



# IDENTITÀ DI SESSO ED ISTITUZIONE MATRIMONIALE

di Carmine Lazzaro

SOMMARIO: 1. I nuovi modelli familiari; 2. La rivoluzione copernicana delle nozze tra coppie omosessuali: l'Italia si adegua al resto d'Europa?

1. Il panorama dei rapporti familiari, rispetto a quelli tradizionali, si è arricchito di modelli diversi che rivendicano il proprio spazio di tutela e forme sempre più intense di riconoscimento<sup>1</sup>.

E' acquisito da tempo il dato che non esiste più un solo modello monolitico di famiglia, fondata sul matrimonio, ma ne esistono diversi, sicché bisogna parlare di "famiglie" e non di "famiglia"<sup>2</sup>.

Questo fenomeno di pluralizzazione degli istituti nasce dalla tensione e dall'integrazione tra dato reale e dato positivo, che variano col passare del tempo<sup>3</sup>.

Dalla società promanano interessi e valori di nuovo conio che richiedono maggiori garanzie a livello giuridico<sup>4</sup>; si sviluppa, così, un diritto in continua trasformazione<sup>5</sup>, che, senza mai

---

<sup>1</sup> In tal senso C. MAZZÚ, *La famiglia degli affetti*, in *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, Torino, I, 1 ss., 25, il quale giustamente sottolinea che «L'aspirazione profonda verso un assetto di regole condivise accomuna situazioni diverse di vita, sicché la transizione dal piano sociologico a quello giuridico si svolge lungo un sentiero che si snoda tra le regole esistenti e cerca sblocco nella loro applicazione alle situazioni nuove. Questo è l'itinerario che ha percorso quel variegato sistema di relazioni personali definibili in negativo come unioni non convenzionali, uno dei cui possibili approdi è la figura del contratto di convivenza, negozio ancora atipico, espressivo di un bisogno diffuso di certezze esistenziali e stabilità di rapporti giuridici presenti e futuri».

<sup>2</sup> Evidentemente, il rischio di una situazione di complessità generalizzata è che si realizzi un significativo scollamento tra famiglia legale e famiglia reale e, soprattutto, che il diritto non riesca ad adeguarsi puntualmente alle mutevoli e nuove esigenze della realtà socio-economica. Per maggiori approfondimenti si rinvia a V. SCALISI, *La famiglia e le famiglie*, in *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, 15 ss.

<sup>3</sup> Cfr. S. PUGLIATTI, *Il diritto ieri oggi domani, ultima lezione*, Milano, 1993, 12, il quale, nella sua ultima lezione, tenutasi presso l'Aula Magna dell'Università degli Studi di Messina, sottolineava che «[...] ciascun componente una collettività produce agendo e consuma diritto o valori giuridici anche senza averne coscienza, come del resto, parlando, ognuno di noi fa della prosa senza saperlo. Ciò significa che l'agere di quel soggetto, valutato sulla base di una norma che è fonte del criterio del giudizio giuridico non è in contrasto, anzi è in armonia con la norma. Produce cioè, comunque sia stata posta la norma, valori e non disvalori giuridici».

<sup>4</sup> Sul punto v. S. PUGLIATTI, *Il diritto ieri oggi domani, cit.*, 16, ove l'A. afferma che «[...] si deve poter pretendere che un provvedimento legislativo venga emanato per ottemperare ad una reale esigenza e sia tale da conformarsi integralmente a codeste esigenze e non che sia suggerito da ragioni allotrie o si pieghi verso tali ragioni».

<sup>5</sup> Viviamo in una società complessa ed altamente differenziata, emergono dalla vita quotidiana valori nuovi ed esigenze un tempo neppure pensabili, il che non può non produrre degli sconvolgimenti anche in ambito giuridico. Sottolinea mirabilmente questa situazione di complessità D. MESSINETTI, *Ermeneutica giuridica e contesti normativi "aperti"*, in *Il ruolo*



distaccarsi dalla realtà, deve restare funzionale alle esigenze della collettività, aggiornandosi continuamente<sup>6</sup>.

L'espressione "istituzione matrimoniale" sintetizza questa complessità che pervade l'intero diritto di famiglia. Si tratta, infatti, di una locuzione ad ampio spettro da cui si evince una modulazione di forme più articolata, all'interno della quale è facile distinguere la "società naturale classica", costituzionalmente intesa, la famiglia legittima fondata sul matrimonio; ma da cui può desumersi, *a contrario*, l'esistenza di formazioni sociali, comunque meritevoli di tutela, purchè connotate da tendenziale stabilità del rapporto, condivisione patrimoniale ed assistenza reciproca, sia morale che materiale<sup>7</sup>.

L'istituzione familiare non va pensata come qualcosa di oggettivamente predefinito, di ontologicamente determinabile *a priori*, dovendosi, invece, *a posteriori*, avere riguardo a ciò che, in un dato momento storico e secondo il particolare tipo e stile di vita praticato, assume rilevanza per i consociati<sup>8</sup>.

---

*della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2007, 215 ss., 217, ove correttamente si precisa che «In realtà, cultura e stile di vita dei gruppi sociali non sono mere astrazioni. Se è legittimo parlare della società come sistema di valori sui quali sono modellati i contenuti della coscienza collettiva dei consociati, e in questo senso si può individuare nell'ordinamento giuridico un fattore sociale unificante, tuttavia la società non è un gruppo monolitico, poiché al suo interno si formano infrasistemi culturali differenziati e graduati in funzione del peso dei valori rappresentati».

<sup>6</sup> In proposito, cfr. V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1043 ss., 1287 ss., ora in *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, 63, il quale sottolinea come il diritto fosse «[...] all'inizio in preminente posizione "dominante" e successivamente invece in funzione sempre meno "potestativa" e progressivamente sempre più "recettiva" e servente».

<sup>7</sup> Da ultimo, Cass. civ., sez. I, 22 gennaio 2014, n. 1277, in *Foro it.*, 2014, 4, I, 1149, ove la S.C. evidenzia che «Posto che la convivenza di fatto, pur solo frammentariamente disciplinata dalla legge, dà luogo ad una formazione sociale meritevole di tutela, da cui scaturiscono reciproci doveri solidaristici di assistenza anche materiale, con rilevanza sociale e morale, costituiscono adempimento di obbligazione naturale, e pertanto non possono essere chieste in restituzione, le periodiche dazioni di somme di denaro da parte dell'un partner in favore dell'altro, in relazione alla convivenza, sempre che le stesse siano spontanee e nel rispetto dei principi di adeguatezza e di proporzionalità tra i mezzi dell'adempiente e le esigenze da soddisfare dell'altro, tenuto conto del contesto socio-economico delle parti e della concreta situazione in cui i pretesi adempimenti vengono effettuati (la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso la ricorrenza dell'obbligazione naturale in relazione ai periodici versamenti di denaro effettuati da un uomo alla partner, nel corso della convivenza svoltasi per diversi anni in Cina, ove egli si era trasferito per lavoro, al fine di consentirle l'estinzione di una precedente posizione debitoria personale, sul rilievo che la donna aveva sì dato le dimissioni da un'attività ben retribuita in Italia, per seguire il compagno all'estero, ma senza che quest'ultimo avesse esercitato alcuna pressione al riguardo, così illegittimamente attribuendosi ai versamenti in parola una valenza indennitaria)».

<sup>8</sup> Sul punto importante la precisazione di V. SCALISI, *La famiglia e le famiglie*, cit., 16, il quale afferma che «[...] la tensione dialettica tra fatto e valore, essere e dover-essere conosce da tempo una variazione particolare, che è quella della ricerca del giusto rapporto tra il momento della libertà e quello dell'imposizione autoritativa da parte del diritto. Il conflitto apparentemente irriducibile si compone, solo che si rifletta che libertà non è spazio di indifferenza normativa, ma riconoscimento giuridico accordato alla famiglia nella spontaneità dinamica delle sue diverse modalità di realizzazione; mentre l'autorità a sua volta non è etero-direzione e neppure negazione di autonomia decisionale, ma garanzia anch'essa di tutela giuridica delle diverse realtà familiari, sebbene secondo canoni e criteri valutativi provenienti dall'ordinamento. Anche per questo verso si conferma qui l'utilità di un metodo di studio basato su una considerazione pluralistica e storico-reale della istituzione familiare».



La famiglia moderna, infatti, più che una comunità di produzione e di accumulazione patrimoniale (come appariva nella sua rappresentazione tradizionale nell'ambito della "famiglia patriarcale"), accentua ora il suo connotato di vera e propria comunità di affetti, rivolta alla soddisfazione di bisogni materiali ed educativi<sup>9</sup>.

La fattispecie della famiglia, che la Costituzione descrive, ruota attorno alla famiglia fondata sul matrimonio<sup>10</sup>; ma, a ben vedere, nel momento in cui, all'art. 30 Cost., si precisa che "la legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale", il legislatore costituzionale si spinge oltre, rilevando l'ammissibilità di ipotesi che superano il nesso tra famiglia e matrimonio<sup>11</sup>.

L'esperienza dimostra che esiste nel sistema anche la famiglia non fondata sul matrimonio<sup>12</sup>, che è ormai un fenomeno concreto e tangibile a livello europeo<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> I figli abbandonano il tetto familiare in età piuttosto avanzata (il più delle volte alla conclusione degli studi), abusando delle finanze dei genitori senza contribuire in alcun modo, il che li rende poco propensi al sacrificio, al lavoro, nonché poco incentivati ad assumersi obblighi di qualsivoglia natura.

<sup>10</sup> Sul punto cfr. F. PROSPERI, *La famiglia non "fondata sul matrimonio"*, Edizioni scientifiche italiane, Camerino, 1980, 134, il quale rileva che «[...] la famiglia fondata sul matrimonio gode nella Carta costituzionale di una chiara preferenza. Preferenza che [...] trova la propria giustificazione nel presupposto che il matrimonio, di norma, prova la serietà dell'impegno «familiare» di chi lo contrae e, di conseguenza, sembra garantire una sufficiente stabilità del rapporto, carattere certo indispensabile alla comunità familiare perché possa costituire realmente un luogo utile alla realizzazione della persona. Di ciò si dovrà ovviamente tener conto, non soltanto nel rivendicare per la famiglia legittima l'indiscutibile necessità di una sua tutela in forma privilegiata, ma anche per individuare le situazioni familiari atipiche che siano meritevoli di una tutela in qualche modo analoga a quella predisposta per la famiglia fondata sul matrimonio».

<sup>11</sup> Cfr. C. VERDE, *Profili evolutivi dell'autonomia negoziale nelle relazioni di tipo "familiare"*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2014, 2, 39 ss., 49-50, il quale, dopo aver evidenziato il profondo mutamento della coscienza sociale e del costume che ha portato all'ingresso nel nostro ordinamento di nuovi valori giuridici ai quali viene garantita una copertura costituzionale di notevole spessore, con riferimento a quelle che definisce famiglie "senza matrimonio", fa notare che «In queste fattispecie di fatto ha rilievo il rapporto affettivo e non l'atto costitutivo del rapporto».

