

Rivista N°: 4/2014
DATA PUBBLICAZIONE: 19/12/2014

AUTORE: Agatino Cariola*

QUEL CHE RESTA E QUEL CHE IMPEDISCE: LA VICENDA DELL'ASSEGNO DIVORZILE NEL CONTESTO DELLE NOZIONI DI FAMIGLIA E CONVIVENZE NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

1. Interpretazioni costituzionali e convivenze di tipo familiare. Alcuni problemi di metodo – 2. La convivenza diversa dalla famiglia è ... famiglia? La risposta ambigua della Corte costituzionale – 3. Il cambio di registro: la decisione sul divieto di fecondazione eterologa – 4. L'assegno divorzile ed il conflitto tra formazioni sociali, tutte dotate di tutela costituzionale.

1. Interpretazioni costituzionali e convivenze di tipo familiare. Alcuni problemi di metodo

La Corte costituzionale ha avuto occasioni più volte di occuparsi delle convivenze diverse da quella familiare, epperò il primo problema che la Corte ha dovuto affrontare sembra essere quello di definire a quale Costituzione fare riferimento o – per dirla in altri termini – quale parametro utilizzare. La disciplina delle convivenze e/o della famiglia di fatto intercetta il problema del rapporto tra regolamentazione giuridica e esperienza sociale, *id est* il fatto naturalisticamente inteso.

Ciò incide sul modo in cui concepire ed utilizzare la Costituzione, specie se la si assume, come pure comunemente si fa, come un catalogo di valori, e non semplicemente come una regolamentazione piuttosto contingente, liberamente modificabile. Mi limito qui a porre il problema, e cioè se intendere la Costituzione espressione dei valori attorno ai quali una società si riconosce, di modo che al cambiamento di quei valori, muta la Costituzione medesima, inducendo a modificarne l'interpretazione e sino a postularne la modifica; ovvero se insistere sulla Costituzione quale norma giuridica, con la capacità di regolamentare lo svolgimento dei rapporti sociali e di trasformarli: essa, allora, non ha una funzione descrittiva, ma al contrario, appunto, una funzione regolativa e prescrittiva. Detto in termini esemplificativi: il

* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Catania — acariola@lex.unict.it

problema è se sia il fatto che trasforma la Costituzione oppure sia quest'ultima a trasformare il fatto¹.

A me pare che la Corte costituzionale abbia avuto consapevolezza di ciò e per questo non abbia preso posizione sul punto fondamentale riguardo la vicenda, e cioè l'ambito di considerazione e di regolamentazione dell'art. 29 Cost. Non a caso, sull'argomento si è ricorso spesso all'*original intent* e, quindi, alla ricostruzione dell'intenzione storica del costituente², a tracciare i confini della nozione di famiglia «riconosciuta» dall'art. 29, come a cristallizzare un fatto, *id est* l'istituzione famiglia e la cultura presupposta da quella disposizione costituzionale³.

La chiave di soluzione di molte delle vicende pervenute in Corte costituzionale a proposito delle convivenze è stata individuata nell'art. 2 e nella garanzia ivi data alle formazioni sociali, di modo che non è stato necessario operare con una sorta di combinato disposto degli artt. 3 e 29, cioè a dire con l'applicazione degli istituti previsti per la famiglia legittima alla famiglia di fatto, in ossequio al principio di eguaglianza e assimilando a tutto tondo l'una e l'altra. Se, allora, c'è un campo in cui si è dato rilievo all'intenzione originaria, allo scopo originario del costituente, ciò deve dirsi per la lettura dell'art. 29, probabilmente perché vi si legge di società naturale fondata sul matrimonio e, quindi, sembrerebbe che non ci possa discostare dalla nozione adoperata di famiglia legittima, pena la vanificazione del precetto costituzionale. Non vi è stato affatto spazio per utilizzare il principio di uguaglianza che comportasse l'estensione a quella di fatto della disciplina prevista per la famiglia legittima, e quindi l'applicazione alla prima di istituti fiscali, previdenziali, lavoristici, ecc., previsti per la seconda: si pensi alla possibile estensione alle convivenze di tipo familiare del regime indicato dall'art. 230-*bis* c.c. per l'azienda definita appunto familiare, tanto per citare un istituto che in

¹ Sul problema è d'obbligo il riferimento a J. HABERMAS, *Fatti e norme*, trad. it., Roma-Bari, 2013, specie per il processo comunicativo individuato tra istanze sociali, sfere pubbliche e istituzioni politiche rappresentative.

² La formulazione è esplicita in Corte costituzionale, n. 237 del 1986: « *L'art. 29 riguarda, infatti, la famiglia fondata sul matrimonio (sent. n. 30 del 1983): come del resto fu pressoché univocamente palesato in sede di Assemblea Costituente la compagine familiare risulta, nel precetto, strettamente coordinata con l'ordinamento giuridico, sì che rimane estraneo al contenuto delle garanzie ivi offerte ogni altro aggregato pur socialmente apprezzabile, divergente tuttavia dal modello che si radica nel rapporto coniugale. E che gli stessi Costituenti così divisassero doversi intendere la ripetuta norma, fornisce una obiettiva riprova la votazione per divisione, che ne seguì in aula. Fu esplicitamente rifiutato, infatti, un voto inteso a disgiungere, nell'art. 29, primo comma, la locuzione "diritti della famiglia come società naturale" dall'altra "fondata sul matrimonio"; si procedette - all'incontro - dapprima al voto sul riconoscimento dei diritti familiari, accorrandosi, in successiva votazione, la frase "come società naturale fondata sul matrimonio", rimasta avvinta in inscindibile endiadi». In generale, sull'*original intent* A.M. POGGI, *L'intenzione del costituente nella teoria dell'interpretazione costituzionale: Spunti per una sua definizione alla luce della dottrina americana dell'"Original Intent of the Framers"*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, 153 ss.; e se si vuole A. CARIOLA, *La «tradizione» costituzionale: contro l'original intent nell'interpretazione della Costituzione*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Milano, 2010, II, 521 ss.*

³ Il problema è posto da A. RUGGERI in più riflessioni, ad esempio *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 751 ss.; «*Strane*» idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale, Comunicazione al Convegno gruppo di Pisa «*La famiglia davanti ai suoi giudici*», Catania, 7-8 giugno 2013, a cura di F. GIUFFRÈ e I. NICOTRA, Napoli, in corso di stampa, ed in www.gruppodipisa.it, settembre 2013.

un prossimo futuro potrebbe venire in considerazione nella giurisprudenza. Anzi, qui si deve constatare la prudenza della Corte nell'estendere dall'una all'altra fattispecie istituti di diritto penale ovvero di contenuto patrimoniale, per i c.d. diritti che costano. Semmai, il principio di eguaglianza è stato ed è utilizzato all'interno delle singole e specifiche discipline dettate dal legislatore ordinario: si è trattato allora di estendere una disciplina che già il legislatore ha introdotto e conformato, e di eliminare una limitazione "stonata".

Sul problema generale avanzo una notazione di carattere generale, in ordine all'approccio o al metodo di interpretare ed applicare la Costituzione, ed un'osservazione più specifica sui problemi che solleva la regolamentazione della famiglia di fatto.

