

Rivista N°: 2/2015  
DATA PUBBLICAZIONE: 01/05/2015

AUTORE: Anna Papa\*

## IL “MOSAICO DELLA FAMIGLIA” TRA DETTATO COSTITUZIONALE, GIURISPRUDENZA E REALTÀ SOCIALE

1. Il “mosaico della famiglia” – 2. La nozione costituzionale di famiglia e matrimonio – 3. La famiglia di fatto quale società naturale – 4. Le nuove istanze: le coppie same sex – 5. La problematica valorizzazione della “policromaticità” del “mosaico”.

### 1. Il “mosaico della famiglia”

Il tema della “famiglia”, nei suoi diversi significati, nell’evoluzione delle forme e nella ricerca di modalità di tutela rispettose della sua natura e dei diritti delle persone che la compongono, si trova da tempo al centro di un intenso dibattito, in diversi campi dell’indagine scientifica, oltre che in ambito politico. Molteplici fattori contribuiscono ad alimentarlo: la valorizzazione del principio personalista, nella accezione di legittima aspirazione di ogni persona a veder realizzati i propri progetti di vita; la giurisprudenza delle Corti europee in materia; la generalizzata assunzione di consapevolezza del carattere polimorfico che caratterizza oggi questa formazione sociale, suscettibile di assumere la forma della famiglia di fatto eterosessuale, con o senza figli, della “famiglia ricostruita”, nella quale uno o entrambi i partner hanno avuto in passato una relazione stabile, di tipo matrimoniale o dalla quale sono nati figli<sup>1</sup>, della “famiglia fondata sul matrimonio” (anche nella variante composta dal coniuge superstite e dai figli)<sup>2</sup>, delle coppie *same sex*. Ad esse si affiancano le unioni poligamiche, la cui presenza in Italia (come negli altri Paesi europei) appare in crescita per la presenza sul territorio di immi-

---

\* Associato di Istituzioni di diritto pubblico nell’Università degli Studi “Parthenope” di Napoli.

<sup>1</sup> Ritiene, invece, che il termine famiglia possa essere utilizzato solo con riferimento alla formazione sociale che prende vita con il matrimonio A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 751 ss.

<sup>2</sup> Come è noto e come si avrà modo di sottolineare nel testo, mentre la formazione sociale “famiglia” gode della generale tutela prevista dall’art. 2 Cost., la “famiglia fondata sul matrimonio” beneficia di una tutela costituzionale specifica, contenuta nell’art. 29.

grati provenienti da Paesi nei quali tale forma di matrimonio è consentita<sup>3</sup> ma che presentano indubbe criticità in termine di uguaglianza e tutela dei diritti dei componenti.

Questa pluralità di unioni presenta come elemento unificante la “stabile comunione di vita e di affetti, che consente di ricondurle tutte nel novero costituzionalmente tutelato delle “formazioni sociali”. Esse presentano punti di intersezione, che tuttavia non ne consentono la sovrapposibilità<sup>4</sup> e che, anche per questo, sono oggetto sul piano giuridico di regole o orientamenti giurisprudenziali differenziati. Un “mosaico della famiglia”<sup>5</sup>, come è stato definito, dove alla fine, o forse a monte, risulta difficile anche solo individuare il nucleo essenziale, imprescindibile, di questa primaria forma di aggregazione umana, alla cui definizione concorrono (o possono essere chiamati a concorrere) elementi diversi, quali il dettato costituzionale e la legislazione che ad esso si ispira; le Carte europee dei diritti e la giurisprudenza che su esse si fonda; la rappresentanza politica, chiamata a definire la volontà popolare, seppure nei limiti del dettato costituzionale<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Per un inquadramento della problematica, sulla quale non è possibile soffermarsi in questa sede, cfr., tra gli altri, P. Bilancia, *Società multiculturale e diritti delle donne*, in *Astrid*, 2009.

<sup>4</sup> La Corte costituzionale, come si avrà modo di sottolineare *infra* nel testo, ha sostanzialmente espresso la medesima valutazione di non equiparabilità con il matrimonio sia per le coppie di fatto sia per quelle *same sex*, riconducendo il primo alla tutela prevista dall’art. 29 Cost e le seconde a quella, più generale, contenuta nell’art. 2 Cost. Come emerge dalla giurisprudenza della Corte, ciascuna di queste formazioni sociali presenta elementi di peculiarità tali da renderle singole specie di un genere più ampio, qual è quello di unione familiare. Per questo motivo, in assenza di un intervento organico del legislatore, la tutela delle coppie di fatto, sia etero sia omo sessuali, può avvenire solo con riferimento a singoli interessi e situazioni, con indubbia problematicità in relazione all’uniformità della tutela su tutto il territorio nazionale.

<sup>5</sup> Al riguardo, vi è chi parla di una nozione di “famiglia in frantumi”, per sottolineare come sul piano della normativa nazionale e, ancora più in un’ottica di dialogo tra legislatori e giudici di ordinamenti giuridici diversi, essa sia stata ormai fortemente frammentata al fine di descrivere una pluralità di situazioni di convivenza basata sull’*affectio*. Cfr. F. D. BUSNELLI, *Prefazione*, in D. AMRAM - A. ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell’Unione Europea*, Cedam, Padova, 2011, 12.

<sup>6</sup> Esemplificativa del rapporto tra Costituzione e rappresentanza politica, qualora si tratti di tutelare un diritto costituzionalmente garantito, è la vicenda normativa e giurisprudenziale che ha interessato la l. 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di fecondazione assistita. Su tale legge, come è noto, fu dichiarato ammissibile il ricorso al referendum abrogativo, seppure frammentato in quattro diversi quesiti, che si tenne nel giugno 2005 e che non raggiunse il quorum funzionale. Nel 2010, poi, i Tribunale di Milano, Firenze e Catania presentarono dinanzi alla Corte costituzionale ricorso di costituzionalità, dubitando della legittimità di alcuni articoli della legge. La Corte, come è noto, accogliendo i ricorsi (sent. 162/2014), ha individuato nella legge una violazione del diritto alla salute, ritenendo l’infertilità una situazione invalidante. Da qui la considerazione che il ricorso alle tecniche, ora disponibili grazie al progresso scientifico, rappresenti un diritto dell’individuo in quanto rientrante nel nucleo indefettibile del diritto alla salute, che costituisce un limite alla discrezionalità del legislatore. Fra i tanti commenti a questa sentenza cfr. V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in *Dirittifondamentali.it*, 2014; C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali*, 2014; A. MORRONE, *Ubi scientia, ibi iura*, in *Rivista di Giurcost.it*, 2014; A. RUGGERI, *La Consulta apre all’eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al “dialogo” con la Corte EDU*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2014. L. VIOLINI, *La Corte e l’eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2014.

Il carattere “naturale” di questo nucleo affettivo ha determinato nel tempo, come è noto, una crescente etero-regolamentazione sociale, religiosa e giuridica: la disciplina del rito, i rapporti interni, la filiazione, in una contaminazione tra le diverse regole che trova primaria esplicitazione nella caratterizzazione dell’istituto del matrimonio ma che riguarda in realtà tutte le forme di famiglia che si sono sviluppate nel tempo. Non meraviglia quindi che la Costituzione italiana abbia da un lato affermato il principio personalista e la tutela delle formazioni sociali, famiglia compresa, nell’art. 2, ma dall’altro abbia collocato la disciplina di quella “fondata sul matrimonio” nel Titolo dedicato ai rapporti etico-sociali, operando una differenziazione che continua ad avere, come si avrà modo di sottolineare *infra*, una influenza determinante sulla giurisprudenza, anche costituzionale. Peraltro, la presenza di tale distinzione (seppure riferibile oggi solo al concetto di coppia essendo ormai unico anche in Italia lo status di “figlio”<sup>7</sup>) rende più complesso, ma nel contempo cruciale, il ruolo del legislatore chiamato a decidere se unificare il dettato degli artt. 2 e 29 Cost., ritenendo, come si è scelto di fare in altri ordinamenti giuridici, che un solo istituto (il matrimonio) possa essere utilizzato per la formalizzazione del rapporto di qualsiasi coppia legata da affettività (anche se l’attuale giurisprudenza costituzionale e di legittimità sembra esprimere un orientamento non favorevole a tale soluzione), o se definire plurali statuti specifici, idonei a garantire il diritto di ogni persona di poter vivere liberamente la propria condizione ma nel quadro di una socialità che ancora aspira ad essere elemento che influenza la produzione delle norme. In altri termini, il diritto è chiamato non solo a “riconoscere” ma anche a “garantire” le nuove forme di famiglia, fornendo risposte a istanze sempre nuove, che sollecitano il cambiamento delle regole esistenti o l’introduzione di nuove, mediando tra il riconoscimento di diritti e il rispetto del “nucleo essenziale” degli istituti coinvolti, in un serrato dialogo tra il legislatore, spesso restio al cambiamento<sup>8</sup>, e i giudici, nazionali ed europei. Le recenti sentenze in materia della Corte costituzionale e della Suprema Corte, sulle quali ci si soffermerà *infra*, rappresentano una efficace esemplificazione di questo confronto, anche con la giurisprudenza delle Corti europee, a loro volte chiamate ad un delicato bilanciamento tra principi nazionali e processo di formazione di una tradizione comune europea<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Sul punto si rinvia, tra gli altri, ai contributi presenti in M. Nuzzo (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2014.

<sup>8</sup> Come viene da più parti sottolineato, mentre 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. Così, da ultimo A. CARIOLA, *Quel che resta e quel che impedisce: la vicenda dell’assegno divorzile nel contesto delle nozioni di famiglia e convivenze nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014.

<sup>9</sup> Cfr. P. CARETTI, *La tutela dei diritti fondamentali nella prospettiva della Costituzione Europea*, in P. BILANCIA - E. DE MARCO, (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti: punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, Milano, 2004; P. BILANCIA, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, in *Rivista AIC*, 2005; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005; M. CARTABIA, *L’ora dei diritti*

## 2. La nozione costituzionale di famiglia e di matrimonio

Una indagine, seppur breve, sulla disciplina della famiglia nell'ordinamento italiano non può che prendere le mosse dal dettato costituzionale e dalle scelte che in esso sono contenute, alle quali viene fatto costante riferimento per comprendere se le stesse abbiano assunto la veste di "principi" o se, anche per la collocazione che ad esse è stata data, si configurino come cristallizzazione di un'idea storicamente determinata e, anche per questo, non imm modificabile<sup>10</sup>. In particolare, nel caso della famiglia, se da un lato assume incontrovertibile natura di principio la sua tutela, qualunque forma essa assuma, in quanto formazione sociale riconosciuta dall'art. 2 Cost., dall'altro ci si interroga se la disciplina contenuta nell'art. 29 Cost. debba ritenersi ancora oggi riferita e riferibile solo al modello di "famiglia fondata sul matrimonio" quale disciplinato dal codice civile.

