Rivista N°: 4/2014
DATA PUBBLICAZIONE: 21/11/2014

AUTORE: Filippo Donati*

LA FAMIGLIA NELLA LEGALITÀ COSTITUZIONALE**

1.- *Premessa: il modello costituzionale della famiglia.* – 2. *Il riconoscimento della convivenza more uxorio nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU.* – 3. *Il riconoscimento della convivenza more uxorio nella giurisprudenza della Corte costituzionale.* – 4. *La “democratizzazione” della famiglia e l’autonomia negoziale della coppia.* – 5. *La crisi del matrimonio come elemento costitutivo della famiglia.* – 6. *Considerazioni conclusive.*

1. Premessa: il modello costituzionale della famiglia

La definizione del modello costituzionale di famiglia fu oggetto di un acceso dibattito in Assemblea costituente, nell’ambito del quale si fronteggiarono orientamenti culturali e ideologici antitetici su molti degli aspetti caratterizzanti la disciplina familiare.

I sostenitori del principio d’indissolubilità del matrimonio si scontrarono infatti con quelli che difendevano l’idea del matrimonio come istituto fondato sul libero consenso e sul perdurante affetto dei coniugi. Ai sostenitori del principio di gerarchia, come strumento necessario per garantire l’unità della famiglia, si contrapposero coloro che valorizzavano invece l’opposto principio di eguaglianza dei coniugi come fondamento dell’istituzione matrimoniale. Alla fine, come in altri campi, fu raggiunta una soluzione di compromesso. Il riferimento all’indissolubilità del matrimonio, contenuto nel progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione dei 75¹, venne successivamente eliminato, rimettendo così al legislatore ordinario la questione del divorzio. La portata del principio dell’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi sancito dall’art. 29 Cost. fu mitigata dal riconoscimento al legislatore del potere di in-

* Ordinario di Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Firenze.

** Relazione al convegno promosso dalla Fondazione italiana del notariato su “*Il Notaio e la crisi della Famiglia. Tecniche negoziali di prevenzione e gestione del conflitto*”, svolto a Salerno il 13 giugno 2014.

¹ L’art. 24 del progetto di costituzione presentato alla Presidenza dell’Assemblea Costituente il 31 gennaio 1947 disponeva che “Il matrimonio è basato sull’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. La legge ne regola la condizione al fine di garantire l’indissolubilità del matrimonio e l’unità della famiglia”.

troddurre limiti a garanzia dell'unità familiare. Se l'art. 29 proclama che la famiglia è fondata sul matrimonio, l'art. 2 riconosce e garantisce le formazioni sociali all'interno delle quali si svolge la personalità dell'individuo, nel cui catalogo pacificamente rientra non solo la famiglia tradizionale ma anche quella di fatto. La stessa definizione della famiglia come "società naturale" indica non solo la sua priorità rispetto allo Stato, ma anche l'apertura della stessa allo sviluppo delle dinamiche sociali².

L'elasticità del modello costituzionale ha reso possibile nei tempi più recenti una rapida e profonda trasformazione della disciplina in materia di famiglia³. Chi avrebbe pensato che anche l'affermazione di Jemolo, secondo cui "l'unico presupposto veramente costante del matrimonio sta nella diversità di sesso tra le persone che contraggono il vincolo", sarebbe stata rimessa in discussione?⁴ Chi avrebbe potuto immaginare la rilevanza giuridica oggi riconosciuta alle convivenze di fatto? E che il vincolo del matrimonio, un tempo ritenuto insolubile, sarebbe diventato progressivamente sempre meno stringente? Anche la definizione del matrimonio come elemento costitutivo della famiglia, contenuta nell'art. 29 Cost., non appare per certi aspetti più in linea con i recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali.

Alla trasformazione della disciplina sostanziale della famiglia, si è accompagnata un altrettanto rilevante cambiamento sul piano delle fonti. Fino a pochi anni lo studio del diritto di famiglia si basava essenzialmente sull'analisi del dato normativo e giurisprudenziale interno. Oggi anche il diritto di famiglia risente dell'influsso di ordinamenti esterni. L'apertura internazionale della nostra Costituzione, com'è noto, ha consentito alla Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea di giocare un ruolo sempre più importante anche nella determinazione del nostro "modello" di famiglia⁵.

Qui di seguito cercherò di richiamare brevemente alcune linee di fondo che caratterizzano l'evoluzione del modello costituzionale di famiglia. Inizierò con un richiamo a alcuni dei fattori "esterni" che hanno contribuito alla trasformazione del concetto di famiglia, per poi

² Sul carattere contraddittorio di questa disposizione cfr. peraltro R. BIN, *La famiglia: alla radice di un osimoro*, in *Studium juris* 2000, 1068.

³ Sul modello costituzionale di famiglia e sulla sua evoluzione cfr., fra gli altri, C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella costituzione italiana*, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano, 1951, 553 ss.; M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, in *Comm. Scialoja-Branca, sub art. 29-31*, Bologna-Roma 1976, 1 ss.; R. BIAGI-GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Milano 1989; G. GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 481 ss.; A. MORRONE, *sub art. 2*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, I, Giuffrè, Milano 2009, 34 ss.; M. SESTA, *sub artt. 29, 30, 31 Cost.*, in *Codice della famiglia*, cit.; M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista AIC*, n. 00 del 2010.