Sotto un primo profilo, è certo vero che va affermato il nucleo normativo - se si vuole la forza - della Costituzione, la sua capacità di regolare/indirizzare/conformare i rapporti sociali, ed in questo ambito risulta necessario dare contenuto alle prescrizioni costituzionali, evitando di ricondurre la Costituzione semplicemente a ciò che vuole la maggioranza di oggi. La considerazione della relazione che intercorre tra il legislatore ordinario e la *higher law* della Costituzione (per riprendere lo schema ed il linguaggio di *Marbury v. Madison*) richiede di individuare il significato precettivo di ogni precetto costituzionale, anche ad evitare che in una sorta di indistinta confusione la norma costituzionale sia delegittimata, *etsi non daretur* appunto. In questo la tradizione costituzionale continua ad avere rilievo. Epperò, l'interpretazione che esaltasse le intenzioni originarie del costituente, proponendo l'adesione a soluzioni antiche, rischia di delegittimare la stessa Costituzione rispetto e nei confronti dei soggetti che oggi e in questo luogo dalla Costituzione debbono appunto essere regolati: risulta alla fine illusorio andare alla ricerca dei valori prettamente originari ed autentici di una volta, trascurando che i valori della Costituzione sono in gran parte i valori che oggi questa società ritiene essere quelli su cui si fonda la convivenza, una società che tra l'altro è fortemente integrata a livello sovranazionale. La Costituzione non è più la cartina o l'espressione di una volontà statalistica alla Hegel, in cui lo Stato era il soggetto che per definizione era detentore del monopolio nella produzione del diritto; ma la Costituzione è prima di tutto strumento di regolazione sociale, espressione, misura e norma del consenso. Oggi, poi, è anche mezzo di integrazione sovranazionale tra culture, oltre che tra istituzioni.

Il punto è che il quadro costituzionale di valori - e, di conseguenza, il suo interprete - non può rimanere indifferente ai fatti ovvero ai problemi che si muovono, giacché ciò sarebbe una soluzione rinunciataria, un altro *etsi non daretur* per la stessa Costituzione, su un versante opposto a quello precedente.

Allora, va ammesso che si modificano anche gli approcci: ancora negli anni settanta e ottanta dello scorso secolo si poneva attenzione sul fatto che l'attuazione della Costituzione dovesse provenire dal legislatore, oppure che il contemperamento, il bilanciamento dei valori costituzionali doveva essere in prima battuta appunto opera del legislatore, e che il giudice, compreso quello costituzionale, sarebbe dovuto intervenire in seconda o in terza battuta a verificare il bilanciamento operato dal legislatore. Oggi, un tale approccio è in parte superato, giacché se in Costituzione si rintraccia il fondamento dei valori e in particolar modo dei diritti, l'interprete di questi valori e di questi diritti non è tanto il legislatore, ma è il giudice, che si fa direttamente tutore dei diritti, ed è il giudice comune. Riconosco che tante volte manca alla

giurisprudenza italiana, la quale si stringe ancora dietro il mito della soggezione alla legge statale, la cultura del giudice quale tutore dei diritti, per dirla alla Dworkin. Ma la linea di tendenza dovrebbe essere quella che individua nel giudice il soggetto che afferma e che esprime i diritti fondamentali anche nei confronti delle scelte del legislatore. Queste ultime sono continuamente misurate e rapportate in ordine alla loro idoneità ad esprimere i valori affermati in sede costituzionale⁴. In vicende come quelle della regolazione della convivenza familiare e degli obblighi che ne scaturiscono, o tipicamente in quelle di inizio e fine vita, è per definizione la disciplina posta dal legislatore ad essere di continuo vagliata alla stregua di più alti principi costituzionali. La stessa regolamentazione positiva deve, poi, fare i conti con le possibilità offerte dalla tecnica dalla quale è, per così dire, *stressata*. La “storia” della legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita dimostra non a caso che molte delle scelte lì compiute sono state sconfessate dal giudice costituzionale. Ma ciò indica per l'appunto che non può pensarsi ad una logica di tipo lineare, che si muova solo sul piano legislativo, da taluni principi costituzionali alla regolamentazione positiva ad opera del legislatore ordinario, all'applicazione nel contesto sociale; di necessità la logica giuridica è di tipo istituzionale, dove tanti soggetti intervengono in un *continuum* di reciproche implicazioni. Insomma, l'attenzione è da rivolgere alla norma prodotto di legislatori statali e sovranazionali, di giudici e di tutti gli operatori, cioè a dire dei comportamenti concreti di uomini e donne⁵.

Allora, va probabilmente riconosciuto che la dinamica e/o le dinamiche fatti-norme si atteggiavano diversamente nei rapporti Costituzione-legge ordinaria e Costituzione-realtà sociale, nel senso che nei confronti del legislatore (espressione pur sempre di una decisione di maggioranza) la Costituzione esprime tutto il suo vincolo e la sua forza normativa; riguardo la realtà sociale –intesa non solo e non tanto dal legislatore, ma anche da altri attori sociali (espressione dello Stato ordinamento e/o comunità), la Costituzione risulta ricca del contenuto valoriale che le assegna, appunto, il contesto culturale. Se si vuole, potrebbe dirsi che nei rapporti Costituzione-legge l'accento è posto di *più* sul vincolo a carico della legge; mentre quando si ha presente la realtà sociale e culturale, l'attenzione è *più* concentrata sulla capacità della Costituzione medesima di considerare tali contenuti e di dare la regola di definizione dei conflitti, *id est* sull'indispensabile ed utilissima sua elasticità. Ciò, per l'appunto, comporta che il giudice non sia solo il mero esecutore di una legge, ma il soggetto che è espressione – se si vuole, organo – dell'intero ordinamento e che ne applica tutti i valori. Non a caso, in vicende come quella relativa ai rapporti familiari il giudice ha a che fare con la regolazione dell'autonomia negoziale, la quale altro non è che l'esaltazione del ruolo della società e della sua capacità di darsi ed esprimere valori, come anche di individuare e richiedere forme di tutela dei diritti.

La seconda osservazione attiene ad un profilo del tutto diverso da quello precedente, e riguarda la circostanza che la discussione sulle convivenze di tipo familiare ha spesso avu-

⁴ Anzi è da specificare che l'affermazione di tali valori avviene in sede materialmente costituzionale, dovendo comprendere perlomeno le dichiarazioni sovranazionali sui diritti e le giurisprudenze di riferimento.

⁵ Secondo la lezione di A.C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1961.

to riguardo ai diritti della coppia e/o dei partner nei confronti dello Stato, ad esempio per prestazioni previdenziali o assistenziali, oppure a carico di terzi, per far valere il diritto al risarcimento del danno causato dalla perdita del partner⁶ o il diritto all'abitazione⁷. Manca spesso appunto la considerazione della necessità di giuridicizzare – per così dire – i rapporti tra i partner, che è il risvolto ad oggi più problematico. Eppure, sembra essere questo un fronte estremamente interessante. Anzi, l'art. 2043 c.c. si presta a fare da cornice alle richieste che portano a giustificare pretese nei confronti del partner, ad esempio per la violazione dell'obbligo di assistenza. Per la sua onnicomprensiva efficacia la responsabilità civile si presta ad essere utilizzata a difesa delle più varie posizioni. L'art. 2043 pone una sorta di strumento di diritto comune, utilizzabile come se fosse una rete di tutela ulteriore rispetto alle specifiche previsioni (ed alle azioni tipizzate) presenti nell'ordinamento.