<sup>12</sup> V. S. D'ERCOLE, *Famiglia di fatto*, in *Dizionario del diritto privato, Diritto civile*, a cura di N. Irti, Varese, 1980, 1, 349 ss., 373 ss., ove si criticano espressamente le due soluzioni prospettate dalla dottrina del tempo: si suggeriva, da un lato, di equiparare la convivenza di fatto al matrimonio, evidenziando l'ammissibilità di un *cd. matrimonio naturale* (al pari del matrimonio civile e di quello concordatario); dall'altro, di attribuire alla convivenza di fatto un ruolo di famiglia minore, "giuridicizzando" alcuni rapporti nascenti dalla convivenza di fatto, sia personali che patrimoniali. L'A., infatti, sottolinea (374) che «La libertà sessuale [...] – meglio potrebbe dirsi la libertà di vivere i propri legami nella sfera dell'amicizia e nel segno della conferma quotidiana –, è un diritto fondamentale e da conservare. Eliminarlo o ridurlo, come si vorrebbe da certi riformatori, significherebbe condurre tante esperienze rispettabili entro schemi forzati, ed allargare l'influenza del diritto a territori in cui nessun legislatore, almeno da noi, si è mai spinto». L'A. conclude auspicando «una rinuncia del legislatore dinanzi alle convivenze di fatto, affinché sia mantenuto il rispetto di chi consapevolmente, e per i più diversi motivi, vive la propria vicenda sentimentale senza il supporto e le garanzie della legge».

<sup>13</sup> Già F. PROSPERI, *La famiglia non "fondata sul matrimonio"*, cit., 131, notava che «L'aver individuato nell'art. 29 cost. un rinvio di ordine generale alla concretezza dei rapporti sociali per la determinazione della nozione di famiglia, non può essere momento capace di esaurire l'indagine sulla portata giuridica di tale nozione. Fermarsi a questo punto equivarrebbe ad arrestarsi all'«essere» giuridico, cioè, alla mera recezione nel mondo del diritto della definizione del fenomeno familiare. Ma l'esperienza giuridica è anche «dover essere» e il concetto giuridico di famiglia si compone anche di quest'aspetto». L'A. dava una prima definizione onnicomprensiva di "famiglia", sottolineando (132) che «Il quadro così tracciato sembra ora sufficiente a delineare in modo soddisfacente un profilo giuridico della famiglia che sia ampio



Sul piano giuridico, per la Corte dei diritti dell'uomo, infatti, la famiglia non fondata sul matrimonio è dotata di uguale dignità rispetto a quella fondata sul matrimonio.

Sul terreno sociologico, si registra che sempre più diffuse sono le cd. convivenze *more uxorio*<sup>14</sup>.

Come si vedrà meglio in seguito, per quanto esistano norme che riconoscono i diritti delle coppie conviventi, il legislatore esita di fronte ad alcuni temi<sup>15</sup>, tant'è che è stato essenziale sul punto il ruolo sostitutivo della giurisprudenza, volto a colmare le ormai inaccettabili lacune di tutela del convivente in genere e di quello *more uxorio* in particolare<sup>16</sup>.

---

*abbastanza per ricomprendere, come pare necessario, almeno ogni fattispecie che il diritto disciplina qualificandola espressamente come familiare, ma, nello stesso tempo, non così generico da non potersi escludere dalla qualifica di familiare ogni rapporto personale per quanto «stravagante» ed estemporaneo questo sia. Conclusivamente, si ritiene che il profilo in questione sia correttamente espresso definendo la famiglia quella comunità storicamente qualificata tale che, legata da stretti vincoli di solidarietà, sia funzionale al pieno e libero sviluppo della personalità dei propri membri. E il concetto non sembra davvero né vago né ambiguo, garantendo il rinvio alla concreta realtà storica una sicura, anche se non statica, obiettività».*

<sup>14</sup> Di recente, l'espressione convivenze *more uxorio*, nata in un primo momento con riferimento alle convivenze tra coppie eterosessuali, è stata estesa dalla giurisprudenza anche alle coppie omosessuali; in tal senso Trib. Milano, 15 dicembre 2009, in *D&L Riv. critica dir. lav.*, 2010, 1, 152, ove il giudice afferma che «L'interpretazione della locuzione "more uxorio" deve essere condotta secondo i principi dettati dall'art. 1369 c.c. e alla luce dei principi generali dell'ordinamento nazionale e comunitario che impongono di attribuire alla stessa un significato non discriminatorio, con la conseguenza che tale locuzione deve ritenersi compatibile anche con la convivenza omosessuale»; e, ancora, Corte App. di Milano, 31 agosto 2012, n. 407, in *D&L Riv. critica dir. lav.*, 2012, 4, 1044, in cui si precisa che «Nel nostro ordinamento l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, costituisce una formazione sociale ex art. 2 Cost. e, in quanto tale, le persone che la compongono sono titolari del diritto fondamentale di vivere liberamente la loro condizione di coppia. Ne segue che l'espressione "convivenza more uxorio" (intesa quale comunione di vita caratterizzata da stabilità e dall'assenza del vincolo del matrimonio, nonché come nucleo portatore di vincoli di solidarietà e sostegno reciproco) deve essere intesa, conformemente alla funzione sociale del contratto, come riferita anche alle coppie dello stesso sesso; conseguentemente sussiste il diritto alle prestazioni di una Cassa regolata contrattualmente da parte del convivente dello stesso sesso».

<sup>15</sup> Cfr. M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Fam. dir.*, 5/2014, 454, il quale fa notare che «Un fattore decisivo nel processo che ha condotto all'affermazione dell'unicità dello stato di figlio è da rinvenirsi nei profondi mutamenti del costume; basti considerare che la percentuale delle nascite fuori del matrimonio, pari a 2,59 nel 1975, si è elevata al 23,6 nel 2010, a testimoniare, da un lato, la progressiva perdita di esclusività e di prestigio della famiglia fondata sul matrimonio, e, dall'altro, l'accettazione di modelli familiari alternativi».

<sup>16</sup> Cfr. Cass., sez. II civ., 15 settembre 2014, n.19423, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it), ove la S.C. rileva che «La convivenza "more uxorio", quale formazione sociale che dà vita ad un consorzio familiare, determina, sulla casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita in comune, un potere di fatto basato su di un interesse proprio del convivente diverso da quello derivante da ragioni di mera ospitalità e tale da assumere i connotati tipici di una detenzione qualificata, che ha titolo in un negozio giuridico di tipo familiare. Pertanto, l'estromissione violenta o clandestina dall'unità abitativa, compiuta dal convivente proprietario in danno del convivente non proprietario, legittima quest'ultimo alla tutela possessoria, consentendogli di esperire l'azione di spoglio. La legittimazione all'azione di spoglio da parte del convivente *more uxorio* è applicabile anche qualora lo spoglio sia compiuto da un terzo nei confronti del convivente del detentore qualificato del bene. L'azione di spoglio può essere esercitata dal convivente *more uxorio* anche nei confronti dell'erede del proprietario che non era nel possesso dei beni del *de cuius* prima della sua morte, posto che il possesso del defunto si trasferisca all'erede senza soluzione di continuità». In senso analogo anche Cass. civ., sez. II, 21 marzo 2013, n. 7214, in *Giust. Civ.*, 2013, 11-12, I, 2455, ove si evidenzia che «La convivenza "more uxorio", quale formazione sociale che dà vita ad un autentico consorzio familiare, determina, sulla casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita in comune, un potere di fatto basato su di un interesse proprio del convivente ben diverso da quello derivante da



Tuttavia, ad onor del vero, acquistano crescente rilevanza i rapporti coniugali di fatto sia nella legislazione nazionale che regionale<sup>17</sup>: si vedano, in via esemplificativa, l'art. 199, co. 3 c.p.p. che estende la regola dell'astensione dalla testimonianza a chi abbia convissuto come coniuge con l'imputato; l'art. 342 *bis* c.c., rubricato "ordini di protezione contro gli abusi familiari", che equipara, ai fini dell'applicazione con decreto dei provvedimenti *ex* 342 *ter* c.c., il "coniuge" al "convivente"; o, ancora, l'art. 5 l. 40/2004 che consente l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie di maggiorenti di sesso diverso, coniugate o conviventi.

Quanto alla legislazione regionale, le famiglie di fatto sono riconosciute e tutelate in casi espressamente previsti: ad esempio, in materia di edilizia residenziale pubblica, non solo il convivente *more uxorio* è equiparato al coniuge, ma spesso, nell'assegnazione di un alloggio di edilizia sociale, esso è preferito, in caso di decesso dell'assegnatario, a soggetti legati da vincoli di parentela con quest'ultimo (si pensi agli ascendenti)<sup>18</sup>.

L'equiparazione tra "coniuge" e "convivente" rileva talvolta anche a fini successori: questi, infatti, è incluso tra gli aventi diritto all'assegno di reversibilità in caso di prematura dipartita dei consiglieri regionali<sup>19</sup>.

Se è vero, quindi, che i tentativi di riconoscimento dei diritti del "convivente" non mancano<sup>20</sup>, ciononostante è innegabile che, nel nostro panorama giuridico, non ha trovato cittadinanza uno statuto generale della famiglia non fondata sul matrimonio<sup>21</sup>.

---

*ragioni di mera ospitalità, tale da assumere i connotati tipici di una detenzione qualificata, che ha titolo in un negozio giuridico di tipo familiare. Ne consegue che l'estromissione violenta o clandestina dall'unità abitativa, compiuta dal convivente proprietario in danno del convivente non proprietario, legittima quest'ultimo alla tutela possessoria, consentendogli di esperire l'azione di spoglio.*

<sup>17</sup> Per maggiori approfondimenti sul punto si rimanda a N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 105 ss.

<sup>18</sup> Cfr. art. 13, l.r. Piemonte 17 febbraio 2010, n. 3; art. 29, co. 4, l.r. Umbria 28 novembre 2003, n. 44.

<sup>19</sup> Cfr. art. 17, l.r. Veneto 10 marzo 1973, n. 9; art. 19, co. 1, l.r. Lazio 2 maggio 1995, n. 19; art. 16, co. 1, lett. a), l.r. Friuli Venezia Giulia 13 settembre 1995, n. 38.

<sup>20</sup> In sede giurisprudenziale, è stato più volte sancito il diritto del convivente *more uxorio* di subentrare nel contratto di locazione in caso di decesso del compagno/a stipulante il contratto in oggetto. Si suole parlare in tal caso di "successioni anomale". G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, VI ed., 2013, 160, ricorda che «In virtù della sentenza della Corte costituzionale n. 404/1988, anche il convivente *more uxorio* succede ora nel rapporto di locazione dell'abitazione goduta dai conviventi, e condotta dal convivente deceduto (così detta successione legittima anomala)».

<sup>21</sup> Per maggiori approfondimenti sulle continue novità che vanno ad arricchire le non poche *querelles* all'interno del diritto di famiglia italiano, si rimanda a M. SESTA, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, in *Famiglia*, 2003, 1, 123 ss.