⁴ Così F. D. BUSNELLI, *Prefazione* al volume *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea* (a cura di D. AMRAM – A. ANGELO), Padova, Cedam, 2011, p. IX.

⁵ Al riguardo cfr. fra gli altri, S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea* Torino 2012; V. SCALISI, *"Famiglia" e "famiglie" in Europa*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, 7 ss.; S. PATTI, *Il principio famiglia e il diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, *Relazioni familiari, matrimonio, famiglia di fatto*, a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO, Milano 2011, 71 ss.; M.G. CUBEDDU, *La dimensione europea della famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, cit., 83 ss.; ID. *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, cit., 105 ss.; A. GORGONI, *Famiglie e matrimonio: profili evolutivi nel diritto europeo*, in *Persona e mercato*, 2013, 241 ss.

esaminare alcuni interventi giurisprudenziali e normativi interni, dai quali emerge il superamento del modello costituzionale.

2. Il riconoscimento della convivenza *more uxorio* nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU

Il diritto di famiglia è stato di recente considerato come un banco di prova privilegiato del “dialogo” tra corti nazionali e corti europee⁶. In effetti, nonostante che il diritto di famiglia rappresenti uno dei capisaldi dell’identità nazionale, la giurisprudenza delle Corti sovranazionali ha contribuito in maniera decisiva alla sua evoluzione.

Com’è noto, la mancanza di un’espressa attribuzione di competenza non ha impedito alle istituzioni dell’Unione europea di effettuare “incursioni” anche nell’ambito del diritto di famiglia, in particolare attraverso la tutela dei principi relativi alla libertà di circolazione delle famiglie transnazionali e al divieto di discriminazioni per orientamento sessuale⁷.

Sotto il primo profilo è infatti evidente che se la libertà di circolazione dei cittadini non può essere considerata effettiva non estesa alla famiglia dell’interessato. In questa prospettiva l’Unione ha adottato misure volte a garantire il diritto al ricongiungimento familiare. Poiché la nozione di famiglia varia all’interno dell’Unione, il legislatore europeo ha accolto una definizione più ampia di quella tradizionalmente accolta nel nostro ordinamento, tale da tenere conto delle differenze normative esistenti nel territorio europeo. In particolare, la direttiva sulla circolazione dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari considera come membri della famiglia non solo il coniuge, ma anche “il partner che abbia contratto con il cittadino dell’Unione un’unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l’Unione registrata al matrimonio”⁸. Ciò ha costretto anche in nostro ordinamento, che pure non riconosceva forme “ufficiali” di convivenza diverse dal matrimonio, a prendere atto dell’esistenza e della rilevanza giuridica di unioni non fondate sul matrimonio. È pur vero che il nostro legislatore si è limitato ad una mera attuazione della direttiva ai fini del ricongiungimento dei cittadini dell’Unione, senza intervenire sul pro-

⁶ Cfr. A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in *Consulta-online*, 2014.

⁷ Cfr., con particolare riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU, l’analisi di S. NINATTI, *Ai confini dell’identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, cit., spec. 51 ss. Anche se il ruolo più importante in questo campo è stato giocato dalle Corti, non si devono dimenticare alcuni interventi normativi di armonizzazione, tra cui il regolamento n. 2201/2003 in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, il regolamento n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari, il regolamento n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale e il regolamento successioni n. 650/2012.

⁸ Cfr. art. 2, comma 2 della direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente all’interno dell’Unione. Sul tema cfr., fra gli altri, M. CONDINANZI - C. AMALFITANO, *La libera circolazione della “coppia” nel diritto comunitario*, in *Diritto di famiglia e Unione Europea* (a cura di S. M. CARBONE – I. QUEIROLO), Torino, 2008, 35 ss.

blema più generale della definizione di famiglia⁹. Appare tuttavia chiaro che la disciplina sul ricongiungimento familiare finisce necessariamente per incidere anche sulla più generale problematica inerente la definizione di famiglia nel nostro ordinamento.

Ulteriori “incursioni” dell’Unione europea nell’ambito del diritto di famiglia sono avvenute attraverso la garanzia del principio di non discriminazione in base all’orientamento sessuale, introdotto nel diritto dell’Unione dal Trattato di Amsterdam del 1997 ed oggi codificato dall’art. 21 della Carta dei diritti fondamentali.

