



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

IDOLA FORI DELLA "FAMIGLIA DI FATTO"

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

IDOLA FORI DELLA "FAMIGLIA DI FATTO" / A.BELLIZZI. - In: DIRITTO PUBBLICO COMPARATO ED EUROPEO. - ISSN 1720-4313. - STAMPA. - 2:(2010), pp. 473-490.

Availability:

The webpage <https://hdl.handle.net/2158/594168> of the repository was last updated on

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

La data sopra indicata si riferisce all'ultimo aggiornamento della scheda del Repository FloRe - The above-mentioned date refers to the last update of the record in the Institutional Repository FloRe

(Article begins on next page)

Idola fori della “famiglia di fatto”

di Antonio Bellizzi*

Sommario: 1. Genesi antropologico-ordinamentale della c.d. famiglia di fatto. – 2. Le c.d. famiglie di fatto sono in realtà libere unioni affettive aventi già rilievo giuridico e non di fatto: tipologia volontaria e tipologia necessitata. – 3. Non risolutività della nozione di “formazione sociale” per superare la “prova del due”, quale numero informante l’unione rilevante. – 4. Ontologia del numero due nel matrimonio: indebita estrapolazione e discriminarietà di tale concetto numerico per “riconoscere” legislativamente le libere unioni. – 5. Confutazione delle possibili obiezioni della storicità del matrimonio monogamico e del superamento della necessità unitiva tra uomo e donna per la generazione: valore normativo dell’atto di generazione personale duale. – 6. Il problema della enucleabilità di una ragione sufficiente per configurare, come unioni civili, le coppie omosessuali. – 7. Reale innovatività di leggi che “riconoscano” le c.d. coppie di fatto: la creazione criptica di un nuovo tipo matrimoniale. Conclusioni.

*Dal di che nozze e tribunali ed are
diero all’umane belve esser pietose
di se stesse e d’altrui ...*

Ugo Foscolo, *Dei Sepolcri* 91,95

1. – La “famiglia di fatto”¹, costituisce la fenomenologia di un processo pluriordinamentale² dell’azione umana affettiva istituente³. Il ritrarsi dell’esigenza statica delle dinamiche affet-

* Il tentativo epistemologico di affrancare il tema di studio dalle ambiguità del linguaggio e delle convenzioni sociali (“idoli del foro” appunto, v. F. Bacone, *Novum organum*, I, 38 ss., ma anche *De dignitate et augmentis scientiarum*, V, c. 4) muove da un “interesse emancipativo” (J. Habermas, *Conoscenza e interesse*, Roma-Bari, Laterza, 1990), nel senso di un impulso verso una «trascendenza riflessiva – ovvero l’atto di prender le distanze dalle concezioni convenzionali, dalle opinioni dei più e perfino dalle pratiche consolidate – e di porre a se stessi una domanda impegnativa come questa: perché dovremmo dare tutto questo per scontato?», v. H. Putnam, *Etica senza ontologia*, Milano, Mondadori, 2005, 163.

¹ La terminologia è consolidata, ma problematizzata: v., *ex pluribus*, G. Piepoli, *Realtà sociale e modello normativo nella tutela della famiglia di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 1433-1456; P. Barile, *La famiglia di fatto: osservazioni di un costituzionalista*, in AA.VV., *La famiglia di fatto*, Atti del convegno di Pontremoli, Luigi Tarantola ed., Montereale, 1977, 41 ss.; F. Bile, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali*, *ibidem*, 71 ss.; N. Lipari, *La categoria giuridica della “famiglia di fatto” e il problema dei rapporti al suo interno*, *ibidem*, 53 ss.; A. Jannarelli, *Famiglia di fatto e impresa familiare*, in *Dir. fam.*, 1976, 1831-1844; F. Gazzoni, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè, 1982; C.A. Jemolo, *così detta famiglia di fatto*, AA.VV., *Raccolta di Scritti in onore Nicolò*, Milano, Giuffrè, 1982, 52 ss.; F.D. Busnelli-M. Santilli, *Il problema della famiglia di fatto*, in AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, ESI, 1988, 95 ss.; A. Falzea, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, *ibidem*, 51 ss.; G. Giacobbe, *Intervento*, *ibidem*, 161 ss.; S. Patti, *Intervento*, *ibidem*, 171 ss.; F. D’Angeli, *La famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè, 1989; G. Obero, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè, 1991; E. Quadri, *Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di regolamentazione*, in *Dir. fam.*, 1994, 288-303. B. Mioli, *La famiglia di fatto*, Rimini, Maggioli, 1996; L. Solaini, *La famiglia di fatto*, Torino, UTET, 2000; V. Zambrano, *La famiglia di fatto*, Milano, Ipsoa, 2005.

² La nozione attinge, per il tramite del «diritto che si svolge all’interno degli ordinamenti plurimi» (P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari, Laterza, 1961, 143), dall’insegnamento dell’insufficienza di una concezione del diritto obiettivo come norma di S. Romano (*L’ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946, 2^a ed., 4 ss.), la cui nozione di famiglia come *piccola istituzione* (pag. 61), epurata da ogni scoria storica, in termini di olismo autoritario e riletta alla luce dell’acquisita dignità individuale di tutti i membri della stessa (v. G. Furguele, *Libertà e famiglia*, Milano, Giuffrè, 1979, 94 ss.), si rivela una garanzia personalistica di purezza adamantina.

³ Nel senso che «diversamente dagli animali esclusivamente l’uomo è un soggetto istituente» v. B. Romano, *Il giurista è uno zoologo metropolitano? A partire da una tesi di Derrida*, lezioni 2006-07, Torino, Giappichelli, 2007, 57.

tive dall'abbraccio, avvertito come paternalista⁴, delle istituzioni potestative storiche (Stato, Chiesa)⁵, è segno evidente di istanze ordinamentali familiari, che rifuggono l'esercizio pubblicistico del «potere di normalizzazione»⁶ delle «grandi organizzazioni come istituzioni totali»⁷. Ma l'eterogenea ideologia⁸, più o meno consapevolmente, fautrice del "riconoscimento" legislativo delle c.d. coppie di fatto⁹ – invece di interrogarsi sul perché della consunzione di autorevolezza delle istituzioni¹⁰, nella percezione di numerose persone che non più vi si rivolgono, per la rituale pubblica sanzione di un vincolo avvertito come desacralizzato e procedurale – non coglie che il *civis ac fidelis* ovvero il *citoyen*¹¹, derubricato ad *homo consumens*¹², si è ri-

⁴ Per quanto riguarda la società nordamericana, v. F. Felice, *Welfare Society: dal paternalismo di Stato alla sussidiarietà orizzontale*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007, 97 ss., in cui si mette in luce che la fuga dal paternalismo statale non è un segno di debolezza della famiglia. Per un'analisi del paternalismo in Locke, Kant e Toqueville v. N. Matteucci, *Paternalismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (cur.), *Il dizionario di politica*, Torino, UTET, 2004, 693.

⁵ «Io ho sentito invece il peso di qualcos'altro, l'oppressività di un qualche ente che mi schiaccia», questa frase, del filosofo siciliano M. Sgalambro (*Dell'indifferenza in materia di società*, Milano, Adelphi, 1994, 15), ben sintetizza uno stato psicologico diffuso: v. W. Sofisky, *In difesa del privato*, Torino, Einaudi, 2010; Z. Bauman, *Modernità liquida*, Bari, Laterza, 2010, 21 ss. (sul conflitto tra *individuo* e *cittadino*). Sul problema di quella che ormai è percepita come una bio-politica v. R. Esposito, *Biòs-Biopolitica e filosofia*, Torino, Einaudi, 2005.

⁶ Si tratta della nota espressione di M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, Torino, Einaudi, 1976, 202. Ma la lezione dello studioso della "microfisica del potere" ha radici culturali comuni a H. Marcuse, *L'uomo a una dimensione*, Torino, Einaudi, 1967.

⁷ V. C. Lasch, *L'io minimo – la mentalità della sopravvivenza in un'epoca di turbamenti*, Milano, Feltrinelli, 1996, 46.

⁸ Mentre il dibattito politico-culturale italiano tende a ridurre «la definizione dello statuto della famiglia (come il problema specifico del trattamento delle unioni di fatto e tra omosessuali)», diuturnamente in «punti di collisione eticamente e politicamente sensibili tra laici e cattolici» (v., per tutti, G.E. Rusconi, *Come se Dio non ci fosse. I laici, i cattolici, la democrazia*, Torino, Einaudi, 2000, 4), una legislazione che sia «la scienza della legislazione» (v. G. Filangeri, I, *Filadelfia* [i.e. Livorno], Stamperia delle Provincie unite 1819, 60-61) per produrre «un diritto non prigioniero delle occasioni e di interessi frammentati» ed aver «capacità prospettica» (S. Rodotà, *La vita e le regole*, Milano, Feltrinelli, 2009, 12), non può esimersi, dal porsi «Oltre le mitologie giuridiche della modernità» (v. P. Grossi in *Quaderni fiorentini per una storia del pensiero giuridico moderno*, n. 29, Milano, Giuffrè, 2000, 217 ss.) e considerare che la pretesa riduzione del matrimonio a "fenomeno di fatto" è stato l'inveramento storico di una precisa ideologia: infatti è stato rilevato che «quello che distingue nettamente il matrimonio sovietico dagli altri paesi occidentali è che, mentre quest'ultimi riconoscono nel matrimonio un atto costitutivo della famiglia, un fondamento della filiazione legittima, che crea tra gli sposi, non solo dei diritti e dei doveri reciproci, ma un vero stato civile di sposi, la legge sovietica invece respinge in principio il concetto di famiglia legittima che esso considera come la cellula sociale della società borghese; e non distingue tra figli naturali e figli nati nel matrimonio. Essa proclama come base della famiglia la filiazione di fatto. In queste condizioni il ruolo sociale del matrimonio è singolarmente ridotto» (M. Matteucci, *La proprietà, il lavoro, la famiglia nel diritto sovietico*, Roma, OET, Ed. del secolo, 1946, 102). Per ironia della storia, ciò che è stato realizzato in modo diretto e eteronomo nell'esperienza sovietica si va realizzando in modo indiretto e autonomo nella precarizzata società *post-capitalistica* occidentale, in cui «legami e unioni tendono a essere considerate e trattate come cose da essere consumate, non prodotte», v. Z. Bauman, *Modernità*, cit., 190.