Da quanto detto appare evidente la necessità di realizzare una meditata riforma del diritto di famiglia che possa garantire degli *standards* minimi di tutela anche alle cd. famiglie di fatto<sup>22</sup>, fenomeni sempre più diffusi nel panorama sociale italiano, anche in modo da uniformare il nostro diritto a quello comunitario<sup>23</sup>.

D'altronde, come argutamente rilevato da autorevole dottrina, «*la società e la storia bussano alla porta del giurista, ed egli non può fingersi sordo, o tentare di abituarsi al rumore, per non subirne più la molestia*»<sup>24</sup>.

2. In considerazione di quanto fin qui sottolineato, si evince che il matrimonio non è più l'unico strumento giuridico per formare una famiglia, perchè noi siamo abituati a pensare ad una tipologia specifica di matrimonio, quello tra persone di sesso diverso<sup>25</sup>; viceversa, il momento fondativo può essere individuato nella fattualità del rapporto, con scelte che prescindono tanto dalla libertà di stato che dalla diversità di sesso.

Ma in realtà non esiste oggi, in un'ottica europeistica, un'unica tipologia di matrimonio, poiché la “complessità” ha toccato anche quest'istituto. Assistiamo ad una terza fase (e chissà, forse non sarà nemmeno l'ultima!) del matrimonio. Si è passati ad una nuova stagione dell'istituto *de quo*.

---

<sup>22</sup> Sull'argomento cfr. A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in *ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, scritti d'occasione*, III, Milano, 2010, 153 ss., 156, il quale sottolinea che «*Una società moderna, che riconosce nella libertà dell'uomo uno dei valori fondamentali della persona, non può non riconoscere pure che il diritto di vivere trova una sua specificazione essenziale nel diritto di convivere, cioè di dividere la propria vita con un'altra persona che a sua volta accetti di condurre in comune la propria esistenza: e ciò senza passare per la strada, peraltro non sempre percorribile, del matrimonio*».

<sup>23</sup> Sul punto importante la precisazione di F. ALCARO, *La posizione dell'interprete e i limiti dell'armonizzazione*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, cit., 327 ss., 328-329, il quale suggerisce: «*Non solo dunque rivedere le usurate tecniche interpretative, indotte dal mutamento normativo, ma esaminare il profilo della possibile comprensione reciproca e dell'instaurazione di un dialogo, al fine di promuovere quella “comunità degli interpreti”, talvolta evocata, e quindi un insieme di intese su mezzi e metodi dell'interpretazione: si pone dunque il problema del coordinamento e raccordo fra gli interpreti appartenenti a contesti culturali e linguistici diversi, con mentalità, linguaggio e consuetudini differenti. L'interprete ha infatti, in quanto tale, una sua precisa identità e appartenenza caratterizzandosi per quella che è la sua “precomprensione” della realtà; non è mai in ogni caso ipotizzabile, in ogni situazione, un'armonizzazione fra gli interpreti assoluta e costante: e questo è un punto di considerazione non eludibile*».

<sup>24</sup> V. S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in ID., *Scritti giuridici*, V, (1965-1996), Milano, 2011, 1121 ss., 1130.

<sup>25</sup> Sul punto si rimanda a F.D. BUSNELLI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 4/2013, 767, il quale argutamente sottolinea che «*La famiglia europea del secolo scorso, quella della tradizione consegnataci dai codici civili anteriori all'ultima guerra mondiale, ma anche quella ammodernata dalle costituzioni del dopoguerra, è ormai in frantumi. [...] Ma anche la più moderna definizione di famiglia consacrata dalle Carte costituzionali europee del secondo dopoguerra (l'art. 6 della Legge fondamentale tedesca, l'art. 29 della nostra Costituzione) è ormai in crisi*». L.A., evidenziando come ogni certezza in materia di diritto di famiglia sia stata “rapidamente battuta in breccia”, afferma (768): «*Cbi avrebbe mai immaginato [...] che l'isola della famiglia sarebbe diventata un arcipelago?*».



Nel passaggio alla qualificazione giuridica del fatto, noi siamo stati educati nella convinzione che la diversità di sesso costituisca il presupposto necessario, non solo biologico, ma anche sociologico, del matrimonio, costitutivo della famiglia, identificata con quella nascente dal matrimonio.

Adesso sappiamo che non è più così (o, almeno, alla luce del recente *excursus* giurisprudenziale, non dovrebbe esserlo!), a fronte di modelli alternativi di famiglia, che si pongono a confronto con quella fondata sul matrimonio.

Ci troviamo innanzi ad una “*famiglia senza più frontiere, aperta e in libera concorrenza*”<sup>26</sup>.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, nell'interpretazione di alcune disposizioni CEDU (artt. 12-14) mostra di aver maturato un convincimento e fissa un principio: è legittimo il matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>27</sup>.

C'è una sentenza della stessa Corte (ribadita di recente) che propende per questa soluzione<sup>28</sup>.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è attestata sulle stesse posizioni della Corte EDU<sup>29</sup>. Non dimentichiamoci che nella Carta di Nizza c'è un riferimento al diritto

---

<sup>26</sup> Cfr. V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, cit., 3 ss., 9, ove si precisa che «Famiglia, dunque, ormai senza più frontiere, aperta e in libera concorrenza, quasi come il mercato. Urge allora reinterrogarsi sul principio “famiglia”, ovvero sulla essenza di ciò che, pur nella pluralità, consente ancora di fissare l'identità e il sicuro criterio di riconoscibilità della istituzione familiare, onde recuperare quell'indispensabile tratto unitario, comune ai diversi modelli, senza il quale la pluralità è destinata a divenire solo atomizzazione dispersiva e varietà dissolvente. Questo compito, prima che al piano della positività o alla competenza delle Corti, appartiene principalmente alla cultura giuridica, in quanto scienza del dover essere, perché la famiglia appunto questo è: nesso di necessaria coappartenenza tra Sein e Sollen, tra realtà e regola».

<sup>27</sup> Per maggiori approfondimenti, si rinvia a M.G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e “terzo genitore”: le esperienze francesi e italiane*, in *Famiglia e diritto*, 2/2012, 201 ss., 206.

<sup>28</sup> Sentenza CEDU del 24 giugno 2010, sez. I, caso “Schalk e Kopf c. Austria”, n. 30141/04, in *Alfam (Actualité juridique famille)*, 2010, 333. Di recente la CEDU, sez. Grande Chambre, 7 novembre 2013, n. 29381, in *Guida dir.*, 2013, 47, 103, ha puntualizzato che «Gli Stati non hanno un obbligo di adottare misure positive volte a riconoscere unioni civili per coppie dello stesso sesso ma, nel momento in cui emanano una legge sulle unioni civili per coppie eterosessuali, non possono prevedere un'esclusione per coppie dello stesso sesso. Costituisce una violazione del diritto al rispetto della vita familiare e del divieto di ogni discriminazione l'assoluta impossibilità per coppie dello stesso sesso di accedere alle unioni civili anche considerando che si trovano in una situazione analoga alle coppie eterosessuali».

<sup>29</sup> Sul punto si rinvia a M.G. LUCCIOLI, *Giurisprudenza delle Corti (CGE, CEDU, Corte Costituzionale, Corte di Cassazione) sui profili esistenziali della famiglia*, in [www.comparazionediritto.it](http://www.comparazionediritto.it), ottobre 2012, 1 ss., 9, la quale fa notare che «Un'analoga tendenza ad includere nel concetto di vita familiare il rapporto di convivenza tra persone omosessuali è rilevabile nella giurisprudenza della Corte EU del Lussemburgo, che con sentenza del 7 gennaio 2004 (C-117/01), decidendo sulla esclusione di un convivente transessuale dal diritto alla pensione di reversibilità spettante al coniuge superstite, ha affermato che l'art. 141 CE [...] osta, in linea di principio, ad una legislazione – come quella del Regno Unito – che, in violazione della CEDU, impedisca ad una coppia, uno dei cui componenti sia transessuale, di soddisfare la condizione del matrimonio necessaria affinché uno dei suoi componenti possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro».



fondamentale dei cittadini di sposarsi. In Europa, quindi, non c'è soltanto un orientamento giurisprudenziale, ma addirittura un principio di diritto<sup>30</sup>.

Mentre nella Carta CEDU si parla di uomini e donne, questo riferimento a uomini e donne viene volutamente omissivo nella Carta di Nizza, che, in virtù del Trattato di Lisbona, ha valore giuridico vincolante, quindi diviene un principio vigente anche del nostro ordinamento. In questa direzione va la nostra giurisprudenza.

Del problema è stata investita la Corte Costituzionale, che ha evidenziato come non possa trovare ingresso nel nostro ordinamento il matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>31</sup>, perché non è espressamente previsto<sup>32</sup>. La Consulta, però, aggiunge un *quid pluris*: questo fenomeno non è del tutto irrilevante, perché se, da un lato, non lo si può comunque

---

<sup>30</sup> Non dimentichiamoci che negli altri Stati europei le coppie omosessuali, in vario modo, vedono comunque riconosciuti i propri diritti. La prima legge in assoluto, a livello comunitario, ad occuparsi del fenomeno è stata quella danese nel 1989, istituendo la cd. *registered partnership*, in base alla quale la registrazione dell'unione produce gli stessi effetti giuridici del matrimonio, salvo quanto previsto in materia di adozione e di potestà dei genitori. Hanno optato per una tendenziale equiparazione tra matrimoni eterosessuali ed omosessuali anche Norvegia (1993), Svezia (1994), Islanda (1996), Olanda (1998) e Germania (2001). Sulla stessa lunghezza d'onda anche il Parlamento europeo che, con le risoluzioni dell'8 febbraio 1994 e del 16 marzo 2000, sottolinea la necessità di rimuovere ogni sorta di discriminazione nei confronti delle coppie *gay*. Discorso diverso va fatto per Belgio (1998), Catalogna (1998) e Francia (1999) ove si realizzava una parificazione col trattamento delle coppie conviventi, ma non col matrimonio, preferendosi una forma di tutela *ad hoc*. Recentemente Olanda, Belgio e Spagna hanno radicalmente stravolto la disciplina in materia di matrimonio civile, ammettendo anche il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

<sup>31</sup> Cfr. Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Giust. civ.*, 2010, 6, I, 1294, ove la Consulta precisa che «*È inammissibile, in riferimento agli art. 2 e 117, comma 1, cost., la q.l.c. degli art. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis e 156 bis c.c., nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso. Nonostante nella nozione di "formazione sociale" di cui all'art. 2 Cost. si debba annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri, si deve escludere che tale riconoscimento (che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia) possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio: spetta, infatti, al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire esclusivamente a tutela di specifiche situazioni.*

<sup>32</sup> Sul punto cfr. A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, in *"itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2010*, XIV, Torino, 2011, 1 ss., 5-6, il quale sottolinea che «*La verità – a me pare – è che la Costituzione, qui come altrove, non dice né tutto né niente; e non è inopportuno rammentare che, a voler far dire alla Costituzione giust'appunto ciò che essa invece non dice, così come a negare ciò che dice, si perviene al risultato di renderla muta ed inservibile o, meglio, buona a tutti gli usi, secondo occasionali convenienze e personali preferenze. Con il che, per un verso, si spiana la via a libere e pressoché incontrollabili opzioni del legislatore e, per un altro verso, si dà modo agli stessi controllori di disporre di margini enormi di manovra per far valere le loro letture di un dettato costituzionale svilito a "pagina bianca", neppure in minima parte espressiva e prescrittiva.*



assimilare al matrimonio eterosessuale; dall'altro, quantomeno, lo si può far rientrare nell'ambito delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost<sup>33</sup>.