In questa prospettiva, ad esempio, la Corte di giustizia ha ritenuto che la direttiva n. 2000/78, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, impedisca agli Stati membri di concedere alle persone sposate un trattamento privilegiato rispetto a quello attribuito a quelle legate in un’unione civile. In particolare la Corte di giustizia, nelle sentenze *Maruko*¹⁰ e *Römer*¹¹, ha ritenuto che l’attribuzione alle coppie dello stesso sesso legate da un’unione solidale riconosciuta dal diritto tedesco (*Lebenspartnerschaft*) di trattamenti pensionistici inferiori rispetto a quelli concessi alle coppie sposate (nel caso di specie si trattava della pensione di reversibilità e della pensione complementare di vecchiaia), costituisca una discriminazione vietata dal diritto dell’Unione. La sentenza *Hay* ha poi affermato che, quando il matrimonio è precluso alle coppie omosessuali, a un lavoratore che concluda un PACS (patto civile di solidarietà) con persona del medesimo sesso devono essere riconosciuti i medesimi benefici accordati ai suoi colleghi in occasione del loro matrimonio (nel caso di specie, giorni di congedo e premi stipendiali)¹².

La Corte di giustizia ha dunque operato un ravvicinamento “sostanziale” dello status dei conviventi *more uxorio* a quella della coppia sposata, che inevitabilmente è destinato a produrre effetti anche nell’ordinamento interno. A seguito delle sentenze *Maruko* e *Römer*, ad esempio, il Tribunale costituzionale tedesco ha adottato una serie di decisioni volte ad estendere la protezione offerta alla famiglia dall’art. 6 GG anche alle coppie legate da un’unione civile registrata¹³.

L’indirizzo di fondo seguito dalla Corte di giustizia trova conferma nelle decisioni della Corte EDU. Nell’interpretare la nozione di «vita familiare» garantita dall’art. 8 CEDU, anche alla luce del principio di non discriminazione riconosciuto dall’art. 14 CEDU, la Corte di Strasburgo ha infatti delineato un modello di famiglia più ampio rispetto a quello “tradizionale”. In

⁹ Cfr. il d.lgs. n. 30 del 2007, recante “Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri”.

¹⁰ Corte di Giustizia, Grande sezione, sentenza 1 aprile 2008, causa C-267/06, *Tadao Maruko*.

¹¹ Corte giust., Grande sez., 10 maggio 2011, causa C-147/08, *Römer c. Freie u. Hansestadt Hamburg*.

¹² Corte di giustizia, V Sez., sentenza 12 dicembre 2013, causa C-267/12, *Frédéric Hay c. Crédit agricole*. Sulla decisione cfr. V. VALENTI, *Verso l’uropeizzazione del diritto nazionale di famiglia ? (Brevi osservazioni a margine del caso Hay, Corte di Giustizia UE C-267/12, sent. 12 dicembre 2013)*, in www.forumcostituzionale.it, 2014.

¹³ Cfr. al riguardo l’analisi di S. NINATTI, *Ai confini dell’identità costituzionale*, cit., 123 ss.

particolare, la Corte ha progressivamente esteso la nozione di vita familiare di cui all'art. 8 CEDU anche alle famiglie non legittime¹⁴.

In particolare la Corte EDU, nella nota decisione sul caso *Schalk e Kopf*, pur riconoscendo che «l'art. 12 CEDU non impone alle Parti contraenti l'obbligo di garantire alla coppia omosessuale il diritto al matrimonio», ha tuttavia osservato che anche questa ha diritto al rispetto della «vita familiare» ai sensi dell'art. 8 CEDU, non diversamente da quanto accade per le coppie uomo-donna¹⁵.

Nella sentenza relativa al caso *X c. Austria*, la Corte EDU ha ritenuto discriminatoria la legislazione austriaca nella parte in cui non permette l'adozione co-genitoriale alle coppie omosessuali, quando la stessa è consentita alle coppie eterosessuali non sposate¹⁶. Sotto questo profilo, la necessità di tutelare la famiglia in senso tradizionale non è stata ritenuta una ragione idonea a giustificare – nel caso esaminato – il diverso trattamento accordato dalla legislazione austriaca alle coppie omosessuali. La Corte evidenzia che «poiché la Convenzione è uno strumento vivo, da interpretare alla luce delle condizioni attuali (...), lo Stato, nella scelta dei mezzi destinati a tutelare la famiglia e a garantire il rispetto della vita familiare previsto dall'articolo 8, deve necessariamente tenere conto delle evoluzioni della società e dei cambiamenti nella percezione delle questioni sociali e relative allo stato civile e alle relazioni, compreso il fatto che non vi è solo un modo o una scelta per condurre la propria vita familiare o privata¹⁷». È appena il caso di ricordare che anche la giurisprudenza nazionale ha riconosciuto la possibilità di affidamento della prole a un genitore omosessuale¹⁸.

¹⁴ Cfr. la sentenza del 13 giugno 1979 nel caso *Marckx c. Belgio* (ric. n. 683/74), e quella del 26 maggio 1994 nel caso *Keegan c. Irlanda*.

¹⁵ Cfr. la sentenza 24 giugno 2010, caso *Schalk e Kopf c. Austria*, su cui cfr., tra gli altri, G. REPETTO, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione "virtuosa" di un diritto*, in *Rivista AIC*, 2010; M. CASTELLANETA, *Il divieto di matrimonio tra coppie dello stesso sesso non viola la Convenzione*, in *Famiglia e minori*, 2010, 86 ss. Nel senso che la CEDU non impone agli Stati di riconoscere il matrimonio fra persone dello stesso sesso cfr. anche la sentenza 15 marzo 2012, nel caso *Gas e Dubois c. Francia* (ric. n. 25951/07).