⁹ In una prospettiva comparatistica v. A. De Vita, *Note per una comparazione*, in F. Brunetta d'Usseaux, A. D'Angelo (cur.), *Matrimonio e matrimoni*, Milano, Giuffrè, 2000; G. Adezati, *L'esperienza danese*, *ibidem*; A. Miranda, *L'esperienza australiana*, *ibidem*; F. Ferrari, *La convivenza more uxorio nei paesi di lingua tedesca*, in *Dir. Fam.*, 1992, 425 ss. Per una ricognizione generale coinvolgente Paesi scandinavi, Gran Bretagna, Francia, Belgio, Spagna, USA, Brasile v. S. Asprea, *La famiglia di fatto*, II, Milano, Giuffrè, 2009, 45 ss. Appare significativo il dato per cui tra i Paesi che "riconoscono" le cosiddette coppie di fatto in quanto tali, come in Svezia, dove tale disciplina le favorisce rispetto alle coppie matrimoniali, il 90% delle unioni sono ormai non matrimoniali.

¹⁰ V. C. Lasch, *op. cit.*, 28.

¹¹ «Préparé par les juristes gallicans, réclamée par les Lumières, la laicisation du mariage est réalisée par la Revolution. Rompant avec l'ancien droit qui avoit maintenu le sacrement, la Constitution de 1791 affirme que la loi ne considère le mariage que comme contrat civil», L. Pfister, *Introduction historique au droit privé*, Parigi, Presses Universitaires de France, 2004, 85.

¹² V. Z. Bauman, *Homo consumens. Lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*, Trento, Erickson,

scoperto intimisticamente *homo juridicus*¹³, nel profondo del suo ricetta sociale affettivo e rivendica il diritto di legarsi con vincoli leggeri a stabilità reversibile, che siano effetto di atti meramente autorizzatori¹⁴ e non di atti di natura negoziale¹⁵: un consenso, revocabile *ad nutum*, ritenuto come autosufficiente manifestazione di un diritto minimo della condivisione è riconosciuto preferibile ad un consenso vincolante ma pur revocabile, attraverso una procedura burocratico-giudiziale, riconducibile all'esercizio di un diritto sostanzialmente potestativo¹⁶ divorzile dei coniugi, che possono restare tuttavia avvinti dagli effetti ultrattivi di un matrimonio spesso economicamente indissolubile. La crisi del matrimonio come istituto giuridico-formale – che è già esso “unione civile” rispetto al matrimonio canonico – a favore di convivenze non matrimoniali¹⁷ non è altro che il logico corollario dell'interiorizzazione, da parte dei consociati, di una pre-semplificazione autogestita delle virtualità risolutorie immanenti ad un vincolo civile simbolicamente eroso¹⁸. Si tratta cioè di una dinamica – immanente ad una popolazione, almeno praticamente secolarizzata delle società occidentali¹⁹ – di una dimensione privata micro-ordinamentale, la quale si pretende fondata su di un consenso che sia libera manifestazione dell'esercizio di facoltà esistenziali in regime fluido²⁰ di convergenza attuale.

2. – Ora, la fenomenologia in questione di condivisione di una vita affettiva, a prescindere da un atto matrimoniale fondativo, in realtà non è affatto “di fatto”²¹, ma è un comportamen-

2007 e *Consumo dunque sono*, Bari, Laterza, 2008. Cfr. M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2000, 200.

¹³ Nota giustamente A. Supiot, in *Homo juridicus*, Milano, Mondadori, 2006, 3, «fare di ciascuno di noi un *homo juridicus* è il modo prettamente occidentale di legare tra loro la dimensione biologica e la dimensione simbolica costitutive dell'essere umano».

¹⁴ Sulla essenziale revocabilità dell'atto autorizzatorio rispetto a quello negoziale v. A. Auricchio, *Autorizzazione (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 506.

¹⁵ Per la configurazione in termini di atto di autonomia privata del negozio tipico matrimoniale v., *ex pluribus*, G. Bonilini, *Nozioni di diritto di famiglia*, II, Torino, UTET, 1992, 8 e 36.

¹⁶ Trattasi infatti di diritto potestativo postulante l'accertamento giudiziale dei presupposti, nel senso di R. Nicolò, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1962, 34. V. A. Proto Pisani, *Il diritto alla separazione e al divorzio da diritto potestativo da esercitare necessariamente in giudizio a diritto potestativo sostanziale*, in *Foro it.*, 2008, n. 5, 161.

¹⁷ P. Perlinger, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Dir. e giur.*, 1979; S. Puleo, *Concetto di famiglia e rilevanza della famiglia naturale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1079; V. Franceschelli, *Il matrimonio di fatto: nozione, effetti, problemi*, Luigi Tarantola ed., Montereale, 1980; V. Scalisi, *La famiglia e le famiglie*, in *Riforma del diritto di famiglia 10 anni dopo*, Padova, CEDAM, 1986; M. Bernardini, *La convivenza fuori dal matrimonio*, Padova, CEDAM, 1992.

¹⁸ «La condizione di individui legalizzati» (v. G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, Torino, Einaudi, 2009, 10) «rende le persone imbevute di questa cultura, inclini a favorire una concezione proceduralistica della giustizia» (v. C. Taylor, *Il disagio della modernità*, Bari, Laterza, 2006, 53). V. anche N. Punzi, *Due modelli di matrimonio*, in *Dir. eccl.*, 1986, 6-43.

¹⁹ Nota G. Vattimo «la cultura moderna europea è così legata al proprio passato religioso non solo da un rapporto di superamento ed emancipazione, ma anche inseparabilmente da un rapporto di conservazione-distorsione-svuotamento» (*La società trasparente*, Milano, Garzanti, 1989, 61). Per una lettura territorialmente più estesa della secolarizzazione v. L. Lombardi Vallauri, *Riduzionismo ed oltre*, Padova, CEDAM, 2002, 14.

²⁰ Sui «legami umani nel mondo fluido» v. Z. Bauman, *Modernità, cit.*, 190 ss.

²¹ Tale mera fattualità, nell'ordinamento italiano, è peraltro smentita dallo stesso dato positivo che, con norma espressa (art. 4 del d.P.R. 20-5-1989, n. 223 sull'anagrafe della popolazione), attribuisce formalmente giuridica rilevanza, sotto la rubrica *Famiglia anagrafica*, ad «un insieme di persone legate da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune», oltre che ovviamente «di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela». Tale rilievo dei vincoli affettivi è rafforzato dal fatto che il successivo art. 5 definisce la distinta fattispecie di *Convivenza anagrafica*, in cui vincoli affettivi non rilevano.

to personale già qualificato dall'ordinamento in termini di liceità (*agere licere*), come esercizio di diritti di libertà fondamentali (sessuale, associativa, domiciliare, matrimoniale in senso negativo, etc.), per cui meglio si addice l'espressione di *unioni affettive libere*²², che sono manifestazione delle formazioni sociali, in cui si svolge la persona umana e come tali devono essere tutelate, senza sovrapporgli capziosi schemi, che ne stravolgano la natura²³. Se è vero quindi che la natura di un fenomeno si rivela nella sintesi di un aspetto strutturale e di un aspetto funzionale, occorre enucleare le tipologie fondamentali di tali libere unioni. In primo luogo, si presenta la situazione di persone di sesso diverso che, pur potendo avvalersi dell'istituto del matrimonio tipizzato dal legislatore come atto e come rapporto, decidano liberamente di non avvalersene (ma non per questo decadendo dal diritto di sposarsi), attuando una condivisione di vita affettiva nei termini dell'unione libera suddetta: è noto, da un lato, che, se questa coppia di persone avrà dei figli, questi godranno di tutte le tutele dei figli nati a seguito del matrimonio in virtù della completa equiparazione nell'ordinamento italiano, a differenza di altri²⁴, tra figli nati nel matrimonio e fuori dello stesso, realizzandosi, in tal caso, una famiglia naturale non fondata sul matrimonio, ma nemmeno sul "fatto" della convivenza come tale, bensì sull'oggettività della filiazione²⁵; è, d'altro canto, di tutta evidenza che, qualora le persone liberamente unite, con o senza figli, decidano di formalizzare l'unione e vincolarsi reciprocamente con i diritti e i doveri del matrimonio, potranno liberamente sposarsi quando vorranno. In secondo luogo, si presenta la situazione di persone, che procedono ad una libera unione affettiva, non potendo accedere all'istituto matrimoniale per assenza dei presupposti: a parte la situazione virtualmente transitoria di due persone di sesso diverso, di cui una o entrambe ancora non di stato libero, in quanto separate ma non divorziate, vi sono invece le situazioni strutturali di due persone dello stesso sesso, che decidano di condividere una vita affettiva²⁶ e quella di più di due persone di sesso diverso o dello stesso sesso, che decidano di condividere una vita affettiva (aggregazioni poligamiche o poliandriche, bisessuali, etc.).

3. – Dall'analisi precedente emerge che la prima tipologia di unioni affettive libere è alterna-

²² Cfr. E. Roppo, *La famiglia senza matrimonio, diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 697-770; A. Trabucchi, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *AA.VV., Una legislazione per la famiglia di fatto?*, cit., 9 ss.

²³ Nota infatti C. Mazzù, in *La soggettività contrattata*, Milano, Giuffrè, 2005, 110, nt. 102: «Il diritto in realtà nasce dalla differenza e dalla disomogeneità: una società omogenea non ne avrebbe bisogno in quanto ogni dinamica si svolgerebbe sempre in spontanea comunione d'intenti».

²⁴ Infatti nell'ordinamento inglese, che pur accorda attenzione e tutela alle coppie eterosessuali non sposate, vi sono ancora discriminazioni nei confronti dei figli di coppie non sposate in relazione alla posizione del padre naturale, v. G. Cavaretta, *I rapporti di coppia nel sistema giuridico inglese*, in F. Brunetta d'Usseaux, A. D'Angelo (cur.), *op. cit.*; v. anche D.J. West, *Stare insieme*, Napoli, Jovene, 2001.

²⁵ La completa equiparazione, nell'ordinamento italiano, tra figli naturali e legittimi, sancita dagli art. 30 Cost e 261 c.c., è stata corroborata dall'art. 317 bis c.c. attributivo della potestà congiunta ai genitori naturali appunto "conviventi". Tuttavia la portata sistematica dell'art. 317 bis c.c., in cui si è creduto di leggere un indice di rilevanza della "famiglia di fatto", con riferimento all'attualità della convivenza, risulta ridimensionata in virtù del combinato disposto dell'art. 155 c.c. con l'art. 4, c. 2, l. 54/2006, che prevede l'«affidamento condiviso» dei figli anche in caso di cessazione di convivenza di genitori non coniugati: è dunque la stessa evoluzione legislativa a confermare la rilevanza della famiglia naturale, a prescindere dalla attualità della convivenza.