La Corte costituzionale, con riferimento alle convivenze tra persone dello stesso sesso, non parla, quindi, di famiglia, ma di una "formazione sociale", comunque, meritevole di tutela.

E' come se la Consulta avesse effettuato una "novazione della fonte di rilevanza" delle unioni omosessuali, non prendendo più come parametro costituzionale di riferimento l'art. 29 Cost. declassato, svalutato, modellato sulle esigenze delle coppie omosessuali. Il nuovo fondamento normativo *superprimario*<sup>34</sup> è l'art. 2 Cost., che è a monte rispetto all'art. 29, individuando per le coppie omosessuali un autonomo riconoscimento specifico, ma solo come comunità intermedie, non come famiglie.

La Corte costituzionale suggerisce un canone metodologico *ad hoc*, per assicurare il rispetto della Carta fondamentale. Sta al legislatore, però, fare propri i rilievi della Corte e disciplinare la materia *de qua*, non partendo dall'art. 29 Cost., come se esistesse uno sbiadito art. 29 *bis* da estrapolare nelle maglie del dettato costituzionale per tentare di soddisfare, seppur mediatamente, le esigenze delle coppie omosessuali, ma garantendo l'autonomia normativa che merita il fenomeno in oggetto<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Per maggiori approfondimenti sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale che ha portato alla sentenza in commento v. S. BORDONALI, *Il matrimonio tra conservazione, evoluzione e fughe in avanti*, in *Dir. fam.*, 2011, 2, 555 ss.; G. COSCO, *Le unioni omosessuali e l'orientamento della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2011, 4, 845 ss.

<sup>34</sup> Parla di *norme-principio* intangibili, come tali *superprimarie*, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, tredicesima edizione interamente riveduta da G. Silvestri, Milano, 2013, 302, ove si afferma che «[...] sembra al riguardo di dover convenire con quella teoria (formulata in Italia, fra gli altri, dal MORTATI), secondo la quale esistono limiti assoluti alla revisione costituzionale, che possono essere espressi o impliciti. Siffatti limiti sono dati da quelle norme-principio sulle quali si fonda (e nelle quali dunque si identifica) l'intero sistema costituzionale, che in esse rinvengono i valori politici che lo alimentano e lo stabilizzano nel tempo». Si aggiunge (303), inoltre, che «Ebbene, se le disposizioni nelle quali questi principi sono contenuti fossero abrogate (si pensi, ad esempio, ad una abrogazione dell'art. 1 Cost.) o subissero rilevanti deroghe, verrebbe meno quella parte dell'ordinamento che su di esso si fonda. Non solo, ma il mutamento sarebbe da considerare come la conseguenza di un nuovo modo di intendere i rapporti sociali, di una nuova organizzazione, e dell'affermarsi di nuovi fini politici in seno alla società statale. Di guisa che, non avremmo più la Costituzione modificata, ma una nuova Costituzione, corrispondente (anche se, dal punto di vista formale, la prima fosse conservata) all'venuto mutamento dell'orientamento politico del gruppo sociale organizzato a Stato».

<sup>35</sup> Attualmente, infatti, non esiste un *corpus* unitario di norme che regoli i rapporti di convivenza tra coppie etero/omosessuali. Ad onor del vero, però, bisogna evidenziare la generale libertà dei singoli Comuni di predisporre registri *ad hoc* per provvedere alla registrazione delle convivenze *more uxorio*, il che consente a queste formazioni sociali di essere riconosciute come "nuclei familiari". Si è creato un quadro assai variegato ove, da un lato, alcuni Comuni hanno



L'art. 29 viene ideato unicamente con riferimento alla sola famiglia legittima (eterosessuale) nascente dal matrimonio, non essendo possibile alcuna estensione dell'istituto del matrimonio anche alle persone dello stesso sesso<sup>36</sup>.

Anche la Consulta palesa, quindi, l'esigenza di regolamentare questi rapporti che devono, comunque, essere concepiti all'esterno come seri, e non occasionali.

Il legislatore deve recidere questo nodo gordiano in tempi rapidi, avendo come stella polare la persona in quanto tale, intesa come punto di aggregazione di valori apicali del nostro ordinamento, in un'ottica di solidarietà non solo politica, ma anche sociale.

Dopo un lungo e travagliato *excursus* giurisprudenziale di netta chiusura<sup>37</sup>, interviene di recente la Cassazione<sup>38</sup>, che non avverte gli stessi vincoli e ci consegna una sentenza che fa riflettere: si tratta di un matrimonio giuridicamente rilevante, e come tale, giuridicamente esistente.

---

predisposto un Registro delle unioni civili (Empoli, Pisa, Arezzo, Ferrara, Perugia, Macerata, Ancona, Bari, Livorno ecc.); dall'altro, vi sono stati Comuni che hanno deciso di rilasciare alle coppie omosessuali l'attestazione di famiglia anagrafica (Bologna, Bari, Padova, Torino, Santo Stefano di Cadore). E' giusto precisarlo, però, si tratta di scelte più di carattere politico che pratico.

<sup>36</sup> Per ulteriori approfondimenti si rinvia a P. PALERMO, *Uguaglianza e tradizione nel matrimonio: dall'adulterio alle unioni omosessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 11/2010, II, 537 ss.

<sup>37</sup> Cfr. Corte cost., 5 gennaio 2011, n. 4, in *Giur. cost.*, 2011, 1, 36, ove si rileva che «E' manifestamente infondata la q.l.c. degli art. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis, 156 bis e 231 c.c., censurati, in riferimento agli art. 3 e 29, comma 1, Cost., nella parte in cui non consentono che le persone dello stesso sesso possano contrarre matrimonio. Analoga questione è già stata dichiarata non fondata, sia perché l'art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di matrimonio definita dal codice civile come unione tra persone di sesso diverso, e questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, sia perché le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio e non risultano allegati profili diversi o ulteriori rispetto a quelli già esaminati (sent. n. 138 del 2010; ordd. n. 16, 34, 42 del 2009, 276 del 2010)»; dello stesso avviso, Corte cost., 22 luglio 2010, n. 276, in *Giur. cost.*, 2010, 4, 3386. Con riferimento alla giurisprudenza di merito rilevante è la sentenza della Corte App. di Bologna, sez. I, 18 maggio 2011, in *Dir. fam.*, 2011, 4, 1725, ove si afferma che «Ritenuta l'assoluta inammissibilità, nel nostro ordinamento, di una unione coniugale tra persone dello stesso sesso, qualora uno dei coniugi ottenga ritualmente la rettificazione del proprio sesso si verifica l'automatico scioglimento del vincolo o la cessazione dei suoi effetti civili: negare lo scioglimento automatico, pretendendo che si debba, all'uopo, attendere la pronuncia di divorzio dietro richiesta di uno dei coniugi significherebbe ammettere la possibilità che sopravviva, per un certo periodo, il matrimonio pur tra persone dello stesso sesso, contro i basilari, inderogabili postulati, in materia, del nostro ordinamento, che esige, perché possa sussistere un matrimonio, la diversità sessuale dei partners, requisito immancabile d'ogni unione coniugale».

<sup>38</sup> V. Cass. civ., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Giust. civ.*, 2012, 7-8, I, 1691 ss., in cui la S.C. fa notare 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; anche ai sensi dell'art. 12 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, come evolutivamente interpretato dalla Corte di Strasburgo (sentenza del 24 giugno 2010, "Schalk e Kopf c. Austria"), la diversità di sesso dei nubendi non costituisce presupposto "naturalistico" di "esistenza" del matrimonio. (Fattispecie relativa a cittadini italiani dello stesso sesso, i quali, unitisi in matrimonio nei Paesi Bassi, avevano impugnato il rifiuto di trascrizione dell'atto, opposto dall'ufficiale di stato civile italiano; la S.C., in applicazione del principio, pur respingendo il ricorso degli sposi, ha corretto la motivazione del decreto della Corte territoriale, che aveva legittimato il rifiuto di trascrizione dell'atto in difetto della sua "configurabilità come matrimonio")».



La S.C. non utilizza la categoria della rilevanza giuridica, ma quella dell'esistenza. Il problema è terminologico, ma la sostanza non cambia: si tratta di un fenomeno giuridicamente rilevante, non soltanto come formazione sociale, ma come matrimonio. E' matrimonio anche quello, come tale esiste giuridicamente!

La questione approda in Cassazione su un aspetto specifico, la trascrivibilità di un matrimonio omosessuale.

La Cassazione conclude negativamente, non ammettendone la trascrivibilità, perché non previsto dall'ordinamento italiano.

Il matrimonio è giuridicamente rilevante e tuttavia resta ancora improduttivo di effetti: è necessario un atto del legislatore che traduca la rilevanza in efficacia<sup>39</sup>. Nonostante ciò, non sono mancate voci, seppur sporadiche, di segno opposto.

Bisogna necessariamente mettere in rilievo, in questa sede, la recente ordinanza del Tribunale di Grosseto in cui i giudici abbandonano definitivamente le consuete posizioni oltranziste ed ammettono la trascrizione del matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>40</sup>.

Certamente, quest'ultima pronuncia subisce l'influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, come detto in precedenza, è venuta contrapponendo, a quello tradizionale, un modello (o, come vedremo meglio *infra*, un "non modello") «liberale»

---

<sup>39</sup> Sul punto appare più che mai attuale l'insegnamento di A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1965, XIV, 432 ss., 458, il quale sottolinea che «Stando all'inquadramento tradizionale, l'effetto andrebbe cercato dentro ogni singola norma. Non insegna forse la dottrina tradizionale che l'effetto è una parte della norma, che il modello logico di ogni norma è il rapporto di condizionalità, in cui la parte condizionante è il fatto e la parte condizionata è proprio l'effetto? Il modello logico come tale è ineccepibile e noi stessi addietro lo abbiamo accolto e illustrato. Ma, guardando al procedimento scientifico reale [...], ci si rende conto di questa elementare verità: l'effetto si determina compiutamente non in funzione della singola norma [...] ma in funzione dell'intero sistema. [...] sistema emergente entro campi di evidenza socialmente apprezzabili (codici o leggi, consuetudini o singoli atti esemplari, strutturate istituzioni o fluide relazioni intersoggettive), ma inserito e radicato nella totalità delle sue condizioni reali. Dal punto di vista assiologico-reale l'effetto deve darci la soluzione di un problema generale di vita; esso definisce un interesse giuridico che la norma tutela in quanto e solo in quanto ne risulta in prospettiva il trattamento giuridicamente migliore della situazione degli interessi sociali o individuali definita nella fattispecie».