¹⁶ Grande Camera, sentenza 19 febbraio 2013, caso *X et al. c. Austria* (ric. N. 19010/07). In argomento cfr. l'analisi di R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito*, in *Questione giustizia*, 2014, ed ivi un ampio e approfondito richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU ed alla giurisprudenza nazionale sul tema degli affidi etero-familiari. Va ricordato che, nella sentenza in esame, la Corte EDU ha confermato che né l'art. 12 né l'art. 8 CEDU in correlazione con l'art. 14 CEDU obbligano gli Stati parti ad attribuire alle coppie omosessuali il diritto di adottare. La Convenzione – ha osservato la Corte – accorda ai legislatori nazionali un certo margine di discrezionalità nella scelta dello strumento attraverso cui realizzare i diritti della coppia omosessuale. I singoli Stati quindi non violano gli artt. 8 e 14 CEDU se non prevedono l'adozione da parte delle coppie omosessuali.

¹⁷ Cfr. la sentenza sul caso *X et al. c. Austria*, cit., punto 139.

¹⁸ Cfr. Cass., 11.1.2013, n. 601, in *Fam. e dir.*, 2013, 570 ss., con nota di F. RUSCELLO, *Quando il pregiudizio...è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*.

La sentenza *Vallianatos* ha poi precisato che uno Stato, quando adotta una legge che introduce nel proprio ordinamento le unioni civili, non può limitarne l'applicazione alle sole coppie eterosessuali¹⁹.

3. Il riconoscimento della convivenza *more uxorio* nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Come si è visto, la Corte EDU ha ritenuto che la garanzia offerta dall'art. 8 CEDU si applichi non solo ai coniugi, ma anche alle coppie eterosessuali o omosessuali conviventi *more uxorio*. Sotto questo profilo si registra una forte convergenza tra la giurisprudenza sovranazionale e quella interna.

Anche la Corte costituzionale, pur affermando che l'art. 29 Cost. garantisce il diritto al matrimonio soltanto alle coppie uomo-donna, ha tuttavia affermato che anche l'unione omosessuale rientra tra le formazioni sociali riconosciute e garantite dall'art. 2 Cost. Resta però fermo che "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"²⁰.

La Corte di cassazione si è allineata a questa impostazione. In una assai nota sentenza ha infatti escluso che dall'art. 29 Cost. o dall'art. 12 CEDU discenda il diritto ad ottenere la trascrizione in Italia del matrimonio legittimamente contratto all'estero da una coppia omosessuale²¹. La Corte, dopo aver verificato che la vigente disciplina italiana non permette la trascrizione del matrimonio contratto all'estero, ha tuttavia affermato che sia dall'art. 2 Cost., come interpretato dalla Corte costituzionale, sia dall'art. 8 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, discende il diritto della coppia omosessuale ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata. Di diverso avviso è stato invece un giudice di merito che, in una decisione per certi aspetti discutibile, ha ammesso la trascrizione nei registri di stato civile di un atto di matrimonio di una coppia omosessuale di cittadini italiani celebrato a New York²².

¹⁹ Cfr. Grande Camera, sentenza 7 novembre 2013, *Vallianatos e altri c. Grecia*, (ric. n. 29381/09 32684/09). La decisione non ha affrontato il problema generale relativo alla possibilità di accordare alle coppie dello stesso sesso una tutela giuridica omologa rispetto a quella garantita ai soggetti uniti in matrimonio, pur evidenziando come, all'interno del Consiglio d'Europa, emerga una tendenza all'introduzione di forme di riconoscimento giuridico delle relazioni omosessuali.

²⁰ Cfr. la sentenza n. 138 del 2010, su cui cfr. i contributi raccolti in B. PEZZINI - A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011. La decisione è stata oggetto di commenti divergenti. Da una parte si è sostenuto che la Corte avrebbe riconosciuto l'assenza di ostacoli a che il matrimonio tra omosessuali possa essere introdotto dal legislatore ordinario. Secondo altri, invece, sarebbe la Costituzione a imporre l'osservanza del paradigma eterosessuale a coloro che aspirano al matrimonio.

²¹ Cass., Sez. I, sentenza 15 marzo 2012, n. 4184

²² Tribunale di Grosseto, ordinanza 3 aprile 2014, su cui cfr. i rilievi critici di R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito*, cit.

La Corte costituzionale è tornata ad occuparsi del trattamento della coppia omosessuale nella recente sentenza n. 170 del 2014, sul divorzio automatico conseguente al cambiamento di sesso di uno dei coniugi. La Corte ha ribadito, in linea con il proprio precedente orientamento, che la nozione di famiglia accolta dall' art. 29 Cost. "è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso", e che la convivenza *more uxorio*, anche tra persone dello stesso sesso, trova riconoscimento e tutela nell'art. 2 Cost.