²⁶ Il problema si pone perché si registra «l'opinione da noi tuttora prevalente che limita ancora all'unione tra due persone di sesso differente il rango di convivenza giuridicamente riconoscibile, in quanto idonea tra l'altro a proiettarsi nel futuro con la nascita dei figli», v. G. Bonilini, *Nozione*, cit., 25.

tiva al matrimonio, ma in modo non necessitato e non definitivo, bensì teleologico-volontaristico²⁷, mentre la seconda tipologia riguarda unioni affettive libere, strutturalmente incompatibili con il matrimonio²⁸. Ne consegue che la posizione dello stesso problema del riconoscimento legislativo delle c.d. coppie di fatto, onnicomprensivo dell'ignorato polimorfismo delle suddette distinte tipologie, si rivela viziata, sotto il profilo della logica formale²⁹, prima che di quella giuridica³⁰ e quindi sotto il profilo della ragionevolezza, per cui situazioni uguali devono essere trattate legislativamente come eguali e situazioni differenti come diverse³¹. Infatti, con riguardo alla seconda tipologia, si deve osservare che il concetto di *coppia*, ossia della rilevanza giuridica del numero *due* e non di altri, deriva dalla naturale complementarità genitoriale dell'uomo e della donna nella prospettiva procreativa³² di quel terzo soggetto che è *il figlio* ed indefiniti altri: è il concetto di *figlio* a generare il concetto di *coppia*³³. Il che val quanto dire che l'estrapolazione di tale dato numerico oggettivo, previa rimozione del terzo incomodo concettuale, rappresenta un'indebita omologazione di realtà personali differenti³⁴, per cui si continua cripticamente a ragionare *ad instar matrimonii*, ossia secondo lo schema classico, *pater-mater (filius)*, sovrapponendo tale schema a rapporti affettivi diversi, dando così luogo ad una precomprensione normativa della realtà personale, con il pericolo che l'atto di normazione del legislatore, invece che contribuire ad integrare l'ordinamento, produca invece *disordinamento*. Altro è il problema di due persone di sesso diverso, che decidano di non sposarsi e tuttavia di comportarsi come se lo fossero, altro è il problema di due persone dello stesso sesso che, non potendo dare rilievo giuridico all'unione³⁵, decidano di condividere una vita affettiva: nel primo caso, vi è la libera scelta di

²⁷ A proposito della questione dei limiti del diritto in senso legislativo, rispetto a sfere di esercizio di facoltà essenziali, che dovrebbero essere riservate al "non diritto", laddove si appalesi un'autodeterminazione dei soggetti come nella libera scelta di convivere senza sposarsi, ci troviamo di fronte a diritto già esistente anche accedendo ad un'impostazione normativista pura di tipo Kelseniano, perché il diritto fondamentale di sposarsi implica anche quello di non sposarsi e lo svolgimento di alternative facoltà essenziali giuridicamente rilevanti: dunque non ci troviamo di fronte ad «aree dell'esistenza che dovrebbero comunque "essere normate", perché la libertà di scegliere, dove prima era solo caso o destino, spaventa, appare come un pericolo o un insopportabile peso». V. S. Rodotà, *op. cit.*

²⁸ V. arresto del Giudice delle leggi italiano: Corte Cost., sent. 15-4-2010, n. 138.

²⁹ Sull'imprescindibilità della logica formale nel ragionamento giuridico v., per tutti, M. Troper, *La philosophie du droit*, Parigi, Presses Universitaires de France, 2003, 122 ss. Tuttavia proprio il legislatore francese ha introdotto nel *Code Civil* l'art. 515.1, per cui «un pacte civil de solidarité est un contract conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune».

³⁰ V. il richiamo all'importanza del "rigore del linguaggio" di N. Irti, *La cultura del diritto civile*, Torino, UTET, 38, laddove ripropone il magistero di N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, Torino, Giappichelli, 1970.

³¹ V., per tutti, E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, Bologna, il Mulino, 1996, 49.

³² Cfr. G. Bonilini, *op. cit.*

³³ «Gli stessi pitagorici connettevano dunque l'idea di giustizia con la diade e con la triade, il primo numero pari e il primo numero dispari. ... Il rapporto del due con il tre è infatti lo stesso del fenomeno della vita che muta con l'energia non manifesta che la crea ... Il tre può dunque essere designato come ciò che dura nel mutamento, come il centro intorno a cui si muovono i due poli dell'apparenza. Ciò vale per l'energia naturale e, conseguentemente, per il diritto che su di essa si fonda. Nella riconduzione del due al tre, il diritto viene così trasferito dall'apparenza della vita all'energia»: v. J.J. Bachofen, *Il matriarcato, storia e mito fra Oriente e Occidente*, Milano, C. Marinotti ed., 2003, 108.

³⁴ Nota infatti C. Mazzù, *op. cit.*, 110: «L'idea stessa di "normalità" cela l'insidia della discriminazione del "diverso"; mentre è compito del giurista moderno cogliere gli aspetti di disomogeneità sociale, per la loro consapevole evidenziazione quali indici rivelatori di bisogni insoddisfatti, di vuoti di tutela della persona, vilipesi e trascurati».

³⁵ È il caso, in Europa, oltre che dell'ordinamento italiano, di quelli austriaco, greco e irlandese: v. S. Asprea, *op.*

non aderire ad uno schema normativo tipico, con possibilità di aderirvi successivamente e comunque con il limite indisponibile dell'applicazione *ex lege* della disciplina della potestà dei genitori in caso di nascita di figli; nel secondo caso, vi è l'assenza di uno schema normativo tipico, che sancisca pubblicamente un'unione affettiva di persone, che comunque espletano, già lecitamente, facoltà esistenziali afferenti a diritti di libertà e che si possono avvalere, per regolare eventuali interessi patrimoniali, degli strumenti di autonomia privata *inter vivos* e *mortis causa*: ne consegue che, in difetto di un paradigma normativo tipico dell'atto e del rapporto, come il matrimonio, non si capisce a che titolo il legislatore potrebbe dare riconoscimento legislativo a *coppie di fatto*, discriminando comunità affettive di persone in numero superiore a due³⁶, pur sempre riconducibili a formazioni sociali in cui si esprime la persona, violando in modo evidente il principio di uguaglianza delle persone.

4. – Ecco dunque che, prima di esaminare le implicazioni effettuali, al di là delle intenzioni del legislatore, di una legge che assuma di riconoscere le *coppie di fatto*, appare ineludibile affrontare il rimosso distinto problema della possibilità di uno schema giuridico normativo per le unioni affettive tra persone dello stesso sesso³⁷. Infatti pecca per difetto, mancando di rispetto alla dignità della persona umana, una legge, che per definizione consideri queste unioni come *di fatto*, in modo cogente, al di là dell'imprecisione già segnalata (cfr. par. 2), accomunandole a situazioni di chi comunque dispone dello schema tipico di cui avvalersi: tale trattamento di tolleranza fattuale riecheggia peraltro quello romanistico³⁸ delle relazioni affettive tra schiavi (*contubernium*), non soggetti, ma oggetti di diritto e quindi privi di *connubium*, considerate relazioni appunto di mero fatto. D'altra parte pecca per eccesso, mancando di rispetto alla specificità del matrimonio come istituto, che virtualmente «assicura l'ordine delle generazioni»³⁹, una legge, che contempra il matrimonio tra persone dello stesso sesso⁴⁰. Pre-

cit., 73. Per il problema dei rapporti patrimoniali tra conviventi, v. A. Spadafora, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 2001, 199 ss.

³⁶ Si pensi alla poligamia islamica, possibile in virtù della Sura IV medinese, dedicata alle donne dal Corano, versetto 3: «Se temete di non esser giusti nei riguardi degli orfani, le donne sposatele quelle che vi vanno a genio, a due o tre o quattro alla volta e se temete di non riuscire ad esser giusti, sposatene una sola o ricorrete alle vostre ancelle: in tal modo vi risulterà più facile non esser ingiusti». Nel senso che la poligamia è stata abolita solo in Turchia, Tunisia, Israele, Mali e nei paesi a legislazione marxista v. G. Prader, *Il matrimonio nel mondo*, II, Padova, CEDAM, 1986, 17; v. anche R. Aluffi Beck-Peccoz, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, Milano, Giuffrè, 1990; F. Corrao, *La condizione femminile nel mondo arabo oggi, il problema è solo il velo?*, in *Filosofia e questioni pubbliche*, XIII, 2008, I, 32-42.

³⁷ In senso favorevole al matrimonio fra persone dello stesso sesso, v. M. Bonini Baraldi, *La famiglia de-genere, matrimonio, omosessualità, costituzione*, Milano-Udine, Mimesis, 2010, 35 ss., 68 e 94; in senso contrario, anche in termini di unioni civili comunque denominate, F. Macioce, *Pacs, perché il diritto deve dire no*, Milano, San Paolo, 2006, 81. Si vedano altresì le argomentazioni favorevoli e contrarie al "matrimonio" omosessuale riportate da F. Caballero, *Droit du sexe*, Parigi, Lextenso, 2010, 304 ss. Il progetto di legge governativo italiano della XV Legislatura sui c.d. DICO riferiva onnicomprensivamente all'art. 1 il proprio ambito di applicazione a «due persone maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso, unite da reciproci vincoli affettivi che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale ...».

³⁸ V., *ex pluribus*, V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, XIV, Napoli, 1987, Jovene, 439 e 463, ove si definisce «il *contubernium* cioè l'unione permanente tra schiavi, la quale fu in pratica non solo tollerata, ma spesso favorita dai padroni». È interessante notare che, dopo il Cristianesimo, «da Costantino in poi la legislazione tende ad evitare nelle alienazioni e divisioni d'eredità che le famiglie servili siano separate».

³⁹ «Il matrimonio, in sostanza, è importante socialmente e (perciò) giuridicamente, in quanto assicura l'ordine delle generazioni» F. Macioce, *op. cit.*; cfr. G. Bonilini, *op. cit.*

⁴⁰ È il caso della nota legge n. 13 promulgata a Valencia da Sua Maestà cattolicissima il Re di Spagna il 1-7-2005,

messo che è evidente come l'istanza sociale di riconoscimento giuridico di unioni affettive di tal tipo sia strumentale al bisogno di riconoscimento sociale del diritto all'identità sessuale delle persone omosessuali⁴¹ e quindi a garantire indirettamente l'effettività di diritti fondamentali già spettanti di per sé agli individui, occorre enucleare la *ratio iuris* di quelle che possano definirsi *unioni civili* tra persone dello stesso sesso, al di là di eventuali nominalismi inappropriati di tipo spagnolo. È dovere del giurista, al di là dei superficialismi ideologici di compromissorie "leggi-manifesto" volte all'acquisizione di labili consensi elettorali, enucleare un possibile principio di ragion sufficiente di una norma, che istituisca l'unione civile tra due persone dello stesso sesso: principio di ragion sufficiente, che implica la giustificazione logico-giuridica della rilevanza del numero di due persone, che compongono la coppia. La soluzione di tale problema centrale del senso di un numero, che costituisce oggetto della grande *rimozione*⁴² ontologica⁴³ dal tavolo di riflessione sul tema, può contribuire inoltre e più in generale, alla migliore comprensione della fenomenologia delle *coppie di fatto*, o meglio unioni affettive libere, anche fra persone di sesso diverso. Infatti l'ineludibile *ratio iuris* della rilevanza del numero di due persone in termini di coppia, ha il compito di sorreggere la legittimazione di tali unioni civili, da un lato, nei confronti del matrimonio, in cui la necessaria dualità personale deriva dalla naturale complementarietà genitoriale uomo-donna, dall'altro nei confronti di ipotetiche aggregazioni affettive tra più di due persone, di tipo bisessuale, poligamico, poliandrico, etc. Infatti, come già notato, se ci si pone sul piano delle «formazioni sociali⁴⁴ dove si svolge la personalità umana» e fuori della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio», una legge che, ingiustificatamente, limiti alla *coppia* e quindi alla rilevanza normativa del solo numero di due persone, l'eventuale tutela tipizzatrice, da qual titolo legittimante, assiologico ancor prima che costituzionale⁴⁵, si assume sorretta, nel discriminare più ampie comunità affettive, sia nella prospettiva del pluralismo etico, su cui si presuppone fondato lo Stato laico (aggregazioni af-

con cui si è aggiunto un secondo comma all'art. 44 c.c.: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes seon del mismo o de diferente sexo».