<sup>40</sup> V. Trib. Grosseto, ordinanza 9 aprile 2014, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 14 aprile 2014, con nota di G. VASSALLO, *Matrimonio gay: Tribunale di Grosseto ordina al Comune di trascrivere*, ove si afferma che «Il matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero può essere trascritto nei Registri dello stato civile, poiché non è contrario all'ordine pubblico, è valido e produce effetti giuridici nel luogo in cui è stato pubblicato e infine non sussiste né a livello di legislazione interna né nelle norme di diritto internazionale privato, un riferimento alla diversità di sesso quale condizione necessaria per contrarre matrimonio. La trascrizione avrà natura certificativa e di pubblicità di una situazione già avvenuta e non costitutiva secondo le regole generali in materia».



di famiglia, volto ad evitare un'illegittima discriminazione fondata sull'orientamento sessuale<sup>41</sup> (vietata dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.), che rinviene il suo presupposto in un'interpretazione lata dell'art. 8 CEDU (confermato dall'art. 7 Carta di Nizza), ai sensi del quale «ciascun individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata familiare»<sup>42</sup>.

Più che parlare di “famiglia”, secondo queste opinioni sociali e giurisprudenziali, viene voglia di parlare di un “non modello” di famiglia, una “non famiglia”, orientandosi verso un indifferenziato “stare insieme”<sup>43</sup>.

La tendenziale omogeneizzazione normativa in sede comunitaria induce a ritenere opportuno realizzare modelli di famiglia definitivamente disancorati dal concetto di matrimonio, che è solo uno di essi, per il quale resta essenziale il requisito della diversità di sesso, come limite ultimo ed invalicabile, proprio attraverso l'enfaticizzazione delle forme di famiglia di cui all'art. 8 CEDU<sup>44</sup>.

Così ricostruita, la famiglia appare una formazione “molecolare” i cui atomi si aggregano in funzione delle loro caratteristiche intrinseche e sono insensibili ai fattori esterni di condizionamento; si proiettano verso l'esterno in virtù della loro forza endogena, che

---

<sup>41</sup> Parla di discriminazione delle coppie omosessuali A. GORGONI, *Famiglie e matrimonio. Profili evolutivi nel diritto europeo*, in [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it), 3/2013, 241 ss. L'A., inoltre, fa presente (256-257) che «[...] secondo la Corte EDU, l'esercizio della riserva di legislazione nazionale su come garantire il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia (art. 8, comma 2, Cedu) deve essere ragionevole. E lo è se l'intervento normativo salvaguarda valori e interessi di particolare rilevanza, poiché la libertà matrimoniale è un principio fondamentale. Quale sarebbe questo interesse continuando a negare il diritto di sposarsi agli omosessuali, se non la difesa (ideologica) di una certa concezione del matrimonio? Si dirà che lo Stato è libero di difendere quella concezione del matrimonio radicata nella tradizione culturale della società. E' vero, ma è altrettanto vero che se il diritto deve rispettare la società, diventa difficile negare con ragione soltanto a talune persone istituti funzionali allo sviluppo della personalità umana; ciò ancor di più quando, per effetto dell'evoluzione della stessa società, si è assistito all'attenuazione della diversità dei sessi nella concezione matrimoniale».

<sup>42</sup> In un quadro storico siffatto risultano estremamente attuali e calzanti le osservazioni di F. RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 517 ss. cui si rinvia.

<sup>43</sup> Cfr. F.D. BUSNELLI, *Frantumi europei di famiglia*, cit., 769, ove si precisa che «La famiglia, dunque, lungi ormai dal riconoscersi in una società naturale (fondata o meno sul matrimonio), assume una dimensione baumanianamente «liquida» di «vita familiare» fino ad assumere le sembianze di una cangiante modalità di «vita privata»; e la vita privata, a sua volta, esige di essere rispettata come espressione della privacy dei singoli individui».

<sup>44</sup> In tal senso F.D. BUSNELLI, *Frantumi europei di famiglia*, cit., 770, il quale dapprima evidenzia che «Porsi il problema di «ri-ordinare» i frantumi europei di famiglia è un compito arduo, che rischia di sfociare in un paradosso: l'avvento, più o meno consapevole, di una pluralità di «famiglie europee», difficilmente riducibili ad unità»; e poi (777) precisa che «A fronte del variegato manifestarsi di queste esperienze di «vita familiare» nella realtà sociale, forte e senza dubbio giustificato è il richiamo ad abbandonare i tentativi di ri-ordinamento «dall'alto» della disciplina della «famiglia» per «rovesciare l'impostazione, ripartendo sempre dal basso dell'esperienza»».



consente di proporsi come portatrice di una regola di relazione capace di confrontarsi con le altre realtà comunitarie, nell'ambito delle quali aspirano ad ottenere riconoscimento e tutela.

Di recente i giudici di merito si sono addirittura spinti oltre, ammettendo l'adozione di un minore da parte di una coppia *gay*<sup>45</sup>, vera e propria *eresia giuridica* fino a pochi anni fa.

Il Tribunale per i minorenni di Roma muove sostanzialmente dalla considerazione che l'art. 44, co. 1, lett. d) l. 184/1983 non discrimina tra coppie conviventi eterosessuali o omosessuali, sottolineando che una lettura in senso diverso sarebbe contraria non solo alla *ratio legis*<sup>46</sup>, ma anche al dato costituzionale, nonché ai principi di cui alla Convenzione Europea sui Diritti Umani e le Libertà Fondamentali (CEDU), di cui l'Italia è parte<sup>47</sup>.

In ragione delle osservazioni precedenti, verrebbe da dire che il matrimonio omosessuale è ormai entrato di diritto nel panorama giuridico italiano.

In realtà, bisogna rilevare delle incongruenze interpretative nei ragionamenti che hanno portato alle pronunce dei Tribunali di Grosseto e Roma.

Quanto al Tribunale di Grosseto, i giudici sottolineano la genericità del contenuto degli artt. 84 ss. c.c., in materia di matrimonio, ove non si rinviene alcun richiamo alla diversità di sesso come presupposto indefettibile del vincolo matrimoniale.

---

<sup>45</sup> Cfr. Trib. per i minorenni di Roma, 30 luglio 2014, n. 299, in [Redazione Giuffrè 2014](#). Prima della sentenza *de qua*, si parlava semplicemente di "possibile affidamento temporaneo" in vista di un reinserimento nella famiglia d'origine; in tal senso cfr. L. BALESTRA, *Affidamento dei minori e convivenza omosessuale*, in [www.giustiziacivile.com](#), 16 marzo 2014, 1 ss., 2, il quale osserva che «Il mosaico che viene dunque componendosi è forgiato da tasselli che depongono per una ricomprensione della convivenza more uxorio, sia etero che omosessuale, nell'ambito di quelle formazioni a chiara matrice affettiva al cui interno la personalità del minore può sicuramente trovare temporaneamente protezione e sviluppo in vista – è bene ribadirlo – di un reinserimento della famiglia di origine».

<sup>46</sup> Il legislatore, a parere del Tribunale, nei casi di cui all'art. 44 l. 184/1983 aspira alla realizzazione del preminente interesse del minore.

<sup>47</sup> Il Tribunale per i minorenni di Roma evidenzia, infatti, che «[...] una volta valutato in concreto il superiore interesse del minore ad essere adottato e l'adeguatezza degli adottanti a prendersene cura, un'interpretazione dell'art. 44, co. 1, lett. d) L. 184/83 che escludesse l'adozione per le coppie omosessuali solo in ragione della predetta omosessualità, al tempo stesso riconoscendo la possibilità di ricorrere a tale istituto alle coppie di fatto eterosessuali, sarebbe un'interpretazione non conforme al dettato costituzionale in quanto lesiva del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) e della tutela dei diritti fondamentali (art. 2 Cost.), fra cui la Corte Costituzionale annovera quello delle unioni omosessuali a vivere liberamente la propria condizione di coppia. [...] una lettura dell'art. 44, co. 1, lett. d) che escludesse dalla possibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari coppie di fatto omosessuali a motivo di tale orientamento sessuale si porrebbe in contrasto con gli artt. 14 e 8 della CEDU. Ed infatti, come chiarito dai giudici costituzionali (in particolare con le sentenze 348 e 349/2007 e 317/2009), l'art. 117, primo comma, della Costituzione opera come "rinvio mobile" alle disposizioni della CEDU – nell'interpretazione che ne dà la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – che acquistano così titolo di fonti interposte e vanno ad integrare il parametro costituzionale di riferimento. Nel rispetto dei principi costituzionali, spetta quindi al giudice ordinario il compito di operare una "interpretazione convenzionalmente orientata" dalle norme nazionali».



A ben vedere, tecnicamente, questa ricostruzione appare inesatta. Non mancano, infatti, sia nel codice civile che nella legislazione speciale, riferimenti alla eterosessualità della coppia: si pensi agli artt. 107-108 c.c., ove si parla di dichiarazione degli sposi di “prendersi rispettivamente in marito e in moglie”; o all’art. 5 l. 898/1970, in cui si precisa che “la donna perde il cognome che aveva aggiunto al proprio a seguito del matrimonio” e si aggiunge che, in casi appositi la donna può “[...] conservare il cognome del marito [...]”; o, ancora, all’art. 5 l. 40/2004 che consente l’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle “coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi”.

Quest’ultima norma consente di dissentire anche con la pronuncia del Tribunale per i minorenni di Roma che apre le porte all’adozione dei minori da parte delle coppie omosessuali<sup>48</sup>.

*In primis*, appare doveroso un rilievo di carattere logico: lo *status filiationis*, acquisito mediante procreazione medicalmente assistita nei confronti della madre biologica, come tutti gli *status* inerenti alla persona o, meglio, che consentono di identificare la persona, non è un *quid* che si possa trasferire a proprio piacimento. Non si può acquisire uno *status* che è in sé indisponibile; non basta, infatti, il consenso delle parti interessate, come nel caso di specie.

Il Tribunale di Roma parla correttamente di interesse primario del minore, ed allora vien da chiedersi se il ragionamento del giudice non sia viziato da un errore di fondo: che dire, infatti, dell’interesse del minore alla certezza degli *status*, in particolare, alla tutela della sua identità, del suo diritto ad instaurare una relazione familiare conforme a quelle esistenti nell’ambiente sociale in cui cresce e sviluppa la sua personalità?<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Si tratta del primo caso in Italia di *stepchild adoption*: il Tribunale ha accolto, nell’interesse del minore, la richiesta di adozione presentata da una donna convivente della madre biologica (che aveva fatto ricorso, a sua volta, alla tecnica di procreazione medicalmente assistita in Spagna).