Muovendo da questo presupposto, la Corte ha effettuato un "bilanciamento" tra l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio, da una parte, e l'interesse della coppia a poter beneficiare dello status matrimoniale nonostante la rettificazione di sesso di uno dei coniugi, dall'altra parte. In questa prospettiva la Corte ha quindi dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina che, in caso di sopravvenuto cambiamento di sesso di uno dei coniugi, non permette alla coppia di accedere a un'altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi dellacoppia medesima. La Corte ha tuttavia specificato che spetta al legislatore disciplinare la materia.

A differenza della sentenza n. 138 del 2010, in cui la Corte ha demandato al legislatore il compito di disciplinare le convivenze *more uxorio* nell'ambito di una decisione di rigetto, in questo caso la Corte ha adottato pronuncia "additiva di principio". Questa novità non è sfuggita alla più attenta dottrina²³. La tecnica delle "additive di principio", com'è noto, mira ad evitare vuoti nella tutela dei diritti fondamentali salvaguardando al contempo la sfera di autonomia del legislatore. Con questo strumento decisorio, infatti, la Corte stabilisce un principio che vincola il legislatore in sede di disciplina della materia, e nello stesso tempo affida "ai giudici comuni, caso per caso, quando è possibile, quello di reperire nell'ordinamento la regola del caso concreto, in attesa di un intervento legislativo puntuale"²⁴. La sentenza ha quindi innovato il nostro ordinamento, introducendo un principio del quale gli operatori del diritto – in attesa dell'intervento del legislatore – dovranno necessariamente tenere conto.

Questa decisione finisce per creare anche sul piano interno una ulteriore frammentazione del modello di famiglia. Accanto alla "famiglia in senso stretto (o strettissimo), quella definita nell'art. 29 Cost." – è stato osservato – abbiamo le unioni "parafamiliari", composte da soggetti (omosessuali o eterosessuali che siano) che non abbiano avuto un "pregresso vissuto" familiare, e le unioni dei coniugi caratterizzate da un sopravvenuto cambiamento di sesso, "una speciale (o specialissima) formazione sociale che potremmo chiamare "quasi familiare" (o "familiare" *minus quam perfecta*)"²⁵.

²³ Cfr. al riguardo i rilievi di G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.

²⁴ Cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 403. In argomento cfr. altresì, eventualmente, E. CHELI - F. DONATI, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 155 ss.

²⁵ Così A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta on-line*, 13.6.2014.

Anche a livello interno, pertanto, sembra ormai sussistere quella situazione “di Babele” che emerge dall’analisi comparata delle legislazioni degli Stati europei, che ha fatto parlare autorevole dottrina di una “famiglia in frantumi”²⁶.

4. La “democratizzazione” della famiglia e l’autonomia negoziale della coppia

La trasformazione del modello tradizionale di famiglia è stata ulteriormente favorita da due fattori. Il primo attiene all’affermazione del principio di eguaglianza dei coniugi ed alla conseguente valorizzazione dell’autonomia contrattuale nella disciplina dei rapporti matrimoniali. Il secondo fattore riguarda il progressivo superamento dell’idea che il matrimonio costituisca l’elemento fondante della famiglia.

Quanto al primo aspetto, è noto che il codice civile del 1942 fondava la famiglia sul principio di autorità e di gerarchia. Questo modello lasciava pochissimo spazio alla possibilità dei coniugi di regolare in via consensuale i profili personali e patrimoniali del rapporto familiare.

La valorizzazione dei principi costituzionali di eguaglianza e di autodeterminazione ha permesso l’evoluzione del nostro modello di famiglia in senso più “democratico”. Dopo l’annullamento del divieto di donazioni tra coniugi, disposto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 91 del 1973²⁷, la riforma del diritto di famiglia del 1975 ha finalmente valorizzato il principio dell’autonomia privata anche nel campo familiare. L’art. 144 c.c., consentendo ai coniugi di concordare l’indirizzo della vita familiare, è l’indice più evidente del rovesciamento della precedente logica autoritaria e gerarchica del rapporto familiare, e della scelta di porre il principio consensuale alla base delle più rilevanti scelte della famiglia. Questa impostazione trova un fondamento costituzionale nei principi di eguaglianza e di autodeterminazione dei coniugi ricavabili dagli artt. 2, 3 e 29 Cost.

L’autonomia privata ha dunque conquistato i rapporti di famiglia. Il fondamento costituzionale su cui la stessa poggia implica che i limiti che ancora oggi sono frapposti alla piena esplicazione di tale autonomia, devono essere interpretati in maniera restrittiva. In questa prospettiva, il principio costituzionale del *favor* per l’autonomia privata in materia di famiglia potrebbe consentire una valorizzazione degli accordi non solo sugli aspetti personali e patrimoniali della convivenza familiare, ma anche per la gestione delle situazioni di crisi della stessa.

In questa prospettiva, ad esempio, sarebbe auspicabile un superamento dei limiti alla stipula di patti pre-matrimoniali, attualmente derivanti dall’interpretazione dell’art. 162 c.c. Secondo una certa giurisprudenza, gli accordi in vista di un futuro divorzio, assunti sia prima

²⁶ Così F. D. BUSNELLI, *Prefazione* cit., IX.

