

Giovanni Di Rosa

*Professore ordinario di Diritto privato, Università degli Studi di Catania*

***L'attuale valenza (interna) del (tradizionale) rapporto tra famiglia e matrimonio nel quadro della cosiddetta pluralità delle forme familiari<sup>(\*)</sup>***

**SOMMARIO:** 1. Il sistema del diritto di famiglia. – 2. Il graduale processo esterno di relativizzazione della (tradizionale) forma familiare matrimoniale. – 3. Il diritto interno alla prova della c.d. pluralità delle forme familiari. – 4. La riserva di competenza nazionale in materia familiare. – 5. La rilevanza normativa (interna) della famiglia matrimoniale.

**1. Il sistema del diritto di famiglia.**

Si coglie certamente nel segno quando si afferma che il diritto di famiglia, inteso quale sistema di regole deputate a disciplinare la vita di un gruppo di persone legate tra di loro da un vincolo di rilevanza giuridica (coniugale, di parentela o di affinità), è la materia che, nell'ambito del diritto privato, «più di ogni altra è stata nel tempo sottoposta a modifiche»<sup>1</sup>. Si tratta, peraltro, di un panorama sempre più articolato in ragione altresì del contributo della giurisprudenza, sia interna sia sovranazionale, le cui decisioni incidono ormai in maniera significativa sul complessivo assetto di interessi che ruota attorno alla regolamentazione familiare e che traduce una sostanziale modifica di quell'assetto, di natura valoriale, che sottende, per definizione direi, questo particolare settore del diritto privato.

È sufficiente in merito rilevare che lo stesso utilizzo della tradizionale terminologia non corrisponde più certamente all'originario significato prescelto, come appunto nel caso del termine famiglia che, naturalmente correlato all'istituzione matrimoniale (onde delinearne una sorta di corrispondenza biunivoca)<sup>2</sup>, oggi viene comunemente destinato a indicare qualsiasi relazione di

---

Contributo sottoposto a valutazione.

1 T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2014, p. 4.

2 Sul punto G. DI ROSA, *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria*, in *Europa e diritto privato*, 2009, pp. 755 e ss.; ID., *Famiglia e matrimonio: consolidate tradizioni giuridiche, innovative discipline interne e attuale sistema comunitario*, in *La costruzione dell'identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale*, a cura di B. Montanari, II, Torino, 2013, pp. 63 e ss. Al riguardo si deve altresì segnalare, per l'accurata e approfondita disamina svolta e per i condivisibili risultati a cui perviene, l'ampia

affetti (purché dotata di un minimo di stabilità), a prescindere dunque dal vincolo coniugale, in termini ad esempio di famiglia di fatto (quale alternativa alla famiglia legittima in quanto fondata per l'appunto sul vincolo matrimoniale) e, di più, a prescindere dallo stesso sesso dei relativi componenti, discutendosi ormai di famiglia omosessuale<sup>3</sup>.

Deve subito precisarsi in questa sede che, a fronte dell'utilizzo della terminologia ora riportata, la situazione giuridica italiana si presenta in maniera diversificata rispetto al contesto normativo sovranazionale. Al riguardo, infatti, mentre in buona parte dei Paesi dell'Unione europea, modelli quali la famiglia di fatto o quella omosessuale sono destinatari di specifica disciplina (sia pure in termini non del tutto corrispondenti od omogenei, ma comunque implicanti la ritenuta e formalizzata rilevanza giuridica), nel nostro Paese le spinte più significative non derivano da puntuali iniziative assunte dal legislatore (che invece appare abbastanza restio, nonostante taluni, sia pure infruttuosi, tentativi di regolamentazione) ma dai *dicta* giudiziali i quali, in via diretta o in via indiretta, segnalano la improcrastinabilità di un intervento normativo o, più riduttivamente ma non meno incisivamente, individuano soluzioni (più o meno discutibili) in attesa della sistemazione normativa (forse anche delineando il relativo percorso di formalizzazione giuridica)<sup>4</sup>.

In questo contesto un ruolo rilevante assumono i più significativi interventi normativi succedutisi nel tempo, atteso che, allargando l'orizzonte di analisi, è più

---

(recente) indagine di A. RENDA, *Il matrimonio civile. Per una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, pp. 3 e ss. e spec. pp. 46 e ss., evidenziandosi (tra l'altro) che l'art. 29 Cost. «non fa che assumere il nesso tra famiglia e matrimonio come presupposto culturale la cui meritevolezza assiologica deriva dal suo fondamento antropologico e, su questa base, istituire in via prescrittiva tale nesso come necessario alla tutela predisposta» (57).

3 Per tale impostazione T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., pp. 9 e ss., il quale segnala peraltro anche altre aggettivazioni che, accompagnate al sostantivo famiglia, designano una particolare situazione del gruppo di riferimento (famiglia nucleare, parentale, monoparentale, poligamica o poliandrica, ricomposta e così via).

4 Questo è l'atteggiamento che sembra ricavarsi da talune decisioni dei giudici di legittimità, tra cui, in particolare, Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Giust. civ.*, 2012, I, pp. 1691 e ss., con nota di F. CHIOVINI-M.M. WINKLER, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali* e in *Famiglia e diritto*, 2012, pp. 665 e ss., con nota di M. GATTUSO, "Matrimonio", "famiglia" e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la "doppia svolta" della Corte europea dei diritti dell'uomo, che (pur ribadendone l'intrascrivibilità) ha affermato che il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso, celebrato all'estero, non è inesistente per l'ordinamento italiano, ma soltanto inidoneo a produrre effetti giuridici, atteso che la diversità di sesso dei nubendi non costituisce presupposto naturalistico di esistenza del matrimonio; nonché Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *www.ilcaso.it*, che ha riconosciuto la fondatezza giuridica dell'affidamento esclusivo del figlio naturale alla madre, convivente con un'altra donna con la quale aveva (ormai da tempo) una stabile relazione sentimentale, negandosi la sussistenza di certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al pregiudizio derivante per l'equilibrato sviluppo del bambino dal fatto di vivere in una "famiglia" incentrata su una coppia omosessuale.

agevole individuare lo stato dell'arte e le possibili prospettive, oggi rappresentate, come già in precedenza rilevato, dal formante giurisprudenziale. In questo rapido *excursus* (necessariamente tratteggiato a grandissime linee, in termini assolutamente sintetici e non completi), campeggia preliminarmente la contrapposizione tra il tradizionale modello costituito dalla rigida organizzazione familiare (patriarcale) delineata nel codice civile del 1942 (e caratterizzato altresì dalla indissolubilità matrimoniale) e il dato costituzionale del 1948 che rappresenta l'assetto fondamentale (valoriale) su cui si svilupperà la prima grande riforma del diritto di famiglia del 1975 (intervenuta con la legge 19 maggio 1975, n. 151), peraltro preceduta dall'introduzione del divorzio (ai sensi della legge 1 dicembre 1970, n. 898, relativa alla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio). Per i tempi più recenti giova evidenziare la disciplina della crisi della famiglia (di cui, per quello che qui specificamente più interessa, agli artt. 155 *bis*-155 *sexies* c.c., introdotti dalla legge 8 febbraio 2006, n. 54, contenente disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli) e la complessiva disciplina di riforma (e riordino) della filiazione (contenuta nella legge 10 dicembre 2012, n. 219, recante disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, con il connesso decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione)<sup>5</sup>, con incidenza altresì sulla collocazione all'interno della disciplina codicistica delle disposizioni relative all'assetto derivante dalla intervenuta patologia familiare (di cui al nuovo capo II del titolo IX, libro I, dedicato, con gli artt. 337 *bis*-337 *octies* c.c., all'esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio civile ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio).