E ciò vale anche per altri istituti. Ne offre un esempio una decisione della Cassazione che si è occupata di una vicenda in cui è stata riconosciuta ammissibile l'azione di spoglio a tutela del possesso goduto da uno dei conviventi *more uxorio* sull'immobile adibito ad abitazione comune, anche se ormai di proprietà dell'altro partner⁸: il giudice ha confermato che *«la convivenza more uxorio determina, sulla casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita in comune, un potere di fatto basato su un interesse proprio ben diverso da quello derivante da ragioni di mera ospitalità; conseguentemente, l'estromissione violenta o clandestina del convivente dall'unità abitativa, compiuta dal partner, giustifica il ricorso alla tutela possessoria, consentendogli di esperire l'azione di spoglio nei confronti dell'altro quando anche il primo non vanti un diritto di proprietà sull'immobile che, durante la convivenza, sia stato nella disponibilità di entrambi»*. È significativo che la sentenza abbia utilizzato argomenti e materiali tratti in contemporanea dalla legislazione più recente, intesa non come disciplina di singoli casi, ma come espressiva di principi più generali; dalla giurisprudenza costituzionale, a sua volta reinterpreta; dalla coscienza sociale consolidata nel tempo⁹. Ma

⁶ Al riguardo la giurisprudenza è pressoché sterminata: Cass. civ., III, 16 giugno 2014, n. 13654; Id., III, 21 marzo 2013, n. 7128, riferita all'ipotesi di lesioni; Id., III, 7 giugno 2011, n. 12278; Id., III, 16 settembre 2008, n. 23725; Cass. pen., IV, 8 luglio 2002, n. 33305, dove si ricorda come *«già da lungo tempo questa Corte, mutando opinione rispetto ad un precedente orientamento ribadito fino al 1992 ... e secondo il quale danno risarcibile ex art. 2043 CC era soltanto quello derivante dalla lesione di un "diritto a quei vantaggi ed a quelle prestazioni della persona deceduta, diritto che non può non discendere che da legge o da patto", si è poi andata orientando nel diverso senso che anche la convivenza, non necessariamente limitata alla categoria more uxorio, possa bene costituire titolo per il risarcimento del danno da fatto illecito penale»*.

⁷ Cfr. Corte costituzionale, n. 404 del 1988; n. 559 del 1989; e n. 166 del 1998, sulle quali ancora *infra*.

⁸ Cass. civ., II, 21 marzo 2013, n. 7214.

⁹ La sentenza continua, infatti, con l'argomentazione secondo cui *«la tesi secondo cui la relazione di fatto del convivente sarebbe un mero strumento del possesso o della detenzione di altro soggetto, paragonabile a quella dell'ospite o del tollerato, è contraria alla rilevanza giuridica e alla dignità stessa del rapporto di convivenza di fatto, la quale - con il reciproco rispettivo riconoscimento di diritti del partner, che si viene progressivamente consolidando nel tempo, e con la concretezza di una condotta spontaneamente attuata - dà vita, anch'essa, ad un autentico consorzio familiare, investito di funzioni promozionali. Pur mancando una legge organica sulla convivenza non fondata sul matrimonio, il legislatore nazionale non ha mancato di disciplinare, e con accresciuta intensità in tempi recenti, settori di specifica rilevanza della stessa, anche al di là della filiazione (dove l'eliminazione di ogni residua discriminazione tra i figli è stata sancita, nel rispetto dell'art. 30 Cost., dalla L. 10*

risulta ancora più significativo che tali affermazioni siano state fatte dal giudice comune¹⁰ e con gli strumenti del diritto comune, qual è la tutela del possesso. Insomma, anche qui il fatto ha esercitato tutta la sua pressione ed ha richiesto di essere disciplinato: la soluzione rinvenuta si è mossa sul modello che fa della coabitazione e della residenza il modo ed luogo di svolgimento della vita della formazione familiare o pseudo-familiare sulla base degli artt. 143 e 144 c.c.

2. La convivenza diversa dalla famiglia è ... famiglia? La risposta ambigua della Corte costituzionale

Se la giurisprudenza comune adopera in ordine alle convivenze diverse da quelle familiari strumenti e adotta soluzioni desunti in fondo dal modello configurato in via generale per la famiglia, la giurisprudenza costituzionale ha continuato a negare l'assimilazione tra famiglia e convivenza *more uxorio* sino a tempi recenti. Come si è anticipato, si è escluso che il principio di eguaglianza possa comportare l'estensione della disciplina stabilita per le unioni matrimoniali alle convivenze: la Corte ha applicato alle prime l'art. 29 Cost., alle seconde la nozione di formazione sociale tratta dall'art. 2 Cost., ed ha inteso le due previsioni costituzionali non come affini e nemmeno in un rapporto di *species* e *genus*, ma come riferite ad ambiti materiali diversi, con la conseguenza di escludere l'applicabilità del principio di eguaglianza in ordine all'estensione di alcuni istituti dall'una all'altra forma di vita comune, e di richiedere semmai l'intervento regolatore del legislatore. Non ha nemmeno considerato che convivenza e unione matrimoniale spesso si pongono lungo una linea di continuità, specie in occasione della nascita di figli, di modo che la distinzione tra l'una e l'altra non può fondarsi

dicembre 2012, n. 219). Basti pensare - sole per citare alcuni esempi - all'art. 199 c.p.p., per la facoltà di astenersi dal deporre concessa al convivente dell'imputato; agli artt. 342 bis e 343 ter c.c., introdotti dalla L. 4 aprile 2001, n. 154, sull'estensione al convivente degli ordini di protezione contro gli abusi familiari; alla L. 4 maggio 1983, n. 184, art. 6, così come sostituito ad opera della L. 28 marzo 2001, n. 149, per gli effetti della convivenza precedente al matrimonio sulla stabilità del vincolo ai fini dell'adozione; all'art. 408 c.c., così come novellato dalla L. 9 gennaio 1994, n. 6, per la scelta dell'amministratore di sostegno, che può cadere anche sulla persona stabilmente convivente; al D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, art. 129, in tema soggetti che non possono essere considerati terzi e che non hanno diritto ai benefici derivanti dall'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, limitatamente ai danni alle cose. Soprattutto, è stata la giurisprudenza costituzionale a sottolineare che "un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare - anche a sommaria indagine - costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.)" (sentenza n. 237 del 1986); e a ribadire, di recente, che "per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico" (sentenza n. 138 del 2010)».

¹⁰ Invero, spesso la giurisprudenza costituzionale sembra seguire quella c.d. comune sull'elaborazione di soluzioni innovative volte alla tutela dei diritti individuali, cfr. A. CARIOLA, *Schema a tesi per uno studio sulla responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale: le posizioni formali assunte dalla Corte e le esigenze di risarcimento integrale delle situazioni giuridiche lese*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, I, 343 ss.

sulla base della sola formalizzazione del vincolo, ma probabilmente richiede maggiore considerazione delle circostanze di fatto di volta in volta presenti.

Il riferimento all'eguaglianza è divenuto spesso solo quello alla ragionevolezza interna alla singola disciplina presa in considerazione (il regime delle locazioni, quello dell'affidamento della casa familiare, o delle espulsioni dello straniero, o del favoreggiamento personale, ecc.), ma senza che ciò possa comportare estensioni automatiche.

Il rinvio al legislatore non è risolutivo, per la semplice ragione che il giudizio costituzionale comporta per l'appunto la valutazione delle soluzioni configurate dal legislatore ordinario – *id est* da una maggioranza politica – rispetto a principi di carattere più generale e fondamentale. Dovrebbero essere le scelte accolte dal legislatore ad essere sempre esaminate dal punto di vista dei principi costituzionali, adombrando sempre dubbi di costituzionalità a loro riguardo. In ogni caso, il criterio di eguaglianza è per definizione (non solo strumento di congruità dell'ordinamento, in una lettura piuttosto statica, ma anche) motore di trasformazione del sistema normativo, nel senso di ampliare l'ambito di applicazione di talune scelte inizialmente introdotte solo per alcune fattispecie. Da questo punto di vista esso rimane sempre sull'orizzonte della decisione giuridica.