²⁷ In questa decisione la Corte ha osservato, tra l’altro, che il divieto di donazioni tra coniugi comporta una discriminazione tra le persone unite in matrimonio e “altri casi di unioni e di convivenze, quali il matrimonio putativo, il matrimonio successivamente annullato, la convivenza *more uxorio* di cui all’art. 269 del codice civile, il concubinato ed altre”.

del matrimonio sia in sede di separazione consensuale, sarebbero nulli per illiceità della causa perché potrebbero condizionare scelte dell'individuo (come quella di divorziare) che, per loro natura, dovrebbero restare assolutamente libere anche da considerazioni di carattere patrimoniale. La questione, com'è noto, è molto dibattuta e l'orientamento giurisprudenziale prevalente è stato sottoposto a dura critica da una parte della dottrina e in alcune recenti decisioni²⁸. Nell'attesa di una riforma normativa, il *favor* costituzionale per l'autonomia dei coniugi nella gestione dei rapporti familiari potrebbe giustificare l'abbandono delle posizioni giurisprudenziali più restrittive in ordine all'ammissibilità delle convenzioni matrimoniali, che sembrano ancorate a un modello istituzionale o pubblicistico di famiglia non più giustificato alla luce dell'evoluzione del modello di famiglia.

Considerazioni in parte simili potrebbero valere anche per le coppie di conviventi *more uxorio*. Nonostante che le convivenze di fatto siano ormai riconosciute per vari aspetti dall'ordinamento giuridico²⁹, manca ancora una disciplina della coppia non coniugata. I diritti oggi riconosciuti al convivente *more uxorio* hanno prevalentemente origine giurisprudenziale³⁰.

Sotto questo profilo emerge l'importanza dei cosiddetti contratti di convivenza, un istituto oggetto di crescente attenzione da parte della dottrina civilistica³¹. Un maggior utilizzo dell'autonomia contrattuale può infatti permettere alle parti di regolare le numerose questioni patrimoniali inerenti la convivenza *more uxorio* e la crisi della medesima: dalla contribuzione dei *partners* alle esigenze della coppia, alle elargizioni effettuate da un convivente a favore

²⁸ Cfr. Cass. Sez. I, sent. n. 23713 del 2012, dove si è riconosciuta la validità di un patto prematrimoniale, ritenuto un "contratto atipico con condizione sospensiva lecita, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., essendo (...) il fallimento del matrimonio non causa genetica dell'accordo, ma mero evento condizionale".

²⁹ Cfr. ad es. l'art. 5 della legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita, che equipara la coppia convivente a quella coniugata, o l'art. 4, comma 2, della legge n. 51 del 2006, dove si prevede che le disposizioni in materia di affidamento condiviso si applicano anche ai procedimenti relativi ai figli di persone non coniugate. Dalla convivenza *more uxorio* la giurisprudenza ha poi desunto l'irripetibilità del denaro erogato per sostenere le spese familiari, trattandosi dell'adempimento di un'obbligazione naturale con conseguente diritto alla *soluti retentio* ai sensi dell'art. 2034 c.c. (cfr. Cass., 2 gennaio 1989, n. 285, e Cass., 13 marzo 2003, n. 3713). La convivenza *more uxorio* intrapresa da un soggetto separato o divorziato, inoltre, incide sulla quantificazione dell'assegno di separazione o post-matrimoniale (cfr. Cass., 11.8.2011, n. 17195, in *Fam. e dir.*, 2012, 1, 25, con nota di A. FIGONE, *La convivenza more uxorio può escludere l'assegno divorzile*).

³⁰ Cfr. ad esempio Corte costituzionale, sent. n. 404 del 1988 sulla successione nel contratto di locazione intestato al convivente *more uxorio* in presenza di prole naturale, o anche la sent. n. 86 del 2009, che ha equiparato l'orfano di un solo genitore naturale agli orfani di entrambi i genitori, ai fini della rendita in caso di infortunio mortale dell'assicurato. Cfr. inoltre Cass., 21 marzo 2013, n. 7214, che ha ammesso la reintegrazione del convivente allontanato, in modo violento, dalla casa in cui si svolgeva la convivenza. La sentenza ha affermato a tal riguardo che "il convivente gode della casa familiare, di proprietà del compagno o della compagna, *per soddisfare un interesse proprio, oltre che della coppia*, sulla base di un *titolo a contenuto e matrice personale* la cui rilevanza sul piano della giuridicità è custodita dalla Costituzione, sì da assumere i connotati tipici della detenzione qualificata". Ad esempio il diritto al risarcimento dei danni subiti a causa della morte del *partner* cagionata da un terzo (cfr. Cass., 7 giugno 2011, n. 12278).

³¹ In argomento cfr. la recente analisi di L. BALESTRA, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, in *Giust.civ.*, 2014, 133 ss.

dell'altro, al sostegno del convivente economicamente più debole, alle sorti della casa adibita ad abitazione comune, alla ripartizione dei beni acquistati o prodotti durante la convivenza, al mantenimento dei figli derivanti dall'unione ecc.