## **2. Il graduale processo esterno di relativizzazione della (tradizionale) forma familiare matrimoniale.**

Nel complessivo quadro sopra rapidamente delineato può allora cogliersi il

---

<sup>5</sup> Tale processo normativo va peraltro analizzato tenendo conto di intrecci di regolamentazione (veri e propri crocevia giuridici) segnati da discipline che, sia pure indirettamente (ma non per questo meno significativamente), riguardano il sistema del diritto di famiglia. Il riferimento è (ma certamente in termini non esaustivi) alla legge 22 maggio 1978, n. 194, recante norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza; alla legge 4 maggio 1983, n. 184, contenente la disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori (ora, a seguito delle successive novellazioni, in tema di diritto del minore ad una famiglia); alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, introduttiva di norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Il senso della profonda trasformazione del diritto di famiglia per il tramite degli interventi legislativi era stato già avvertito, con la consueta lucidità e sensibilità, da G. DALLA TORRE, *Motivi ideologici e contingenze storiche nell'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Famiglia, diritto e diritto di famiglia*, Studi raccolti da F. D'Agostino, Milano, 1985, pp. 35 e ss.; in precedenza, altresì, L. MENGONI, *Nuovi orientamenti nel matrimonio civile*, in *Jus*, 1980, pp. 110 e ss., rispetto all'introduzione della disciplina del divorzio.

rapporto tra il nostro sistema e ciò che invece emerge dal contesto europeo, rispetto a cui può anzitutto segnalarsi, quale primo momento di cesura, che al momento in nove Paesi (l'Olanda a partire dal 2001; il Belgio e la Svezia a partire dal 2003; la Spagna a partire dal 2005; la Norvegia a partire dal 2009; l'Islanda e il Portogallo a partire dal 2010; la Danimarca a partire dal 2012; la Francia a partire dal 2013) è possibile celebrare le nozze (assumendo la forma matrimoniale come suggello pubblicistico e statutale del vincolo contratto) a prescindere dal sesso delle persone che intendono sposarsi. Si tratta, in buona sostanza, di una sorta di matrimonio "neutro" che ovviamente, come tutti gli istituti giuridici i quali, pur conservando il medesimo *nomen iuris*, vengono svuotati del loro originario contenuto (chiaramente rivelatore di una appropriata scelta di senso), ha molto poco da dire in ordine alla propria originaria funzione.

Così come nel (complesso e articolato) panorama normativo occorre poi distinguere tra ordinamenti nei quali è precluso agli omosessuali convolare a nozze (Italia, Grecia, Polonia, Malta, Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Slovacchia, Bulgaria e Romania) con la (ordinaria, in quanto normale) conseguenza della non riconoscibilità dell'eventuale vincolo matrimoniale diversamente assunto nei Paesi che (come visto) lo ammettono, con esclusione altresì della previsione di qualsivoglia strumento legale diretto ad assicurare una (sia pur diversa) formalizzazione dell'unione tra persone dello stesso sesso, e ordinamenti in cui il trattamento delle coppie omosessuali registrate è analogo a quello delle coppie eterosessuali sposate (Danimarca a far data dal 1989; Norvegia e Svezia a far data, rispettivamente, dal 1993 e dal 1994 e, con talune peculiarità, Austria, Francia, Germania, Gran Bretagna, Finlandia, Lussemburgo, Slovenia, Svizzera, Repubblica Ceca e Ungheria).

In altri termini, in alcuni Stati membri la riconosciuta formalizzazione del vincolo matrimoniale tra persone dello stesso sesso è volta ad assicurare, realizzandola compiutamente, una completa equiparazione (anche cioè sotto il profilo della forma giuridica utilizzata, a partire dal *nomen iuris*); in altri Stati membri, invece, si assiste ad un processo di assimilazione del trattamento delle coppie conviventi "registrate" (siano esse omosessuali o eterosessuali), ove pertanto l'equiparazione (rispetto all'unione matrimoniale) risulta esclusa in ragione delle differenti forme giuridiche approntate che, proprio muovendo dalla diversità degli strumenti utilizzati (la "registrazione" dell'unione omosessuale a fronte della "matrimonializzazione" dell'unione omosessuale), non consente (in quanto tale) l'estensione dello statuto coniugale-familiare (secondo un meccanismo parificabile, quanto alla rilevanza giuridica dell'unione registrata ma non sotto il profilo dell'estensione giuridica dello statuto coniugale-familiare, per le coppie eterosessuali conviventi, la cui situazione viene resa

pubblica, affermandosene perciò la consequenziale sussistenza, attraverso la iscrizione in appositi registri)<sup>6</sup>.

Del resto, la stessa scelta (ora evidenziata) in ordine alla regolamentazione giuridica dei conviventi eterosessuali segna un'ulteriore differenziazione rispetto al nostro sistema, che non solo non prevede alcuna formalizzazione (per assegnarle relativa rilevanza) della scelta di convivere (anziché contrarre matrimonio)<sup>7</sup>, ma non contiene altresì (in maniera logica e consequenziale) alcuna disciplina della convivenza *more uxorio* (o famiglia di fatto, come oggi invalso nella terminologia più diffusa). Ciò, in maniera difforme da quanto accaduto, ad esempio, in quei Paesi in cui è del tutto chiaro (e manifesto) l'indirizzo di relativizzare l'idea di famiglia. Valga per tutte, nel sistema di *civil law*, l'esperienza tedesca, con l'istituzione della convivenza (unione solidale) registrata presso gli uffici pubblici (*eingetragene Partnerschaft*), come risulta dalla legge del 16 febbraio 2001, così come modificata dalla legge 15 dicembre 2004<sup>8</sup>; oppure il modello della *famille au pluriel* in Francia, al cui interno si colloca l'approvazione, con legge 15 novembre 1999, n. 944, del *Pacs*, acronimo di Patto civile di solidarietà, che però ha più la veste di un contratto che di un modello familiare, costituendo cioè l'espressione di una scelta di autonomia privata realizzata attraverso il tradizionale (e classico) strumento del contratto piuttosto che la identificazione di un ulteriore modello di famiglia da contrapporre a quello fondato sul matrimonio e ciò anche in relazione alla collocazione sistematica della corrispondente disciplina<sup>9</sup>.