⁴¹ Una raffinata analisi del meccanismo psicologico-sociale del bisogno di riconoscimento è condotta da C. Taylor, in *Il disagio della modernità*, cit., 51 ss. Ma v. anche F. Remotti, *L'ossessione identitaria*, Bari, Laterza, 2010.

⁴² Si usa tale espressione nel significato consolidato pregnante tratto dalla scienza psicologica nel senso di «difesa automatica ed inconscia mediante la quale l'io rifiuta una motivazione, un'emozione o una idea, penose o pericolose, da cui tende a dissociarsi», H. Piéron, *Dizionario di psicologia*, Firenze, La nuova Italia, 1973, 481.

⁴³ A dimostrazione del fatto che la cultura occidentale non è riuscita a liberarsi dall'ontologia, si vedano gli attuali sviluppi della stessa fenomenologia intesa essa stessa come un'ontologia e non, come potrebbe sembrare, una sua negazione: R. De Monticelli, C. Conni, *Ontologia del nuovo, la rivoluzione fenomenologica e la ricerca oggi*, Milano, Mondadori, 2008, 113 e 133 ss.

⁴⁴ Già G. Fargiuele ha notato che «il problema giuridico della famiglia di fatto per le dimensioni raggiunte dal fenomeno, non si presta più, come non di rado accadeva in passato, ad essere assunto a terreno di disputa prevalentemente ideologica ...», in *La famiglia fra realtà di fatto e di diritto, Città e regione*, Firenze, Le Monnier, 1982, n. 4.

⁴⁵ Completamente ignorato sembra il problema pratico di eventuali impugnative presso la Corte costituzionale di leggi, che "riconoscano" le c.d. coppie di fatto per violazione degli art. 2, 3 e 8 della Carta italiana, nel momento in cui ci si ponga fuori dall'alveo matrimoniale dell'art. 29, per porsi sotto il riparo delle formazioni sociali dell'art. 2. Se da una parte infatti la più lungimirante dottrina si era resa conto che «anche il riferimento operato in termini alternativi agli art. 29 e 2 Cost., così come proposto e utilizzato, appare ininfluenza ed inidoneo a determinare la scelta tra le due soluzioni contrapposte ... dell'assoluta inammissibilità della famiglia di fatto e quella, contrapposta, della sua integrale riconoscibilità» (G. Fargiuele, *op. cit.*) d'altra parte, mentre era germinata la tematica della riconducibilità della c.d. famiglia di fatto alle «formazioni sociali» ex art. 2 Cost. (v. AA.VV., *La famiglia di fatto*, cit., nt. 2), l'immigrazione islamica in Italia non era il macrofenomeno rilevato da S. Allievi in *Seconda religione, l'Islam*, Bologna, il Mulino, 1994.

fettive di più di due persone)⁴⁶, sia nella prospettiva del pluralismo religioso dello Stato non confessionale (poligamia di tipo islamico)⁴⁷?

5. – Ma, prima di tentare una risposta al precedente interrogativo, occorre affrontare una ipotetica duplice obiezione di sopravvalutazione della presupposta configurazione tradizionale del matrimonio nell'economia generale del nostro ragionamento. Infatti si potrebbe in primo luogo obiettare che la dualità personale matrimoniale è un dato storico del matrimonio monogamico occidentale e che è esistito e che esiste il matrimonio poligamico⁴⁸ (vetero-testamentario⁴⁹, islamico⁵⁰, etc.). Ma tale osservazione non inficia il concetto naturale di dualità genitoriale, su cui si innesta poi il concetto di matrimonio monogamico in termini di manifestazione di dignità della persona della donna, come assoluto umano e non mero strumento utilitaristico-meccanicistico-materiale di riproduzione della specie: in questa prospettiva di tutela e di edificazione epocale della dignità della donna va anche letto il principio affermato da Gesù Cristo «Quod Deus coniunxit homo non separet» (Matteo 19,6; Marco 10,5), in contrapposizione alla realtà veterotestamentaria del ripudio possibile del solo uomo verso la donna⁵¹, con delle implicazioni non solo morali e giuridiche, ma anche

⁴⁶ Si pensi alle plurali ed eterogenee compagini affettive del tipo ben rappresentato nel film di F. Ozpetek, *Le fate ignoranti*, Italia, 2001. Con riguardo al laicissimo ordinamento francese – nota F. Caballero, *op. cit.*, 288 – «le pacs est une union monogame comme le mariage. Le législateur combat la “bipacsie” et la “polypacsie”, formes édulcorées de la bigamie et de la polygamie».

⁴⁷ V. Corano, IV, 3, *cit.*, *retro*, nt. 36.

⁴⁸ Sulla poligamia e i precedenti fenomeni di poliandria v. F. Engels, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, Firenze, Il Castellaccio, 1946, ove, già nel 1884, si arriva alla conclusione ideologica in ordine alla monogamia, che «essa fu la prima forma di famiglia fondata su condizioni non naturali, ma economiche, cioè il trionfo della proprietà individuale sul comunismo spontaneo primitivo» (pag. 81).

⁴⁹ Tuttavia nell'Ebraismo «una disposizione rabbinica risalente a Rabbi Gershom di Magonza (960 c.a.-1028), ha vietato in Europa nozze poligamiche (consentite dalla Bibbia, ma sempre infrequenti)»: v. P. Stefani, *Gli Ebrei*, Bologna, il Mulino, 1997, 65.

⁵⁰ Sullo sfondo del neodogmatismo debole di una scontata secolarizzazione occidentale (v. *retro* nt. 19), A. Predieri ha notato che «l'Islam è diventato in silenzio e nella distrazione generale (è stato detto) la seconda religione sul territorio italiano» (*Shari'a e Costituzione*, Bari, Laterza, 2006, 8); la consapevolezza del giurista italiano che «il tema del diritto dell'Islam, che è sistema inglobante l'intera *politeia* collegato nella dipendenza dalla *Shari'a* dell'intera vita sociale e individuale dell'uomo» (*ibidem*, pag. 5), è confermata dalle parole del giurista iraniano Imam Ruhollah Khomeini (artefice della rivoluzione islamica del 1979) sulla «*natura ed essenza della legge dell'Islam*», pronunciate nella prima delle tredici lezioni di giurisprudenza tenute tra il gennaio e il febbraio 1970 nell'esilio irakeno di Najaf: «Tale struttura giuridica [la *Shari'a*] comprende tutto ciò di cui ha bisogno l'uomo – i rapporti con i vicini, con i figli, con il gruppo sociale d'appartenenza, con i parenti e i concittadini, i rapporti coniugali, le norme che regolano la guerra e la pace e i rapporti internazionali, le leggi punitive, il diritto commerciale, societario, agricolo. Le sue norme coprono la vita dell'uomo in ogni istante della vita, indicano quale forma debba avere l'unione coniugale, di cosa ci si debba alimentare al momento del matrimonio e del concepimento, quali siano i compiti dei genitori durante l'allattamento, come vada allevato un figlio e quale debba essere la condotta del padre e della madre nei loro rapporti reciproci e nei confronti della prole ...», v. *Il governo islamico o l'autorità spirituale del giureconsulto*, Rimini 2006, Il Cerchio, 28.

⁵¹ V. F. Foramiti, *Ripudio*, in *Enc. Legale*, V, Napoli, G. Marghieri ed., 1868, 120. Se è vero tuttavia che «Secondo i dettami biblici il divorzio veniva attuato direttamente dal marito attraverso la consegna alla moglie del “libello del ripudio”, dal medioevo in poi tale consegna viene fatta precedere da un procedimento giudiziario rabbinico, volto a tutelare la posizione della donna. A tal proposito, il già citato Rabbi Gershom di Magonza emise un decreto tendente a proibire la concessione del divorzio contro il parere della donna»: P. Stefani, *op. cit.* Nel senso invece che, nell'Islam, «L'uomo possiede il diritto d'iniziativa nell'avviare e nello sciogliere il matrimonio», v. H. Küng, *Islam, passato, presente, futuro*, Milano, Rizzoli, 2005, 194. Per un interessante caso di pronuncia d'inammissibilità di de-

sociali ed economiche enormi in società carenziali, in cui la donna sola non era regolarmente in grado di provvedere al proprio sostentamento economico ed alla propria difesa fisica. Quindi il matrimonio – per lo stesso processo storico e culturale, per cui non è più indissolubile, come invece canonicamente, a seguito della progressiva interiorizzazione da parte degli ordinamenti civili della non sacrificabilità della libertà degli individui sull'altare di olismi collettivi familiari e statuali⁵² – negli stessi ordinamenti, rimane saldamente acquisito come deontologicamente monogamico⁵³, a garanzia della conquista giuridica epocale della pari dignità della donna e dell'uomo, che nell'eguaglianza morale e sociale dei coniugi si esprime. Ma un'altra obiezione alla ontologica dualità genitoriale – di cui è segno confermativo la deontologica monogamicità del matrimonio, nel suo sviluppo d'istituto giuridico suddetto – potrebbe essere reperita nell'evoluzione tecnologica dei metodi di riproduzione⁵⁴ approdati alla possibilità fattuale della filiazione senza il rapporto fisico tra l'uomo e la donna, quali fecondazione artificiale omologa ed eterologa⁵⁵, che possono mettere capo a forme apparenti di monoparentalità o, più probabilmente, di pluriparentalità. Ma occorre premettere che proprio tale fenomeno conferma, ancora una volta, la fallacia di un riconoscimento legislativo limitato a sole *coppie di fatto* giacché, negli ordinamenti in cui sia ammessa la fecondazione eterologa, al di là della questione qualificatoria sulla spettanza del titolo di padre o di madre⁵⁶, che presuppone comunque una conflittualità virtuale su tali

libazione di ripudio dichiarato innanzi a tribunale sciaraitico v. App. Roma, sent. 9-7-1973, in *Dir. fam.*, 1974 e le non condivisibili critiche di C. Schwarzenberg, *Ordine pubblico e riconoscimento del matrimonio islamico per ripudio* (*ibidem*, 653). V. anche N. Ongaro, *Ordine pubblico matrimoniale: i problemi familiari degli immigrati islamici*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 587 ss. Nel diritto romano, la pariteticità dell'iniziativa del *divortium*, in capo al marito e alla moglie, per il venir meno dell' *affectio maritalis*, deve essere considerata tuttavia anche alla luce dell'originaria prevalenza della volontà degli eventuali aventi potestà sui coniugi e dell'originario eventuale sfavore da parte del costume (*Fas*) ove non vi fossero gravi ragioni giustificative. Va anche notato che, ancora nel diritto della Roma cristianizzata, rimane la dissolubilità del matrimonio seppur, nel diritto giustiniano, l'osservanza della forma del *libellum repudii* sia necessaria per la forma del divorzio: v. per tutti V. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, 449 ss.