Il dibattito dottrinale in ordine alla validità di accordi di questo tipo, incentrato per lungo tempo sulla questione concernente gli effetti dell'obbligazione naturale, deve oggi essere rivisto alla luce dell'inquadramento della convivenza *more uxorio* tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost.³². La copertura costituzionale che l'art. 2 Cost. offre alle stabili convivenze di fatto, siano esse eterosessuali o tra presone dello stesso sesso, rende infatti meritevoli di tutela gli accordi negoziali volti a garantire ai conviventi *more uxorio* una regolamentazione dei propri diritti analoga a quella di cui possono disporre le coppie sposate.

5. La crisi del matrimonio come elemento costitutivo della famiglia

L'idea che la famiglia sia fondata sul matrimonio è oggi messa in discussione dai recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi. Ciò vale in primo luogo a livello dell'Europa, che oggi appare "un grande «cantiere» aperto in continuo fermento" che ha rimesso in discussione gli elementi portanti del tradizionale edificio familiare e ha portato alla "caduta di antiche certezze e la contestuale emersione di visioni nuove, un tempo impensabili, nel modo stesso di intendere secolari istituti" primo tra tutti il matrimonio³³. La CEDU e la Carta dei diritti dell'Unione europea, si è osservato, hanno ormai rotto il binomio, un tempo ritenuto inscindibile, tra famiglia e matrimonio³⁴.

Su piano interno è sufficiente richiamare la recentissima sentenza n. 162 del 2014, con cui la Corte costituzionale ha reso possibile il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, a favore della coppia cui sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili. La Corte costituzionale ha ricordato che anche i nati da procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo "hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime". Ciò implica una nuova nozione di paternità, rispetto alla quale il legame genetico non assume più un ruolo decisivo.

Si assiste dunque a un superamento della tradizionale impostazione che vede il matrimonio come cardine della famiglia³⁵. Anche la riforma della disciplina sulla filiazione³⁶ indica chiaramente che oggi elemento fondante della famiglia non è più il matrimonio, ma la filiazione. La riforma, com'è noto, è stata preceduta da una serie di decisioni con cui la Corte costituzionale, in applicazione dell'art. 30, comma 3, Cost., del principio di uguaglianza e del di-

³² Cfr. al riguardo L. BALESTRA, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, cit., 142 ss.

³³ Così V. SCALISI, *"Famiglia" e "famiglie" in Europa*, cit., 9.

³⁴ Così V. SCALISI, *"Famiglia" e "famiglie" in Europa*, cit., 10.

³⁵ In argomento cfr. i rilievi di A. GORGONI, *Famiglie e matrimonio: profili evolutivi nel diritto europeo*, cit., 247 ss., il quale desume dall'evoluzione della legislazione italiana in materia di famiglia la constatazione che ormai la rilevanza della famiglia prescinde dall'instaurarsi del rapporto di coniugio.

³⁶ Legge n. 219 del 2012 e d.lgs. n. 154 del 2013.

vieto di discriminazioni basate su “condizioni personali e sociali”, ha progressivamente avvicinato la filiazione naturale a quella legittima³⁷. La nuova disciplina sulla filiazione ha finalmente eliminato la distinzione tra figli “legittimi” e figli “naturali. Oggi vale il principio di eguaglianza dei figli, secondo cui”tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico”³⁸.L’equiparazione dello status dei figli legittimi e naturali ha permesso, tra l’altro, di adeguare il diritto interno alle obbligazioni derivanti dalla CEDU³⁹. Inoltre la riforma ha chiarito che la parentela (con i connessi effetti successori) trova la sua base prima non tanto nel matrimonio quanto nella filiazione. In questa prospettiva è stato precisato che “la parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all’interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo”⁴⁰ e che “il riconoscimento produce effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai parenti di esso”⁴¹.

Per effetto di questa disciplina, l’acquisizione dello status di figlio comporta l’ingresso nella famiglia dei genitori indipendentemente dal fatto che il concepimento sia avvenuto all’interno o fuori dal matrimonio. Sotto questo profilo, è stato sottolineato, vi è completa identità tra famiglia matrimoniale e famiglia non matrimoniale, mentre, con riferimento a quest’ultima, il figlio si trova inserito in due famiglie, quella paterna e quella materna⁴².

La riforma, volta a realizzare il principio costituzionale di eguaglianza nei confronti dei figli, ha quindi paradossalmente messo in discussione il modello di famiglia delineato dall’art. 29 della Costituzione. Come è stato acutamente rilevato, il matrimonio non appare più il “necessario presupposto per dar vita a relazioni legalmente familiari, che sorgono oramai indipendentemente dalla sussistenza del vincolo, cosicché può affermarsi che esso dispieghi ora effetti esclusivamente con riguardo al rapporto tra coniugi e non impinga sui rapporti giuridici della loro discendenza”⁴³. Anche la convivenza *more uxorio* con prole, è stato sottolineato, “è una famiglia in cui si forma un vincolo parentale pieno nelle linee retta e collaterale”⁴⁴.

Nel nuovo quadro normativo è la procreazione (naturale o assistita) che determina la nascita di una famiglia, anche in mancanza di un matrimonio. Di conseguenza risulta ormai difficile continuare a definire la famiglia come società “fondata sul matrimonio”.