Si devono a Corte costituzionale n. 237/1986, la riconduzione della convivenza di fatto al novero delle formazioni sociali riconosciute dall'art. 2 Cost., la valorizzazione del vincolo di solidarietà che lega i partner, ma anche l'esclusione dell'assimilazione tra famiglia legittima e convivenza alla stregua dell'art. 3 Cost., ed il rinvio al legislatore ¹¹.

La nota sentenza della Corte costituzionale, n. 404/1988, sulla continuità del rapporto di locazione in caso di convivenza *more uxorio*, ha sì ricordato che «*il diritto all'abitazione rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione*», e lo ha fondato direttamente sull'art. 2 Cost., ma ha escluso che l'art. 29 Cost. potesse rientrare tra i parametri utilizzati. Il principio di solidarietà è stato este-

¹¹«La convivenza di fatto, si assume, rivestirebbe oggettivamente connotazioni identiche a quelle scaturenti dal vincolo matrimoniale: e dunque una diversità di garanzie - o addirittura l'assenza di queste - verrebbe a vulnerare il principio di uguaglianza. Orbene, la Corte - sia pure per oggetti specifici insorti da diversa fattispecie - ha avuto modo di pronunciarsi, in passato, sul merito della situazione di convivenza *more uxorio* anche nei termini del confronto sopra descritti. E, in punto specifico, ebbe già a rilevarsi la inapprezzabilità del rapporto di fatto poiché privo esso delle caratteristiche di certezza e di stabilità, proprie della famiglia legittima, osservandosi - tra l'altro - che la coabitazione può venire a cessare unilateralmente e in qualsivoglia momento (sentenza n. 45 del 1980). Va poi ricordato, per completezza, come non avesse mancato la Corte, peraltro, di porre l'accento (sentenza n. 6 del 1977) sulla opportunità di una valutazione legislativa degli interessi dedotti, carenti, allo stato, di tutela positiva. In effetti, un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare - anche a sommaria indagine - costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.). Tanto più - in ciò concordando con i giudici remittenti - allorché la presenza di prole comporta il coinvolgimento attuativo d'altri principi, pur costituzionalmente apprezzati: mantenimento, istruzione, educazione. In altre parole, si è in presenza di interessi suscettibili di tutela, in parte positivamente definiti (si vedano ad es. gli artt. 250 e 252 del codice civile nel testo novellato con la legge 19 maggio 1975 n. 151), in parte da definire nei possibili contenuti. Comunque, per le basi di fondata affezione che li saldano e gli aspetti di solidarietà che ne conseguono, siffatti interessi appaiono meritevoli indubbiamente, nel tessuto delle realtà sociali odierne, di compiuta obiettiva valutazione».

so nelle relazioni tra proprietario ed inquilini; la conclusione si è poggiata sull'irragionevolezza interna della disciplina legislativa sulle locazioni¹². La successiva sentenza n. 559 del 1989 ha ribadito la posizione individuata.

Con la sentenza n. 281/1994 la Corte costituzionale si è pronunciata sull'ammissibilità della domanda di adozione nazionale ed internazionale presentata in applicazione della l. 4 maggio 1983, n. 184, da coniugi che richiedevano di far considerare anche il loro precedente regime di convivenza. La sentenza non ravvisò «*la violazione dell'art. 2 della Costituzione, atteso che, da un lato, l'aspirazione dei singoli ad adottare non può ricomprendersi tra i diritti inviolabili dell'uomo, e, dall'altro, che anche qualificando la famiglia di fatto come formazione sociale, non per questo deriverebbe che alla stessa sia riconosciuto il diritto all'adozione, come previsto per la famiglia fondata sul matrimonio (art. 29 della Costituzione: cfr. sentenza n. 310 del 1989, n.404 del 1988, n.237 del 1986)*». Ritenne inammissibile la questione in ordine alla violazione dell'art. 3 Cost., riconoscendo che solo il legislatore potesse intervenire in materia a dettare la disciplina più adeguata¹³.

La distinzione tra l'una e l'altra forma di convivenza è stata affermata ancora con nettezza da Corte costituzionale, n. 8/1996, in una vicenda in cui veniva in considerazione la

¹² «*Il legislatore del 1978, cioè, ha voluto tutelare non la famiglia nucleare, né quella parentale, ma la convivenza di un aggregato esteso fino a comprendervi estranei - potendo tra gli eredi esservi estranei -, i parenti senza limiti di grado e finanche gli affini. È evidente la volontà legislativa di farsi interprete di quel dovere di solidarietà sociale, che ha per contenuto l'impedire che taluno resti privo di abitazione, e che qui si specifica in un regime di successione nel contratto di locazione, destinato a non privare del tetto, immediatamente dopo la morte del conduttore, il più esteso numero di figure soggettive, anche al di fuori della cerchia della famiglia legittima, purché con quello abitualmente conviventi. Se tale è la ratio legis, è irragionevole che nell'elencazione dei successori nel contratto di locazione non compaia chi al titolare originario del contratto era nella stabile convivenza legato more uxorio. L'art. 3 della Costituzione va qui invocato dunque non per la sua portata eguagliatrice, restando comunque diversificata la condizione del coniuge da quella del convivente more uxorio, ma per la contraddittorietà logica della esclusione di un convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare l'abitabile convivenza. Se l'art. 3 della Costituzione è violato per la non ragionevolezza della norma impugnata, l'art. 2 lo è quanto al diritto fondamentale che nella privazione del tetto è direttamente leso*».

¹³ «*Questa Corte non può ignorare, per un verso, il sempre maggiore rilievo che, nel mutamento del costume sociale, sta acquistando la convivenza more uxorio, alla quale sono state collegate alcune conseguenze giuridiche (cfr. sentenza n. 404 del 1988). Né può per altro verso negarsi validità alla suggestiva considerazione che, proprio ai fini della tutela dell'interesse del minore, la solidità di una vita matrimoniale potrebbe risultare, oltre che da una convivenza successiva alle nozze protratta per alcuni anni, anche da un più lungo periodo, anteriore alle nozze, caratterizzato da una stabile e completa comunione materiale e spirituale di vita della coppia stessa, che assuma poi col matrimonio forza vincolante. Pertanto, fermo restando questo primo e indeclinabile presupposto matrimoniale (con i diritti e doveri che ne conseguono), la scelta potrebbe, eventualmente, cadere anche su coniugi sposati da meno di tre anni, ma con una consistente convivenza more uxorio precedente alle nozze. Tuttavia, affinché l'esercizio di questo potere di scelta sia garantito da una certa uniformità di ponderato comportamento su tutto il territorio nazionale, tale da evitare, nella delicata materia de qua, possibili disparità di trattamento tra adottandi o tra coniugi, occorrerebbe definire alcuni criteri oggettivi, svolgenti l'analoga funzione sopra ricordata del triennio di convivenza matrimoniale, in ordine -ad esempio- alla durata ed alle caratteristiche del rapporto, soprattutto affinché la convivenza non sia meramente occasionale, ma prodromica alla creazione di un "ambiente familiare stabile e armonioso" (cfr. anche sentenza n. 184 del 1994). Ma ciò appartiene alla competenza del legislatore, cui spetta operare scelte così complesse attraverso una interpretazione combinata di diversi elementi e valori di una società in continua evoluzione*».