La Costituzione italiana, come è noto, contiene un richiamo espresso, all'interno del Titolo dedicato ai rapporti etico-sociali, alla famiglia e all'unione matrimoniale (Parte I, Titolo II).

Nei tre articoli dedicati a tale peculiare formazione sociale, il Costituente, dopo aver fornito una definizione di "famiglia matrimoniale" (art. 29, I comma), introduce il principio, innovativo in quel momento storico, dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, quale elemento caratterizzante il concetto di famiglia che si andava a delineare (art. 29, II comma); nell'articolo successivo fissa, invece, i principi fondamentali in materia di filiazione; infine, nell'art. 31, sancisce l'aspetto sociale del diritto con l'attribuzione alla Repubblica del compito di agevolare con "provvidenze e altre misure economiche" la formazione e l'evoluzione della famiglia e di tutelare la maternità e l'infanzia.

Questo dettato costituzionale rappresenta, come emerge dagli Atti, il precipitato di un intenso dibattito svoltosi in sede di Assemblea Costituente, teso a conciliare visioni molto diverse circa il modo di intendere la relazione tra le formazioni sociali (la famiglia, la scuola, le istituzioni di ricerca e alta formazione), ritenute fondamentali per il progresso dell'intera comunità, e la "Repubblica", alla quale, in virtù della natura "sociale" di tali diritti si voleva, e si vuole, attribuire non solo il compito della loro regolamentazione ma anche l'onere dell'erogazione di prestazioni volte a rendere effettivi i principi contenuti negli artt. 2 e 3 della

---

*fondamentali nell'Unione Europea*, in M. CARTABIA (a cura di) *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti Europee*, Il Mulino, Bologna, 2007; P. COSTANZO, *La dimensione dei diritti della persona nel diritto dell'Unione europea*, in G. DE VERGOTTINI (a cura di), *Rendiconti degli anni 2007-2008*, vol. II, BUP, Bologna, 2009; A. CALIGIURI - G. CATALDI - N. NAPOLETANO, *La tutela dei diritti umani in Europa*, Cedam, Padova, 2010; A. RUGGIERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlli-miti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista dell'Associazione dei costituzionalisti*, 2011; A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci ed ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. eur.*, 2014.

<sup>10</sup> Il tema della Costituzione come valore mira a sottolineare come la Carta fondamentale non sia solo un mero involucro formale bensì uno strumento di cristallizzazione di una specifica dimensione etico-politica, rappresentativa di principi etici condivisi e sentiti nella società. Su questo tema, in presenza di un'ampissima bibliografia, cfr., tra gli altri, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001; E. DE MARCO, *Percorsi del nuovo costituzionalismo*, Giuffrè, Milano, 2008; A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2010.

Costituzione. L'Assemblea si divise, infatti, tra quanti non volevano inserire nella Carta alcun riferimento o disciplina della formazione sociale "famiglia" e quanti, invece, ritennero di dover dare valore costituzionale all'autonomia della stessa, onde impedire qualsiasi sua futura funzionalizzazione da parte del legislatore ordinario<sup>11</sup>. Il prevalere di questo secondo orientamento, e la volontà di individuare un giusto equilibrio tra tutte le posizioni, portò alla definizione di famiglia quale "società naturale"<sup>12</sup>, come nucleo al quale "la persona dà liberamente vita" e al quale occorre riconoscere una sfera di intangibilità nei confronti del legislatore<sup>13</sup>. Come è stato sottolineato, la locuzione scelta venne in quella sede intesa "non come cifra della preesistenza al riconoscimento giuridico ma come il riflesso della 'naturalità' del rapporto stesso", in questo modo allontanando il rischio di una preconstituita idea di "diritto di famiglia", meramente da riconoscere in quanto insita nel "diritto naturale". Al contrario, il richiamo alla società naturale venne – e viene – interpretato come teso a sottolineare che ogni famiglia gode di una sfera di auto-determinazione<sup>14</sup>, anche nei confronti dello Stato, chiamato quindi, nell'ottica del rispetto del principio di sussidiarietà orizzontale, ad una funzione di vigilanza, affinché le regole che ciascuna famiglia determina non ledano i diritti individuali dei componenti della stessa e, seppure in modi soggetti al severo scrutinio della ragionevolezza, di limite qualora lo richieda uno specifico, e costituzionalmente giustificabile, interesse generale da perseguire.

Come prima ricordato, accanto al riferimento alla "famiglia", contenuto negli artt. 30 e 31 e nella prima parte del primo comma dell'art. 29, i Costituenti hanno dato poi particolare riconoscimento a quella "fondata sul matrimonio", che rappresentava allora, ed in realtà ancora oggi, il modello di riferimento espresso dalla realtà sociale e disciplinato dal codice civile sulla scia della tradizione occidentale sviluppatasi a partire dal mondo romano<sup>15</sup>. Questo

---

<sup>11</sup> Cfr. A. FALZONE- F. PALERMO- F. COSENTINO (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Mondadori, Milano, 1976, vol. I, *passim* (in particolare gli interventi di Moro e Togliatti). Come emerge da tale dibattito, l'obiettivo primario dei Costituenti fu quello di respingere la teoria dei "diritti riflessi" e quindi ogni forma di interferenza pubblica sul se e come dar vita ad un nucleo familiare.

<sup>12</sup> Come è stato sottolineato (C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in ID, *La Costituzione italiana*. Saggi, Cedam, Padova, 1954, 135 ss.), la maggioranza dell'Assemblea accettò la formula "società naturale" solo quando fu chiaro che tale disposto aveva come unico significato quello di assegnare all'istituto familiare una sua autonomia originaria, destinata a circoscrivere i poteri del futuro legislatore in ordine alla sua regolamentazione.

<sup>13</sup> Come sottolineato dall'on. Aldo Moro durante il dibattito in Assemblea Costituente, l'espressione "società naturale" veniva intesa in quella sede non come una "definizione" bensì come una "determinazione di limiti" in quanto si trattava di "definire la competenza esterna dello Stato nei confronti di una delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita". Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, col. VI, Roma, 1970.

<sup>14</sup> Così A. Moro, *Intervento in Commissione per la Costituzione*, Ad. Plenaria, 15 gennaio 1947, in A. FALZONE - F. PALERMO - F. COSENTINO (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, cit.

<sup>15</sup> Nelle fonti romane si trova una nota definizione dell'istituto, attribuita a Modestino e riportata nelle Istituzioni giustiniane: "*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*". Il matrimonio, pur in assenza di registri o di una forma specifica di celebrazione, presentava una grande importanza nella società romana e fu sin dal primo momento caratterizzato da due elementi fondamentali:

preciso richiamo ad un istituto giuridicamente definito ha da un lato rafforzato l'obiettivo costituzionale di determinare un limite invalicabile alla possibilità per lo Stato di porre in essere azioni volte a funzionalizzare questa formazione sociale; dall'altro ha consentito di sottolineare ulteriormente, come prima sottolineato, che la famiglia è "società naturale" e non espressione del "diritto naturale". Alla base del matrimonio, infatti vi è una scelta degli interessati, libera in tutti i suoi aspetti, che tuttavia produce effetti che sono in parte predeterminati dall'ordinamento giuridico, al pari dei diritti e doveri che ne derivano, con una sostanziale riduzione della sfera di autonomia dei suoi componenti.

È più che ragionevole immaginare che i Costituenti fossero pienamente consapevoli che il matrimonio non era in quel momento l'unica forma di convivenza presente nella società italiana. Tuttavia tale aspetto non entrò nel dibattito ed anche per questo in dottrina è sostanzialmente incontrovertita l'idea che il matrimonio al quale essi fecero riferimento trovi concretizzazione nella forma dell'unione tra un uomo e una donna che con dichiarazione pubblica e solenne esternano la propria volontà di intraprendere una stabile convivenza. In altri termini, il matrimonio al quale i Costituenti intesero riferirsi allora, operando un rinvio<sup>16</sup>, è

---

il consenso degli sposi e la monogamia. Il diritto romano ne disciplinò molteplici aspetti, alcuni dei quali sono presenti ancora oggi nelle legislazioni contemporanee, anche al fine di distinguerlo dal concubinato. In particolare, in presenza di matrimonio, i figli assumevano lo *status* di figli legittimi affidati alla potestà paterna; il coniuge poteva rifiutarsi di testimoniare contro l'altro; scaturivano gli obblighi di fedeltà e il divieto di donazione reciproca; si acquisivano i diritti successori. Il termine italiano "matrimonio" rappresenta la continuazione della voce latina *matrimonium* (formata dal genitivo singolare di *mater* e dal suffisso *monium*, da *munus*) ed evidenzia come in origine esso legasse strettamente questo istituto alla procreazione. Ora questo legame si è attenuato nel senso che la procreazione non rileva né come finalità né come condizione del matrimonio ma ne resta un elemento connaturato, non limitabile in alcun modo da parte dell'ordinamento.

<sup>16</sup> Peraltro l'intenzione del Costituente in materia viene ricavata ed esplicitata dalla Corte costituzionale già nella sentenza n. 237 del 1986 laddove afferma che « L'art. 29 riguarda (...) 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 ritennero 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». Per un'analisi sul punto cfr. 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.; R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 43 ss.; A. RUGGERI, *Teorie e "usi" della Costituzione*, *Ivi*, 521 ss.; P. VERONESI, *Costituzione, "strane famiglie" e "nuovi matrimoni"*, *ivi*, 2008, 577 ss. Esprime una posizione fortemente critica di questo richiamo alle intenzioni del Costituente A. CARIOLA, *Quel che resta e quel che impedisce: la vicenda dell'assegno divorzile nel contesto delle nozioni di famiglia e convivenze nella giurisprudenza costituzionale*, *cit.*, secondo il quale una «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

quello derivante dalla tradizione e ancora oggi disciplinato dal codice civile agli artt. 106 ss. e 143 ss.<sup>17</sup>.