⁵² V. per tutti G. Furguele, *Libertà e famiglia*, cit.

⁵³ Che nell'ordinamento italiano la monogamia del matrimonio sia principio di ordine pubblico imprescindibile in sede di delibazione di sentenze straniere, si evince, oltre che dall'art. 29, c. 2 Cost., dall'art. 86 c.c. statuente la libertà di stato per sposarsi, dall'art. 116, c. 2 c.c. statuente l'inderogabilità del suddetto presupposto anche per lo straniero che si sposi in Italia e dall'art. 556 c.p. incriminante la bigamia. Cfr. N. Ongaro, *op. cit.*

⁵⁴ V., *ex pluribus*, A. Gorassini, *Procreazione (Diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987; G. Baldini, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1999; M. Sandel, *Giustizia – Il nostro bene comune*, Milano, Feltrinelli, 2009, 111.

⁵⁵ Com'è noto, la fecondazione artificiale sia omologa (con gameti provenienti dalla coppia di riferimento) che eterologa (con gameti donati da terzi) può essere o corporea o extracorporea (v., ai fini giuridici, la più ampia disamina di F. Mantovani, *Diritto penale, parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, CEDAM, 1995, 65); A. BuCELLI (cur.), *Produrre uomini*, Firenze, Firenze UP, 2005.

⁵⁶ La l. 19-2-2004, n. 40, all'art. 4, c. 3, ha introdotto espressamente nell'ordinamento italiano (a differenza di quello inglese, francese, belga, spagnolo, svedese, norvegese, etc.) l'espresso divieto di «ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo», stabilendo altresì che, in caso di fatto tali pratiche si realizzino nonostante il divieto, sia inibito ai soggetti di avvalersi di strumenti giuridici volti a garantire l'anonimato della madre del nato, il disconoscimento di paternità da parte del coniuge o del convivente consenziente e l'emersione giuridica del donatore di gameti. In assenza di una disciplina di tal genere, la dialettica giuridica è polarizzata sul problema dell'imputazione della qualifica: 1) di *padre*, sotto il profilo della prevalenza dell'aspetto biologico ovvero di quello dell'assunzione sociale di responsabilità: se sia padre il donatore del seme pur anonimo, con quindi legittimazione di contestazione nelle varie forme ammesse dalla legge di situazioni formali diverse (v. T. Auletta, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1986, 1-68; G. Alpa, *Appunti sull'inseminazione artificiale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 333-348) ovvero il marito della "donataria", aprendosi poi il problema della rilevanza del dis-

titolarità, qualora padre biologico, padre socialmente responsabile, madre genetica e madre uterina, decidessero di convivere in formula comunque eccedente il numero di due persone, tali forme di poligamia o poliandria tecnologiche si disvelerebbero *sub cinere sopiti lapilli* del vulcano fattuale solo apparentemente spento. Ciò premesso, a prescindere dal fatto che la riproduzione senza il rapporto fisico tra l'uomo e la donna non esclude che la concezione sia resa ordinariamente possibile da una volizione almeno di un uomo e di una donna (fecondazione sessuata)⁵⁷, anche qualora la tecnologia renda possibile un metodo riproduttivo avulso da tale dualità elementare (fecondazione asessuata)⁵⁸, al di là dei soggettivismi bioetici⁵⁹, se sia assiologicamente lecito tutto ciò che è tecnologicamente possibile⁶⁰, s'impone alla considerazione del giurista l'eclissi del *dato potestativo* che tutti questi metodi, alternativi a quello naturale, implicano che s'interponga tra l'uomo e la donna (ed, in ipotesi, li sostituisca) un soggetto terzo, ossia un ente tecnologico potestativo⁶¹, che organizzi un apparato di strumenti e di operatori dotati di un sapere specialistico per usarli nel corpo ovvero per il corpo di persone. Ecco dunque che, proprio dal punto di vista del *quid proprium* della scienza giuridica come ultrabimillennaria⁶² scienza sociale, che studia la struttura, la funzione e dunque la natura dei poteri in quanto tali⁶³, occorre constatare che s'insinua un soggetto terzo, pubblicistico o privatistico che sia, ma comunque potestativo, nell'atto di

senso di questi per approdare quindi all'assenza di un padre (v. A. Trabucchi, *La procreazione artificiale e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. Dir. civ.*, 1982, 495-511) e quindi alla monoparentalità materna, che comunque si avrebbe *de iure* se una coppia c.d. di fatto si avalesse di un terzo donatore in assenza di un'adozione da parte del convivente uomo; 2) di *madre*, sotto lo stesso profilo biologico: mentre, nel caso di donazione di ovociti, venendo attribuita la maternità a colei che partorisca, si ripropongono i problemi suddetti inerenti alla paternità, nel caso di maternità surrogata in senso stretto, in cui contributo genetico e gestazione siano commissionati ad una terza donna e nella c.d. locazione d'utero, in cui solo la gestazione sia svolta dall'estranea alla coppia, si pone il problema se sia madre solo quella genetica, con conseguente liceità di tali contratti ed obbligo di consegna del nato (v. Corte Suprema della California, sent. 20-5-1999, *Johnson c. Calvert*, con nota di G. Ponzanelli, in *Foro it.*, 1993, IV, 337-340) ovvero comunque quella uterina «in quanto è la gestazione che crea l'essenziale e concreto rapporto materno in cui si realizza l'accoglimento dell'essere umano», C.M. Bianca, *Diritto Civile, La famiglia e le successioni*, Milano, Giuffrè, 1989, 294, con conseguente illiceità dei contratti di *surrogacy* per l'indisponibilità dei diritti della Persona implicati (v. Trib. Monza, sent. 27-10-1989, in *Foro it.*, 1990, 298, I, con nota di Ponzanelli, *ex pluribus*, sul noto caso *Valassina-Bedjaoui*).

⁵⁷ Ci si riferisce all'atto di messa a disposizione rispettivamente di gameti maschili e femminili, che sussiste anche nel caso di donatore anonimo del seme, v. S. Rodotà, *op. cit.*, 184.

⁵⁸ Sui vari tipi di fecondazione asessuata, quali clonazione (fissione gemellare, trasferimento del nucleo), fecondazione verginale, fecondazione di ovulo con ovulo, v. F. Mantovani, *op. cit.* L'art. 12 della l. 19-12-2004, n. 40 sanziona penalmente «chiunque realizza un processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto».

⁵⁹ Adottando cioè un'impostazione, che raccoglie la sfida di valutare le questioni non in base ad un "etica dei principi", ma in virtù di un "etica delle conseguenze" sostenuta da J. Baron in *Contro la bioetica*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2006.

⁶⁰ V. G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 48.

⁶¹ «Chiunque sia il tecnocrate, si vuole infatti che la sua affermazione debba coincidere con una rivoluzione dell'essenza stessa del *kratos*. Per tale rivoluzione, la decisione sulla *res publica* vale a dire l'espressione prima della funzione potestativa, si converte da un "atto politico" in "atto tecnico"», D. Fisichella, *Il potere nella società industriale*, Bari, Laterza, 1995.

⁶² V. M. Villey, *Le droit romain*, Parigi, Presses Universitaires de France, X, 2002; P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Bari, Laterza, 2003, 49.

⁶³ Cfr. A. Supiot, *Homo juridicus*, cit., 175.

concezione e riproduzione⁶⁴, ossia nella cellula più riposta del diritto dei privati, dove fisiologicamente si esercita il potere sociale originario e primario che è quello di procreare liberamente, senza la mediazione materiale di terzi. Allora, paradossalmente, proprio mentre si registra la diffusione dell'emancipazione della vita sociale affettiva dalle forme di ingerenza della dimensione potestativa classica quali Chiesa, Stato, sull'organizzazione delle stesse aggregazioni affettive, non ci si rende conto che la grande *potestas* contemporanea della tecnica si è già insinuata nel nucleo personale pulsante della *res privata*, con virtualità di dominio finalistico dei soggetti senza precedenti storici⁶⁵; in tale prospettiva, il fatto che materialmente sia possibile concepire in modo mediato e complesso una vita, al limite, senza l'intervento dell'uomo e della donna, non solo non scalfisce, ma accresce il valore normativo dell'atto di concezione dell'uomo e della donna⁶⁶, come atto necessariamente duale, personalmente complementare, immediato e "semplice" (nel senso latino di *sine plure*, dunque *suo ordine perfectus*), proprio come l'inquinamento dell'aria fa capire oggi l'importanza di beni che l'uomo pre-industriale non considerava una ricchezza, come appunto l'aria⁶⁷, la quale costituisce il primo bene nella gerarchia dei beni "economici", nel senso tecnico oggettivo di entità destinate a soddisfare bisogni umani. Ecco dunque che l'atto necessariamente duale della concezione non è un semplice fatto fisiologico naturalistico, fungibile con le sue varianti tecnologiche che, disciplinate, ben possono avere una spendibilità correttiva di patologie⁶⁸, ma è un *valore normativo* di socialità reale⁶⁹, che assurge ad estremo baluardo della *res privata* di fronte alla nuova forma potestativa tecnologica, che è in grado effettivamente o di dominare le *res publicae* contemporanee o di esserne *instrumentum regni*: l'atto personale di concezione, quale esercizio di diritti individuali indisponibili⁷⁰, è dunque istituzione primaria necessariamente privatistica-personalissima⁷¹ e non pubblici-

⁶⁴ «In effetti è questo rapporto, legato al fatto biologico della riproduzione, verso la progenie non autonoma e non il rapporto tra adulti indipendenti che sta all'origine dell'idea di responsabilità in quanto tale ... Qui sta l'archetipo di ogni agire responsabile, che per fortuna non necessita di alcuna deduzione da un principio, ma ci viene potentemente inculcato dalla natura», H. Jonas, *Il principio di responsabilità, un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, Einaudi, 1993, 50.