«questione di legittimità costituzionale degli artt. 384, 378 e 307 del codice penale “nella parte in cui non prevedono che la causa di non punibilità prevista a favore dei prossimi congiunti sia estesa al convivente more uxorio”, in riferimento agli articoli 3, primo comma, e 29 della Costituzione». La Corte ha richiamato il precedente della sentenza n. 237 del 1986, ed ha confermato la distinzione della convivenza di fatto dalla stabilità del vincolo coniugale: «questa Corte ... in diverse decisioni il cui orientamento non può che essere qui confermato (sentenze nn. 310 del 1989, 423 e 404 del 1988 e 45 del 1980), ha posto in luce la netta diversità della convivenza di fatto, “fondata sull’*affectio* quotidiana - liberamente e in ogni istante revocabile - di ciascuna delle parti” rispetto al rapporto coniugale, caratterizzato da “stabilità e certezza e dalla reciprocità e corrispettività di diritti e doveri ... che nascono soltanto dal matrimonio”. Ma ciò che nel giudizio di legittimità costituzionale più conta è che la Costituzione stessa ha dato delle due situazioni una valutazione differenziatrice. Tale valutazione esclude l’ammissibilità, secondo un punto di vista giuridico-costituzionale, di affermazioni omologanti, del tipo di quella sopra riferita. Questa Corte, nella sentenza n. 237 del 1986 - che costituisce precedente specifico per la decisione della questione in esame -, riconosciuta la rilevanza costituzionale del “consolidato rapporto” di convivenza, ancorché rapporto di fatto, lo ha tuttavia distinto dal rapporto coniugale, secondo quanto impongono il dettato della Costituzione e gli orientamenti emergenti dai lavori preparatori. Conseguentemente, ha ricondotto il primo all’ambito della protezione, offerta dall’art. 2, dei diritti inviolabili dell’uomo nelle formazioni sociali e il secondo a quello dell’art. 29 della Costituzione. Tenendo distinta l’una dall’altra forma di vita comune tra uomo e donna, si rende possibile riconoscere a entrambe la loro propria specifica dignità; si evita di configurare la convivenza come forma minore del rapporto coniugale, riprovata o appena tollerata e non si innesca alcuna impropria “rincorsa” verso la disciplina del matrimonio da parte di coloro che abbiano scelto di liberamente convivere. Soprattutto si pongono le premesse per una considerazione giuridica dei rapporti personali e patrimoniali di coppia nelle due diverse situazioni, considerazione la quale - fermi in ogni caso i doveri e i diritti che ne derivano verso i figli e i terzi - tenga presente e quindi rispetti il maggior spazio da riconoscersi, nella convivenza, alla soggettività individuale dei conviventi; e viceversa dia, nel rapporto di coniugio, maggior rilievo alle esigenze obiettive della famiglia come tale, cioè come stabile istituzione sovraindividuale. Questa valutazione costituzionale del rapporto di convivenza rispetto al vincolo coniugale non può essere contraddetta da opposte visioni dell’interprete. I punti di vista di principio assunti dalla Costituzione valgono innanzitutto come criteri vincolanti di comprensione e classificazione, e quindi di assimilazione o differenziazione dei fatti sociali giuridicamente rilevanti. La pretesa equiparazione della convivenza di fatto al rapporto di coniugio, nel segno della riconduzione di tutte e due le situazioni sotto la medesima protezione dell’art. 29 della Costituzione, risulta così infondata»¹⁴.

¹⁴ Il giudice costituzionale ha escluso di poter intervenire in materia penale con sentenze di tipo additive, sia pure di favore (e la distinzione non avrebbe dovuto essere insignificante), sulla base del confronto delle discipline esistenti: «la distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale, come tali, non esclude affatto, tuttavia, la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell’una e dell’altro che possano presentare analogie, ai fini del controllo di ragionevolezza a norma dell’invocato art. 3 della Costituzione: un

Ancora anni dopo, Corte costituzionale, n. 121/2004, ha rigettato la «questione di legittimità costituzionale degli artt. 307 e 384 del codice penale, nella parte in cui “non includono nella nozione di prossimi congiunti anche il convivente more uxorio, oltre al coniuge, finanche separato di fatto o legalmente”», per il possibile contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. Il giudice si è rifatto alla precedente sentenza n. 8 del 1996 «nel dichiarare in parte infondata e in parte inammissibile analoga questione, essendosi ribadito come esistano nell’ordinamento ragioni costituzionali che giustificano un differente trattamento normativo tra i due casi, trovando il rapporto coniugale tutela diretta nell’art. 29 della Costituzione, mentre il rapporto di fatto fruisce della tutela apprestata dall’art. 2 della Costituzione ai diritti inviolabili dell’uomo nelle formazioni sociali». Anzi, «quanto alla asserita violazione dell’art. 2 della Costituzione ... le sopra esposte considerazioni, e in particolare la difforme considerazione dei due casi (art. 2 per la convivenza e art. 29 per il coniugio), portano ad escludere che si possa configurare come costituzionalmente necessaria una tutela del rapporto di convivenza che passi attraverso il riconoscimento di una generalizzata esclusione della punibilità delle condotte indicate dall’art. 384, primo comma, cod. pen., qualora poste in essere per salvare il proprio convivente more uxorio da un grave e irreparabile nocumento nella libertà o nell’onore ... di conseguenza, sotto tale ulteriore profilo la questione di costituzionalità è manifestamente infondata».

La posizione è divenuta una sorta di *leitmotiv*: così Corte costituzionale, n. 140/2009, sempre sulla questione della scriminante dell’art. 384 c.p., «*nella parte in cui non contempla tra i soggetti che possono beneficiare della scriminante anche il convivente more uxorio*», in

controllo, già in passato esercitato numerose volte dalla Corte costituzionale, il quale, senza intaccare l'essenziale diversità delle due situazioni, ha tuttavia condotto talora a censurare l'ingiustificata disparità di trattamento (a danno ora della famiglia di fatto, ora della famiglia legittima) delle analoghe condizioni di vita che derivano dalla convivenza e dal coniugio (sentenze nn. 559 del 1989, 404 del 1988 e 179 del 1976). Nella prospettiva della ragionevolezza delle determinazioni legislative, il Tribunale rimettente fonda la sua richiesta sulla ratio comune alle cause di non punibilità previste dall'art. 384 del codice penale - in riferimento a ciascuno dei titoli di reato ivi elencati - a favore dei prossimi congiunti, ratio di tutela del legame di solidarietà tra i componenti il nucleo familiare e del sentimento che li unisce. Poiché tale sentimento e tale legame possono valere con la stessa intensità tanto per i componenti della famiglia legittima quanto per quelli della famiglia di fatto, non vi sarebbe alcun ragionevole motivo - ad avviso del Tribunale rimettente - per discriminare questi ultimi dalla protezione accordata ai primi. a neppure sotto questo profilo - che pur si basa innegabilmente su un dato di fatto incontestabile - la questione può essere accolta. Essa infatti mira, come risultato, a una decisione additiva che manifestamente eccede i poteri della Corte costituzionale a danno di quelli riservati al legislatore. Innanzitutto, l'estensione di cause di non punibilità, le quali costituiscono altrettante deroghe a norme penali generali, comporta strutturalmente un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse e confliggenti, in primo luogo quelle che sorreggono la norma generale e quelle che viceversa sorreggono la norma derogatoria: un giudizio che è da riconoscersi ed è stato riconosciuto da questa Corte appartenere primariamente al legislatore (sentenze nn. 385, 267 e 32 del 1992, quest'ultima in tema di cause di improcedibilità; n. 1063 del 1988; ordinanza n. 475 del 1987; sentenza n. 241 del 1983) ... In più, un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità che assumesse in ipotesi la pretesa identità della posizione spirituale del convivente e del coniuge, rispetto all'altro convivente o all'altro coniuge, oltre a rappresentare la premessa di quella totale equiparazione delle due situazioni che - come si è detto - non corrisponde alla visione fatta propria dalla Costituzione, determinerebbe ricadute normative consequenziali di portata generale che trascendono l'ambito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale».