La formulazione dell'art. 29 Cost. riflette quindi tutta la problematicità e al tempo stesso la peculiarità di questa formazione sociale<sup>18</sup>; da un lato, infatti, fornisce una qualificazione della famiglia quale "società naturale" e ne eleva a rango costituzionale la versione "fondata sul matrimonio", dall'altra introduce un modo nuovo – rispetto alla tradizione giuridica esistente, cristallizzata dal codice civile solo qualche anno prima – di intendere il rapporto tra i coniugi ("Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare"): scelta quest'ultima che ha consentito, seppure in modo graduale, il superamento dell'impostazione e della disciplina ereditata dal periodo liberale e da quello fascista<sup>19</sup>. Può quindi dirsi che l'attenzione sia stata focalizzata

---

oggi questa società ritiene essere quelli su cui si fonda la convivenza, una società che tra l'altro è fortemente integrata a livello sovranazionale».

<sup>17</sup> Il punto è sostanzialmente condiviso. Cfr., tra gli altri, P. VERONESI, *Costituzione, "strane famiglie" e nuovi matrimoni*, cit., 579; M. BONINI BARALDI, *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in *Quad. cost.*, 2009, 871; B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguaglianza in natura o uguaglianza in diritto*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI - P. VERONESI - A. PUGIOTTO, *La "società naturale" e i suoi nemici. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, Giappichelli, 2010, 11; M. PEDRAZZA GORLERO - L. FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, cit., 275. Peraltro, come si avrà modo di sottolineare *infra*, nel testo, la stessa Corte costituzionale si muove in questa direzione anche nelle ultime sentenze pronunciate in tema di famiglia di fatto e unione omosessuale.

<sup>18</sup> Il primo comma dell'art. 29 Cost. contiene, secondo alcuni Autori, un ossimoro sul quale la dottrina costituzionalistica, e non solo, si è ampiamente soffermata, soprattutto a partire da quando i cambiamenti sociali hanno evidenziato l'esigenza di poter usare il termine "famiglia" anche per nuclei affettivi diversi da quello che emerge a prima lettura dalla disposizione. Da qui l'affermazione che questa definizione "ha un senso ma non un significato", essendo basata su una contraddittoria definizione di famiglia, che viene da un lato qualificata come "società naturale" e quindi, in ossequio alla tesi giusnaturalistica sintetizzata nell'art. 2 Cost., e dall'altra viene "fondata sul matrimonio" e quindi viene specificata e caratterizzata da un istituto giuridico ben definito e disciplinato dal legislatore. Così R. Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Lav. Dir.*, 2001, 9 ss. Peraltro, come sottolineato alla nota 16, questa "contraddizione", se tale può essere considerata, non fu percepita come tale al momento della scrittura del testo (stante il senso che si voleva attribuire al dettato costituzionale e considerato che il modello di famiglia prevalente nella tradizione e nella cultura di quel periodo, cristallizzato nelle norme del codice civile, era basato sul matrimonio tra un uomo e una donna e sulla loro aspirazione a procreare) e non viene considerata tale neppure ora dalla giurisprudenza costituzionale.

<sup>19</sup> La dottrina è concorde nell'individuare nei costituenti la volontà di segnare, con l'approvazione dell'art. 29, una discontinuità rispetto alle politiche perseguite nel periodo fascista, quando era prevalso "un modello volto non a garantire la famiglia, bensì a porla sotto tutela, nel senso che la protezione dei componenti della famiglia non era volta ad affermare i loro diritti individuali, bensì a tutelare, ciascuno secondo il suo specifico status, i membri di una collettività considerata vitale per il mantenimento dello Stato stesso". Così V. POCAR - P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 21. Tuttavia, il legislatore, con riferimento al principio di uguaglianza tra i coniugi, ha atteso non pochi anni prima di riformulare la disciplina del diritto di famiglia. Come è noto e rinviando alle osservazioni e alla bibliografia richiamata in diversi contributi presenti in questo volume, tale riforma fu approvata solo con la l. 1975, n. 151, preceduta dalla l. 1 dicembre 1970, n. 898, introduttiva del divorzio. Su questa fase di attuazione della Costituzione, cfr. L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004. Peraltro, la stessa Corte costituzionale, nei primi anni della sua attività, mostrò cautela nell'intervenire in un ambito che presentava un indubbio carattere sistematico e dove quindi l'eliminazione di singole parti, senza l'immediato successivo intervento del legislatore, rischiava di compromettere un equilibrio

non sulla definizione di un modello generico di famiglia bensì sulla “modernizzazione” del modello tradizionale, ereditato dalla tradizione e che in fondo ancora oggi rappresenta sostanzialmente la principale forma di unione. In altri termini, il Costituente non si è limitato ad essere notaio del modello esistente di famiglia quale fondata sul matrimonio ma da un lato ne ha cristallizzato un nuovo equilibrio interno, basato sull’uguaglianza tra i coniugi, dall’altro ne ha affermato la natura originaria, individuando un carattere, quello della “naturalità”, risultato poi idoneo (grazie alla riconduzione all’art. 2 Cost.) a dare tutela anche a tutte le unioni familiari non fondate sullo stesso vincolo giuridico.

### 3. La famiglia di fatto quale società naturale

Nei primi anni successivi all’entrata in vigore della Costituzione, l’attenzione del legislatore e della giurisprudenza è stata essenzialmente rivolta, come è noto, a verificare quali parti della normativa allora vigente fossero in contrasto con il dettato costituzionale, sia in materia di filiazione, sia, per la parte che qui maggiormente rileva, in applicazione del principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi.

Non è possibile in questa sede ripercorrere il noto e difficile processo di adeguamento della legislazione primaria alla nuova concezione di “famiglia fondata sul matrimonio”, che emergeva dall’art. 29 Cost., che ha trovato la propria prima sistematizzazione nella legge 19 maggio 1975, n. 151, preceduta qualche anno prima dall’approvazione della legge introdotto-

---

comunque esistente. Sul punto cfr. A. CRISCUOLO, *Famiglia legittima – matrimonio – filiazione – famiglia di fatto – unioni omosessuali*, relazione tenuta all’incontro trilaterale della Corte costituzionale italiana con i Tribunali costituzionali della Spagna e del Portogallo dal titolo “Famiglia legittima, figli naturali, adozioni e rapporti di fatto”, svoltosi al Palazzo della Consulta in data 08.10.2010, reperibile in [www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/relazione\\_criscuolo.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/relazione_criscuolo.pdf); F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in *Gruppodipisa.it*. Va inoltre sottolineato che la stessa Corte per molti anni ha interpretato il principio dell’unità familiare come prevalente rispetto ai diritti dei singoli componenti, tendendo a considerare l’uguaglianza dei coniugi non come effettiva parità tra gli stessi ma come elementi di un più complessivo equilibrio familiare. Interessante al riguardo è, ad esempio, la sentenza n. 144/1967 con cui la Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 145, I comma del codice civile, nella parte in cui prevedeva che il marito dovesse somministrare alla moglie tutto ciò che a quest’ultima era necessario per vivere, senza che si dovesse tener conto dei redditi della donna. Nel rigettare la questione il Giudice delle leggi, pur ritenendo che tale disposizione non fosse più adeguata al nuovo ordine sociale, motivò con la considerazione che essa contribuiva ad una equilibrata distribuzione degli oneri tra i due coniugi e “compensava”, se così si può dire, l’attribuzione al padre della esclusiva potestà sui figli. Ancora più esemplificativa, riguardando una disposizione del codice penale, è la giurisprudenza della Corte in materia di adulterio femminile (già art. 599 c.p.). In una prima sentenza (n. 64/1961) la Corte aveva rigettato la questione, ritenendo che la condotta adulterina della moglie minasse, a differenza di analogo comportamento da parte del marito, il principio di unità familiare, caratterizzante la disciplina codicistica del matrimonio e richiamato anche dall’art. 29 Cost.. Pochi anni più tardi, con una realtà sociale in fase di profondo cambiamento, la Corte tornò ad analizzare la questione, esplicitando di ritenere doveroso farlo per “riscontrare se – nell’attuale momento storico sociale – sussiste tuttora quella situazione obiettivamente diversa fra marito e moglie, che possa legittimare la discriminazione posta dalla norma impugnata”. Lo scrutinio fu, come è noto, negativo e si giunse così alla dichiarazione di illegittimità dell’intero art. 599 c.p. (sentenza n. 126/1968).

va del divorzio (l. 1 dicembre 1970, n. 898). È peraltro altrettanto noto che l'approvazione di queste due leggi abbia segnato un momento importante nella disciplina della famiglia matrimoniale ma abbia nel contempo facilitato lo spostamento dell'attenzione del diritto verso una nuova forma di convivenza, *more uxorio*, che aveva acquisito negli anni una crescente rilevanza sociale, facendo sorgere l'esigenza di prevedere forme di tutela dei suoi componenti, assimilabile nella misura del possibile, a quelle riconosciute ai coniugi e ai figli legittimi.

Gli elementi che la "famiglia di fatto", intesa come unione di due persone di sesso diverso, con o senza figli, che, per scelta o necessità, decidono di non contrarre matrimonio<sup>20</sup>, condivide con la famiglia ex art. 29, I comma Cost. sono molteplici, a partire dalla scelta originaria di voler intraprendere un percorso di vita comune, basato sull'*affectio*, sulla stabilità, sulla convivenza e sulla potenziale attitudine ad avere figli. A differire è la formalizzazione del rapporto, ma questo elemento, lungi dall'assumere una veste solo convenzionale, rappresenta altresì l'esteriorizzazione del differente animus che caratterizza le due convivenze, la prima, quella matrimoniale, basata su una dichiarata volontà di assumere reciproci obblighi di "fedeltà, di assistenza morale e materiale e di collaborazione", la seconda strutturata sulla "reciproca scelta quotidiana", in ogni momento liberamente revocabile.