<sup>49</sup> Cfr. C. MAZZÚ, *L’identità come stella polare nella traversata del deserto dal non essere all’essere*, in *L’arco di Giano*, 2007, 53, 33 ss., 34, ove si sottolinea che «[...] l’identità è divenuta oggetto della tutela, cioè un valore protetto di cui il soggetto giuridico è portatore». L’A. parla (35) di «passaggio dal piano dell’Essere a quello dell’“essere nella situazione”, dell’“esserci”, nella dimensione esistenziale ed irripetibile della persona che si pone in relazione con gli altri [...]» ed evidenzia (36) che «Il sistema dei rapporti contemporanei si dibatte in una contraddizione stridente: da una parte, il dinamismo delle relazioni economiche, figlie dell’apertura dei mercati e delle forme conseguenti di globalizzazione; dall’altra, la ricerca di lidi sicuri per l’approdo dell’esistenza, utilizzando lo steccato invisibile ma insuperabile delle “appartenenze”, per resistere alle invasioni dei “diversi”».



In secondo luogo, dando una lettura in chiave sistematica, appare lapalissiana la volontà del legislatore di concepire la famiglia “in senso tradizionale”, avendo effettuato quest’ultimo, evidentemente, *ab origine* una scelta di campo precisa, propendendo per la riconoscibilità soltanto del matrimonio tra persone di sesso diverso.

Il dettato normativo attualmente vigente sembra evidenziarlo a più riprese, non solo, come visto, a livello di legislazione primaria, ma anche a livello costituzionale. Se è pur vero, infatti, che l’art. 29 Cost. parla semplicemente di famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio” e di “eguaglianza morale e giuridica dei coniugi”, senza specificare null’altro in relazione agli orientamenti sessuali di questi ultimi<sup>50</sup>; è anche vero, però, che l’art. 29 va letto in stretta connessione con gli artt. 30 - 31 Cost. ove si fa riferimento al rapporto genitori/figli, alla tutela della maternità<sup>51</sup>. A meno che non si voglia credere alla favola raccontata ai ragazzini della “cicogna che porta i figli”, un assunto sicuramente incontestabile a livello medico è che ai fini della procreazione è necessaria la diversità di sesso dei soggetti interessati. Ragione quest’ultima che ha spinto il legislatore a formulare in modo chiaro l’art. 5 l. 40/2004, in cui, come detto, si fa riferimento alle “sole” coppie di maggiorenni di sesso diverso.

---

<sup>50</sup> Critico sul punto A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come “famiglie”*, cit., 10-11, P.A. osserva che «[...] il sintagma “società naturale”, a mo’ di macigno, fa da ostacolo ad un esito ricostruttivo volto ad una indiscriminata apertura a qualsivoglia unione unicamente fondata sull’affectio e sulla volontà, che da essa scaturisce e incessantemente si alimenta, del vivere assieme componendo una “famiglia”. Risulta male impostata la questione da parte di quanti [...] fanno notare che la Carta non fa espresso divieto di “matrimoni” tra persone del medesimo sesso e che quella di “matrimonio” è, appunto, una nozione rimessa a discrezionali (e, perciò, mutevoli) opzioni del legislatore che, così come oggi non acconsente a matrimoni siffatti, potrebbe domani invece spianare la via alla loro costituzione. La questione è [...], in nuce, di teoria della Costituzione: in buona sostanza, si viene da questi autori dicendo che la Costituzione non dice nulla, col fatto stesso che si aprirebbe a ... tutto, a qualunque forma di unione coniugale. Di modo che le stesse unioni policoniugali non rinverrebbero alcun ostacolo esplicito nella Carta alla loro ammissibilità: gli stessi principi degli artt. 2 e 3, evocati in campo a sostegno dei matrimoni tra omosessuali, potrebbero ad ugual titolo essere richiamati da soggetti che, per religione o cultura (in ampia accezione), si dichiarino favorevoli alla costituzione di “famiglie” siffatte».

<sup>51</sup> V. M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in Riv. dir. civ., 1/2014, 1 ss., 10, ove si fa notare che «Ed anche a voler interpretare l’art. 29 Cost. come fattispecie aperta, volta a ricomprendere in essa i modelli familiari concretamente esistenti nella realtà sociale, resta pur sempre che la disposizione non consente di includervi a pieno titolo relazioni senza matrimonio. Sembra a chi scrive che la peculiare tutela della famiglia matrimoniale di cui all’art. 29 Cost. non possa ridursi alla sola relazione tra coniugi, ma ricomprenda necessariamente quella che li lega ai loro figli: è vero che l’art. 30 Cost. è espressamente dedicato alla relazione genitori-figli, ma non v’è dubbio che il legame tra famiglia matrimoniale e filiazione emerga con tutta chiarezza dal combinato disposto degli artt. 29 e 30, commi 1° e 3°, Cost., che contribuiscono a disegnare l’unico tipo di famiglia legale espressamente contemplato dal Costituente, che è quello fondato sul matrimonio. Il che non significa certamente che la Costituzione ostacoli la tutela di altri modelli familiari, quale la famiglia di fatto, senza tuttavia consentirne l’unificazione con quello «legale», inteso, si osservi, sia con riferimento al rapporto verticale sia a quello orizzontale, come bene risulta dai richiamati commi 1° e 3° dell’art. 30 Cost. [...]».



E' stato, anche di recente, ribadito che la famiglia ruota attorno ai figli: il concepimento dei figli è l'obiettivo ultimo e fondamentale del matrimonio; la famiglia, come concepita nell'immaginario collettivo, è costituita dai genitori, ma anche dalla prole<sup>52</sup>.

Tuttavia, sembra riduttivo esaltare la procreazione e considerarla l'unico obiettivo del vincolo matrimoniale; altrimenti, si rischierebbe di indebolire il valore dell'affettività, che precede e va oltre la capacità procreativa della coppia coniugata.

Il Tribunale di Roma pare attenuare l'aspetto sessuale/riproduttivo, sacrificandolo sull'altare dell'interesse del minore, ma la domanda sorge spontanea: è davvero questo il modo più corretto per tutelare l'interesse del minore? Non sarebbe opportuno, allo stato dei fatti, vagliare altre strade? Non può applicarsi lo statuto familiare alle coppie omosessuali, non possiamo parlare, nel caso di specie, infatti, di vere e proprie famiglie in senso naturalistico/giuridico.

Il vincolo matrimoniale, come concepito nel nostro attuale sistema giuridico, poggia in modo indubitabile sulla diversità di sesso<sup>53</sup>.

Sul punto basterebbe ricordare la definizione romana del matrimonio elaborata da Modestino e riportata nelle Istituzioni giustinianee (D.23.2.1.), secondo cui "*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*". Pertanto, più che un problema di discriminazione delle coppie omosessuali, ci troviamo ad affrontare un problema di carattere definitorio: si tratta "soltanto" di mantenere o meno il *nomen iuris* di un istituto (il matrimonio) che, a partire dal diritto romano, tradizionalmente, ha

---

<sup>52</sup> Dello stesso avviso A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, cit., 8-9, il quale afferma che «Non risolutivo è invece il richiamo, fatto dai sostenitori del matrimonio anche tra omosessuali, all'idea secondo cui la famiglia non sempre ed esclusivamente si costituisce allo scopo della procreazione, nel mentre il rapporto di filiazione può – com'è noto – istituirsi altresì ricorrendo all'istituto dell'adozione. È vero, infatti, che "famiglie", nell'accezione costituzionale del termine, possono aversi anche tra soggetti che palesemente non sono in grado di generare (ad es. per ragioni di età), ma è pur vero che ordinariamente, seppur non necessariamente, la famiglia è il luogo elettivo per la trasmissione della specie».

<sup>53</sup> In tal senso G. GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, cit., 479 ss., 501-502, ove, in ossequio all'impostazione tradizionale, si evidenzia che «[...] deve ritenersi preclusa, tenuto conto di quanto già chiarito a proposito della interpretazione degli artt. 29, 30, 31 Cost., - che presuppongono la eterosessualità – la legittimità costituzionale di un intervento legislativo che sia diretto, per le coppie omosessuali ad individuare un modello di famiglia che presenti analogie con quello fondato sul matrimonio, non consentendo l'attuale quadro normativo costituzionale alterazioni radicali introdotte da una legge ordinaria. Il legislatore ordinario non potrebbe, ai sensi dell'art. 29 Cost., realizzare una categoria giuridica che, anche se non denominata famiglia, riprendesse tutti gli elementi propri della famiglia in senso tecnico giuridico. Si realizzerebbe, in tale guisa, quello che è stato definito in dottrina come legge in frode alla legge (costituzionale)».



contraddistinto un dato tipo di unione, quella tra coppie eterosessuali, quando è caratterizzata da un elemento volitivo, che ne assicura la stabilità e dal quale potenzialmente può originare la prole<sup>54</sup>. Il termine “matrimonio”, nella sua accezione classica, deve necessariamente essere accostato alle unioni eterosessuali, non potendosi ammettere letture divergenti.

L'eventuale differente configurazione dell'istituto matrimoniale, più che risolvere un problema di discriminazione, rischierebbe, all'opposto, di realizzare un abuso del ricorso al principio di uguaglianza.

Se anche si volesse scardinare la rigidità del nostro ordinamento con astuzie tipiche della fantasia giuridica italiana, si potrebbe focalizzare l'attenzione sul cd. “non detto”, rilevando, da un lato, che la Costituzione parla di “società naturale fondata sul matrimonio”, di “coniugi”, senza alcuna specificazione; sottolineando, dall'altro, che il codice civile non fa riferimento in materia matrimoniale al sesso delle persone quale condizione per contrarre matrimonio. Ciononostante, potrebbe, al contempo, risponderci a siffatte obiezioni con un'uguale (e contraria) “astuzia interpretativa”, evidenziando che, nel caso di specie, non può parlarsi di lacuna del diritto: quest'ultima, infatti, potrebbe essere colmata dalla cd. consuetudine, la quale costituisce, a pieno titolo, fonte del diritto, che regola materie non disciplinate dalla legge<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Parliamo dell'esigenza di conservare la “corrispondenza tra segno e significato, tra parola e concetto racchiuso in essa”; in tal senso cfr. V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della “libertà”*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, vol. 40, 1, 3 ss., il quale afferma che «Scrivete Giovanni Testori che le parole hanno una loro forza irriducibile, proveniente dal significato cui rinviano e dall'esperienza che inverano, che non può essere ignorata (“Ciò che importa è dirle, certe parole. / Una volta dette / non lasciano più pace ...”). Ciò, a meno di non stravolgere la realtà sottesa alle parole stesse e di misconoscerne la storia di provenienza, sino ad esporsi al peso delle relative conseguenze (in tal caso, “anche le parole, sì, anche loro / ci punteranno contro il dito!”). Come per le parole è anche per gli istituti giuridici, posto che, riprendendo la lezione di Costantino Mortati, il fenomeno giuridico rappresenta su scala sociale la proiezione del fenomeno individuale. Anche gli istituti giuridici restano vincolati alla storia che li ha generati e alle necessità sociali interessate: non può esserne ignorata la realtà di riferimento, né è possibile estenderne indiscriminatamente i confini semantici, quasi a poterli trasformare in contenitori senza vincoli di forma e di capienza». L'A., commentando la sentenza della Corte cost. 138/2010, sottolinea che «Con tale pronuncia la Consulta ha sventato l'attacco della indiscriminatezza senza limiti, della parificazione indifferenziata, dell'egualitarismo a tutti i costi delle parole, dei significati, degli istituti e delle realtà sociali, che restano invece differenti per storia e presupposti naturali». V. anche S. SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*, 27 aprile 2010, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2010.