---

6 Per una sintetica visione d'insieme, nei rapporti tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law*, del modo in cui viene qualificato e disciplinato lo *status* giuridico dei conviventi, A. LAS CASAS, *Accordi prematrimoniali, status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contratti*, 2013, pp. 918 e ss.

7 Su un piano diverso si pone la stessa discutibile (probabilmente anche illegittima) iniziativa di alcune amministrazioni comunali che hanno provveduto alla istituzione dei registri delle unioni civili, ossia elenchi predisposti presso gli uffici anagrafe o stato civile di taluni Comuni italiani, iscrivendosi ai quali è possibile, per una coppia di fatto, ottenere un riconoscimento formale della propria esistenza.

8 Una compiuta disamina, con spunti interessanti, è al riguardo svolta da F. BRUNETTA D'USSEAUX, *L'unione registrata in Germania alla luce delle recenti modifiche legislative*, in *Famiglia*, 2008, n. 3, pp. 3 e ss.; in precedenza, in relazione alla disciplina originaria del 2001, C. CARICATO, *La legge tedesca sulle convivenze registrate*, in *Famiglia*, 2002, pp. 501 e ss.

9 Significative al riguardo, e come di consueto acute, le riflessioni di P. VITUCCI, 'Dal di che nozze ...?' *Contratto e diritto della famiglia nel pacte civil de solidarité*, in *Famiglia*, 2001, pp. 713 e ss. Deve sul punto segnalarsi, come già in precedenza evidenziato in testo da un punto di vista sistematico, che la sussistenza di una relazione giuridicamente rilevante in capo alla coppia (omosessuale o eterosessuale), formalizzata cioè attraverso la stipula di un accordo registrato, nel caso di specie *Pacs*, non consente *ex se* l'equiparazione al modello matrimoniale, come ribadito di recente da Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 marzo 2012, ric. 25951/07, Gas e Dubois contro Francia, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, pp. 952 e ss., con nota di F. CHIOVINI, *Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l'instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo*, che ha ritenuto legittimo il rigetto dei giudici francesi della domanda di adozione presentata da una

### **3. Il diritto interno alla prova della c.d. pluralità delle forme familiari.**

Il segnalato processo di relativizzazione della forma familiare matrimoniale, vuoi per la riconosciuta possibilità alle coppie omosessuali di contrarre matrimonio (o, attraverso la relativa registrazione, di essere assimilate a quelle eterosessuali sposate), vuoi per la ritenuta ammissibilità della istituzione di appositi registri onde consentire la rilevanza pubblica delle convivenze eterosessuali (con annessa relativa disciplina), deve peraltro misurarsi rispetto al (nostro) diritto interno, al di là di ciò a cui si è fatto brevemente cenno in precedenza.

In relazione all'ordinamento italiano non appare preliminarmente condivisibile l'assunto secondo cui il requisito della diversità sessuale non sarebbe necessario quale fondamento della fattispecie matrimoniale sia a livello codicistico sia a livello costituzionale<sup>10</sup>, dovendosi piuttosto ricordare (quanto al primo riferimento normativo) la previsione dell'art. 143, comma 1 c.c. e (quanto al secondo riferimento normativo) il dettato dell'art. 29 Cost., rispetto a cui il richiamo alla famiglia come società naturale fondata sul matrimonio dovrebbe essere più che sufficiente per far rilevare la infondatezza (normativa e metanormativa) della contraria opinione<sup>11</sup>. Peraltro la scelta italiana si ispira e si conforma, come del resto ancora in altri Paesi, al tradizionale (e ritenuto tuttavia, ma erroneamente, ormai superato) modello napoleonico che individuava nella diversità sessuale la caratteristica peculiare dei coniugi, quale elemento addirittura di esistenza (o di identificabilità della fattispecie) del matrimonio inteso come atto (ossia come negozio giuridico)<sup>12</sup>.

---

donna, convivente con altra donna (madre biologica dell'adottando a seguito di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo effettuata in Belgio) sulla base peraltro di un successivo stipulato *Pacs*, in considerazione del fatto che l'ordinamento francese prevede l'adozione del figlio del coniuge (ossia nel caso in cui genitore e adottante siano sposati) secondo lo schema dell'adozione semplice (richiesto per l'appunto ai giudici francesi), che tuttavia non ricorre nell'ipotesi in esame non essendo le due donne sposate (considerato altresì che, al tempo della vicenda, l'ordinamento francese non prevedeva il matrimonio tra persone dello stesso sesso).

10 Il riferimento è alla posizione di A. MANIACI, *La carta dei "di.co.": un sesquipedale bluff*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, maggio 2007, pp. 16 e ss.

11 Al riguardo possono richiamarsi le appropriate considerazioni di A. NICOLUSSI, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, in *Europa e diritto privato*, 2012, pp. 186 e ss., che evidenzia l'essenzialità della differenza sessuale nel matrimonio, sia dal punto di vista etimologico sia dal punto di vista della relazione naturale di filiazione (con tutto che quello che la stessa implica).

12 Non a caso si ritiene ancora oggi, come ben evidenziato da T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., 15, che una definizione di matrimonio, quantunque non rinvenibile nel codice civile italiano, presupponga il riferimento (sotto il profilo soggettivo) ad un uomo e ad una donna; sul punto v., altresì, con estrema chiarezza E. DEL PRATO, *Matrimonio, famiglia, parentela: prospettive di inizio secolo*, in *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzolo*, II, a cura di S. Mazzarrese e A. Sassi, Torino, 2009, pp. 230e ss.; diversamente, in giurisprudenza, Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, cit.