Tale differenza assume quindi notevole rilievo perché – esclusi i casi di impossibilità a contrarre matrimonio – rappresenta la consapevole e diretta manifestazione della libera scelta dei diretti interessati circa il livello di etero-regolamentazione che essi vogliono introdurre nel loro rapporto. Nel caso del matrimonio, infatti, la formalizzazione determina de iure l'assunzione di diritti e doveri definiti dalla legge, ai quali i coniugi possono aggiungere altri o che possono non osservare, almeno nei loro rapporti reciproci, ma che in ogni caso tornano ad essere precettivi in presenza di una crisi coniugale; nel caso della convivenza, invece, i protagonisti conservano un ampio margine di discrezionalità nel fissare le regole del loro rapporto e nel confermarle o modificarle nel tempo<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> In una sentenza del 1966, la Corte di Cassazione ha definito la convivenza "*more uxorio*" come una "consuetudine di vita comune fra due persone di sesso diverso, che abbia il requisito subiettivo del trattamento reciproco delle persone, analogo, per contenuto e per forma, a quello normalmente nascente dal vincolo coniugale e che abbia, altresì, il requisito oggettivo della notorietà del rapporto stesso quale rapporto coniugale, inteso non in senso assoluto, ma in relazione alle condizioni sociali ed al cerchio delle relazioni dei conviventi, anche se sempre con un certo caratteri di stabilità (Cass. 23 aprile 1966, n. 1041). Sul tema della famiglia di fatto cfr., tra gli altri, senza alcuna pretesa di completezza su un tema così ampio, A. TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglia senza famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988; E. ROPPO, *Famiglia di fatto*, in *Enc. Giur. Treccani*, Torino, 1989; A. SEGRETTO, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione*, in *Dir. Fam.*, 1998; E. ROSSI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: alla ricerca di una sintesi*, in *Quad. cost.*, 2007, 387 ss.; G. SAVORANI, *Due cuori e una capanna nel terzo millennio: fuga dal matrimonio e contratti di convivenza*, in *Pol. Dir.*, 2014, 37 ss.

<sup>21</sup> Al riguardo occorre sottolineare che, a fronte di un indubbio deficit di diritti dei componenti della coppia di fatto in ambito sanitario e previdenziale, esiste certamente il risvolto positivo dell'autonomia della coppia convivente di modellare i propri interessi patrimoniali in piena libertà, scegliendo tra un ampio ventaglio di atti *inter vivos* e di negozi con effetti *post mortem* o *mortis causa*. Di particolare interesse si presenta il contratto di convivenza (sul quale cfr. G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive in Italia e Europa*, Cedam, Padova, 2012; L. BALESTRA, *Contratto di convivenza, transazione e adempimento dell'obbligazione naturale*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2011, 923), che viene ora espressamente disciplinato nel d.d.l. in materia di unioni civili in discus-

Questa situazione appare ben sintetizzata nelle motivazioni di numerose sentenze della Corte costituzionale in materia, laddove si legge che la differenza sostanziale tra la convivenza di fatto e il rapporto coniugale, si sostanzia nell'essere la prima "fondata sull'affectio quotidiana - liberamente e in ogni istante revocabile - di ciascuna delle parti", la seconda sulla "stabilità e certezza e dalla reciprocità e corrispettività di diritti e doveri ... che nascono soltanto dal matrimonio"<sup>22</sup>. Tale fondamentale e originaria differenza impedisce, nel pensiero del giudice costituzionale, che le due situazioni possano (o debbano) trovare uguale fondamento nell'art. 29 Cost., con la conseguenza che, pur riconoscendo "la rilevanza costituzionale del 'consolidato rapporto' di convivenza", occorre tenerlo distinto dal rapporto coniugale, riconducendo il primo nell'ambito della protezione, offerta dall'art. 2, dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali e il secondo in quello dell'art. 29 della Costituzione. Infatti, sebbene gli elementi alla base della formazione di questo tipo di famiglia siano analoghi a quelli ritenuti propri della unione fondata sul matrimonio, diverso è, come prima ricordato, l'*animus* dei conviventi *more uxorio*, che si rinviene nella volontà di dar vita ad un rapporto che non sia vincolato da condizionamenti giuridici o religiosi ma si rinnovi e si rafforzi per costante desiderio degli interessati e non per gli obblighi assunti con l'obbligazione matrimoniale.

Inoltre, sempre con le parole della Corte, "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

---

sione al Senato (S. 1211 – *Modifiche al codice civile in materia di disciplina delle unioni civili e dei patti di convivenza*).

<sup>22</sup> Cfr., tra le altre, sentenza n. 237 del 1986, che riprende una propria costante giurisprudenza in materia (sentenze nn. 310 del 1989, 423 e 404 del 1988 e 45 del 1980). In questa pronuncia la Corte formula un sostanziale invito ai giudici di merito ad una maggiore aderenza alla *ratio* espressa dal Costituente, da preferirsi rispetto a "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". Anche in una sentenza relativamente recente (n. 140 del 2009), ribadendo quello che può essere considerato un elemento caratterizzante della propria giurisprudenza in tema di differenza tra famiglia di fatto e famiglia coniugale, la Corte ha sottolineato che «senza dubbio, la convivenza *more uxorio* costituisce un rapporto ormai entrato nell'uso e 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 desumerne 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».

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 maggiore 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 sovra individuale”.

Dalla giurisprudenza, non solo costituzionale, emerge quindi il differente ruolo del diritto nei confronti di questi due diversi tipi di famiglia, orientato, in presenza di quella fondata sul matrimonio, a garantire che l'autonomia della formazione sociale non vada ad incidere sull'esercizio di diritti individuali, mentre, nel caso delle famiglie di fatto, ad evitare che la scelta di libertà, sulla quale esse si fondano, possa produrre limitazioni alla sfera di diritti individuali, costituzionalmente garantiti<sup>23</sup>.

La famiglia di fatto, come esplicitato dal Giudice delle leggi, non vive quindi una situazione irrilevante o indifferente per il diritto ma richiede il giusto equilibrio tra tutela della sua autonomia e azioni positive poste in essere dal legislatore<sup>24</sup>. Tuttavia, poiché quest'ultimo ha deciso di non affrontare in modo organico questa realtà sociale l'istituto si è quindi evoluto secondo un percorso cd. di “common law”, nel quale è stato, ed è tutt'ora, soprattutto il giudice comune ad essere chiamato a svolgere un'azione di mediazione tra il principio di libertà e quello di responsabilità dei conviventi. Da qui le numerose sentenze della Suprema Corte in materia, volte a ricercare e porre in essere il medesimo bilanciamento<sup>25</sup> e gli interventi della Corte costituzionale tesi a parificare situazioni (riguardanti coppie coniugate e coppie di fatto) che presentavano caratteristiche talmente comuni da renderle omogenee<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Come viene sottolineato, “nell'esperienza della convivenza non fondata sul matrimonio il principio della autonomia o autodeterminazione personale sembra raggiungere l'apice. Sembra cioè, almeno in prima approssimazione, che si realizzi in essa un rapporto fondato sul libero e mutuo consenso, continuamente reversibile, e sul rifiuto di ogni regolamentazione legale”. Ciò pone al legislatore la delicata questione di verificare volta per volta “la congruità di una normativa che volendo disciplinare un fenomeno fondato per sua natura sulla libera volontà, e sulla disponibilità dei diritti e dei doveri delle parti, finisce poi per limitare o denegare proprio quella libera autodeterminazione, senza la quale quel diritto scompare, o viene deformato rispetto all'archetipo originario”. Cfr. C. CARDIA, *Matrimonio, famiglia, vita privata. Spunti di analisi ricostruttiva*, in *Quad. dir. Pol. Eccles.*, 2002. Un aspetto della giurisprudenza della Corte appare qui di particolare rilevanza: la differenza di *animus* assume valore solo nell'ambito del rapporto di coppia, ma non può – ed oggi con la definizione di un unico status di “figlio” tale aspetto appare confermato e rafforzato – avere influenza sul rapporto con i figli, nei confronti dei quali i genitori hanno, indipendentemente dalla natura giuridica del loro rapporto, i medesimi obblighi e diritti.

<sup>24</sup> Sul piano normativo nazionale si registrano alcuni interventi del legislatore nazionale e di quelli regionali. Il primo ha previsto, ad esempio, la possibilità per le coppie non sposate ma stabilmente conviventi di poter accedere alle tecniche di fecondazione assistita in Italia (mentre permane l'impossibilità di accedere all'adozione); le seconde hanno previsto essenzialmente interventi riguardanti il diritto all'abitazione.

<sup>25</sup> Con riferimento alle più recenti può citarsi la sentenza della II Sez civ., n. 7214/2013 che ha stabilito che anche in questo tipo di relazione si determina un potere di fatto sulla casa di abitazione, nella quale si svolge e si attua il programma di vita in comune. Di conseguenza l'estromissione violenta e clandestina del convivente dall'unità abitativa giustifica il ricorso alla tutela possessoria, consentendogli di esperire l'azione di spoglio pur non vantando alcun diritto di proprietà sull'immobile nel quale si sia svolta la convivenza.

<sup>26</sup> In tema di abitazione cfr., in particolare, la sentenza n. 404/1988, con la quale Corte ha esteso al convivente la successione nella titolarità del contratto di locazione, anche in assenza di figli, ritenendo altrimenti violato il diritto all'abitazione. Di particolare rilevanza si presenta la sentenza n. 179 del 1976, con la quale la Corte

#### 4. Le nuove istanze: le coppie *same sex*

Come prima sottolineato, l'*animus* alla base delle convivenze more uxorio ha negli scorsi decenni spostato l'interesse costituzionalistico dall'art. 29 all'art. 2 Cost.. Il dibattito odierno torna a investire invece nuovamente l'art. 29 Cost., in conseguenza della crescente rilevanza sociale di forme di famiglia (*same sex*, poligamiche), i cui componenti chiedono di poter formalizzare l'unione con il vincolo matrimoniale, ma sono al momento impediti dalla legge o, secondo una parte degli interpreti, dalla lettura che di essa viene data.

Volendo in questa sede concentrare l'attenzione solo sulle coppie *same sex*, per le quali appare ormai superato il limite della violazione dell'ordine pubblico – elemento invece che, secondo l'opinione prevalente, ancora persiste nelle convivenze poligame<sup>27</sup> – il dato sociale fa registrare un aumento delle richieste di pubblicazioni di matrimonio o di riconoscimenti di matrimoni che sono stati celebrati all'estero, in Paesi nei quali questo tipo di unione civile è disciplinata. Dalla cronaca narrata emerge, in un quadro basato più sul riparto di competenze che sulla valutazione della normativa vigente, che nella maggior parte dei casi i Comuni rifiutano sia l'uno che l'altro adempimento; in altri casi danno seguito alla richiesta di trascrizione di matrimoni celebrati all'estero<sup>28</sup>, salvo poi l'intervento del Prefetto (o rectius del giudice ordinario<sup>29</sup>) di annullamento della stessa.

Fino a tempi relativamente recenti la giurisprudenza, in particolare quella di legittimità, aveva espresso un orientamento costante nel valutare come non ricevibili le richieste di pubblicazioni di matrimonio, quando provenienti da coppie omoaffettive, e a motivare con la

---

ha dichiarato illegittimo il cumulo obbligatorio dei redditi dei coniugi, introdotto con legge nel 1973, che portava a sommare tutti i redditi prodotti dai componenti del nucleo familiare, al fine di calcolare la capacità contributiva della famiglia. Come appare evidente, tale disposizione, dichiarata incostituzionale per violazione degli artt. 3 e 53 Cost., produceva una evidente disparità di trattamento tra famiglie fondate sul matrimonio, che venivano gravate da una aliquota più alta derivante dalla somma dei redditi, e famiglie di fatto, nella quale ciascun componente pagava l'imposta sulla base della propria capacità contributiva.