<sup>55</sup> Sul punto si rinvia a A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come “famiglie”*, cit., 7-8, ove si rileva che «D'altro canto, che la famiglia sia data, per Costituzione, dall'unione di due (soli) soggetti di sesso diverso, riconoscibile dal vincolo matrimoniale che li lega, è avvalorato, oltre che dal richiamo alla nostra tradizione, sicuramente operato dalla Costituente in sede di redazione del I c. dell'art. 29, dal “sistema” degli enunciati costituzionali, laddove è presupposta la diversità dei sessi dei



Allo stato delle cose, quindi, non ci resta che attendere un intervento risolutore del legislatore, non potendosi ammettere una “forzatura interpretativa” del genere con riferimento ad un argomento eticamente sensibile come quello in oggetto, a meno che non si tenti, in modo fraudolento, di negare l’evidenza dei fatti: è innegabile, infatti, che in Italia, indipendentemente dalla forma, l’unico matrimonio riconosciuto (da millenni), e considerato vincolante come tale, è quello tra persone di sesso diverso. Nel silenzio della legge, quindi, esiste comunque una fonte di riferimento che regola la problematica *de qua*.

Né convince l’obiezione che rimanda alla normativa comunitaria, ed, in particolare, alle disposizioni della CEDU.

Se è vero, come è vero, che la CEDU rientra tra i “vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali” di cui all’art. 117 Cost.<sup>56</sup>, ciò non equivale, però, a consentire l’ingresso nel

---

*soggetti coniugati, a partire dallo stesso art. 29, col riferimento in esso fatto all’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, un riferimento che – come si sa – trae origine e giustificazione proprio da un millenario passato di sostanziale disuguaglianza tra uomo e donna che si voleva fosse finalmente rimossa, con le sole eccezioni richieste dalla salvaguardia dell’unità familiare».*

<sup>56</sup> In tal senso Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3475, ove, dopo aver precisato che «Questa Corte ha chiarito come le norme comunitarie «debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari» (sentenze n. 183 del 1973 e n. 170 del 1984). Il fondamento costituzionale di tale efficacia diretta è stato individuato nell’art. 11 Cost., nella parte in cui consente le limitazioni della sovranità nazionale necessarie per promuovere e favorire le organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia tra le Nazioni. Il riferito indirizzo giurisprudenziale non riguarda le norme CEDU, giacché questa Corte aveva escluso, già prima di sancire la diretta applicabilità delle norme comunitarie nell’ordinamento interno, che potesse venire in considerazione, a proposito delle prime, l’art. 11 Cost. «non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme pattizie in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale» (sentenza n. 188 del 1980). La distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita nel presente procedimento [...], nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell’ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte [...]; dopo aver aggiunto che «Si condivide anche l’esclusione [...] delle norme CEDU, in quanto norme pattizie, dall’ambito di operatività dell’art. 10, primo comma, Cost., in conformità alla costante giurisprudenza di questa Corte sul punto. La citata disposizione costituzionale, con l’espressione «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie e dispone l’adattamento automatico, rispetto alle stesse, dell’ordinamento giuridico italiano. Le norme pattizie, ancorché generali, contenute in trattati internazionali bilaterali o multilaterali, esulano pertanto dalla portata normativa del suddetto art. 10. Di questa categoria fa parte la CEDU, [...]», la Consulta dichiara che l’articolo da applicare nel caso di specie è l’art. 117 Cost. nella parte in cui parla dei “vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali”, evidenziando che «L’art. 117, primo comma, Cost. condiziona l’esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell’uomo. [...] si deve aggiungere che il nuovo testo dell’art. 117, primo comma, Cost., se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall’altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità con una norma CEDU, poiché l’asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi». La Corte cost. ribadisce questo suo



nostro ordinamento di qualsivoglia interpretazione giuridica; come sappiamo, infatti, esiste il cd. limite dell'ordine pubblico interno.

Non possono essere ammesse nel nostro ordinamento, non solo letture normative contrastanti con i principi ed i valori fondanti della Repubblica (che non sono soltanto quelli indicati dai primi 12 articoli della Costituzione), ma anche con l'ordine pubblico interno.

L'ordine pubblico è qualcosa di labile, una clausola di chiusura che assicura i limiti dell'indipendenza (parziale) del nostro ordinamento da quello comunitario. Parliamo, infatti, di una nozione assai indefinita, comprensiva di tutti quei valori che costituiscono lo zoccolo duro su cui poggia il nostro sistema giuridico, senza i quali l'ordinamento italiano stesso finirebbe col perdere i propri connotati, vacillare, o, peggio, venir meno definitivamente<sup>57</sup>.

---

orientamento nella "sentenza gemella", 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3535, in cui la Consulta conferma l'inapplicabilità degli artt. 10-11 Cost. con riferimento alla copertura costituzionale della CEDU, e rileva, in conformità a quanto detto nella sentenza 348/2007, che «Non v'è dubbio, pertanto, alla luce del quadro complessivo delle norme costituzionali e degli orientamenti di questa Corte, che il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna [...]. Ciò non significa, beninteso, che con l'art. 117, primo comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta"; e che è soggetta a sua volta [...] ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione. Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma [...].»

<sup>57</sup> In tal senso A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, cit., 16, ove si sottolinea che «Il vero è che la CEDU fa salva (art. 12) la disciplina nazionale per ciò che riguarda la strutturale conformazione (o, meglio, il riconoscimento) della "famiglia" e del "matrimonio" che ne sta alla base». L'A. aggiunge (17-18), inoltre, che «Nessuna norma della Carta stessa o – il che è praticamente lo stesso – nessuna pronunzia della Corte di giustizia fa obbligo agli Stati membri dell'Unione di riconoscere il matrimonio tra omosessuali [...]; se poi vi sono, non risultano richiamate nelle ordinanze di remissione. È vero che vi sono ordinamenti in cui il matrimonio in parola ha ormai trovato giuridico rilievo; di qui però a dire che si sarebbe ormai formata una "tradizione costituzionale comune" in tal senso ne corre. Semmai, se proprio volessimo restare ancorati ad una nozione rigorosa di "tradizione" suddetta, dovremmo concludere che proprio da essa, vale a dire dalla inesistenza di un riconoscimento diffuso (se non proprio "comune") del matrimonio tra omosessuali, si ha ulteriore conferma della tesi qui patrocinata. Se, poi, la conclusione dovesse ugualmente divergere da quella sopra indicata, assumendosi (ma in modo apodittico e a mia opinione essenzialmente inesatto) che il diritto dell'Unione imponga (e non già solo autorizzi) la previsione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, ci si dovrebbe ulteriormente interrogare circa la compatibilità di un esito siffatto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale che, secondo dottrina e giurisprudenza corrente, stanno a "contro limite" del primato del diritto sovranazionale».



Tra i valori fondamentali rientra, senz'altro, la convinzione che la famiglia naturale sia quella tra uomo e donna, perché *naturalmente* rivolta alla continuazione della specie, alla procreazione

Nel momento in cui si dice che il matrimonio omosessuale non può essere trascritto, perché inesistente o improduttivo di effetti nel nostro ordinamento, lo si fa essenzialmente al fine di evitare contrasti con l'ordine pubblico interno.

Propendendo per soluzioni *politically correct*, il rischio è quello di stravolgere tratti essenziali, caratterizzanti la nostra tradizione giuridica, svuotando principi condivisi dalla generalità dei consociati.

L'adozione nasce come istituto a tutela del preminente interesse del minore ad avere una famiglia, ma una famiglia, che, in chiave sistematica, ed in assenza di riforme sul punto che legittimino le unioni omosessuali, è (e resta) la famiglia tradizionale eterosessuale. Le uniche eccezioni sono quelle testualmente previste dalla legge, senza che possa ammettersi alcuna interpretazione estensiva in una materia "sensibile" come quella in oggetto.

Non bisogna andare oltre il dettato normativo, altrimenti il giudice diverrebbe in un batter d'occhio legislatore, cosa inammissibile in un ordinamento di *civil law*, come il nostro, caratterizzato dalla rigida ripartizione dei poteri.

Questo non vuole essere un manifesto contro i rapporti omosessuali, ma si propone come una riflessione, volta a dare impulso ad una meditata riforma delle convivenze, indipendentemente dal sesso dei conviventi stessi<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Non sono mancati comunque i tentativi di riforma sull'argomento, rimasti tutti, però, lettera morta. Si pensi ad esempio ai DICO ("Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi"): si tratta di un disegno di legge presentato dal Governo Prodi II nel febbraio 2007, finalizzato al riconoscimento nell'ordinamento italiano di alcuni diritti e doveri per i conviventi, purchè maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso. Tale disegno di legge introduceva delle importanti novità: con riguardo ai trattamenti previdenziali e pensionistici, l'art. 10 del d.d.l. in oggetto prevedeva il diritto del convivente ad ottenere una prestazione *ex lege*, tenendo conto delle condizioni economiche e patrimoniali del convivente superstite, purchè la convivenza fosse durata per un periodo minimo prestabilito. Si prevedeva, inoltre, trascorsi nove anni dall'inizio della convivenza, che il convivente superstite potesse concorrere alla successione legittima del *partner* defunto. Si consenta di ricordare, inoltre, i Contratti di Unione Solidale (CUS), introdotti con la Proposta di Legge 12 luglio 2007. Anche in questo caso il provvedimento era finalizzato a regolamentare i rapporti tra i conviventi, anche dello stesso sesso. Tale disegno di legge garantiva al convivente superstite: diritti ereditari, se l'unione solidale era stata registrata da almeno nove anni; agevolazioni in materia di lavoro, tra cui la possibilità di ottenere il trasferimento per favorire la convivenza; l'introduzione di garanzie in materia previdenziale e pensionistica. Tra le principali novità introdotte dai CUS rispetto al



E' evidente, infatti, che ci troviamo a vivere una “*nuova stagione della famiglia*”<sup>59</sup>, una stagione plurale e complessa, di stampo prettamente europeistico. Bisogna ora interrogarsi su cosa sia realmente oggi la famiglia, effettuando un mutamento di prospettiva, suggerendo un'impostazione che guarda ad un parametro fondativo della famiglia ricostruita dal basso, con al centro la persona, abbandonando antichi dogmi, residui di un modo di pensare per alcuni non più attuale<sup>60</sup>.

Quanto detto, però, deve portarci a ragionare su una normativa che possa regolamentare in modo preciso tutti i tipi di convivenza (etero ed omosessuali)<sup>61</sup>, magari garantendo a queste “unioni non convenzionali”, nel rispetto del principio sacrosanto dell'autonomia contrattuale, la possibilità di disciplinare, nel modo che ritengano più opportuno, i propri

---

disegno di legge dei DICO si ricorda la possibilità di costituire e modificare le unioni solidali con atto pubblico redatto davanti ad un notaio o al giudice di pace; l'istituzione di un registro delle unioni solidali tenuto presso il giudice di pace, in cui dovevano essere trascritti tutti i contratti in oggetto; la possibilità per le parti di scegliere il proprio regime patrimoniale nel rispetto del principio di autonomia contrattuale.