riferimento agli artt. 2, 3 e 29 Cost. Il giudice è stato fermo nel notare che *«senza dubbio, la convivenza more uxorio costituisce un rapporto ormai entrato nell'uso ed è comunemente accettato, accanto a quello fondato sul vincolo coniugale; ma ... questa trasformazione della coscienza e dei costumi sociali, cui la giurisprudenza di questa Corte non è indifferente (sentenza n. 8 del 1996, in motivazione), non autorizza la perdita dei contorni caratteristici delle due figure, collocandole in una visione unificante secondo la quale la convivenza di fatto rivestirebbe connotazioni identiche a quelle nascenti dal rapporto matrimoniale, sicché le due situazioni in sostanza differirebbero soltanto per il dato estrinseco della sanzione formale del vincolo. Al riguardo, si deve ribadire quanto già più volte affermato, cioè che la convivenza more uxorio è diversa dal vincolo coniugale e non può essere assimilata a questo per desumere l'esigenza costituzionale di una parità di trattamento. La stessa Costituzione ha valutato le due situazioni in modo diverso, ed il dato assume rilievo determinante in un giudizio di legittimità costituzionale. Infatti il matrimonio forma oggetto della specifica previsione contenuta nell'art. 29 Cost., che lo riconosce elemento fondante della famiglia come società naturale, mentre il rapporto di convivenza assume anch'esso rilevanza costituzionale, ma nell'ambito della protezione dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali garantita dall'art. 2 Cost.»*. Anzi, va sottolineato *«un ulteriore elemento differenziale tra la convivenza di fatto, basata sull'affectio di ciascuna delle parti, e il rapporto coniugale, caratterizzato anche dalla maggiore stabilità. In questo quadro, l'aspetto dei comuni sentimenti affettivi, che ben possono essere presenti in un rapporto di coniugio come in uno stabile rapporto di convivenza, non è idoneo a superare le diversità tra le due situazioni poste in luce dalla giurisprudenza di questa Corte. Tali diversità, senza escludere la riconosciuta rilevanza giuridica della convivenza di fatto, valgono però a giustificare che la legge possa riservare in linea di principio all'una e all'altra situazione un trattamento non omogeneo»*.

Corte costituzionale, n. 2/1998, ha escluso l'incostituzionalità dell'art. 2941, n. 1, c.c., sulla decorrenza della prescrizione nei rapporti tra conviventi, *« per un duplice ordine di considerazioni: a) perché la famiglia legittima, essendo una realtà diversa dalla famiglia di fatto, non costituisce un adeguato tertium comparationis; b) perché la sospensione della prescrizione implica precisi elementi formali e temporali che si ravvisano nel coniugio e non nella libera convivenza»*.

La sentenza della Corte costituzionale, n. 166/1998, ha riguardato l'assegnazione della casa già adibita a residenza familiare al genitore affidatario dei figli avuti dal partner in precedenza convivente. La chiave di soluzione, però, non è stata l'assimilazione del rapporto tra i partner a quello tra i coniugi, ma *«il valore costituzionale di tutela della filiazione»* sancito dall'art. 30 Cost. L'art. 155 c.c. è stato quindi esteso dal campo della famiglia legittima, per così dire, al diverso ambito della convivenza, giacché *«l'attuazione [del dovere di mantenimento dei figli] non può in alcun modo essere condizionata dalla assenza del vincolo coniugale tra i genitori, poiché la fonte dell'obbligo de quo agitur è unica, ma sufficiente: quella del rapporto di filiazione»*. Sulla questione anche le sentenze n. 454 del 1989, n. 125 del 1999, e n. 394 del 2005.

Anche Corte costituzionale, n. 313/2000, in ordine all'espulsione di una cittadina polacca, convivente *more uxorio* con un cittadino italiano, ha ricordato *«l'impossibilità di esten-*

dere, attraverso un mero giudizio di equivalenza tra le due situazioni, la disciplina prevista per la famiglia legittima alla convivenza di fatto (cfr. da ultimo le sentenze n. 2 e n. 166 del 1998);... questa Corte ha anche in più occasioni affermato che “la convivenza more uxorio è un rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e dei doveri (...) che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della famiglia legittima” (sentenze n. 45 del 1980, n. 237 del 1986 e n. 127 del 1997)». La posizione è stata riconfermata da Corte costituzionale, n. 481/2000.

Lo schema elaborato dalla giurisprudenza costituzionale ha offerto la chiave di soluzione per (non) affrontare la mancata disciplina delle unioni omosessuali in Corte costituzionale, n. 138/2010. «L’art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l’aspirazione a tale riconoscimento - che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia - possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. ... Ne deriva, dunque, che, nell’ambito applicativo dell’art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell’esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità 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, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza»¹⁵.

¹⁵ Anche a questo proposito la Corte ha preso le mosse dalla nozione di famiglia accolta nell’art. 29 Cost. sulla scorta dei lavori preparatori: «Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un’interpretazione creativa. Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto. ... In questo quadro, con riferimento all’art. 3 Cost., la censurata normativa del codice civile che, per quanto sopra detto, contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale. Ciò sia perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Anche la disciplina sovranazionale (Cedu e Carta di Nizza) «non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna.

La sentenza, allora, ha rinviato ogni decisione al legislatore ed ha rinviato anche il momento di esercizio del sindacato di costituzionalità, quasi a dire che il giudice della legittimità costituzionale non decide in prima battuta, ma solo su rimessa e nel controllo delle scelte di altri, in primo luogo del legislatore, e malgrado l'inerenza delle questioni di costituzionalità sollevate al campo più intenso e delicato dei diritti della personalità¹⁶.

3. Il cambio di registro: la decisione sul divieto di fecondazione eterologa

Però, se di fronte ai problemi posti dalla realtà esistenziale e/o dal fattola giurisprudenza costituzionale si rifugia nell'auspicare una disciplina ad opera del legislatore; se la soluzione di esercitare il controllo sulla congruità interna delle singole discipline si risolve nell'attesa dell'intervento del legislatore per poterlo poi sindacare all'insegna di un criterio di ragionevolezza interno alla disciplina di singole materie e/o istituti; la giurisprudenza costituzionale medesima abdica alla sua funzione e rischia di essere superata dalla giurisprudenza comune e/o da quella sovranazionale. Come si notava all'inizio, la stessa Costituzione rischia di risultare insignificante, per così dire, riguardo la regolazione dei rapporti sociali e la soluzione dei problemi.

La recente sentenza n. 162/2014, sulla fecondazione eterologa vietata alle coppie dalla l. n. 40/2004, per un verso si è mossa lungo questo versante dell'esame in ordine alla razionalità interna di una normativa di settore¹⁷, ma per altro verso ha utilizzato una nozione

Ancora una volta, con il rinvio alle leggi nazionali, si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento».

¹⁶ Una riflessione estranea al contesto qui in esame riguarda la sentenza n. 494 del 2002, che ha eliminato il divieto di svolgere indagini sulla paternità e la maternità di figli incestuosi, al fine di pervenire alla dichiarazione di paternità e, quindi, al riconoscimento di tutti i diritti attribuiti ai figli legittimi. La decisione ha eliminato «una capitis deminutio perpetua e irrimediabile, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti». La stessa Corte si è quasi commentata, scrivendo che in riferimento all'art. 30 Cost. «che abilita la legge a dettare norme e limiti per la ricerca della paternità ... non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto». La sentenza ha assicurato una tutela piena ai figli nati in tali condizioni, lamentando persino l'uso del linguaggio che risulta di fatto denigratorio. Sul punto sia consentito rilevare che, al di là delle intenzioni del legislatore del 1942, la disciplina codicistica operava una sorta di tutela di tali nati a mezzo dell'anonimato e dell'eliminazione di ogni rapporto tra genitori e figli, e quasi facendo leva solo sull'intervento assistenziale pubblico: una sorta di eguaglianza al ribasso realizzata a mezzo della rimozione dei rapporti personali ed economici come a sperimentare una sorta di falansterio, ovvero ad eliminare la famiglia. La sentenza del giudice costituzionale ha preso le mosse dal cambiamento culturale che ha riguardato tutti i rapporti familiari, ma ha dovuto anche constatare l'insuccesso delle misure pubbliche: la soluzione adottata ha applicato una nozione di eguaglianza al rialzo, nel senso di applicare anche ai figli incestuosi il regime degli altri, con l'esito di individuare la via costituzionalmente necessaria rappresentata dalla responsabilità piena dei genitori nei confronti di tutti i figli, *id est* di ripristinare le relazioni familiari.