³⁷ Cfr. la sentenza n. 50 del 1973 (che ha dichiarato l’incostituzionalità della mancata equiparazione della quota spettante al figlio naturale rispetto a quella riservata al figlio legittimo, in assenza di famiglia legittima) la n. 82 del 1974 (che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del diverso trattamento tra figli naturali e legittimi nel concorso con gli ascendenti del genitore) e la n. 55 del 1979 (che ha ammesso i fratelli e le sorelle naturali alla successione legittima prima dello Stato e in mancanza di altri successibili).

³⁸ Cfr. il nuovo art. 315 c.c.

³⁹ Sul principio della parità tra figli nati nel o fuori dal matrimonio cfr. le sentenze della Corte EDU 18 dicembre 1986, *Johnston e altri c. Irlanda* (ric. n. 9697/82), 28 ottobre 1987, *Inze v. Austria* (ric. n. 8695/79), 29 novembre 1991, *Vermeire v. Belgio* (ric. n. 12849/87), 1 maggio 2000, *Mazureck v. France* (ric. n. 34406/97).

⁴⁰ Cfr. il nuovo art. 74 c.c.

⁴¹ Cfr. il nuovo art. 258 c.c.

⁴² Così M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5.

⁴³ Cfr. M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 9.

⁴⁴ Cfr. A. GORGONI, *Famiglie e matrimonio: profili evolutivi nel diritto europeo*, cit., 251.

6. Considerazioni conclusive

Dalle osservazioni sin qui svolte discendono a mio avviso due indicazioni di fondo.

La prima riguarda il legislatore, che è stato espressamente chiamato dalla Corte costituzionale a mettere le mani sul complesso tema della disciplina delle unioni di fatto. La profondità delle trasformazioni dell'istituto familiare consiglierebbe tuttavia di non limitarsi ad una disciplina delle convivenze *more uxorio*, ma di procedere ad una revisione organica della disciplina in materia familiare. Questo intervento dovrebbe tenere conto del fatto che il matrimonio, da elemento fondante della famiglia, è ormai divenuto un elemento accidentale della stessa.

De iure condito, invece, l'evoluzione del contesto sociale e le novità sul piano normativo e giurisprudenziale che sono state qui brevemente richiamate, giustificano a mio avviso una valorizzazione del principio di autodeterminazione e auto-responsabilità dei coniugi, con conseguente riconoscimento dell'autonomia privata come strumento principale di regolazione del rapporto di coppia (matrimoniale o *more uxorio*) e di prevenzione e soluzione delle crisi del medesimo.

Le considerazioni sin qui svolte, infine, rendono auspicabile un superamento di quel consolidato orientamento giurisprudenziale che, correlando l'assegno di divorzio al tenore di vita che il coniuge ha avuto o avrebbe potuto avere in costanza di matrimonio, finiscono per procrastinare in via perpetua gli effetti economico-patrimoniali di un matrimonio ormai cessato sotto il profilo affettivo. Questa norma, che rappresenta un unicum nel panorama europeo, sottende evidentemente una visione del matrimonio quale istituto cardine della famiglia e, per tale motivo, non si applica alle convivenze *more uxorio*. Ma è ormai evidente che si tratta di una impostazione non più giustificata in un contesto nel quale il matrimonio, anche a seguito degli interventi della Corte costituzionale e del legislatore, ha ormai perso il ruolo di elemento fondante della famiglia⁴⁵.

⁴⁵ Il Tribunale di Firenze (sez. civ., ord. 22 maggio 2013, n. 239) ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della norma di diritto vivente che, in caso di divorzio, riconosce al coniuge economicamente più debole il diritto a mantenere tendenzialmente lo stesso tenore di vita goduto in costanza di matrimonio. In argomento cfr., con valutazioni divergenti in ordine all'ammissibilità e alla fondatezza della questione di costituzionalità sollevata dal giudice fiorentino, G. CONTE, *I criteri di determinazione dell'assegno divorzile al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giustizia civile.com*, 03.03.2014; A. MORRONE, *Una questione di ragionevolezza: l'assegno divorzile e il criterio del "medesimo tenore di vita"*, in *Famiglia e diritto*, n. 7/2014, 704 ss.; S. NINATTI, *L'assegno di mantenimento ha ancora natura assistenziale? il rilievo della comparazione nel sindacato di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 4/2014; M.O. MERONI, *"Medesimo tenore di vita in costanza di matrimonio": mortificazione dei principi di auto responsabilità e solidarietà?*, in *Rivista AIC*, 4/2014; M. D'AMICO, *Questione di costituzionalità del tenore di vita come parametro per il calcolo dell'assegno divorzile: quando il caso diventa strumento di politica normativa. Nota a Tribunale di Firenze, ordinanza 22 maggio 2013*, in *Rivista AIC*, 4/2014; F. BIONDI, *Il criterio del 'tenore di vita in costanza di matrimonio' nella determinazione dell'assegno divorzile e l'identità della famiglia fondata sul matrimonio nell'art. 29 della Costituzione. Nota a Tribunale di Firenze, ordinanza 22 maggio 2013*, in *Rivista AIC*, 4/2014.