<sup>27</sup> Sul punto cfr., tra gli altri, M. NOCI, *Poligami: può venire solo una famiglia*, in *Diritto comunitario e internazionale*, 2008; G. LO CASTRO, *Famiglia e matrimonio nella temperie della modernità*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, Padova, 2010; G. OBERTO, *Matrimoni misti e unioni paramatrimoniali: ordine pubblico e principi sovranazionali*, in *Famiglia e diritto*, 2010.

<sup>28</sup> Si veda al riguardo quanto disposto dal Tribunale di Grosseto che, con l'ordinanza n. 43/2014 v.g., innovando la precedente giurisprudenza anche di legittimità, ha ordinato all'ufficiale dello Stato civile la trascrizione del matrimonio tra due persone dello stesso sesso, contratto nella città di New York (U.S.A.). L'ordinanza del Tribunale di Grosseto nulla dice, né potrebbe farlo, in ordine al problema dell'applicabilità al matrimonio omosessuale delle norme relative al matrimonio eterosessuale, problema che può essere risolto soltanto dal Parlamento, limitandosi ad affermare che non è ravvisabile, nel caso di specie, alcuno degli impedimenti derivanti dalle disposizioni dello stato civile che ostano alla trascrizione. Il matrimonio omosessuale contratto all'estero sulla base di questa pronuncia, pertanto, risulta trascrivibile, sebbene la trascrizione non attribuisca alcun effetto al matrimonio stesso.

<sup>29</sup> Sul punto si registrano, di recente, alcune sentenze del Tar Lazio che hanno stabilito che non spetta al Prefetto bensì al giudice ordinario l'annullamento della trascrizione dei matrimoni contratti all'estero (sentenze nn. 3907-3911-3912/2015). Per un commento su questo punto cfr. F.V. VIRZI, *La trascrizione del matrimonio omosessuale e la potestà amministrativa di autotutela dinanzi all'atto di certezza. Commento alla sentenza Tar Lazio, Sezione I-ter, n. 3912, 2015*, in *Osservatorio costituzionale*, 2015, n. 1.

violazione del limite dell'ordine pubblico l'inesistenza del matrimonio *same sex* celebrato all'estero, ritenendo che la diversità di genere rappresenti in Italia un requisito necessario per contrarre matrimonio<sup>30</sup>. Tale indirizzo giurisprudenziale appare ora significativamente mutato a partire dall'importante e commentata sentenza della Corte Costituzionale n. 138/2010<sup>31</sup>, avente ad oggetto alcune disposizioni del codice civile in materia di matrimonio "nella parte in cui, sistematicamente interpretate, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso"<sup>32</sup>.

Un primo elemento di interesse della sentenza della Corte costituzionale è rappresentato, come è noto, proprio dall'oggetto del ricorso, che si incentra non direttamente sulle disposizioni del codice civile, che vengono richiamate, bensì sulla "sistematica interpretazione" che conduce alla loro applicazione nel senso della natura eterosessuale del matrimonio. Come è stato sottolineato, la Corte avrebbe potuto cogliere lo spunto proveniente da questa scelta dei rimettenti per chiudere la questione con una pronuncia di inammissibilità, invitando i giudici a ricercare essi stessi, per primi, quale sia l'interpretazione costituzionalmente orien-

---

<sup>30</sup> In materia di validità dei matrimoni contratti all'estero la normativa di riferimento si ricava dalle disposizioni del codice civile in materia di matrimonio e dalla disciplina delle trascrizioni dei matrimoni contratti all'estero. In particolare: l'art. 18 del D.P.R. n. 396 del 2000, in base al quale gli atti firmati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico; l'art. 115 del codice civile, secondo cui il cittadino italiano è soggetto alle disposizioni contenute nella sezione I del capo III del Titolo VI del Libro primo anche quando contrae matrimonio in paese straniero secondo le forme ivi stabilite; l'art. 27 della legge n. 218 del 1995, secondo cui "la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio"; l'art. 28 della legge 218 del 1995, secondo cui il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale "dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o dalla legge dello Stato di comune residenza in tale momento"; l'art. 65 della legge n. 218 del 1995, secondo cui "hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dall'autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producano effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa".

<sup>31</sup> Cfr., tra gli altri, P. BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 2010, 997 ss.; R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale e le sue interpretazioni*, in *Rivista dell'Associazione dei costituzionalisti*, 2011, n. 3; E. GIARNIERI, *Alcune considerazioni circa l'unione omosessuale tra la "società naturale" dell'art. 29 e le "formazioni sociali" dell'art. 2 della Costituzione italiana*, in *Dir. Fam.*, 2012, 1334 ss.. Particolarmente critiche, nei confronti di questa sentenza cfr. I. MASSA PINTO - C. TRIPODINA, *Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*, in *Dir. Pubbl.*, 2010, 471 ss., secondo le quali con questa decisione la Corte sembra individuare "nel dato storico radicato *hic et nunc* nella società un dato positivo giuridicamente vincolante tanto per gli interpreti che per il legislatore che di fronte ad esso non potrebbero che arrendersi", giungendo alla conclusione che in questo modo "la decisione avrebbe un significato normativo, prescrittivo; ricavato però non dal testo della Costituzione ma dal suo contesto, di cui la tradizione nel quale è immerso costituisce elemento imprescindibile".

<sup>32</sup> Gli articoli del codice civile, sui quali il Tribunale di Venezia e la Corte di Appello di Trento, hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale, sono il 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143bis, 156bis.

tata da dover adottare in questo caso<sup>33</sup>; il giudice delle leggi ha invece scelto di pronunciarsi con sentenza, anche al fine di chiarire che, in base alla propria visione, “la censurata normativa del codice civile contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna”. Giunge, così, ad una pronuncia di rigetto e la struttura su due distinti dispositivi, con una tecnica considerata inusuale trattandosi di un’unica questione<sup>34</sup>: con il primo la questione viene dichiarata inammissibile, in relazione agli artt. 2 e 117 Cost.; con l’altro la medesima questione viene ritenuta non fondata, con riferimento agli artt. 3 e 29 Cost.. Una scelta peculiare che evidenzia come il giudice costituzionale, creando fittiziamente due diverse questioni, abbia voluto evidenziare l’importanza della questione del riconoscimento di uno statuto giuridico delle coppie omosessuali senza dover però modificare la propria posizione circa la natura eterosessuale della formazione sociale tutelata dall’art. 29 Cost.<sup>35</sup>.

Nel merito la Corte, nell’analizzare la questione in base al parametro dell’art. 2 Cost., afferma che l’unione omosessuale, intesa come “stabile convivenza”, rientra nella nozione di formazione costituzionalmente tutelata, riconoscendo anche alle persone dello stesso sesso “il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia”; tuttavia, non ritiene opportuno elaborare essa stessa tale disciplina mediante una pronuncia additiva e individua nel Parlamento, “nella sua piena discrezionalità, il soggetto al quale spetta individuare le forme e le garanzie” da riconoscere alle unioni omoaffettive. La Corte, quindi, non ritiene di

---

<sup>33</sup> Il tema dell’interpretazione *secundum constitutionem* tra giudice costituzionale e giudice comune è oggetto da tempo di analisi da parte della dottrina e costituisce ormai un elemento decisivo della Corte, che di regola si orienta – quando ritiene vi possa essere o vi sia una possibile interpretazione costituzionalmente orientata – per l’adozione di una ordinanza di manifesta inammissibilità. Come è stato sottolineato, nel caso della sentenza n. 138/2010 la scelta dei giudici di cercare di ottenere comunque una pronuncia da parte della Corte, e soprattutto il fatto che quest’ultima abbia optato proprio per questa strada, può essere ricercata nel fatto che l’eventuale decisione dei giudici per un’interpretazione costituzionalmente orientata li avrebbe esposti ad una smentita nei gradi successivi del giudizio, dando luogo a quello che è stato definito un “ottovolante giurisdizionale”. Così A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, cit..

<sup>34</sup> Sul punto cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. cost.*, 2010, 361 ss., il quale rileva come rappresenti una contraddizione il fatto che la Corte costituzionale, nel risolvere una medesima questione, conclude sia per l’inammissibilità della stessa, in quanto coinvolgente scelte riservate alla discrezionalità del legislatore, sia per l’infondatezza ossia con decisione di merito. Secondo R. ROMBOLI (*La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale e le sue interpretazioni*, in *Rivista dell’Associazione dei costituzionalisti*, 2011, n. 3), il fatto che il dispositivo di una sentenza della Corte contenga contemporaneamente una pronuncia processuale (inammissibilità) accanto ad altra di merito (infondatezza o incostituzionalità) non costituisce una novità ma di regola ciò avviene quando le questioni sollevate, e riunite dalla Corte perché connesse, sono più di una e pertanto separabili e diversamente risolvibili al momento della decisione oppure quando, a fronte di un’unica questione, allorché la decisione processuale riguarda solamente uno dei parametri invocati. Nel caso invece della sentenza 138/2010 la presenza nel dispositivo di due diverse pronunce, aventi il medesimo oggetto, può essere «individuata nel fatto che la Corte costituzionale in realtà affronta e decide due differenti questioni di costituzionalità, una delle quali è rispondente a quanto richiesto dai giudici *a quibus*, l’altra invece è creata dalla stessa».

<sup>35</sup> Così R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale e le sue interpretazioni*, cit.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, cit.

poter individuare in modo autonomo il contenuto di tale diritto, indicando diritti, doveri e rapporti con i terzi, in assenza di una normativa statale che possa svolgere il ruolo di parametro della comparazione. Da qui il ricorso ad una pronuncia di “inammissibilità di principio”, che sottolinea la necessità di un intervento del legislatore e attribuisce a sé stessa solo un compito di controllo successivo della ragionevolezza di questa eventuale e futura disciplina.