¹⁷ Il passo è noto: la sentenza n. 162/2014 ha iniziato con il riferimento al canone di razionalità dell'intero ordinamento, ma poi ha esaminato il divieto della l. n. 40 a prescindere da *tertia comparationis*, salvo a ritenere che questi ultimi possano derivarsi dalle legislazioni di altri Paesi: «Il censurato divieto, nella sua assolutezza, è pertanto il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento, non giustificabile neppure richiamando l'esigenza di intervenire con norme primarie o

di famiglia che assimila coppie unite dal vincolo matrimoniale e coppie di fatto. È vero che ciò è stato reso possibile perché già la legge n. 40 ha come destinatarie le «*coppie di maggiorrenni di sesso diverso, coniugate o conviventi*» (art. 5), di modo che la decisione della Corte non poteva distinguere ciò ... che il legislatore aveva unito e risultava perciò a rime obbligate. È pure vero che, trattando non solo del rapporto tra i partner ma dell'accesso alla procreazione e quindi del possibile rapporto con i figli nati a seguito di tale tecnica, era ovvio che si considerassero per l'intero sia le relazioni tra i partner che quelle tra loro ed i figli¹⁸. Epperò, se il linguaggio ha un senso, la sentenza ha riferito il termine famiglia anche all'unione di fat-

secondarie per stabilire alcuni profili della disciplina della PMA di tipo eterologo. A tal proposito, va ricordato che la giurisprudenza costituzionale «ha desunto dall'art. 3 Cost. un canone di "razionalità" della legge svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell'"esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità" [...] ed a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa» (sentenza n. 87 del 2012). Lo scrutinio di ragionevolezza, in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, impone, inoltre, a questa Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Tale giudizio deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti» (sentenza n. 1130 del 1988). A questo scopo può essere utilizzato il test di proporzionalità, insieme con quello di ragionevolezza, che «richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi» (sentenza n. 1 del 2014). In applicazione di tali principi, alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1), la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, nei termini sopra esposti, è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la ratio legis. Non rileva che le situazioni in comparazione non sono completamente assimilabili, sia perché ciò è ininfluenza in relazione al canone di razionalità della norma, sia perché «il principio di cui all'art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe» (sentenza n. 1009 del 1988), come appunto nel caso in esame. Il divieto in esame cagiona, in definitiva, una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite. La regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, benché sia correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato, pone, infine, in evidenza un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina. Questa realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi».

¹⁸ La notazione era già in C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 135, per l'osservazione che la famiglia «non è generata solo dal matrimonio, ma, per lo meno in maniera eguale, dalla procreazione in matrimonio», ad anticipare i problemi di regolazione giuridica tra i coniugi come tra questi ed i figli.

to, se ed in quanto aperta alla filiazione: «*al fine della contestualizzazione del divieto in esame, occorre constatare che esso, impedendo alla coppia destinataria della legge n. 40 del 2004, ma assolutamente sterile o infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa, è privo di adeguato fondamento costituzionale. Deve anzitutto essere ribadito che la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare*». Certo, la Corte ha subito specificato «*che la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli (come è deducibile dalle sentenze n. 189 del 1991 e n. 123 del 1990). Non dimeno, il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. La considerazione che quest'ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori (come affermato da questa Corte sin dalla sentenza n. 11 del 1981) rende, comunque, evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa*».

Certo la soluzione della Corte era obbligata dopo talune decisioni sovranazionali, né la Corte ha saputo/potuto fondare un divieto costituzionale una volta che la fecondazione eterologa è consentita in altri ordinamenti ¹⁹. Rimane che la sentenza ha finito per denominare famiglia anche la coppia di fatto. La posizione non è senza rilievo, perché potrebbe comportare il superamento delle precedenti posizioni e dare contenuto giuridico ai rapporti all'interno di quella forma di convivenza che è definita famiglia allargata, in cui i figli non sono comuni ai partner. Si è già accennato alla possibile applicazione estensiva dell'art. 230-bis c.c. Altro campo è quello degli obblighi (che potrebbero definirsi genericamente) di sostegno. A seguito della modifica apportata dalla l. n. 172 del 2012, l'art. 572 c.p. punisce chi «*maltratta una persona della famiglia o comunque convivente*», ma si tratta sempre di disciplina sul piano penale e, quindi, legata soprattutto a obblighi di non fare. Potrebbero, invece, profilarsi obblighi di assistenza in senso lato all'interno del gruppo familiare: ad esempio, non solo il riconoscimento del carattere naturale delle obbligazioni ex art. 2034 c.c. di quanto si sia pagato per la formazione dei figli del partner, e quindi l'irripetibilità, ma un vero e proprio obbligo di provvedervi; il risultato sarebbe il prodotto naturale del rilievo dato alla stabile convivenza e del tenore di vita assicurato a tutti i suoi componenti. In concreto, il prudente apprezzamento della situazione di fatto ad opera del giudice comporterà la quantificazione di tali obblighi di sostegno e la loro distribuzione tra i soggetti coinvolti, genitori naturali ed i relativi partner. Ritenere, però che non vi sia e non possa profilarsi mai alcuna relazione giuridica tra i conviventi (ad esempio tra un partner ed i figli dell'altro partner) col tempo risulter-

¹⁹ È l'argomento comparatistico sul quale, per tutti. P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, 1983, trad. it. Roma 2005, 235 ss., ove l'icastica affermazione che «*la dottrina dei diritti fondamentali diviene internazionale*».

rebbe insostenibile: si pensi solo alla facoltà di astensione dal deporre che l'art. 199 c.p.p. riconosce anche al convivente *more uxorio*, ma il cui esercizio potrebbe porsi anche per i conviventi con l'imputato a diverso titolo.

Insomma, la giuridicizzazione dei rapporti all'interno della famiglia di fatto è un percorso ancora tutto da seguire sul piano dei contenuti da riconoscervi, dal riconoscimento dell'obbligo di «*assistenza morale e materiale*» e di «*collaborazione nell'interesse*» della coppia, *ad instar* dell'art. 143 c.c.; all'affermazione di obblighi di sostegno nei confronti degli altri soggetti della convivenza; al riconoscimento di *status* nel diritto penale e processuale. Del resto, più si insiste sul carattere imperativo della disciplina sulla famiglia, più si rinviene la necessità di estendere tale regime a forme diverse dalla famiglia legittima, ma ugualmente segnate dalla stabile convivenza e dall'*affectio* attorno ad un progetto comune.

4. L'assegno divorzile ed il conflitto tra formazioni sociali, tutte dotate di tutela costituzionale

Più a fondo, la giurisprudenza costituzionale che distingue tra famiglia legittima fondata sull'art. 29 Cost. e famiglia di fatto, riconosciuta invece e garantita dall'art. 2 Cost., non risolve molti dei problemi pratici posti o di quelli che potrebbero affacciarsi ed esercitare tutta la loro pressione.

