diritti del partner, che si viene progressivamente consolidando nel tempo» attraverso «la concretezza di una condotta spontaneamente attuata»¹⁰². Viene sottolineato inoltre come, pur in presenza di interventi del legislatore nazionale all'interno di settori di specifica rilevanza, manchi una legge organica sulla convivenza non fondata sul matrimonio. Da questo stato di

settembre 2009) individua specifiche ipotesi di applicazione anche nei confronti delle coppie conviventi (a partire dalla sentenza *Karner c. Austria*, ric. 40016/98 del 24 luglio 2003, con considerazioni ribadite nella più recente pronuncia *P.B. e J. S. c. Austria*, ric. n. 18984/02 del 22 luglio 2010) e, soprattutto, nella sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*, ric. n. 30141/04 del 24 giugno 2010, in cui la Corte EDU rileva (§ 91) come la nozione di famiglia presupposta dall'art. 8 della Convenzione «is not confined to marriage – based relationships and may encompass also other de facto “family” ties where the parties are living together out of wedlock».

¹⁰⁰ Cass. sezione II civile, n. 7214 del 21 marzo 2013.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 14 del testo della pronuncia come pubblicato sul sito www.cortedicassazione.it. Per un precedente in questo senso, cfr. Corte di Cassazione, 25 maggio 1989, n. 2524, in *Foro it.*, 1990, I, c. 633, in cui si sottolinea la necessità di garantire la posizione dei conduttori «non semplicemente sulla base della distinzione tra famiglia di fatto e quella legale, per una tutela esclusiva di quest'ultima, ma più in generale impedendo che persone conviventi, come famiglia di fatto, sotto lo stesso tetto, restino prive di abitazione, in caso di scissione del nucleo familiare».

¹⁰² *Ibidem*, p. 10.



cose deriva una attenzione particolare, da parte dei giudici, agli orientamenti della Corte costituzionale sul punto: è significativo come, in questo caso, la Corte di Cassazione - disegnando i contorni di un ipotetico cerchio in cui è racchiusa l'elaborazione concettuale operata dalla Corte costituzionale in tema di unioni non matrimoniali - effettui un riferimento testuale tanto ad una ormai risalente pronuncia costituzionale in materia (la n. 237/1986) quanto ad una più recente (la n. 138/2010). In entrambe le pronunce, infatti, risulta particolarmente valorizzato il parametro di cui all'art. 2 Cost.: nel primo caso, viene constatato come un consolidato rapporto di fatto non possa apparire "costituzionalmente irrilevante", in quanto è riconducibile alle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost.; nel secondo caso, è precisato il possibile "contenuto" di tali formazioni, da intendersi come «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico»¹⁰³.

A parere della Corte di Cassazione, è proprio la qualità di formazione sociale assunta dalla convivenza *more uxorio*, ove questa abbia assunto «per durata, stabilità, esclusività e contribuzione» i caratteri di comunità familiare (e facendo quindi sfumare l' "ontologica" diversità della convivenza di fatto rispetto al rapporto coniugale), a fondare un vero e proprio «titolo a contenuto e matrice personale la cui rilevanza sul piano della giuridicità è custodita dalla Costituzione, sì da assumere i contenuti della detenzione qualificata»¹⁰⁴.

In relazione alle convivenze tra persone dello stesso sesso, la giurisprudenza di merito ha avuto modo di sviluppare alcune considerazioni interessanti e che fanno riferimento agli spunti derivanti dall'elaborazione giuridica effettuata dalla Corte costituzionale e dalle Corti europee.

Particolarmente indicativa di questa tendenza risulta la pronuncia del 31 agosto 2012, n. 407 della Corte d'Appello di Milano, sezione lavoro. In questa sentenza, la Corte respinge l'appello promosso dalla Cassa Mutua Nazionale per il Personale delle Banche di Credito Cooperativo nei confronti della sentenza n. 5267/09 del Tribunale di Milano, con cui era stata accolta la richiesta di un dipendente ad ottenere l'iscrizione del proprio compagno convivente quale beneficiario delle prestazioni della Cassa. Oggetto di analisi nel caso specifico era la formulazione contenuta nell'art. 4 dello Statuto della Cassa, il quale prevedeva che avevano diritto alle prestazioni: «i destinatari, i loro familiari fisicamente a carico e il convivente *more uxorio* risultante dalla stato di

¹⁰³ Corte cost., n. 138/2010, *Considerato in Diritto*, punto n. 8.

¹⁰⁴ Corte di Cassazione, sezione II civile, n. 7214 del 21 marzo 2013, p. 13 del testo della pronuncia come pubblicato sul sito www.cortedicassazione.it (corsivo aggiunto).



famiglia e con reddito non superiore a quello previsto per essere considerato familiare fisicamente a carico». In questo caso, la Corte d'Appello elabora una nozione di convivente *more uxorio* decisamente innovativa e che prescinde dal dato meramente testuale ed etimologico.

Quest'ultimo, come ribadisce la Cassa Mutua appellante, imporrebbe di considerare *more uxorio* soltanto le convivenze eterosessuali: sia per la derivazione dal termine *uxor*, in latino “moglie” o più genericamente donna, sia per via delle definizioni universalmente accolte di tale concetto contenute all'interno dei dizionari della lingua italiana (e che costituiscono addirittura oggetto di allegazione agli atti di causa). Tuttavia, la Corte d'Appello ritiene che il significato attribuibile alla locuzione *more uxorio* rinvenibile nei dizionari della lingua italiana (e senza dubbio tenuto presente dalle parti contraenti) non possa costituire un idoneo criterio di riferimento «nelle ipotesi in cui sorgono nuove entità giuridicamente rilevanti destinate a suscitare l'affidamento dei terzi sulle regole pattizie che ne regolano il funzionamento»¹⁰⁵.