La nostra stessa giurisprudenza di merito, del resto, aveva già evidenziato la sostanziale incompatibilità tra modello familiare matrimoniale e condizione omosessuale, rilevando tra l'altro la contrarietà (per definizione) dell'omofilia agli stessi obblighi nascenti dal matrimonio costituzionalmente tutelati<sup>13</sup>. Peraltro, anche se più di recente da taluni giudici di merito si è ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale (rimettendo dunque gli atti al giudice delle leggi) degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis* c.c., nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono il matrimonio fra persone dello stesso sesso, per contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 117 comma 1 Cost.<sup>14</sup>, il giudice delle leggi (chiamato ad esprimersi sul punto) ha ritenuto inammissibili (e comunque non fondate) le prospettate questioni di legittimità costituzionale<sup>15</sup>. Più specificamente la Consulta ha rilevato l'assenza di una qualsivoglia discriminazione attuale delle unioni omosessuali, in quanto esse non possono essere considerate omogenee al matrimonio, escludendosi così la indicata violazione dell'art. 3 Cost. Quanto poi alla ritenuta violazione dell'art. 29 Cost. si è giustamente precisato che, allorquando i costituenti ebbero ad elaborare la formulazione "società naturale", discussero di un istituto ben noto al legislatore il quale (qualche anno prima) aveva elaborato una compiuta disciplina codicistica nel solco della consolidata (e migliore) tradizione giuridica; non può, pertanto, superarsi il dettato costituzionale per via ermeneutica, atteso che, diversamente ragionando, si sarebbe in presenza non di una mera rilettura del sistema ma di una vera e propria interpretazione creativa, ovviamente non ammessa nel nostro ordinamento<sup>16</sup>.

---

13 Il richiamo è alla decisione di App. Bari, 3 marzo 2000, in *Famiglia*, 2001, pp. 1206 e ss.

14 Si tratta del rinvio disposto da Trib. Venezia (ord.), 3 aprile 2009, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, pp. 1045 e ss.; in *Famiglia e diritto*, 2009, pp. 823 e ss., con nota di M. BONINI BARALDI, "Comizi d'amore" in tempo di crisi e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, pp. 911 e ss., con nota di G. BUFFONE, *Riconoscibilità del diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimonio con persone del proprio sesso*; Trib. Trento (ord.), 29 luglio 2009, in *Pluris Uter*; Trib. Firenze (ord.), 3 dicembre 2009 e Trib. Ferrara (ord.), 14 dicembre 2009, entrambe in *Guida al diritto*, febbraio 2010, n. 2, rispettivamente pp. 13 e ss. e pp. 17 e ss.

15 In tal senso Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Famiglia e diritto*, 2010, pp. 653 e ss., con nota di M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*; in *Foro it.*, 2010, I, pp. 1361 e ss., con note di R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio* e F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale* e in *Giur. it.*, 2011, pp. 537 e ss., con nota di P. BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*. Per una compiuta disamina della decisione della Consulta e dei correlativi possibili sviluppi A. RUGGERI, "Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?, in *AIC*, n. 4/2011, pp.1 e ss.

16 Alla luce di quanto precisato su questo punto appare allora non facilmente comprensibile il rilievo (che pure ha autorevole provenienza) di A. DI MAJO, *Prefazione*, in *Codice civile*<sup>28</sup>, Milano, 2010, VIII, il quale, preso atto della rilevata (da parte della Consulta) impossibilità di superare il modello matrimoniale dato, si pone l'interrogativo secondo cui «non si insegna che l'interpretazione della legge è destinata a tener dietro anche all'evoluzione dei costumi e del sentire sociale, così da dare vita ad un'interpretazione che si adegui alla

Peraltro, lo stesso richiamo all'art. 2 Cost., che pur consente di annoverare tra le formazioni sociali ivi menzionate anche quelle omosessuali, non implica che il relativo riconoscimento passi attraverso una equiparazione al matrimonio, dovendosi dunque affidare al potere legislativo (l'unico deputato a farlo) le (eventuali) forme di garanzie e di riconoscimento per dette unioni. In merito si precisa infatti che è proprio la disamina della diversità delle scelte operate dalle legislazioni dei Paesi che hanno riconosciuto le unioni omosessuali ad escludere che l'aspirazione a questo riconoscimento possa essere realizzato solamente attraverso una equiparazione delle unioni suddette al matrimonio; resta peraltro riservata alla Consulta la possibilità di intervento a tutela di specifiche situazioni (come peraltro avvenuto per le convivenze eterosessuali *more uxorio*) laddove si riscontri, sempre rispetto ad ipotesi particolari e senza alcuna possibilità di generalizzazione, la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale (trattamento assicurabile con il controllo di ragionevolezza)<sup>17</sup>.

Infine, il giudizio di inammissibilità concerne anche la richiamata previsione dell'art. 117, comma 1 Cost., a norma della quale «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato (...) nel rispetto (...) dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»; al riguardo, infatti, le relative previsioni comunitarie rinviano alle legislazioni nazionali in ordine al diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, non imponendo (per un verso) né vietando (per altro verso) il matrimonio omosessuale. Su questa stessa linea, del resto, si sono mossi gli stessi giudici di Strasburgo precisando che la decisione se consentire o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso spetta ai singoli Stati<sup>18</sup>.

---

realtà?». Sembra possibile al riguardo sommessamente replicare che il problema non è tanto quello di superare (interpretativamente) il modello codicistico quanto piuttosto quello di modificare (ermeneuticamente) ciò che la Costituzione ha assunto (con apposita disciplina di principio) come ineludibile termine di riferimento, costituzionalizzando cioè proprio la forma giuridica familiare attraverso il (recepto) modello matrimoniale del codice civile del 1942, che assume dunque rilievo costituzionale (unitamente alla connessa finalità procreativa, esclusa per definizione nella relazione omosessuale).

17 Si tratta di una tecnica argomentativa (con connessa prospettata soluzione del caso concreto) ben presente agli stessi giudici di Strasburgo, essendo stato deciso da Corte europea dei diritti dell'uomo, 2 marzo 2010, ric. n. 13102/02, Kozak contro Polonia, in *Famiglia e diritto*, 2010, pp. 873 e ss., con nota di C. DANISI, *Successione nel contratto di affitto: quale protezione per la famiglia tradizionale dopo il caso Kozak c. Polonia alla Corte di Strasburgo?*, che la generalizzata esclusione di soggetti legati in una relazione omosessuale dalla successione in una locazione non può essere accettata come necessaria per la protezione della famiglia concepita in senso tradizionale, atteso che uno Stato deve tenere conto degli sviluppi che avvengono in una società, incluso il fatto che esistono più modi di condurre e vivere la propria vita familiare.

18 Sul punto Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 giugno 2010, ric. 30141/04, Schalk e Kopf contro Austria, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, pp. 1137 e ss., con nota di M.M. WINKLER, *Le famiglie omosessuali*

Il principio (sinteticamente) ricavabile dal (complessivo) ragionamento sviluppato dal giudice delle leggi è pertanto (sulla questione delle coppie omosessuali) che non è possibile interpretare diversamente i principi costituzionali, peraltro già espressi in questa materia dal codice civile del 1942, rispetto alla famiglia (eterosessuale) fondata sul matrimonio. A tale stregua, infatti, la famiglia è allora, in quel preciso momento storico (che segna la tappa più significativa del processo di formalizzazione giuridica dei principi familiari), universalmente riconosciuta come nucleo fondamentale della società e dello Stato e, in funzione di ciò, si giustifica (e trova fondamento) la necessità di (riconoscimento prima e, poi, di) tutela.