Più netta si presenta, invece, la posizione del giudice delle leggi con riferimento all'art. 29 e all'art. 3 Cost., che la Corte decide peraltro di analizzare in modo inverso rispetto alla richiesta dei ricorrenti<sup>36</sup>. Infatti, pur premettendo che “i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere ‘cristallizzati’ con riferimento all’epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell’ordinamento, ma anche dell’evoluzione della società e dei costumi”, la Corte chiarisce che qualsiasi interpretazione evolutiva non può però “spingersi fino al punto d’incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata”. Infatti, si legge ancora nella sentenza con riferimento al dibattito in sede di Assemblea Costituente, “come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. I costituenti, elaborando l’art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un’articolata disciplina nell’ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso”.

Tale nucleo, secondo il giudice delle leggi, deve essere rispettato dal giudice e, secondo parte della dottrina, anche dal legislatore<sup>37</sup>, in quanto elemento essenziale dell’istituto, senza il quale quest’ultimo diviene solo un contenitore vuoto, in grado di accogliere qualsiasi forma di umana convivenza.

Un passo della sentenza appare di particolare rilevanza e problematicità ed è quello nel quale la Corte giustifica l’impossibilità di ricorrere ad una sentenza additiva, non ritenen-

---

<sup>36</sup> La Corte “per ragioni di ordine logico” ha deciso di occuparsi preliminarmente del supposto contrasto con l’art. 29 Cost., e solo successivamente con l’art. 3 Cost., ritenendo opportuno analizzare la questione seguendo il criterio di specialità di tale disposizione rispetto al più generale principio di eguaglianza, partendo dal presupposto che non vi possa essere lesione del principio di uguaglianza qualora la discriminazione sia fondata e giustificata dal perseguimento di valori costituzionali, così come accade in diverse altre occasioni. A favore di questa posizione 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 on line*, 2014 ; contra P. BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Giur. It.*, 2010.

<sup>37</sup> Dal combinato disposto delle due sentenze 138/2010 e 170/2014 alcuni autori ricavano un limite per lo stesso legislatore ordinario di poter modificare la disciplina codicistica in materia di eterosessualità del matrimonio, con la conseguente necessità di dover ricorrere direttamente alla modifica dell’art. 29 Cost. Per un’analisi al riguardo cfr. B. PEZZINI, *La Corte costituzionale applica una condizione risolutiva al matrimonio del transessuale*, in *Confronti cost.*, 2014.

do che vi siano le condizioni per una soluzione costituzionalmente obbligata e sottolineando l'impossibilità di incidere in via giurisprudenziale sul nucleo del diritto contemplato dall'art. 29 Cost., che la Corte individua nel significato che i Costituenti diedero a quale diritto, ossia come libertà di sposarsi con una persona di genere diverso dal proprio; come si legge, infatti, nella sentenza, il superamento di questo significato del disposto costituzionale per via ermeneutica comporterebbe non "una semplice rilettura del sistema" o "l'abbandono di una mera prassi interpretativa", bensì un "approdo ad una "interpretazione creativa", volta ad introdurre in Costituzione un istituto che in essa non emerge<sup>38</sup>.

La Corte costituzionale è poi tornata, seppure da una angolazione diversa, a decidere in materia di matrimonio tra persone dello stesso sesso con la sentenza n. 170/2014 avente ad oggetto la disciplina dello scioglimento automatico del matrimonio contratto precedentemente alla rettificazione di sesso da parte di uno dei coniugi (cd. "divorzio imposto")<sup>39</sup>.

La tecnica decisoria utilizzata in questo caso dal giudice delle leggi è stata quella della pronuncia di accoglimento additiva, con conseguente dichiarazione di incostituzionalità della normativa censurata nella parte in cui non prevede "che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore". La Corte censura, quindi, la lacuna che l'ordinamento presenta e che priva di garanzie le persone che vivono questa peculiare situazione ma decide di non colmarla con la strada dell'equiparazione tra il precedente (coppia unita in matrimonio) e il nuovo *status* (coppia *same sex*) che si determina, pur consapevole della menomazione, in termini di tutela, che tale decisione produce<sup>40</sup>. Il mo-

---

<sup>38</sup> Come è stato sottolineato, è verosimile che la Corte si sia resa conto che l'uniformità avrebbe richiesto una deroga generalizzata di tutti i contenuti del matrimonio; deroga che l'avrebbe trasformata in un altro ed inedito istituto. Cfr. S. BARDONALI, *Il matrimonio tra conservazione, evoluzione e fughe in avanti*, in *Dir. Fam.*, 2011, 2. Analoghe considerazioni sono formulate dalla Corte nell'ordinanza n. 4/2011, nella quale la Corte sottolinea che "le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio" e di conseguenza non è possibile ritenere che vi sia una irragionevole disparità di trattamento tra quanti possono e quanti non possono accedere al matrimonio, dal momento che le due unioni non sono comparabili tra loro e non sono riconducibili ad un unico assetto normativo.

<sup>39</sup> Il giudizio di legittimità era stato in questo caso sollevato dalla Corte di Cassazione e aveva ad oggetto gli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*). In sede di dispositivo la Corte costituzionale ha dichiarato anche l'illegittimità dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (*Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69*).

<sup>40</sup> Anche qui, però, la soluzione è di compromesso in quanto da un lato si conferma che la rettificazione del sesso da parte di uno dei coniugi produce lo scioglimento del matrimonio, dall'altro si conferma l'esigenza che tale unione, confermata nell'*affectio*, venga in qualche modo registrata. Come è stato sottolineato, la soluzione operata dalla Corte non conduce a garantire alla coppia il medesimo grado di tutela offerto dal matrimonio e sconta certamente l'assenza di una normativa in materia che il legislatore, nel tempo intercorso dalla sentenza 170/2014, non ha neppure iniziato a delineare e discutere. Come si avrà modo di sottolineare *infra* (note 47-48 e nel testo), proprio la percezione del notevole affievolimento dello statuto dei diritti e dei doveri subito dai soggetti

tivo può rinvenirsi nella scelta compiuta dal giudice costituzionale nella sentenza 138/2010, che viene qui ripresa e rafforzata e porta a collocare la coppia, che scaturisce dall'applicazione del c.d. "divorzio imposto", tra le formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost., pur essendo (la Corte) consapevole che con tale scelta, in assenza di un intervento del legislatore, vi sia il rischio che vada perso un patrimonio di diritti e doveri e di pregresso vissuto dalla coppia prima coniugata<sup>41</sup>, con una evidente prevalenza della coerenza dell'istituto sul diritto di sposarsi delle persone coinvolte. Inoltre, il Giudice delle leggi conferma la propria lettura dell'art. 29 Cost. quale disposizione dedicata all'unione eterosessuale disciplinata (allora come oggi) dal codice civile del 1942, rendendo più complesso, per lo stesso legislatore, il perseguimento dell'introduzione del matrimonio omosessuale mediante una modifica dell'istituto civilistico<sup>42</sup>, confermando la propensione, in questo caso, verso una lettura statica del dettato costituzionale, che – secondo alcuni interpreti – impedirebbe al legislatore ordinario di modificare l'attuale disciplina codicistica in senso meramente estensivo con la conseguente riconduzione della possibile modifica al solo revisore costituzionale.

Queste due recenti sentenze della Corte costituzionale trovano corrispondenza in alcune sentenze pronunciate dalla Corte di Cassazione negli ultimi anni. Nella prima di queste (sent. n. 4184/2012) la Suprema Corte ha confermato la non trascrivibilità del matrimonio

---

interessati, ha portato recentemente la Corte di Cassazione a riconoscere a questi ultimi il diritto di conservare il regime giuridico fino all'entrata in vigore della legge statale che, dando seguito alla sentenza 170/2014, disciplinerà la materia.

<sup>41</sup> La Corte, nella motivazione, appare pienamente consapevole della minore tutela che la propria decisione è destinata a produrre nelle coppie che si vengano a trovare nella situazione descritta dalla norma in virtù peraltro di una disposizione che proprio con la sentenza viene considerata incostituzionale. In questo senso essa afferma che tale coppia "non è neppure semplicisticamente equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso, poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili". La Corte è ferma però nel ritenere che la rettificazione di sesso di uno dei due coniugi dà vita ad una forma di coppia, che "si pone, evidentemente, fuori dal modello del matrimonio – che, con il venir meno del requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità, non può proseguire come tale". La consapevolezza dell'esclusione dalla tutela matrimoniale, e quindi da una situazione più favorevole rispetto a quella che oggi è oggettivamente riconosciuta alle coppie di fatto, non conduce tuttavia la Corte a immaginare di poter stabilire una deroga all'impostazione intrapresa di difesa dell'integrità della nozione di matrimonio rispetto ai tentativi giurisprudenziali di modificarne il significato, quasi come se, dovendo scegliere tra i suoi due ruoli, di giudice delle leggi e giudice dei diritti, la Corte abbia deciso di privilegiare il primo, lasciando ai giudici di merito e alla Corte di cassazione di intervenire sui casi concreti.

<sup>42</sup> Sul punto cfr. V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente*, in *Diritti fondamentali.it*, 2014; P. BIANCHI, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, in *Forum di Quad. cost.*, 2014; F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": una caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quad. cost.*, 2014; R. CATALDO, *Coppia o famiglia? L'implicito interrogativo lasciato aperto dalla Consulta nella sentenza costituzionale sul cd. "divorzio imposto"*, in *Osservatorio AIC*, 2014; 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*, Studi, 2014; P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il caso Bernaroli nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quad. cost.*, 2014.

same sex celebrato all'estero, adducendo a motivo della propria decisione non più l'"inesistenza" e neppure la "invalidità" dell'atto "bensì la sua "inidoneità a produrre qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano"<sup>43</sup>. In sintonia con la pronuncia del Giudice delle leggi del 2010, nella sentenza si legge che "i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se – secondo la legislazione italiana – non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia – a prescindere dall'intervento del legislatore in materia – quali titolari del diritto alla "vita familiare" e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di "specifiche situazioni", il diritto ad un "trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata". Anche la Suprema Corte opta quindi per la equiparazione di principio delle coppie omosessuali coniugate all'estero alle coppie di fatto, in una soluzione, certamente compromissoria, che individua nel ricorso al giudice l'unico strumento, nel silenzio del legislatore, che possa porre in essere un bilanciamento degli interessi coinvolti, pur nella consapevolezza che l'equiparazione per sentenza non sia possibile, alla luce della natura sistemica dell'istituto.