⁶⁵ V. in generale, sul concetto di biopolitica, R. Esposito, *op. cit.*, anche con riferimento all'uso della tecnica da parte del nazismo.

⁶⁶ «Il pericolo di programmazione e riproduzione "totalitaria" di esseri umani in serie, tutti eguali geneticamente: tutti superuomini o tutti servili ...» è paventato da F. Mantovani, *op. cit.*, p. 66.

⁶⁷ V. G.S. Jevons, L. Cossa, VIII, Milano, Hoepli, 1924, 15.

⁶⁸ Sulle norme in materia di procreazione assistita adottate dalla l. 19-2-2004, n. 40, v. P. Borsellino, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2009, 252 ss.

⁶⁹ Tale valore normativo trova conferma nell'ordinamento italiano nel complesso di norme della l. 19-12-2004, n. 40, che consentono soltanto la fecondazione medicalmente assistita omologa su iniziativa di una coppia di persone di sesso diverso.

⁷⁰ A garanzia della dignità della persona, ogni atto positivo e negativo di esercizio della libertà sessuale individuale, che non cagioni diminuzioni permanenti del proprio corpo, costituisce – in relazione ad altri soggetti privati e pubblici – un atto personale autorizzatorio (avente l'effetto di rendere leciti comportamenti altrui) revocabile *ad nutum* e non un atto negoziale ossia di natura dispositiva che vincoli il soggetto a prestazioni di fare o non fare. Quindi, la libertà di procreare, quale esplicazione della libertà sessuale, non si esprime attraverso atti di natura negoziale che ne emancipino l'esercizio dal fondamento biologico della paternità e della maternità per dar luogo ad un inesistente diritto di procreare in senso oggettivistico, incompatibile con i diritti del nascituro e con l'infungibilità della potestà genitoriale sullo stesso. Cfr. Trib. Monza sent. 27-11-1998 cit. e L. Lojacono, *Inseminazione artificiale (Diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 759.

⁷¹ La nozione privatistica dell'atto di concezione si inferisce altresì, nell'ordinamento italiano, dalla rilevanza sol-

stica⁷² di garanzia della libertà sociale originaria, «perché l'azione umana è l'azione che crea il diritto e quindi il diritto non è esclusivo di altri organismi che la stessa azione umana dei singoli ha formato – i singoli che si collegano in quella forma, in quella struttura che poi significativamente è la collettività»⁷³. Infatti, qualora il principio ciceroniano “*prima societas in ipso coniugio ... seminarium rei publicae*”⁷⁴ diventasse “*res publica seminarium societatis*”⁷⁵, si consumerebbe una radicale esautorazione politica della persona a favore di una forma potestativa capace addirittura di costituire materialmente l'oggetto del suo potere. Da questo punto di vista, le possibilità della tecnologia sulla biologia umana, riconducendo ai suoi fondamentali l'analisi giuridica, fanno emergere, dalla palude logica della bioetica⁷⁶, il dato giuridico-potestativo della frontalità ancestrale delle due uniche istituzioni “necessarie” in senso tecnico giuridico, Famiglia⁷⁷ e Stato (e i suoi derivati)⁷⁸, quali due uniche comunità, in cui entrano a far parte dei soggetti a prescindere da una loro manifestazione di volontà, quindi non liberamente, ma in ragione della mera datità dell'esistenza: la persona nascente non solo non decide di nascere⁷⁹ (*status hominis*), ma nemmeno in quale famiglia nascere (*status familiae*), né su quale territorio soggetto a qual sovranità (*status civitatis*); dunque gli

tanto come oggetto di errore-vizio della volontà, dell'*impotentia generandi e coeundi* ex art. 122 c.c. concretanti «l'esistenza di una malattia fisica o psichica o di un'anomalia o deviazione sessuale tali da impedire lo svolgimento della vita coniugale». Il che significa che la non previsione dell'*impotentia generandi*, quale vizio di nullità *ex se* del matrimonio (del resto nel diritto canonico lo è solo l'*impotentia coeundi*: can. 1084), non implica affatto la non coesistenzialità della finalità procreativa all'istituto del matrimonio civile, ma soltanto appunto il rispetto assoluto di tale sfera personalissima dei coniugi da parte del legislatore, che riconosce esclusivamente al coniuge errante ex art. 122, c. 1 c.c., la legittimazione ad un'azione di annullabilità, escludendo così in radice una nullità azionabile in via ufficiale del pubblico ministero ex art. 125 c.c., con la conseguenza che tale dato sistematico assurge a principio di ordine pubblico matrimoniale italiano, rendendo inammissibile la delibazione di ipotetiche sentenze di ordinamenti stranieri in cui venisse invalidato un matrimonio per i motivi suddetti su iniziativa extraconiugale.

⁷² Tale nozione garantisce la società da ogni forma di ingerenza pianificatrice e di controllo centralizzato delle nascite.

⁷³ V. F. Romano, *Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni* in *Atti del Convegno di Firenze, 15 ottobre 2004*, Milano, Giuffrè, 2007, 83.

⁷⁴ M.T. Cicerone, *De officiis*, 1.17.54: «Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae».

⁷⁵ «La *cit  de sciences* organizza eruditissimi seminari nei quali viene proposto di iscrivere la procreazione e la filiazione all'interno di una cornice segnata dalla fine del monopolio riproduttivo da parte della coppia eterosessuale, per lasciare il posto ad un sistema mobile di persone che ruoti attorno al bambino, nel quale i ruoli, i sessi e le filiazioni biologiche e culturali non risulterebbero pi  rigidi n  legati tra loro», in A. Supiot, *op. cit.*, 60.

⁷⁶ V. J. Baron, *Contro la bioetica*, cit.

⁷⁷ Per quanto concerne la famiglia v., per tutti, chiarissimo il giurista britannico R.G. Collingwood, *Il nuovo Leviatano*, Milano, Giuffr , 1971, 215: «Una famiglia   ci  che io definisco una comunit  mista; ci    una parte di essa   una societ  (io la definisco societ  familiare) l'altra parte che chiamer  *nursery*   una comunit  non sociale ... La *nursery*   costituita da bambini. Essa   una comunit  non-sociale perch  i bambini non la costituiscono di loro spontanea volont ».

⁷⁸ Insuperata la chiarezza definitoria di A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, 3 e 198: «lo Stato si presenta come istituzione originaria – in quanto non ripete da altri che se stesso la propria vigenza e come l'unica istituzione sovrana – in quanto *superiorem non recognoscens* (e perci  indipendente) e capace di escludere ogni autorit  altrui ... [Gli] enti territoriali ... (Comuni, provincie, Regioni) sono enti corporativi caratterizzati dall'abbracciare necessariamente tutti gli individui che appartengono al territorio che ne forma elemento costitutivo (popolazione)».

⁷⁹ Su tale problematica originata da una controversia giudiziaria francese v. O. Cayla, Y. Thomas, *Du droit de ne pas na tre. A propos de l'affaire Perruche*, Parigi, Gallimard, 2002.

unici due enti collettivi “necessari”, dal punto di vista dell’assenza di libera scelta di entrare a far parte del “soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici”⁸⁰, sono una “società naturale”⁸¹ – appunto perché il nato, in modo *naturalmente* necessitato, entra a far parte di una famiglia come figlio – ed una “società storica”, perché dati tempo, luogo e famiglia di quella nascita sono qualificati dalla volontà normativa di uno Stato all’effetto della sua cittadinanza⁸². Il primo fenomeno determina l’insorgenza della potestà dei genitori, essenzialmente transitoria fino alla maggiore età⁸³, il secondo segna la soggezione fino alla morte dell’uomo alla potestà pubblica implicata anche da eventuali cambiamenti di cittadinanza⁸⁴. Ebbene, l’irriducibilità delle due radici potestative, l’una giusprivatistica⁸⁵, l’altra giuspubblicistica⁸⁶, costituisce l’archetipo originario di ogni forma di divisione dei poteri⁸⁷: risponde ad una garanzia fondamentale di libertà dei soggetti, costituendo quindi un principio di ordine pubblico della civiltà tecnologica⁸⁸, che le due dimensioni potestative necessarie, cui dà luogo lo *status hominis*, restino separate, in relazione alla genesi materiale del fatto costitutivo e nella prospettiva delle conseguenze eversive di tale separazione estraibili dalle possibilità tecnologiche, le quali, essendo inibite allo Stato, sono a *fortiori* vietate ad ogni altro soggetto terzo rispetto alla coppia genitoriale, al di fuori dei casi eccezionali – tassativamente disciplinati dal diritto positivo – di procreazione medicalmente assistita.

⁸⁰ V. A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, Giuffrè, 1939.

⁸¹ L’interpretazione, che qui si propone, di “società naturale” – dal punto di vista della persona ivi nascente – nel senso di *societas* in cui virtualmente si esplica l’umana responsabilità verso le generazioni future (cfr. H. Jonas, *op. cit.*), supera la contrapposizione (v. S. Puleo, *op. cit.*) tra la tesi giusnaturalista, che vede nell’art. 29 della Carta italiana il riconoscimento statale di una preesistente realtà naturale in senso metastorico e astratto ed una tesi storicista che interpreta la formula costituzionale suddetta quale rinvio recettizio a ciò che *secundum naturam* s’intenda per famiglia in un dato momento storico.

⁸² Per la rilevanza, nell’ordinamento italiano, del *ius soli*, in caso di nascita sul territorio da genitori ignoti, apolidi, etc., del *ius sanguinis*, in caso di nascita da genitori italiani, della *iuris communicatio* determinante la trasmissione della cittadinanza da un membro della famiglia, del *ius electionis* implicante il diritto di scelta, v. l. 5-2-1992, n. 91; R. Clerici, *La cittadinanza*, Padova, CEDAM, 1993.

⁸³ «En droit romain, la puissance paternelle ... cesse à l’égard du fils du moment que celui-ci agit dans l’exercice de ses droits de citoyen», L. Beauchet, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, II, *Le droit de famille*, Parigi, Chevalier-Maresq ed., 1897, 103.

⁸⁴ Il diritto internazionale vigente infatti mostra «nulle terre sans seigneur».

⁸⁵ V. R. Nicolò, *Istituzioni*, cit., 59: «Un altro tipo di protezione di interessi umani è rappresentato da quelle figure che noi chiamiamo con termine tecnico di *potestà*. Sono ipotesi nelle quali l’esercizio del diritto o l’esplicazione di un’attività giuridicamente rilevante, invece di essere affidati, come sarebbe naturale, allo stesso titolare dell’interesse, sono affidati per legge ... ad un altro soggetto». V. inoltre M.E. Quadrato, *Il ruolo dei genitori, dalla “potestà” ai “compiti”*, Bari, Cacucci, 1999, 25 ss.

⁸⁶ V. per tutti M.S. Giannini, *op. cit.*, II, 70, sulla peculiarità delle potestà pubbliche in senso proprio rispetto alle potestà private, come corollario della «posizione fondamentale dell’ente pubblico caratterizzata dall’“autorità”».