Una famiglia, dunque, vista in termini di realtà preesistente al mondo del diritto, appunto come società naturale (e non culturale)<sup>19</sup>; a ciò si correla l'altro elemento individuabile nel fondamento della famiglia stessa, rappresentato cioè dall'istituto matrimoniale (istituto, si badi bene, civile), configurato in senso classico, ossia basato sulla monogamia, l'eterosessualità, la formalizzazione del vincolo, la tendenziale stabilità (quantunque non più indissolubile), l'orientamento e l'educazione della prole. Al matrimonio, pertanto, è assegnato dalla società umana il compito di edificare la famiglia e alla famiglia la funzione di luogo sociale preordinato alla procreazione e all'educazione della prole<sup>20</sup>.

In contrasto tuttavia sia con la tradizione giuridica interna sia con il prevalente e consolidato orientamento giurisprudenziale (confermato, come già evidenziato, dal giudice delle leggi) si pone la recente rimessione alla Consulta della questione di legittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, contenente norme in tema di rettificazione del sesso, nella parte in cui, in particolare, si dispone che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso provoca lo scioglimento del matrimonio o l'automatica cessazione (ossia *ex lege*) degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso, senza altresì riconoscere all'altro coniuge il diritto di opporsi allo

---

*nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*, la quale ha respinto il ricorso di due cittadini austriaci contro le autorità di Vienna che avevano negato loro la possibilità di celebrare nozze civili.

<sup>19</sup> Si tratta di affermazione generalmente condivisa e per la cui esplicazione v., per tutti e da ultimo, P. RESCIGNO, *La famiglia nella Costituzione italiana*, in *Il governo della famiglia*, Atti del Convegno dell'Associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori (Aiaf), Bologna 17-18 aprile 2009, in *Quaderno Aiaf*, 2009, n. 2, 26. Sulle linee evolutive della genesi dell'art. 29 Cost. cfr., efficacemente, F. D'ANGELI, *La concezione sociale-cristiana nella genesi dell'art. 29 della Costituzione. (A proposito del pensiero di un giurista cattolico all'Assemblea Costituente)*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, I, Milano, 2004, pp. 439 e ss.

<sup>20</sup> Proprio sulla base di tale ordine di rilievi correttamente si ritiene da A. FALZEA, *Fatto vitale*, ora in *Voci di teoria generale del diritto*<sup>3</sup>, Milano, 1985, p. 531, la indiscutibile esigibilità che «il matrimonio abbia come necessario presupposto la diversità di sesso tra i soggetti che lo stipulano: la quale, così, diventa, insieme, un presupposto biologico e un presupposto sociologico».

scioglimento del vincolo coniugale nel giudizio in questione<sup>21</sup>. La rimessione degli atti alla Corte costituzionale si fonderebbe, tra l'altro, sulla (presunta) violazione del diritto alla stabilità del vincolo coniugale originariamente instaurato a danno del coniuge che, non avendo mutato sesso e non potendo opporsi alla (giudizialmente ammessa) rettificazione di sesso dell'altro coniuge, si vedrebbe privato, contro la sua volontà, del proprio *status* coniugale, con chiara lesione del fondamentale principio di autodeterminazione. Appare del tutto evidente che una simile impostazione mina alla base l'intero sistema normativo, implicando una sorta di riscrittura delle regole date in tema di rapporti tra famiglia e matrimonio, non solo sotto il profilo codicistico ma anche in relazione al dato costituzionale, consentendosi la permanenza (anche se non, almeno ancora, la originaria costituzione) di un rapporto "matrimoniale" tra soggetti dello stesso sesso<sup>22</sup>.

Per quanto concerne, invece, il tema della convivenza eterosessuale, in assenza (come in precedenza ribadito) di un intervento normativo sul punto (inteso come regolamentazione organica e di sistema) devono tuttavia registrarsi specifici interventi (e non certo secondari) da parte del legislatore, emblematicamente rappresentati, per tutti, dalla scelta normativa di assicurare al concepito una famiglia, intendendo tale termine non semplicemente indicativo delle sole famiglie c.d. per identità (ossia, persone di sesso diverso, coniugate, al fine di rendere stabile, anche rispetto all'esterno, l'assunzione di un vincolo giuridico), ma anche di quelle c.d. per analogia (coppie conviventi di sesso diverso)<sup>23</sup>, così come assicurato in materia di

---

21 Si tratta della decisione di Cass., 6 giugno 2013, n. 14329, in *www.ilcaso.it*.

22 Peraltro, segnali in direzione di una sorta di indifferentismo sessuale (anche con riguardo all'istituto matrimoniale) sembrano cogliersi in recenti iniziative parlamentari, ultimamente concretizzatesi in una proposta di legge contro l'omofobia, presentata alla Camera dei Deputati il 15 marzo 2013, contenente modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654 e al decreto legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, per il contrasto dell'omofobia e della transfobia, in cui viene introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico la definizione di "identità di genere", definita come la «percezione che una persona ha di sé come appartenente al genere femminile o maschile, anche se opposto al proprio sesso biologico». Ciò che più preoccupa, in un contesto particolarmente ideologizzato, è però la previsione di fattispecie criminose punite con la reclusione, tra cui l'incitazione a commettere (o la commissione di) atti di discriminazione motivati dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere della vittima, considerati un vero e proprio bavaglio al pensiero e alle idee, ravvisabili, ad avviso di taluni, anche nella sollecitazione (rivolta ai parlamentari italiani) a non introdurre nella legislazione il matrimonio tra omosessuali o l'adozione per le coppie omosessuali. Il disegno di legge in questione è stato approvato, in forma tuttavia molto limitata rispetto alle originarie prospettazioni, dalla Camera dei Deputati il 19 settembre 2013 e trasmesso il giorno successivo dal Presidente della Camera dei Deputati alla Presidenza del Senato, ove il 15 aprile 2014 è ripreso in Commissione Giustizia il relativo esame congiunto.

23 Tale terminologia, in relazione alle diverse (attuali) connotazioni della nozione di "famiglia", è adottata da P. DONATI, *Famiglia e pluralizzazione degli stili di vita: distinguere tra relazioni familiari e altre relazioni primarie*, in *Identità e varietà dell'essere Famiglia. Il fenomeno della «pluralizzazione»*, Cinisello Balsamo, 2001, pp. 70 e ss.; sulla giuridificazione delle forme di convivenza, attraverso la relativa contrattualizzazione, v. il contributo

procreazione medicalmente assistita dall'art. 5 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, che mantiene però fermo il principio della diversità sessuale dei conviventi<sup>24</sup>.