L'idea di distinguere tra «società naturale» dell'art. 29 e «formazioni sociali» garantite invece dall'art. 2, per un verso, spezza l'unità della Costituzione, come ad intendere ogni norma costituzionale riferita ad un singolo caso ed insuscettibile di fare sistema. Eppure si è da tempo rilevato che «*ogni ordinamento giuridico, per essere tale e non una mera somma di regole sparse, deve essere intrinsecamente coerente, cioè riconducibile a principi sostanziali unitari*», e che «*le statuizioni legislative non costituiscono elementi in sé isolati, ma confluiscono necessariamente in un sistema, senza di che si negherebbe la realtà stessa del diritto come ordinamento*»²⁰. Specie nel confronto con la legislazione ordinaria dai più minuti contenuti, l'interpretazione della Costituzione non può essere frammentaria, ma richiede di applicare la logica dell'*et-et*, propria dell'integrazione per valori²¹.

La soluzione della Corte, allora, di distinguere tra gli artt. 2 e 29 Cost. risulta allora vana.

In linea generale possono nutrirsi perplessità sull'applicabilità e l'utilità della nozione di formazione sociale a proposito della famiglia. Ciò può essere rilevato sia per la difficoltà di elaborare una sorta di statuto comune per tutte le formazioni sociali, in modo da applicare ad una istituti e soluzioni configurati per un'altra²²; sia perché proprio alla famiglia risulta difficile applicare lo schermo protettivo che dovrebbe essere insito nella nozione di formazione so-

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1988, 74.

²¹ Così già A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale*, Milano 1994, 231.

²² È l'obiezione di S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova 1964, a proposito dell'utilizzo della nozione di organo costituzionale.

ciale. Infatti, se quest'ultimo concetto ha senso pratico, esso dovrebbe comportare la forte valorizzazione dell'autonomia privata e la limitazione in capo all'ordinamento statale della possibilità di penetrazione a disciplinare l'organizzazione e l'attività di ordinamenti sociali autonomi o addirittura extrastatali: una sorta di indifferenza dell'ordinamento statale per confessioni religiose, partiti, sindacati, gruppi sportivi, ecc., che si muovono ed agiscono soprattutto in campo sociale²³. Al contrario, la famiglia risulta essere oggi quanto di più regolato vi sia dall'ordinamento statale a tutela dei diritti dei singoli, giacché vi mancano «*i tratti caratteristici che esprimono la rilevanza di un'attività di gruppo*»²⁴. La conseguenza è che l'espressione comunemente utilizzata di famiglia quale formazione sociale è solo di sintesi o di comodo, ma essa non può certo comportare l'applicazione alla famiglia di normative conformate per altri gruppi. Soprattutto, in un ordinamento basato sull'eguaglianza e sul più ampio accesso alle cariche pubbliche alla famiglia non può essere attribuito un ruolo sociale, qualità che è spesso riferita positivamente invece alle formazioni sociali partitiche o sindacali o, comunque, ai gruppi titolari di potere sociale/pubblico²⁵.

Del resto, il richiamo alle formazioni sociali dell'art. 2 Cost. è servito nella giurisprudenza costituzionale per distinguere famiglia legittima e convivenza *more uxorio*, e quindi per escludere ogni assimilazione; ma le volte in cui la Corte ha deciso per l'estensione delle tutele ai componenti la famiglia di fatto, l'argomento utilizzato è stato il singolo diritto costituzionale, ad iniziare da quello all'abitazione considerato per l'appunto nella sentenza n. 404 del 1988 e, poi, in tutte quelle sull'assegnazione della casa già familiare al genitore affidatario dei figli (n. 166 del 1998 e nelle altre che vi hanno fatto seguito). Allora, ad essere realisti nell'esame della giurisprudenza costituzionale, ed una volta assolta la funzione di giustificare la sua distinzione dall'unione matrimoniale, la chiave di lettura della convivenza quale formazione sociale è stata di fatto accompagnata dall'introduzione di altri principi costituzionali dei quali ci si è avvalsi per estendere la tutela delle convivenze a mezzo di declaratorie di illegittimità o con decisioni interpretative.

L'espressione è, però, significativa sotto il profilo evocativo: definire formazione sociale l'unione di fatto significa riconoscerle una qualità intrinseca di positività.

A prendere sul serio l'argomentazione della Corte costituzionale, se cioè si riconosce che la convivenza *more uxorio* dà vita ad una formazione sociale, ciò va portato in coerente sviluppo e va ammesso e riconosciuto il conflitto insorgente tra essa e (quell'altra formazione che è) la famiglia, entrambe dotate di tutela costituzionale; al giudice - compreso quello costituzionale - si richiede di risolvere tale conflitto.

Questo è il punto: tra famiglie e convivenze si integrano conflitti che finiscono in fondo per gravare su un individuo concreto, astretto tra tanti vincoli di appartenenza. Una volta che

²³ Sul fatto che l'art. 2 Cost. imponga la tutela delle situazioni individuali proprio all'interno delle formazioni sociali ha insistito M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, 579 ss.

²⁴ Così P. BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1973, 783, riferita già alla disciplina codicistica prima della riforma del 1975.

²⁵ Sul punto A. CARIOLA, *La dubbia utilizzazione del modello di famiglia come formazione sociale*, ora in *Ricerche sulle culture costituzionali*, Torino 2007, 305 ss.

si afferma che va tenuta «*distinta l'una dall'altra forma di vita comune tra uomo e donna*», ma che «*entrambe [possiedono] la loro propria specifica dignità*» (sentenza n. 8/1996), la soluzione del conflitto tra le forme di vita comune non può essere sempre ed istituzionalmente quella di favore per la famiglia legittima. «*Fermi in ogni caso i doveri e i diritti che ne derivano verso i figli e i terzi*», va riconosciuta la soggettività individuale dell'ex coniuge che, una volta dissolta la precedente unione matrimoniale, deve riacquistare tutte le potenzialità - anche economiche - per dar vita ad una nuova formazione sociale del tutto carica di dignità costituzionale, quale è la convivenza.

Per questo l'orientamento giurisprudenziale che commisura in maniera pressoché automatica l'assegno divorzile previsto dall'art. 5, comma 6, l. n. 898 del 1970, alle condizioni di vita godute in costanza di matrimonio²⁶, finisce per violare l'art. 2 Cost., perché rende di fatto difficile la costituzione di una nuova formazione sociale. Il diritto vivente affermatosi al riguardo scoraggia proprio la realizzazione di altre forme di vita comune, e che per poter iniziare a svolgersi richiedono in capo ai possibili partner l'assenza di pesi insostenibili. Dopo la cessazione della vita matrimoniale, la convivenza con altro partner è spesso la forma di vita comune che si incomincia a seguire, magari prima di formalizzarla con altro matrimonio. La giurisprudenza che obbliga l'ex coniuge a garantire all'altro il tenore di vita analogo a quello seguito in precedenza sbilancia il rapporto di eguaglianza tra gli ex coniugi, trattiene quello che ne risulta caricato dal dar inizio alla formazione sociale, e risulta per questo di deciso ostacolo alle relazioni che possono dar vita ad una forma di convivenza e, addirittura, all'unione matrimoniale. Privilegiando un vecchio legame, tale giurisprudenza appare non tener conto della dignità della formazione sociale in divenire, che è pure compresa nella tavola valoriale dell'ordinamento.

²⁶ Da ciò l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale di Trib. Firenze, 23 maggio 2013, sulla scorta del diritto vivente che pretende il mantenimento di un tenore di vita analogo a quello in precedenza goduto, ad es. Cass., I, n. 16597/2013.