⁸⁷ «La romanistica ha individuato proprio nella famiglia l’organizzazione privata per eccellenza e da contrapporre al pubblico», V. G. Lobrano, *Pater et filius eadem persona – per lo studio della patria potestas*, Milano, Giuffrè, 1984, 84.

⁸⁸ Tale principio sistematico reperisce il proprio indizio normativo, nel diritto positivo italiano, segnatamente nella l. 19-2-2004, n. 40, art. 9, c. 1, che individua la legittimazione d’iniziativa esclusivamente nella «coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell’art. 6»; art. 5 «... possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»; art. 10 e 11, che disciplinano le strutture autorizzate pubbliche e private; art. 12, che prevede divieti e sanzioni, anche penali.

6. – Una volta dimostrato il valore normativo e non la mera fattualità naturalistica della coppia genitoriale, trasfusi nella stessa etimologia dell'espressione *matrimonium* indicante la connessione teleologica oggettiva con la maternità⁸⁹, è possibile, al di là delle già lecite libere unioni affettive, enucleare una *ratio* unitiva, suscettibile di tipizzazione legislativa, tra due persone dello stesso sesso, sia rispetto alla specifica *ratio* matrimoniale che rispetto a numericamente più ampie aggregazioni affettive⁹⁰? Ora, se fra i tre tradizionali profili causali del matrimonio, evidentemente non può sussistere per le coppie omosessuali il *bonum proles*, possono ritenersi sussistenti gli altri due profili del *mutuum adiutorium* e del *remedium concupiscentiae*⁹¹, i quali tuttavia non forniscono ancora ragion sufficiente alla giuridica rilevanza del solo numero di due persone: tale rilevanza può allora derivare soltanto dal concetto di tutela della esclusività della vita affettiva, cui intendano legarsi due persone (*individuae vitae consuetudo*) e che il legislatore intenda sancire in termini di *unioni civili*⁹², ritenendo oggettivamente ed assiologicamente apprezzabile, in termini costituzionalmente compatibili o comunque non incompatibili, l'interesse sentimentale, reciprocamente infungibile, alla non condivisione con terzi della dimensione affettiva.

7. – Giova a questo punto analizzare in che termini sia realmente innovativa di un ordinamento dato, una legge che assuma di *riconoscere* le c.d. coppie di fatto. Alla luce di quanto già osservato (par. 2), in un ordinamento dove non solo non sia vietato, ma anzi rappresenti esercizio di libertà fondamentali delle persone, il convivere affettivamente più o meno stabilmente, una legge che intervenga su posizioni e rapporti già qualificati giuridicamente in termini di *agere licere*, revocabilità immediata del consenso, etc., non interviene affatto su situazioni di mero fatto, bensì su situazioni di diritto quali unioni libere affettive, solo apparentemente fattuali⁹³. Una legge in tal senso, dunque, non "riconosce" e non istituisce il diritto già esistente degli individui di convivere, dando luogo ad unioni affettive libere, ma lo disciplina limitandolo: sotto sembianze demagogico-libertarie, la tendenza occidentale di legiferazione

⁸⁹ Del resto lo stesso *Code Civil* del 1804, all'interno «des obligations qui naissent du mariage» (L. 1, Tit. V, Cap. V), come prima obbligazione, all'art. 203, prevede che «Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leur enfants».

⁹⁰ Nel senso che la normativa internazionale non imponga «la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna». V. Corte Cost., sent. 15-4-2010, n. 138, cit.

⁹¹ L'interpretazione evolutiva di tale concetto deriva dal rispetto del diritto all'identità sessuale e del principio d'uguaglianza delle persone e risponde anche all'interesse individuale e sociale alla non trasmissione di malattie a contagio sessuale. Nota infatti F. Caballero, *op. cit.*, 279: «les risques de contamination par la voie sexuelle valorisent la fidélité et la stabilité du couple en détriment du vagabondage sexuelle». Sulle relazioni fra persone dello stesso sesso nel mondo antico, v. E. Cantarella, *L'amore è un dio, il sesso e la polis*, Milano, Feltrinelli, 2009, 97 ss.; cfr. E. Cantarella, L. Gagliardi, M. Melotti, *Diritto e sessualità in Grecia e a Roma*, Milano, Cuem, 2003; v., in prospettiva attuale, U. Galimberti, *I miti del nostro tempo*, Milano, Feltrinelli, 2009, 33 ss.

⁹² Solo in questi termini appaiono superabili le argomentazioni di F. Macioce (*op. cit.*, 77 ss.), contrario alla possibilità di riconoscimento legislativo delle suddette unioni, mentre non risulta convincente la tesi di estensione dell'istituto del matrimonio sostenuta da M. Bonini Baraldi (*op. cit.*, 35 ss. e 94) come attuata in Spagna (v. *retro* nt. 41), nonché, dal 1998, in Belgio ed Olanda, dove vige il principio di irrilevanza del sesso dei nubendi.

⁹³ Che, rispetto a «i rapporti di mero fatto», vi sia la «necessità di distinguerli dalle attuazioni (esercizio, godimento) di diritti» v. per tutti, E. Finzi *Il possesso dei diritti*, rist., Milano, Giuffrè, 1968, 274. Peraltro, sulla rilevanza comunque "ordinamentale" della situazione di fatto per eccellenza quale il possesso, dati gli «esiti ambigui» dei «tentativi di inquadrare il possesso tra "fatto" e "diritto"», si veda il monito di F. Alcaro, *Il possesso*, in *Il Codice civile – Commentario*, P. Schlesinger, F.D. Busnelli (dir.), Milano, Giuffrè, 2003, 167.

in tal senso si rivela così espressiva di un integralismo burocratico panlegislativo⁹⁴ irragionevolmente comprimente l'azione privata ordinante, come un'improvvida cementificazione ed irrigimentazione forzata dei corsi d'acqua, rispetto al flusso della stessa, il cui moto è connesso indissolubilmente alle viscere della terra come alla sommità dei cieli⁹⁵. Ma l'eterogenesi dei fini di un grande registro cartaceo o informatico, in cui le relazioni affettive vengano iscritte, e-sorbita dalla "razionalità disincarnata"⁹⁶ di una legiferazione soggettivamente regolatrice, ma non oggettivamente ordinante. Infatti se una legge prevede che una coppia possa registrarsi presso un dato ente pubblico come convivente da un certo periodo di tempo arbitrariamente stabilito dal legislatore, onde conseguire determinati effetti giuridici (reciproco diritto al mantenimento, diritti successori, etc.)⁹⁷, in primo luogo, questa non ha affatto risolto il supposto problema delle coppie di fatto secondo la nozione comune, ma lo ha creato, perché saranno a questo punto realmente "di fatto"⁹⁸, ai fini degli effetti in questione, tutte quelle coppie, che non abbiano voluto o potuto registrarsi o che non abbiano maturato il tempo richiesto dalla legge, riproponendosi il problema dell'utilizzabilità dello strumento dell'analogia⁹⁹ per verifi-

⁹⁴ Di «spinta divorante dei sistemi iper-razionalizzati e burocratizzati» parla già G. Baladier, in *Il disordine, elogio del movimento*, Bari, Dedalo, 1991, 222. Ad una *law-saturated-society* fa riferimento S. Rodotà, *op. cit.*, 9; cfr. G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 8 ss.

⁹⁵ Infatti, oggi più che mai vivo è l'insegnamento per cui «il diritto non è solo l'*ordinatum*, ma anche l'*ordinare* e l'*ordinante*, in una specie di processo chimico o fisico di sostanze che passano dallo stato fluido a quello solido» v. S. Romano, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, I, Napoli, Morano s.d. ma 1964, 27.

⁹⁶ Di una «razionalità disincarnata» attribuibile al pensiero di Descartes, parla C. Taylor, *op. cit.*, 51.

⁹⁷ V. E. Calò, *Le convivenze registrate in Europa*, Milano, Giuffrè, 2000; E. Pazè, *Le ragioni contro un'anagrafe delle famiglie di fatto*, in *Dir. fam.*, 2003, II, 192-209; M. Dogliotti, A. Figone, *Famiglia di fatto e DICO, un'analisi del progetto governativo*, in *Fam. dir.*, 2007, 416-424; v. A. Mantovano, *La guerra dei Dico*, Soveria Mannelli, Rubbettino ed., 2007.

⁹⁸ Si potrebbe prospettare allora, per la situazione dei conviventi atipici, una sorta di "possesso di stato", con tutti i problemi che ne conseguono. Peralto la dimostrazione di quanto detto nel testo è data dallo stesso legislatore francese, che con la l. 15-11-1999 istitutiva dei c.d. Pacs (art. 515.1 *Code Civil*, v. *retro* nt. 46), si è trovato poi costretto a prendere atto comunque, con il successivo art. 515.8, che «le concubinage est une union de fait, caractérisée par un vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe qui vivent en couple»: detta norma si limita a definire l'insopprimibile fenomeno della convivenza di fatto in termini residuali, quasi esorcizzandolo e senza disciplinarlo: per le relative difficoltà di prova v. F. Caballero, *op. cit.*, 251 e per i relativi effetti *ibidem*, 258 ss.

⁹⁹ V., *ex pluribus*, G. Furguele, *La famiglia tra realtà e diritto*, cit., 110: «Lo strumento quindi cui far ricorso, in assenza di espresse previsioni legali, è esclusivamente quello dell'analogia. Preso atto, cioè degli indici di sicura rilevanza normativa del rapporto familiare costituitosi in assenza di matrimonio e della non riprovazione del medesimo, laddove uno dei soggetti di tale rapporto pretenda di essere giuridicamente tutelato e tuttavia la fattispecie sfugga alla diretta previsione normativa, caso per caso dovrà verificarsi se alla stregua di quel dato fenomenico che eventualmente accomuni il singolo rapporto di fatto ad un suo corrispondente di fonte legittima, nonché della *ratio legis* di una precisa disposizione o addirittura dei principi generali dell'intero ordinamento, non sia possibile pervenire ad un'estensione di disciplina». Ma, precisa G. Bonilini, *op. cit.*, 26: «L'applicazione analogica delle norme dettate in tema di famiglia legittima a quella di fatto non può essere ammessa, tuttavia devono approvarsi soluzioni anche giurisprudenziali che riconoscano alcuni effetti a conviventi *more uxorio* in considerazione di quei soggetti che comunque vivono un rapporto familiare». Senza pretesa di esaustività, si ricorda che la giurisprudenza italiana ha calibrato un'ampia casistica di: diritto al riconoscimento del danno morale patito dal convivente per uccisione del *partner* (Assise Genova, sent. 24-10-1984, in *Foro it.*, 1986, II, 433); poi anche del danno patrimoniale (Corte Cass., sent. 28-3-1994, n. 2988, in *Giust. civ.* 1994, I, 1849); possibile tutela possessoria del convivente, alla morte del *partner*, verso gli eredi legittimi (Pret. Roma, sent. 22-11-1975, in *Giust. civ.*, 1976, I, 1721; Pret. Torino, sent. 11-11-1991, in *Dir. fam.*, 1992, 751; spettanza al convivente del diritto di subentrare al defunto *partner*, nel contratto di locazione (Corte Cost., sent. 7-4-1988, n. 404 in relazione all'art. 6, l. 27-7-1978, n. 392 che non lo prevedeva); irripetibilità di quanto adempiuto durante la convivenza, a titolo di obbligazione naturale, nei limiti della proporzionalità dell'attribuzione, superata la quale, vi è donazione (Corte Cass., sent. 3-2-1975, n. 389, in *Foro it.*, 1975, I, 2301); etc.