La stessa giurisprudenza, per parte sua, ha avuto modo di segnalare i relativi ordini di problemi e le possibili prospettive di intervento, muovendo già da tempo dal principio della non irrilevanza del rapporto di fatto<sup>25</sup>, sino alla più recente richiesta di un intervento regolativo del legislatore, non potendosi escludere la forma della convivenza in quanto tale (purché dotata di una certa stabilità) dal novero delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost.<sup>26</sup>. Possono al riguardo menzionarsi decisioni che valutano la liceità e la meritevolezza degli accordi patrimoniali di convivenza<sup>27</sup>, di cui viene riconosciuto il carattere atipico<sup>28</sup>; decisioni che statuiscono (ma con soluzione che non può essere condivisa) l'applicabilità analogica ai conviventi della disciplina dettata in tema di diritti e doveri nascenti dal vincolo coniugale *ex art. 143 c.c.*, trascurando tuttavia i necessari presupposti per l'operatività del procedimento analogico<sup>29</sup>; decisioni, infine, che assicurano alla stessa convivenza *more uxorio* cessata

collettaneo *I contratti di convivenza*, a cura di E. Moscati e A. Zoppini, Torino, 2002; più di recente, con efficace taglio pratico, D. MURITANO-A. PISCHETOLA, *Accordi patrimoniali tra conviventi e attività notarile*, Milano, 2009. Proprio con riferimento al dibattito italiano sulle unioni di fatto possono segnalarsi le interessanti considerazioni di N. LIPARI, *Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza (Note a margine di un iter legislativo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, pp. 1025 e ss., in ordine ai rapporti tra la dimensione del fatto (quale concreta condotta dei conviventi) e la dimensione del diritto (con condivisibile esclusione di un atto alternativo al matrimonio in termini causativi di effetti che già l'ordinamento riconduce al modello matrimoniale).

24 Giova, tuttavia, al riguardo rilevare che la soluzione prescelta non sembra eccellere in relazione all'aspetto di garanzia, in particolare, per il nascituro, almeno per ciò che concerne il più volte invocato profilo della bigenitorialità, diciamo, strutturale e non appare in linea con altre soluzioni parimenti adottate dal nostro legislatore in tema di rapporti tra minore e famiglia, segnatamente rispetto alla procedura di adozione, consentita esclusivamente ai coniugi uniti in matrimonio ai sensi dell'art. 6 della legge 28 marzo 2001, n. 149, che ha riordinato, modificandola, la precedente disciplina contenuta nella legge 4 maggio 1983, n. 184. Sui relativi ordini di problemi, in un contesto particolarmente complesso e significativo, G. DI ROSA, *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Torino, 2013, pp. 60 e ss.

25 In questi termini già Corte cost., 13 novembre 1986, n. 237, in *Foro it.*, 1987, I, 2353 ss. e in *Giur. it.*, 1987, I, 1, pp. 1960 e ss., che rimanda a suoi precedenti richiami in tale direzione.

26 Da ultimo la richiamata decisione di Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, cit.

27 Il riferimento è alla risalente pronuncia, rispetto all'ipotesi del comodato c.d. vita natural durante, di Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Corr. giur.*, 1993, pp. 947 e ss., con nota di V. CARBONE, *Casa in comodato vita natural durante per una breve convivenza more uxorio* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, pp. 339 e ss., con nota di M. BERNARDINI, *Una convenzione patrimoniale nell'ambito della c.d. famiglia di fatto: il comodato vita natural durante*.

28 In tal senso Trib. Savona, 7 marzo 2001, in *Famiglia e diritto*, 2001, pp. 529 e ss. che ha, ritenuto valido ed efficace il contratto di costituzione di usufrutto di un immobile stipulato tra due conviventi *more uxorio* (in assenza di corrispettivo), ove esso trovi fondamento nella convivenza stessa e nell'assetto che i conviventi intendono dare ai loro rapporti; Trib. Palermo, 3 febbraio 2002, in *Gius*, 2003, p. 1506, avendo nel caso di specie l'un convivente concesso all'altro, per l'ipotesi di cessazione della convivenza, la possibilità di vivere nella casa adibita a residenza comune.

29 Sul punto Trib. Savona, 12 giugno 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, pp. 905 e ss., con nota di A. MAURA, *La validità dei c.d. "contratti di convivenza" e l'applicabilità ai conviventi more uxorio in via analogica delle*

un carattere di ultrattività a tutela del potere di fatto sulla casa adibita a luogo di svolgimento della vita in comune (tuttavia ormai esaurita)<sup>30</sup>.

Non possono peraltro qui sottacersi una serie di iniziative legislative che, negli ultimi anni, con intensità variabile (con un particolare picco raggiunto nel 2008), in ragione delle differenti maggioranze al governo, sono state assunte sul tema della regolamentazione delle forme di convivenza, senza però ricevere alcuna definitiva approvazione (con i connessi, diversi, acronimi utilizzati per designare le relazioni non matrimoniali, ossia Pacs, Dico, Didoco e via discorrendo). L'obiettivo (non sempre dichiarato) di queste proposte di legge è la parificazione della famiglia nata dal matrimonio tra persone di sesso diverso con altri tipi di unione, la cui caratteristica distintiva sarebbe rappresentata, al di là della (ritenuta irrilevante) differenza o uguaglianza sessuale tra i suoi componenti, dalla condivisione di esperienze di vita all'interno di un nucleo fondato sull'*affectio* quotidiana che non presenta tuttavia tratti di naturale stabilità.

#### **4. La riserva di competenza nazionale in materia familiare.**

La disamina compiuta ha mostrato come, a fronte dell'intervenuta equiparazione in taluni Paesi dell'Unione europea (a diversi livelli e in forme giuridiche differenti) rispetto al matrimonio di altri fenomeni di gestione in comune della vita l'Italia ha mantenuto una posizione distinta (così come peraltro altri Stati membri), non essendo ancora il legislatore intervenuto al riguardo, giustamente rilevandosi che nel nostro ordinamento «il modello alternativo alla famiglia legittima è quello della famiglia di fatto, non determinato normativamente negli elementi costitutivi, ma richiamato sempre più spesso dalle norme (...) ed al quale la giurisprudenza ha esteso forme di tutela che trovano fondamento nella solidarietà familiare»<sup>31</sup>.

---

*disposizioni codicistiche concernenti i diritti e doveri reciproci dei coniugi.*

30 Per la tutela nel caso di specie *ex art. 1168 c.c.* Cass., 21 marzo 2013, n. 7214, in *Famiglia e diritto*, 2013, 649 ss., con nota di C. GABBANELLI, *Il convivente more uxorio non è paragonabile a un mero ospite e in caso di estromissione violenta dall'abitazione è legittimato a esercitare le azioni a tutela del possesso*; in merito, altresì, G. GUZZARDI, *Convivenza more uxorio e tutela possessoria dell'immobile adibito a casa familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2013, pp. 1051 e ss., ove anche una messa a punto, attraverso gli appropriati riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, del rapporto tra famiglia e convivenza.