Nell'elaborazione di questa nuova interpretazione della convivenza *more uxorio* non mancano i riferimenti, puntualmente indicati nella pronuncia, sia alla sentenza costituzionale n. 138/2010, laddove ribadisce, nei confronti delle unioni omosessuali, il diritto fondamentale di vivere liberamente la propria condizione di coppia e attenerne un riconoscimento giuridico; sia alla sentenza della Corte EDU *Schalk e Kopf c. Austria* nella misura in cui viene precisato che il diritto al rispetto della vita familiare sancito dall'art. 8 della Convenzione spetta anche alle famiglie di fatto e, soprattutto, che «a cohabiting same sex – couple living in a stable de facto partnership falls within the notion of “family life”, just as the relationship of a different – sex couple in the same situation would»¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Corte d'Appello di Milano, sezione lavoro, n. 407 del 31 agosto 2012, p. 5 del testo della pronuncia reperibile al sito www.personaedanno.it.

¹⁰⁶ *Schalk e Kopf c. Austria*, ric. n. 30141/04, sentenza del 24 giugno 2010 § 93, cfr. G. REPETTO, Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero la negazione “virtuosa” di un diritto, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>; G. BRONZINI, *La giurisprudenza multilivello dopo Lisbona: alcuni casi difficili*, in www.europeanrights.eu; M. CARTABIA, *In tema di “nuovi diritti”*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 641-642. Sulla «vis attractiva» che la Corte EDU è in grado di esercitare sui giudizi nazionali a scapito dell'autorevolezza e della centralità del nostro giudice di costituzionalità, A. GUZZAROTTI, *Precedente CEDU e mutamenti culturali nella prassi giurisprudenziale italiana*, in *Giur. Cost.*, 2012, 3802-3803. Su questo punto, cfr. anche S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2012, 603-624 e M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale: il “caso” dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in <http://www.rivistaaic.it/> (19 aprile 2013).



7. UNA PROVVISORIA (E INSUFFICIENTE) SUPPLENZA: IL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE, LA SUGGESTIVA ATTIVITÀ DI ACCREDITAMENTO E PERSUASIONE RISPETTO A CONCETTI NUOVI E, NONOSTANTE QUESTO, L'OPPORTUNITÀ DI UN RINNOVATO IMPEGNO DA PARTE DEL LEGISLATORE.

Al termine di questo percorso, risulta chiaro come l'elaborazione concettuale del fenomeno delle unioni non matrimoniali offerta dalla Corte costituzionale in una giurisprudenza ormai quarantennale, se pure estremamente utile nei termini di definizione delle varie fattispecie oltre che dei concreti margini di applicabilità dei principi costituzionali di volta in volta richiamati, risulti insufficiente.

In questo panorama così complesso, in cui alle indicazioni operative fornite dalla Corte costituzionale si sommano le singole elaborazioni dei giudici di legittimità e merito, ogni volta ritagliate su casi concreti e perciò, per quanto suggestive, insuscettibili di acquisire una portata generale, risulta evidente l'assenza del legislatore. Al di là di una (tutto sommato improduttiva) progettualità legislativa, sarebbe utile, per completare questo discorso costituzionale sulle unioni non matrimoniali, che il Parlamento si attivasse in quanto egli soltanto potrebbe, a questo punto, precisare e mettere ordine fra i vari profili problematici che, di volta in volta, ha assunto il fenomeno dei rapporti affettivi non formalizzati. Esistono, infatti, sostanzialmente due dimensioni attraverso cui viene percepito il fenomeno della convivenza e che si riverberano nel concetto complessivo di unioni non matrimoniali: quello della scelta della libertà da ogni vincolo (ferma restando, per le coppie eterosessuali, possibile l'opzione matrimoniale) e quella relativa all'esigenza (avvertita sia dalle coppie omosessuali che dalle coppie eterosessuali) di una disciplina giuridica di carattere generale, in grado di garantire una tutela uniforme al di là delle "specifiche situazioni" in concreto riscontrabili e richiedenti una tutela omogenea rispetto a quella attribuita alle coppie coniugate. La realizzazione delle specificità e delle garanzie collegate a queste due dimensioni (entrambe espressione del principio di cui all'art. 2 Cost.) costituisce senza dubbio compito del Legislatore, l'unico soggetto istituzionale che, in modo uniforme, può garantire che le inevitabili trasformazioni della coscienza e dei costumi sociali cui la giurisprudenza delle Corte «non è indifferente»¹⁰⁷ possano collocarsi «nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione»¹⁰⁸. Può stupire il fatto che

¹⁰⁷ Corte cost., n. 8/1996 e n. 140/2009.

¹⁰⁸ Corte Cost. n. 161/1985, *Considerato in Diritto*, punto n. 4 e su cui M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, in *Giur. It.*, 1987, 236.



quest'ultima affermazione costituisca il risultato della riflessione maturata dalla Corte costituzionale in una ormai lontana pronuncia, mentre il legislatore, a tutt'oggi – e come i pesci dell'apologo iniziale – perduri nell'ignorare la complessa realtà in cui si trova anch'egli immerso.