<sup>59</sup> Sul punto si rimanda a V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia*, cit., 66 ss., il quale precisa che «*La famiglia ha vissuto almeno tre grandi stagioni: la stagione dei codici, caratterizzata dall'esclusività del modello matrimonialistico, struttura patriarcale e disparità di posizioni soggettive; la stagione costituzionale, caratterizzata da una famiglia ordinata sulla parità e la solidarietà in funzione esplicativa della persona e la stagione attuale che vede riflettersi sulla famiglia il processo di integrazione giuridica europea*».

<sup>60</sup> Cfr. V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia*, cit., 65, il quale evidenzia che «*Il rapporto, quindi, tra il dover-essere reale espresso dalla formazione-famiglia e il dover-essere legale rappresentato dalle regole formalmente statuite non è mai di immobile stasi né di statica quiete, quanto piuttosto di costante e continua tensione dialettica secondo nessi di reciproca interdipendenza e mutuo condizionamento, in cui un ruolo non secondario svolge l'apporto della elaborazione teorica, di provenienza sia dottrinale che soprattutto giurisprudenziale ai diversi livelli. Sicché alla fine il diritto storico, c.d. effettivo, che governa i rapporti di famiglia, sempre si costituisce e atteggia come sistema mobile, aperto in equilibrio instabile, mutevole e sempre spostabile, e anche in ragione di ciò sempre e continuamente rinnovantesi in un processo senza sosta né fine*».

<sup>61</sup> Sul punto cfr. E. CALÒ, *Sul matrimonio omosessuale un grand arrèt della Cassazione: come dovrà ora comportarsi il Notaio?*, nota a Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, in *Notariato*, 5/2012, 504 ss., 516, il quale fa notare che «*Se non si riesce a far passare alcun progetto di convivenza omosessuale (il modello francese di Pacs sarebbe l'ideale) quale senso può avere cimentarsi sul matrimonio omosessuale? Anziché vagheggiare un impossibile cui non siamo nemmeno tenuti (il matrimonio omosessuale) cerchiamo di far passare una disciplina legislativa decorosa delle convivenze registrate. Senza una tale disciplina, non sapremo quale trattamento attribuire ai diversi moduli familiari ormai riconosciuti in quasi tutti i Paesi europei, e per di più ci troveremo a emanare sentenze che finiscono per non soddisfare nessuno. La colpa sarà pure del legislatore – lo è – ma è anche della mancanza di sano realismo di un ambiente molto propenso a discettare sui massimi sistemi, ignorando i bisogni dei singoli e delle coppie*».



rapporti, non solo personali, ma anche patrimoniali<sup>62</sup>, tramite specifici “contratti di convivenza”, strumenti, oggi atipici, ma, un domani, chissà, magari tipici e tipizzati<sup>63</sup>.

Perché non riconoscere, infatti, ai conviventi la possibilità di regolamentare anticipatamente, *ex art 1322 co. 2 c.c.*, i propri rapporti sia personali che patrimoniali, mediante accordi *ad hoc*. Un utile appiglio normativo nel primo caso (rapporti personali) potrebbe essere l’art. 144 c.c. relativo all’indirizzo della vita familiare e residenza della famiglia”, appositamente rivisto in modo da poter disciplinare anche i rapporti tra coppie omosessuali.

Un discorso analogo potrebbe farsi con riferimento ai rapporti patrimoniali, in tal caso sarebbe auspicabile riformare il disposto dell’art. 162 c.c., in modo da poterlo applicare anche a tutte le famiglie di fatto (eterosessuali e non)<sup>64</sup>.

Tali convenzioni, quindi, dovranno essere redatte da un notaio mediante atto pubblico, alla presenza obbligatoria dei testimoni, il tutto a garanzia della massima regolarità e trasparenza e sotto il controllo di legalità del notaio<sup>65</sup>.

D'altronde, è innegabile che, in un mondo globalizzato in cui tutto scorre alla velocità della luce<sup>66</sup>, in cui le riforme strutturali sono necessarie come “l’acqua nel deserto” per consentire

---

<sup>62</sup> Condivide tale impostazione, con riferimento alle famiglie di fatto, anche A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, cit., 157, il quale espressamente afferma: «Io ho ritenuto di suggerire che a tali accordi non possa e non debba essere negata rilevanza per il diritto, sia nel loro contenuto personale sia in quello patrimoniale. Ho ritenuto inoltre di proporre che il contenuto di tali accordi, ove manchi lo scritto, possa essere desunto dal comportamento reale dei coniugi nella loro vita comune, come espressione di una loro concorde volontà attuosa».

<sup>63</sup> In tal senso C. MAZZÚ, *La famiglia degli affetti*, cit., 25 ss., 26, ove l’A. sottolinea che «È fatale che questo diventi terreno di scontro tra concezioni di vita diverse, se non diametralmente opposte; ma è altrettanto evidente che la soluzione non si trova radicalizzando il conflitto, ma ancorando il problema alle dimensioni esistenziali di una realtà sociale, la cui complessità attenua gli elementi di rigidità ed incoraggia espressioni culturali improntate alla regola della tolleranza e della solidarietà».

<sup>64</sup> In proposito cfr. C. VERDE, *Profili evolutivi dell’autonomia negoziale nelle relazioni di tipo “familiare”*, cit., 52, il quale, in ambito di convivenze in genere e dunque anche di quelle omosessuali, consiglia di «prevedere un sistema snello, che non toccando in nulla la disciplina dettata per la famiglia legittima laddove “tuteli” interessi non disponibili per il singolo, consenta ai conviventi di regolare i rapporti patrimoniali come essi ritengono, con il solo limite della prevalenza dei diritti della prole di minore età».

<sup>65</sup> Per il principio di simmetria delle forme, discorso analogo andrà fatto in caso di modifica o scioglimento della convenzione di cui si tratta.

<sup>66</sup> Rilevante sull’argomento l’autorevole opinione di F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 93, ove si evidenzia che «La realtà presente è sempre più mutevole nel tempo e sempre più uniforme nello spazio. Di qui la limitata attitudine della legge nazionale alla innovazione giuridica: l’economia contemporanea è un’economia transnazionale, in antitesi con il carattere nazionale dei sistemi legislativi, ed è un’economia in continua trasformazione, la quale reclama flessibili strumenti di adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà, in antitesi con la rigidità delle leggi. In una società transnazionale in rapida trasformazione il principale strumento della innovazione giuridica è il contratto. Le concezioni classiche del diritto non collocano il contratto fra le fonti normative; ma, se continuassimo a concepire il contratto come mera applicazione del diritto, e non come fonte di diritto nuovo, ci precluderemmo la possibilità di comprendere in qual modo muta il diritto del nostro tempo».



al nostro Paese di stare al passo coi tempi, è sempre più avvertita la necessità di una riforma del diritto di famiglia<sup>67</sup> in un'ottica di armonizzazione comunitaria<sup>68</sup>.

Per altro verso, però, è anche vero che queste trasformazioni continue del diritto, in un certo senso, suscitano anche un senso di inquietudine e sgomento: il legislatore non può più demandare all'operatore del diritto la risoluzione delle problematiche moderne in modo da riparare alla sua ormai atavica inerzia<sup>69</sup>. Bisogna, oggi più che mai, trovare il coraggio di effettuare scelte, se non rivoluzionarie, quantomeno coerenti con le esigenze che promanano dalla società, in modo da garantire l'uguaglianza a cui qualsiasi soggetto di diritto aspira e l'equità necessaria nella valutazione dei nuovi fenomeni giuridico/sociali<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> Sul punto precursore è stato V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, cit., 8, ove si dichiara in modo netto che «Dopo la persona, è la famiglia l'altra grande e urgente sfida per l'Europa. In un tempo di relazioni fattesi sempre più "liquide", nel quale il concetto stesso di famiglia, più che in crisi di identità, sembra essersi quasi dissolto e volatilizzato, la creazione anche in questa materia di un sistema europeo di regole e principi uniformi è più che una necessità: è un dovere. Ogni astensionismo sarebbe imperdonabile».

<sup>68</sup> Sull'argomento cfr. R. RASCIO, *Il diritto civile europeo tra ricerca dell'unità e tradizioni nazionali*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, cit., 159 ss., 167, ove si precisa che «[...] non credo utile né possibile giungere alla formazione del diritto civile europeo (sia anche del solo diritto del contratto e delle obbligazioni) in un'unica puntata [...]. In qualche modo si lega a questa affermazione la preferenza, che dichiaro senza riserve, per l'ipotesi della formulazione di principi, in luogo di un testo onnicomprensivo, particolareggiato ed esauriente, che abbia cioè le caratteristiche canoniche di un tradizionale codice».

<sup>69</sup> Sul ruolo dei giudici nell'epoca moderna come "creatori di diritto" si rinvia a F. GALGANO, *La globalizzazione*, cit., 95, il quale afferma che «Bisogna anche dire che alla scarsa propensione dei legislatori nazionali alla integrazione internazionale del diritto si contrappone un opposto atteggiamento dei giudici nazionali, i quali tendono a farsi organi di una società civile internazionalmente integrata. Antiche posizioni, che sembravano definitivamente acquisite, sono state abbandonate». Lo stesso A. aggiunge (98) che «A questo modo la giurisprudenza apre le frontiere nazionali alla circolazione internazionale delle figure giuridiche: valuta come conformi all'ordine pubblico norme straniere prive di riscontro nel diritto nazionale, se provenienti da paesi di civiltà giuridica affine; valuta come meritevoli di tutela anche nel diritto interno interessi già valutati come meritevoli di tutela in paesi di civiltà giuridica omogenea. L'antica intuizione di Hegel, sull'essere il giudice organo della società civile piuttosto che organo dello Stato, manifesta oggi tutta la propria valenza: la manifesta nel momento in cui la società civile diventa società globale, della quale il giudice mostra la propensione a farsi organo».

<sup>70</sup> Non dimentichiamoci che, come correttamente rilevato, viviamo nella *cd.* "età dei diritti": «le definizioni non ci parlano soltanto di uno «Stato di diritto», bensì di uno «Stato dei diritti»; l'istituzione di uno «spazio dei diritti» individua un connotato essenziale dello Stato costituzionale», in tal senso v. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012, 41, il quale parla di "mondo nuovo dei diritti" e mette in risalto che «[...] libertà e diritti accompagnano la nascita del cittadino moderno, definiscono un ordine politico e simbolico interamente nuovo». L'A. aggiunge (42), inoltre, che «La dimensione dei diritti, però, ci appare al tempo stesso fondata e fragilissima, perennemente insidiata da restaurazioni e repressioni, tese a cancellare o limitare proprio l'insieme degli strumenti che dovrebbero garantire al cittadino le massime possibilità di sviluppo autonomo».