31 T. AULETTA, *Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2005, p. 409; si tratta, peraltro, di una tendenza non generalizzata, come dimostra la soluzione negativa in tema di impresa familiare su cui G. DI ROSA, *Tratti distintivi e aspetti problematici dell'impresa familiare*, in *Contr. e impr.*, 2007, pp. 519 e ss.; ID., *Impresa familiare (art. 230 bis)*, in *Commentario al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia (artt. 177-342 ter)*, a cura di L. Balestra, Torino, 2010, pp. 381 e ss.

Peraltro, l'assenza di una disciplina unitaria a motivo, fondamentale, della riserva di competenza in materia familiare (così come rispetto alle tematiche concernenti la persona), nel rispetto cioè dell'idea del riparto tra i diritti nazionali e il diritto di matrice sovranazionale, appare il riflesso della difficoltà di giungere ad una regolamentazione uniforme in ambiti fortemente caratterizzati da una radicata tradizione culturale e giuridica<sup>32</sup>. Al riguardo, infatti, ordinamenti (come quello italiano) che non hanno voluto indirizzarsi verso la formalizzazione normativa delle unioni diverse da quella matrimoniale tra un uomo e una donna, ritenendo che quest'ultima costituisca un'istituzione (anche) sociale, quale tassello cioè per l'ordinato svolgimento delle relazioni umane, non possono essere costretti (a livello comunitario) a scelte diverse. In questa direzione si è mosso, del resto, lo stesso legislatore comunitario, attraverso la previsione dell'art. 81 della Carta di Nizza, assicurando pertanto con la clausola di salvaguardia libertà di scelta ai legislatori interni. Tale indicazione è, peraltro, sottesa a quanto contenuto nell'art. 51, comma 1 della Carta medesima a norma della quale le relative disposizioni «si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati»; così come pure appare significativo quanto risulta dall'art. 51, comma 2 della Carta, in relazione allo specifico ambito di operatività, allorché è escluso dallo stesso documento «l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati». In tal senso, del resto, milita la stessa formulazione dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE) che, dopo aver assegnato (al comma 1) alla Carta in questione lo stesso valore giuridico dei trattati, espressamente dispone (al comma 2) che le relative disposizioni non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

---

<sup>32</sup> Segnalano in questi termini le ragioni del ritardo in ordine alla formazione (in generale) di un diritto europeo della famiglia S. PATTI-M.G. CUBEDDU, *Introduzione*, in *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, a cura di S. Patti e M.G. Cubeddu, Milano, 2008, XI. Sull'atteggiamento (specifico) del nostro legislatore, ritenuto restio a modernizzare il diritto di famiglia, nel contesto di un mutato quadro di riferimento rispetto alla famiglia e alle sue esigenze di disciplina (anche attraverso il prospettato diritto privato regionale) v. A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle regioni*, Bologna, 2008, 162 ss., il quale rileva altresì che, «essenzialmente per considerazioni di opportunità politica, questo atteggiamento produce, da una parte, un vuoto di regolazione (...) e, dall'altra, rafforza la sensazione che la nostra legislazione sulla famiglia sia vecchia o, comunque, non più in linea con i grandi mutamenti sociali e di costume che hanno caratterizzato gli ultimi decenni» (pp. 163 e ss.).

A tal riguardo, infine, non può non sottolinearsi che il principio di sussidiarietà nell'applicazione delle norme della Carta è stato di recente ribadito nella riunione tenutasi a Interlaken (Svizzera) nel febbraio 2010 da rappresentanti dei 47 Paesi del Consiglio d'Europa alla Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo nei suoi pronunciamenti in materie eticamente sensibili, come vita, famiglia e tradizioni religiose<sup>33</sup>. In questi àmbiti infatti, più che in altri, le scelte operate da ciascun ordinamento non possono considerarsi (e non sono) arbitrarie ma rispondono ad un certo modo di intendere la funzione del diritto e i correlativi rapporti con la società, facendo dunque emergere, rispetto ad esempio alle istanze di riconoscimento delle convivenze (fenomeno inoltre particolarmente eterogeneo in termini fattuali), che il dato caratterizzante è rappresentato dalla circostanza che esse non sono tenute a rispondere alle aspettative istituzionali, a cui invece si suppone che la famiglia legale debba rispondere (almeno secondo una certa visione dei rapporti tra l'organizzazione familiare, la comunità sociale e lo Stato)<sup>34</sup>. Tale ordine di rilievi va tenuto in considerazione anche alla luce della riscontrata tendenza (ma non con caratteri di assoluta generalità) dell'unione libera a dar luogo a coppie meno feconde delle altre (l'infertilità, poi, è connaturata alle unioni omosessuali), con maggiori problemi di stabilità (anche se lo stesso matrimonio oggi risulta esposto in misura significativa a separazione e/o divorzio), di risoluzione dei conflitti interni e con maggiori problemi di socializzazione dei figli; un modello di tal fatta, istituzionalizzato, determinerebbe (secondo una certa prospettiva) una modificazione radicale della società e, pertanto, non può di certo essere imposto ai singoli Paesi membri né direttamente né indirettamente, richiamandosi cioè all'esigenza di armonizzazione.

In questo contesto risulta pertanto assolutamente condivisibile, ferma restando appunto la competenza dei singoli Stati a regolare le convivenze diverse dal matrimonio, il rilievo di chi, evidenziata la estrema difficoltà di un'eventuale regolamentazione delle convivenze, con grande nettezza ha modo di ribadire che il matrimonio «rimane unico istituto dell'Unione Europea a fondamento della

---

<sup>33</sup> Tale principio sembra essere alla base della decisione di Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 giugno 2010, ric. 30141/04, cit., il cui relativo comunicato ufficiale ha precisato che le autorità nazionali sono nella migliore condizione per valutare e rispondere ai bisogni della società in questo campo, dato che il matrimonio ha significati sociali e culturali profondamente radicati che differiscono da una società ad un'altra.