Analoga posizione è stata poi espressa dalla Suprema Corte in una recente pronuncia (9 febbraio 2015, n. 2400), avente ad oggetto il diniego della Corte di Appello di Roma che, confermando la pronuncia di primo grado, aveva rigettato la domanda presentata da una coppia omoaffettiva, finalizzata a poter procedere alle pubblicazioni di matrimonio da loro richieste e negate dall'ufficiale di stato civile. La Cassazione ha rigettato il ricorso, in buona parte riprendendo elementi di valutazione già espressi nelle sentenze qui analizzate e soffermandosi in particolare su quella parte dell'istanza nella quale i ricorrenti avevano lamentato la mancata valorizzazione del parametro dell'art. 2 Cost. con riferimento agli artt. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e 12 della CEDU ed avevano quindi ritenuto che la sentenza 138/2010 potesse essere considerata superata dalle più recenti sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Suprema Corte, invece, mostrandosi di diverso avviso e legando la propria argomentazione proprio alle sentenze della Corte costituzionale, con le quali mostra di voler determinare un unicum interpretativo<sup>44</sup>, ha confermato l'attualità delle motivazioni della senten-

---

<sup>43</sup> Tale motivazione è stata oggetto di considerazioni critiche. Cfr. in particolare G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Cedam, Padova 2012, 214 e ss., secondo il quale "la parte più sconcertante della motivazione della decisione di legittimità del 2012 è quella in cui, quale prestidigitatore consumato, la Cassazione, abbandonata l'ormai insostenibile categoria dell'inesistenza, estrae dal cilindro (pardon, dal tocco bordato d'ermellino...) il «coniglietto bianco» di una nuova categoria giuridica: l'inidoneità di un determinato istituto giuridico (il matrimonio tra persone del medesimo sesso, nella specie) a produrre effetti nell'ordinamento giuridico italiano".

<sup>44</sup> Il punto di partenza della motivazione della Corte è proprio quel passaggio della sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010 nel quale si afferma che nell'ambito delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost. va annoverata anche "l'unione omosessuale, quale 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

za 138/2010, nella quale vi è da un lato l'espresso riconoscimento del rilievo costituzionale, ex art. 2 Cost., delle unioni tra persone dello stesso sesso e dall'altro l'esigenza di rimettere al legislatore "nell'esercizio della sua piena discrezionalità, d'individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali", unitamente alla possibilità della Corte stessa d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (com'è avvenuto per le convivenze *more uxorio*). Ne deriva, secondo la Cassazione, che "il processo di costituzionalizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso non si fonda, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, sulla violazione del canone antidiscriminatorio dettata dall'inaccessibilità al modello matrimoniale, ma sul riconoscimento di un nucleo comune di diritti e doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia e sulla riconducibilità di tali relazioni nell'alveo delle formazioni sociali dirette allo sviluppo, in forma primaria, della personalità umana. Da tale riconoscimento sorge l'esigenza di un trattamento omogeneo di tutte le situazioni che presentano un deficit od un'assenza di tutela dei diritti dei componenti l'unione, derivante dalla mancanza di uno statuto protettivo delle relazioni diverse da quelle matrimoniali nel nostro ordinamento".

Questo approdo, asserisce la Suprema Corte, "non risulta modificato dai principi elaborati nelle successive pronunce della Cedu (...) <sup>45</sup>", in quanto la linea tracciata dalla Corte di Strasburgo in ordine al margine di apprezzamento degli Stati membri è rimasta coerente <sup>46</sup> dal momento che l'art. 12, ancorché formalmente riferito all'unione matrimoniale eterosessuale, "non esclude che gli Stati membri estendano il modello matrimoniale anche alle persone dello stesso sesso, ma nello stesso tempo non contiene alcun obbligo al riguardo". Del pari nell'art. 8, che sancisce il diritto alla vita privata e familiare, è senz'altro contenuto il "diritto a vivere una relazione affettiva tra persone dello stesso sesso" protetta dall'ordinamento, ma non necessariamente mediante l'opzione del matrimonio per tali unioni.

Peraltro, continua la Cassazione, i principi sopra delineati hanno costituito il fondamento anche della propria più recente giurisprudenza, con la pronuncia di rigetto della tra-

---

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 un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio".

<sup>45</sup> Tale esigenza, continua la Suprema Corte, unita all'insussistenza dell'obbligo costituzionale o convenzionale di estendere il vincolo coniugale alle unioni omosessuali, è stata ribadita anche dalla sentenza n. 170 del 2014 della Corte Costituzionale, "nella quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della disciplina normativa che fa conseguire in via automatica alla rettificazione del sesso lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio preesistente senza preoccuparsi di prevedere per l'unione divenuta omoaffettiva, un riconoscimento e uno statuto di diritti e doveri che ne consenta la conservazione in una condizione coerente con l'art. 2 Cost. (e 8 Cedu)". La Corte Costituzionale evidenzia che il contrasto si determina per il "passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione di assoluta indeterminatezza (quale quella di tutte le relazioni tra persone dello stesso sesso nel nostro ordinamento n.d.r.)" ma non ritiene, come sottolineato nel testo, di dover modificare il proprio giudicato in merito all'interpretazione delle disposizioni del codice civile in materia di matrimonio.

<sup>46</sup> La Suprema Corte richiama le sentenze *Schalk and Kopf c. Austria* del 24 giugno 2010, *Gas e Dubois c. Francia* del 15 marzo 2012 fino alla più recente *Hamalainen c. Finlandia* del 16 luglio 2014.

scrizione di un matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso (sent. n. 4184 del 2012).

Da qui l'affermazione della necessità dell'intervento del legislatore che superi la situazione attuale nella quale, in base al sistema giuridico di diritto positivo, il matrimonio tra persone dello stesso sesso è inidoneo a produrre effetti perché non previsto tra le ipotesi legislative di unione coniugale. Tale inidoneità è stata confermata dalla Suprema Corte in un'ulteriore recente sentenza, in materia di "divorzio imposto", questione sulla quale, come ricordato prima, la Corte costituzionale si è espressa nel 2014<sup>47</sup>. Con quest'ultima pronuncia (sez. I civ., 8097/2015) la Cassazione ha infatti confermato, sulla scia della citata giurisprudenza costituzionale, l'impossibilità di estendere, per via ermeneutica, lo *status* proprio del matrimonio alle coppie omoaffettive, anche qualora tale condizione sia il risultato di una rettificazione di sesso intervenuta durante il matrimonio; ha però nel contempo espresso la convinzione, in questo discostandosi dal contenuto della sentenza 170/2014, che la tutela dei soggetti coinvolti in una situazione così delicata non possa essere devoluta integralmente alla volontà del legislatore, almeno per quanto attiene ai tempi di intervento; ha così riconosciuto carattere auto-applicativo alla sentenza 170/2014, stabilendo che i soggetti che si trovano nella peculiare condizione sorta in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità del cd. "divorzio imposto" conservano lo statuto dei diritti e dei doveri propri del modello matrimoniale sino all'approvazione di una legge che specificamente disciplini la fattispecie<sup>48</sup>.

## 5. La problematica valorizzazione della "policromaticità" del "mosaico"

Come emerge da queste brevi considerazioni, la scelta del Costituente, di inserire la famiglia nel novero delle formazioni sociali nei confronti delle quali le fonti primarie sono chiamate ad un bilanciamento costituzionalmente orientato degli interessi, ha rivelato nel tempo tutta la propria problematicità, in presenza di un legislatore restio a disciplinare in modo unitario le nuove forme di famiglia che la realtà sociale ha espresso (coppie di fatto) ed esprime (coppie *same sex*).

Lo spostamento, che ne è scaturito, del confronto dal piano politico-normativo a quello giurisprudenziale ha prodotto una sostanziale dicotomia tra la giurisprudenza di merito, confortata ed ispirata da alcune pronunce delle Corti sovranazionali, e quella costituzionale,

---

<sup>47</sup> Giova sottolineare che, proprio nell'ambito del giudizio che la prima sezione della Corte di Cassazione ha portato a conclusione con la sentenza 8097/2015 del 21 aprile 2015, era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale decisa dal Giudice delle leggi con la sentenza 170/2014.

<sup>48</sup> La Corte di Cassazione ha infatti riconosciuto natura autoapplicativa e non meramente dichiarativa alla sentenza 179/2014 della Corte costituzionale, avendo quest'ultima indicato il nucleo dei diritti da proteggere. Da qui la decisione di rimuovere, nel caso oggetto del giudizio, gli effetti della caducazione automatica del vincolo matrimoniale sul regime giuridico di protezione dell'unione fino a quando il legislatore non intervenga a colmare il vuoto normativo prodotto dalla sentenza del Giudice delle leggi. Si tratta di una tutela provvisoria, in attesa che il Legislatore appresti quella definitiva, che dovrà essere in ogni caso non riduttiva dello status che i coniugi avevano avuto in vigenza del matrimonio.

più restia ad interventi “additivi” in ambiti nei quali il riconoscimento di determinati diritti richiede il contemperamento con la percezione che una determinata realtà sociale ha di sé stessa<sup>49</sup>. Costante è infatti, nella giurisprudenza del Giudice delle leggi e della Corte di Cassazione che si è andata formando, la considerazione che nessuno dei due interessi in gioco possa considerarsi assolutamente prevalente rispetto all’altro: né quello di coloro che rivendicano di poter formalizzare la loro unione, in ragione del diritto individuale a veder realizzate le proprie aspirazioni di vita e di affetto e che ritengono una discriminazione il vedersi privati di un diritto, riconosciuto ad altri solo in ragione della loro eterosessualità; né quello del legislatore, che ritiene necessario disciplinare taluni istituti sulla base degli orientamenti espressi, attraverso i propri rappresentanti, dalla comunità politica, seppure in una cornice di ragionevolezza costituzionale affidata al Giudice delle leggi.

Ne deriva che se per molti versi appare di difficile comprensione la scelta del legislatore italiano, tra i pochi in Europa, che sembra rimanere indifferente<sup>50</sup> alle sollecitazioni che provengono dalla giurisprudenza, dagli studiosi, dalle associazioni, dall’altro la strada dell’equiparazione per sentenza al matrimonio non appare essere la più rispettosa del dettato costituzionale, se si ritiene che l’istituto del matrimonio non rappresenti un insieme disorganico di regole bensì si configuri come un sistema coerente, certamente perfettibile ed elastico per potersi adattare all’evoluzione sociale ma indubbiamente riferito ad una “formazione” ben definita, che la società ha plasmato nel tempo, strutturandola su una situazione specifica che oggi appare riduttivo definire biologica, ma che in questo ambito trova comunque le proprie radici<sup>51</sup>. È infatti incontrovertibile che l’istituto sia sorto immaginando di dare un am-

---

<sup>49</sup> Può ritenersi che anche per questo il giudice delle leggi rinvii al legislatore ordinario la valutazione del come disciplinare questa formazione sociale, escludendo che la sua disciplina generale “possa essere realizzata soltanto attraverso l’ammissione al matrimonio” Come sottolineato da S. BORDONALI, *Il matrimonio tra conservazione, evoluzione e fughe in avanti*, cit., “la pronuncia della Corte costituzionale ha il pregio di sgombrare il campo dalle tentazioni di facili scorciatoie che, allo stato, costituiscono piuttosto strade senza sbocco. Infatti essa attesta che l’attuale contesto socio-culturale non respinge le coppie omosessuali, pur minoritarie, (...) bensì le considera tra quelle che possono essere inserite senz’altro tra le formazioni garantite dall’art. 2 della Costituzione. E che proprio in dipendenza di questo riconosciuto rapporto con la Costituzione, il legislatore è tenuto ad approntare tutele giuridiche specifiche e proprie, senza dover forzare o lasciare che istituti esistenti e ben individuati vengano snaturati”.