care la giustiziabilità delle pretese, mentre sarà dubbia l'applicabilità delle norme finora espressamente dettate per i conviventi¹⁰⁰, una volta che il legislatore abbia tipizzato la nozione di "convivente" come tale. Sarebbe, d'altra parte, inconcepibile logicamente e lesivo del fondamentale diritto di autodeterminazione delle persone ogni forma di unione civile cripticamente ufficiale, sulla base dell'assegnata rilevanza *ex lege* ad iniziative unilaterali di un *partner*, funzionali alla consecuzione di effetti giuridici¹⁰¹: fattispecie abnorme, che preconstituendo inoltre la possibilità di ricatti, lederebbe il diritto della persona di dar luogo a formazioni sociali non formalizzate, attribuendo all'un *partner* un diritto potestativo in ordine alla consecuzione degli effetti della registrazione. L'eterogenesi dei fini della storia del diritto farebbe così conoscere ai consociati, oltre all'indissolubilità evangelica del vincolo sacramentale fondato sul consenso degli sposi, la virtuale indissolubilità legislativa del vincolo economico-solidale fondato sulla volontà di un convivente!

Quanto sopra, per un motivo molto semplice: perché ogni legislazione che "riconosca" le c.d. coppie di fatto, in realtà, al di là dei nominalismi, ha valenza istitutiva di un'alternativa tipica, creando *eo ipso* una nuova forma di matrimonio di diritto, che, dismesse le borghesi e consuete vesti della laicizzazione del rito religioso¹⁰², assume quelle minimaliste ed apparentemente non invasive dell'annotazione in un registro, che ha valenza non meramente probatoria, ma costitutiva¹⁰³, pena altrimenti la inutilità dello stesso. Ad un atto solenne di pubblica

¹⁰⁰ Nell'ordinamento italiano, senza pretesa di esaustività e al di là della già citata legge sull'anagrafe (*retro* nt. 21): art. 30, l. 26-7-1975, n. 354, che consente al detenuto il permesso di uscita per visitare il convivente in pericolo di vita; art. 199, c. 3, lett. a), estensivo della facoltà di astenersi dal testimoniare in favore del convivente; art. 17, l. 17-2-1992, n. 179 estensivo del diritto di subentrare quale assegnatario di alloggio residenziale pubblico al convivente in caso di morte del *partner*; art. 13, d.P.R. 28-7-1999, n. 510 in merito all'estensione al convivente dei benefici per familiari di vittime del terrorismo; art. 342 *bis* c.c. estensivo al convivente del diritto di chiedere protezione giudiziale contro abusi familiari; art. 612 *bis* c.p. sul c.d. *stalking* (reato di atti persecutori).

¹⁰¹ V. (*retro*, nt. 37) il fallito progetto governativo italiano del 2007 sui c.d. DICO, il quale, all'art. 1, c. 3, stabiliva: «Relativamente alla convivenza di cui al comma I, qualora la dichiarazione all'ufficio di anagrafe ... non sia resa contestualmente da entrambi i conviventi, il convivente che l'ha resa ha l'onere di darne comunicazione mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento all'altro convivente; la mancata comunicazione preclude la possibilità di utilizzare le risultanze anagrafiche ai fini probatori ai sensi della presente legge». Tale norma, ove approvata, sarebbe stata la massima manifestazione di quella «singolare antitesi tra l'aformalismo della fonte del rapporto ed il formalismo degli atti unilaterali», genialmente colta da N. Irti in *Idola libertatis*, Milano, Giuffrè, 1985, 29 ss.

¹⁰² Nota infatti F. Hegel «come la stipulazione del contratto contiene già di per sé il verace trapasso della proprietà, così la dichiarazione solenne del consenso al vincolo etico del matrimonio e il corrispondente riconoscimento e sanzionamento del vincolo medesimo da parte della famiglia e della comunità (il fatto che in questo riguardo interviene la chiesa è una determinazione ulteriore da non svolgere qui) costituisce la formale *conclusione* e *realtà* del matrimonio, così che questo legame è costituito come etico soltanto grazie al precedere di questa cerimonia ossia della conduzione a compimento del *sostanziale* tramite il *segno*, il linguaggio come inteso il più spirituale esserci dell'elemento spirituale», *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, Laterza, 1991, 143. Sulla diffusione, nel sottoproletariato francese ed inglese, dei *mariage de fait* a seguito della facoltizzazione del matrimonio religioso proprio per la carenza simbolica del matrimonio civile presso «une grande masse de la population», v. E. Avogadro, *Teorica dell'istituzione del matrimonio e della guerra a cui soggiace*, Tipografia G. Speirani e figli, I, Torino, 1861, 201.

¹⁰³ Infatti facendo applicazione dell'insegnamento di M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 518 e 537, si tratterebbe di un "atto di certazione" del pubblico ufficiale, che riceve la dichiarazione di convivenza/domanda d'iscrizione, etc. e forma un atto, che si estrinseca nell'iscrizione del registro: si tratta dunque di un atto dichiarativo con effetti costitutivi in ordine a tutti quei diritti che il legislatore non riconosce ai conviventi non risultanti dal registro stesso. Nell'ordinamento sovietico, dal 1918 fino al Codice del 1927, la registrazione aveva efficacia costitutiva del legame coniugale per sopperire al *vulnus* lasciato dalla situazione prerivoluzionaria che aveva conosciuto il solo matrimonio ortodosso mentre dal 1927 la registrazione ebbe solo efficacia dichiarativa come semplice mezzo di prova del matrimonio quale fenomeno fattuale, non escludente altri mezzi di prova (v. M. Matteucci, *op. cit.*, 99).

manifestazione del consenso, proiettato indefinitamente nel futuro, quale il matrimonio con i suoi effetti tipici, si affianca un atto ricognitivo confermativo di un comportamento attuato, cui conseguono egualmente effetti in termini di diritti e obblighi¹⁰⁴.

Come al solito, *nova quia vetusta*, nei corsi e ricorsi della storia¹⁰⁵, poiché nel diritto romano¹⁰⁶, agli atti giuridici formali, quali il rito religioso della *confarreatio*¹⁰⁷ (in cui gli sposi dividevano innanzi al *flamen dialis* una focaccia di farro, segno d'incipiente vita comune) e l'atto civile della *coemptio* (vendita vera e poi fittizia della donna al futuro marito) divenuti in epoca classica eccezionali, si era affiancato, sostituendoli poi, come matrimonio tipico romano, l'*usus* consistente nella relazione continuativa per un certo tempo iniziato con la fattuale *deductio in domum mariti* e sorretta dall' *affectio maritalis*. Ma non esistevano i registri di un ipertrofico "potere standardizzante"¹⁰⁸.

Abstract

This study deals with the anthropological and juridical genesis of the so-called *de facto* relationships. In legal systems, like the Italian one, where there is not a public register to discipline the so-called *de facto* heterosexual or homosexual couples, these relationships are actually free affective unions for the law but not *de facto* relationships. Beyond the traditional legal marriage, a noteworthy discrimination results from the possibility of registering the cohabitation only for couples and not for groups of more of 2 persons (bisexuals, Islamic polygamy etc.). In fact the concept of "social formation" (art. 2 Italian Constitution) is not decisive to overcome "the test of the two", whose number defines a couple because the concept of couple is a consequence of the natural procreation which requires the coupling of a man and a woman and of the concept of equality of rights among the father and the mother: from this point of view, this analysis confutes all possible objections which could raise from the historicity of monogamic marriage and from the biotechnological overcoming of the necessary relationship between a man and a woman for procreation. Afterwards, we will define a *ratio iuris*

¹⁰⁴ All'«ininterrotto infuturamento dell'agire» di F. Lopez de Oñate (*La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1959, 25) si affianca l'immanentismo contestuale ben rappresentato da M. Augé in *Che fine ha fatto il futuro?*, Eleuthera, Milano, 2009, 15 ss.

¹⁰⁵ V. G.B. Vico, *La scienza nuova secondo l'edizione del MDCCXLIV*, Milano, Mondadori, 1957, Libro IV, *Del corso che fanno le nazioni*, 449 ss. e Libro V, *Del ricorso delle cose umane nel risurgere che fanno le nazioni*, 524 ss.

¹⁰⁶ V. per tutti V. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, 436 ss.: l'*usus* dava luogo al *matrimonium sine manu*, in cui: 1) la donna restava soggetta alla *potestas* paterna a meno che non fosse stata già *sui iuris*; 2) le parti erano libere se far cessare il rapporto pur permanendo la legittimità dei figli; 3) con il decorso di un certo periodo di tempo (un anno), si costituiva il rapporto giuridico (*matrimonium cum manu*) a meno che la donna, per conservare lo *status familiae* originario, non compisse l'*usurpatio trinoctii*.

¹⁰⁷ Sull'istituto della *confarreatio* v. anche il mirabile scritto di G. Dumézil, *La religione romana arcaica*, Milano, Rizzoli, 2007, 107, 110, 147, 171 e segnatamente 523, in cui Dumézil paragona le tre forme di matrimonio romano a forme analoghe presenti nella tradizione indiana: la *confarreatio* al «matrimonio brahmanico per eccellenza, il più puro il più sacro»; la *coemptio* al «matrimonio per simulato acquisto in cui il padre della fanciulla riceve dallo sposo dei doni simbolici»; l'*usus* al «matrimonio secondo l'uso del *Gandharva*, in cui l'uomo e la donna si uniscono per loro sola scelta».

¹⁰⁸ Si tratta del "potere standardizzante" (v. H. Popitz, *Fenomenologia del potere*, Bologna, il Mulino, 2008, 192) di una società che si assume essere in una non meglio definita fase della "post-crescita" (v. G. Fabris, *La società post-crescita. Consumi, stili di vita*, Milano, Egea, 2010).

in order to identify the homosexual couples as “civil unions” distinguished from marriage. In conclusion the real legislative innovation which consists in identifying with a public register the so-called *de facto* relationships, establishes a new kind of common law marriage in a simplified but registered way. Our “law-saturated society ” is progressing.