<sup>34</sup> Decisamente (e giustamente) critico nei confronti di uno statuto della convivenza *more uxorio* M. PARADISO, *Fatto e diritto nella convivenza fuori dal matrimonio. La giuridicità intrinseca delle relazioni familiari tra vecchie e nuove formalizzazioni dei rapporti*, in *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa*, II, Milano, 1999, pp. 1959 e ss. e spec. pp. 1977 e ss., rilevando la necessità di «riacquisire piena consapevolezza del significato sociale e istituzionale del matrimonio, del suo ruolo non soltanto privato ma anche pubblico, ed anzi fondamentale per l'intera collettività» (1979).

famiglia»<sup>35</sup>; ciò, evidentemente, non significa non tenere conto dell'eventuale disciplina (pur sussistente in taluni Paesi membri) delle unioni (anche) omosessuali, in certi casi addirittura attraverso la formalizzazione matrimoniale, ma piuttosto segnala che la soluzione non è rappresentata dall'utilizzo di un mero *verbum* che, nel caso dell'unione omosessuale, è meramente descrittivo di una vera e propria "pseudofamiglia" e non è affatto indicativo di assimilazione alcuna al matrimonio eterosessuale, rimanendo profonde e significative le divergenze di natura sostanziale e, prima ancora, concettuale.

### **5. La rilevanza normativa (interna) della famiglia matrimoniale.**

Il tema, più generale, sotteso alle considerazioni in precedenza esposte è riconducibile, per un verso, al rapporto tra c.d. esigenze sociali e relativa risposta da parte dell'ordinamento giuridico e, per altro verso ma correlativamente, alla stessa funzione del diritto in un quadro complessivo (non soltanto dunque giuridico) fortemente, per così dire, globalizzato. Non si vuole allora in questa sede riproporre, sul punto, la tradizionale (ma non per questo trascurabile) contrapposizione tra diritto naturale e diritto positivo (ammesso e non concesso che qui possa trovare spazio operativo, al di là dei *nomina* utilizzati), quanto piuttosto rilevare che l'istituto giuridico (civilistico) del matrimonio, quale fondamento normativo della famiglia (eterosessuale), appare in linea con il paradigma antropologico della famiglia medesima quale modello (non creato dall'ordinamento) di vita (sia sul versante relazionale sia su quello procreativo). Rispetto a chi, anche autorevolmente, aveva già in passato espresso forti critiche sul rapporto tra ordinamento giuridico della famiglia e formule definitorie rientranti nel campo del diritto naturale, in considerazione della relatività e storicità della nozione di famiglia<sup>36</sup>, non può non rilevarsi che, almeno rispetto al nostro sistema normativo, la forma giuridica adottata traduce anche la sostanza degli istituti oggetto di regolamentazione.

Correlativamente, il senso della previsione contenuta nell'art. 29 Cost. deve intendersi diretto ad assicurare alla famiglia fondata sul matrimonio un ruolo (e un riconoscimento) preminente che, anche ammessa la sussistenza, in via di fatto, di modelli sociali diversi e alternativi a quello giuridico matrimoniale, mantiene un connotato di profonda diversità insuscettibile di *reductio ad unum*<sup>37</sup>. Non può pertanto

---

35 A. PALAZZO, *Matrimonio e convivenze*, in *Dir. famiglia*, 2009, p.1312.

36 Il riferimento è alla posizione di P. BARCELLONA, *Famiglia (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 780 e ss.

37 Ad avviso di A. RENDA, *Il matrimonio civile*, cit., 59 s., l'enunciato dell'art. 29 Cost. «è provvisto di un significato precettivo chiaro, il quale a propria volta – lungi dall'imporre come necessaria una correlazione tra famiglia e matrimonio puramente contingente, cioè dall'universalizzare ciò che è particolare – è dotato di un

condividersi il senso di quelle iniziative che, nonostante la proclamata pluralità, che dovrebbe essere indice di diversità, delle c.dd. forme familiari, finiscono per approdare ad una richiesta regolamentazione che, in sostanza, tende a parificare situazioni la cui profonda differenziazione dovrebbe suggerire ben altri percorsi di riflessione<sup>38</sup>.

Risuonano allora ancora attuali le parole di un grande Maestro della civilistica italiana che, in un momento storico che già segnava un'inversione di tendenza rispetto al modello del matrimonio-istituzione (il quale aveva in precedenza preso il posto di quello del matrimonio-contratto), rilevava che «ormai il matrimonio civile non è più una forma giuridica preordinata alla realizzazione di valori etici e sociali consacrati dalla tradizione e dei quali il legislatore si fa portatore e difensore»<sup>39</sup>. Al contempo, tuttavia, si evidenziava la scelta di senso insita nella struttura familiare matrimoniale, comunque affidata al recupero da parte dell'uomo moderno di una (necessaria) sensibilità sociale alla dimensione valoriale, la cui affermazione non può certo imporsi per via giuridica<sup>40</sup>.

Nell'attuale contesto, allora, occorre recuperare (e rafforzare) la consapevolezza che il diritto non può avere, rispetto a questioni di questo tipo, un approccio che traduca semplicemente il mutare dei tempi, con il rischio di smarrire la funzione pedagogica che un ordinamento giuridico è certamente chiamato ad assicurare. La circostanza che questo percorso rimanga non generalizzabile, in considerazione di scelte altre che hanno mosso e tuttora muovono gli ordinamenti di altri Paesi diversi dal nostro, non può ritenersi decisiva, in ragione del fatto che la caratterizzazione pluralistica della società (che certamente è fenomeno globalizzato) non priva un legislatore (come peraltro anche riconosciuto dalle dichiarazioni di principio sovranazionali) del proprio potere di conformazione a valori (non affidati ai mutevoli mutamenti di una società sempre più instabile, confusa e liquida) che la tradizione esprime quale portato non di un mero costume ma di un'affermazione profonda di senso, propria cioè di ciascun essere umano.

---

solido fondamento antropologico. La scelta dei Costituenti di associare la famiglia al matrimonio è ben più che espressiva di una fedeltà alla tradizione culturale occidentale, quale si è manifestata – per riferirsi soltanto a due delle esperienze che più hanno contribuito alla formazione della nostra identità – nel mondo greco ed in quello romano, poiché può affermarsi che non v'è società che non distingua tra famiglia fondata sul matrimonio ed unioni di fatto».

38 Il processo di differenziazione da un unico modello di famiglia (quello fondato sul matrimonio) ad una molteplicità di tipi familiari è presente, tra gli altri, in G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, V, 1, Milano, 2002, pp.185 e ss.

39 L. MENGONI, *Nuovi orientamenti nel matrimonio civile*, cit., p. 112.

40 In tal senso L. MENGONI, *Nuovi orientamenti nel matrimonio civile*, cit., p. 112.

**KEYWORDS:** Family – Marriage – Same-sex marriage – National law – European law

**ABSTRACT:** With respect to the relativisation of the familial form must double signaling the profound difference between the family founded on marriage and other forms of cohabitation, whether they are heterosexual or homosexual. The choice of the Italian Constitution gave prominence to the family (heterosexual) founded on marriage; that choice cannot be questioned from different directions at European level. It is, in fact, a perspective of values which results in a model system of our legal rules.