<sup>50</sup> Come accaduto nelle più recenti legislature, anche in quella attuale (XVII) sono stati presentati alcuni disegni di legge in materia. In particolare il d.d.l. S 1211 (*Disciplina delle coppie di fatto e delle unioni civili*), presentato nel dicembre 2013 è stato assegnato alla Commissione Giustizia nel gennaio 2014 e risulta nel marzo 2015 ancora in fase di esame nella Commissione stessa.

<sup>51</sup> Proprio con riferimento al dettato costituzionale, vi è peraltro chi da un lato sottolinea il venir meno del rapporto tra famiglia e procreazione; dall’altro chi ritiene tale rapporto quale requisito stesso di esistenza della famiglia che, anzi, nel dettato costituzionale sembra essere delineata proprio dando centralità non alla coppia ma ai figli, legittimi o naturali. Su questo tema cfr. Cfr. M. PEDRAZZA GORLERO - L. FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2010, 248 ss, i quali legano il riconoscimento costituzionale della famiglia alla volontà di dare centralità alla filiazione nel senso di precostituzione di un ambito, protetto, nel quale i figli possano trovare un ambito stabile di sviluppo della propria personalità. Pur non aderendo integralmente a tale tesi emerge comunque evidente dal dibattito costituente che, in quella sede, benché richiamato, venne escluso dalla maggioranza un diretto riferimento al “diritto naturale”, che pure è presente nel verbo utilizza-

biente stabile di crescita e formazione ai futuri nati, ai figli, e anche se questa oggi non è più la finalità del matrimonio, alcune regole dell'ordinamento italiano ancora vi traggono ispirazione: si pensi all'età minima/massima richiesta dalla legge agli adottandi e a coloro che desiderano accedere alla fecondazione assistita, che mira a riprodurre l'età biologica della maternità (e in parte della paternità); si riguardi ancora al principio che individua come madre del nato "colei che lo ha partorito" (e che di conseguenza considera come padre "il di lei marito"); le norme in materia di successione che escludono dalla quota di legittima gli ascendenti solo in presenza di almeno un figlio del dante causa. Se ne ricava, e vi sono altri esempi, come ancora oggi la famiglia fondata sul matrimonio segue una *ratio* ben precisa, che non rappresenta – né potrebbe essere – un obbligo bensì una cornice definita all'interno della quale i coniugi sviluppano il proprio percorso comune di vita. Riprodurre questo modello per coppie, quindi non per singoli individui, che con certezza non possono accedere biologicamente alla procreazione è certamente possibile ma richiede una serie di scelte conseguenti. Infatti, partire dal presupposto che matrimonio e procreazione non abbiano in nuce alcun legame tra loro ha come corollario la riscrittura di molte delle regole prima indicate, alle quali occorre aggiungere la rimozione del divieto ai single e alle coppie same sex di accesso all'adozione e alla fecondazione assistita, divenendo la filiazione, non più solo quella biologica, un diritto della persona e non della coppia<sup>52</sup>. E occorre ragionevolmente chiedersi, seguendo un coerente filo logico, cosa osti anche al riconoscimento dello strumento dell'utero in affitto, salvo fare, come accade in altri ordinamenti europei, una discriminazione – tutta da giustificare – tra coppie omosessuali composte da due donne (che possono accedere alla fecondazione eterologa) e coppie formate da due uomini che non possono farlo (proprio in conseguenza del citato divieto)<sup>53</sup>.

---

to nell'art. 29 (riconosce), e si volle dare al concetto di società naturale quello di nucleo primigenio, di cellula nel quale l'individuo normalmente si forma e che desidera a sua volta formare.

<sup>52</sup> Nel marzo 2015, in sede di approvazione del d.d.l. in materia di trasformazione in adozione dell'affido era stato presentato un emendamento volto a riconoscere tale diritto anche ai single, che possono, in base alla normativa vigente, essere destinatari di affidamento di minori. L'emendamento è stato poi ritirato.

<sup>53</sup> Al riguardo presenta indubbi elementi di criticità quanto previsto dal citato disegno di legge in discussione in Parlamento (S1211) che, nell'introducendo art. 230-septies, I comma del codice civile, stabilisce che "In caso di unione civile la parte contraente è considerata genitore del figlio dell'altra parte fin dal momento del concepimento in costanza di unione civile, anche quando il concepimento avviene mediante il ricorso a tecniche di riproduzione medicalmente assistita". Il dettato, come appare evidente, si propone di disciplinare le ipotesi di filiazione naturale e assistita dei componenti di una coppia omoaffettiva. Tuttavia, in base alla normativa vigente (l. 40 del 2004) questi ultimi non possono accedere in Italia alla fecondazione assistita (né il d.d.l. S1211 introduce modifiche al riguardo) e non è quindi univoca l'interpretazione da dare a tale disposto. Volendo immaginare che il riferimento sia a fecondazioni poste in essere all'estero, resta il problema di come risolvere quei casi nei quali la nascita sia stata realizzata mediante il ricorso ad un "utero in affitto", soprattutto in considerazione del fatto che, ad oggi, la giurisprudenza della Corte di Cassazione manifesta un orientamento severo in presenza di questi casi (da ultimo I sez. civ., sentenza 24001/2014, che ha confermato la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore, in ragione dell'illiceità del ricorso a tale pratica) mentre non mancano anche recenti sentenze di merito (in particolare Trib. Varese, GUP, sentenza 8 ottobre 2014, che ha assolto due coniugi che avevano dichiarato il falso in sede di registrazione in Italia dell'atto di nascita estero del minore) che richiamandosi alla giurisprudenza della Corte EDU (in particolare Corte EDU, sez. V, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11 e 65941/11 e Corte EDU, sez.

Il quesito che sorge a questo punto è cosa sia suscettibile di rimanere, qualora si potessero in essere tutti questi interventi, dell'originaria nozione di matrimonio e delle sue regole e cosa, al contrario, gli interessati potrebbero invece effettivamente ottenere con un riconoscimento "per sentenza" del loro essere "uniti in matrimonio", qualora rimanessero vigenti tutti i limiti appena richiamati.

Appare allora opportuno, anche alla luce della recente riforma in tema di filiazione e sulla scia di quanto emerge dalla citata recente giurisprudenza costituzionale, riflettere sulla ormai avvenuta scissione tra il concetto di "coppia" e quello di "famiglia" e ragionare su quale disciplina sia più idonea a dare tutela alle tante diverse "coppie" che la realtà sociale esprime. Una di queste, quella coniugale, già disciplinata dall'istituto del matrimonio; un'altra (di fatto) che non desidera essere significativamente etero-regolamentata, avendo compiuto una scelta di libertà; un'altra ancora, quella *same sex*, che chiede invece di esserlo.

Dinanzi a tale richiesta appare evidente che il legislatore non possa più rimanere indifferente e debba affrontare la questione dello *status* di tali unioni, sia per quanto concerne i diritti e i doveri sia per quanto riguarda i rapporti con l'esterno, in particolare in materia assistenziale, previdenziale e successoria. Con riferimento al primo ambito si tratta in realtà di attenuare le rigidità che ancora oggi, facendo perno ad esempio sull'illiceità della causa, limitano l'autonomia privata nella regolamentazione giuridica di rapporti reciproci di vario genere, anche familiari. In ambito esterno, occorre invece che la comunità accetti di farsi carico, come accade già a favore delle coppie eterosessuali unite in matrimonio, di alcuni specifici oneri economici (ad esempio la pensione di reversibilità) che scaturirebbero dal riconoscimento giuridico di queste unioni.

Come è già accaduto in passato per le coppie di fatto, la condivisibile strada indicata dal Giudice delle leggi appare quella della ricerca di una scelta "ad hoc", né sembra che essa – in luogo della equiparazione – possa limitare i diritti delle persone interessate. Inoltre l'intervento legislativo, a differenza dei singoli interventi giurisprudenziali, per loro natura legati a casi specifici e non sempre ripetibili, si presenta maggiormente idonea a definire il collegamento tra "coppia" e "filiazione indiretta" (adozione, fecondazione, riconoscimento del figlio del partner), consentendone così, una volta individuato, una uniforme applicazione su tutto il territorio nazionale, in ossequio al principio, non controverso, del superiore interesse del minore che rappresenta un principio cardine della legislazione vigente in materia di rapporto genitori/figli<sup>54</sup>.

---

XII, 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12) manifestano un orientamento favorevole alle coppie che hanno fatto ricorso all'estero a tale metodica, in ragione della lacuna esistente nell'ordinamento nazionale e basandosi sul preminente interesse del minore a non essere privato della propria identità personale. Questi diversi orientamenti giurisprudenziali, e la conseguente disparità di trattamento che ne deriva, rafforzano l'esigenza di una disciplina in materia, anche partendo da una migliore esplicitazione della introducenda disposizione prima richiamata e della disciplina della normativa vigente che dalla stessa, se approvata, subirà modificazioni.

<sup>54</sup> Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla normativa in merito al divieto di adozione per le coppie di fatto, che possono comunque accedere all'istituto dell'affido (l. 28.3.2001 n. 149); alla possibilità che un minore venga dichiarato adottabile, anche in presenza di genitori viventi, qualora questi ultimi vengano ritenuti dal giudice inidonei a crescerlo.

Appare pertanto opportuno che il legislatore affronti il tema e decida quale debba essere lo status giuridico delle coppie *same sex*, al fine di dare loro tutela senza soffocare, come potrebbe accadere qualora l'orizzonte fosse caratterizzato dalla sola applicazione del principio personalista, quel pluralismo delle formazioni sociali e quel mosaico delle famiglie, che la società naturalmente esprime.