

# PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

[www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

Anno 2013 - Numero 3

## Saggi

- Il tempo dei diritti, di Giuseppe Vettori ..... p. 179
- I ritardi di pagamento al tempo della crisi: note sparse, di Stefano Pagliantini ..... p. 192
- L'inopponibilità al terzo acquirente dell'annullamento della procura, di Giovanni Passagnoli ..... p. 208

## Materiali e commenti

- La decorrenza e la durata del rimedio risarcitorio nella responsabilità dello Stato per inadempimento di obblighi comunitari, di Mario Mauro ... p. 213
- Consenso informato, trattamento medico e procedimento di formazione del contratto, di Alberto Urso ..... p. 227

## Attualità

- Famiglie e matrimonio: profili evolutivi nel diritto europeo, di Antonio Gorgoni ..... p. 241

*Persona e Mercato* è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

**Direzione:** Giuseppe Vettori  
**Comitato di direzione:** Emanuela Navarretta; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Pietro Sirena.

**Comitato dei revisori:** Fabio Addis; Carmelita Camardi; Giuseppina Capaldo; Sebastiano Ciccarello; Massimo Confortini; Giovanni D'Amico; Giancarlo Filanti; Carlo Granelli; Massimo Franzoni; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Fabio Padovini; Maddalena Rabitti; Antonio Rizzi; Claudio Scognamiglio; Paolo Zatti; Massimo Zaccaro.

**Segreteria:** P.zza San Marco 5, 50121 Firenze.

**E-mail:** [info@personaemercato.it](mailto:info@personaemercato.it)

**Info:** [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

Persona e Mercato è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Hanno collaborato a questo numero: Antonio Gorgoni; Mario Mauro; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Alberto Urso; Giuseppe Vettori.

Tutti i contributi pubblicati su questo numero sono stati oggetto di valutazione positiva e anonima da parte di un membro del Comitato dei revisori.

## FAMIGLIE E MATRIMONIO. PROFILI EVOLUTIVI NEL DIRITTO EUROPEO.

Di Antonio Gorgoni

| 241

**SOMMARIO:** 1. Problemi aperti e crisi del modello codicistico di famiglia. - 2. Famiglie e matrimonio nella dimensione del diritto europeo. - 3. La filiazione nella Costituzione e la progressiva perdita di centralità della famiglia legittima. - 4. Dalla riforma del 1975 all'unicità dello stato giuridico di figlio. - 5. La nozione di matrimonio nel diritto europeo e i diritti della coppia omosessuale. - 6. (Segue) Verso il matrimonio tra persone dello stesso sesso. - 7. Coppia omosessuale, affidamento condiviso e affidamento familiare. - 8. (Segue) Convivenza tra persone dello stesso sesso, adozione e nuove famiglie. - 9. Il divieto della fecondazione eterologa e la questione di legittimità costituzionale. - 10. Diritti, doveri e contribuzione nella convivenza *more uxorio*. - 11. (Segue) Difetto di reciprocità nell'adempimento dell'obbligazione naturale, sproporzione della prestazione e tutele del convivente *more uxorio*. - 12. Diagnosi preimpianto: un diritto a tutela della salute della donna, espressione della «*vie privée et familiale*».

### 1. Problemi aperti e crisi del modello codicistico di famiglia

In un importante Convegno tenutosi a Roma nel 1957, tre Maestri del diritto svolsero le loro relazioni<sup>1</sup> riflettendo sul contrasto tra autorità e libertà nei

<sup>1</sup> Il Convegno si intitola «*Persona, Società intermedie e Stato*», atti in *Quaderni di iustitia*, ed. *Studium*, 1958. Qui si possono leggere le relazioni di A. TRABUCCHI, *Libertà della persona*, 11 ss.; P. RESCIGNO, *Le società intermedie*, 50 ss.; C. MORTATI, *La comunità statale*, 99 ss. Rescigno ripercorre nelle diverse epoche storiche il diverso atteggiamento dello Stato nei confronti delle formazioni sociali, cogliendo che il segno del tempo di allora era l'«interesse organizzato» e «l'urgenza irresistibile della comunità» (p. 67). Quest'urgenza è ancor più viva e multiforme oggi, nel nostro tempo che tanta riconoscenza deve a quegli uomini che, nell'Assemblea costituente, sostennero la necessità di affermare sia diritti fondamentali antecedenti allo Stato (La Pira, Dossetti, Togliatti e Moro), sia che «il fine di un regime democratico deve essere quello di garantire un più ampio e libero sviluppo delle persona umana» [(Togliatti), si vedano le Sedute del 9-10.9.1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori della Assemblea Costituente*, Roma-Camera dei deputati, 1946-1948, vol. VI, 323]. Queste parole che sot-

rapporti tra persona, società e Stato. I limiti della reciproca azione di questi ultimi furono al centro della discussione. La quale si ripropone continuamente, in maniera particolarmente complessa, oggi, nel diritto di famiglia.

Il matrimonio tra persone dello stesso sesso, la condizione giuridica del convivente *more uxorio*, l'adozione del minore da parte della coppia omosessuale o di uno dei membri della stessa, la fecondazione eterologa e la diagnosi preimpianto sono temi che scuotono impostazioni tradizionali concernenti il matrimonio, la famiglia e la filiazione. Questi istituti non sono certo universali e immutabili. Anzi, da un lato, si rilevano sviluppi in una cornice giuridica nazionale e soprattutto europea (saremmo nella ter-

tendono l'idea dell'antioriorità della persona rispetto allo Stato costituiscono il punto di partenza più generale del tema che si intende discutere qui nel saggio (cfr. *amplius* P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico post-moderno*, Ed. Università di Macerata, 2013, 65 ss.).



za stagione di diritto di famiglia<sup>2</sup>), dall'altro, si apre uno scenario in cui spiccano delicati ineludibili interrogativi.

Gli interlocutori delle richieste del corpo sociale sono primariamente, nell'epoca pos-moderna<sup>3</sup>, la giurisprudenza e la scienza giuridica, ma talvolta anche la legge appare indispensabile o opportuna per affermare o rafforzare diritti della persona<sup>4</sup>. Nel campo del diritto di famiglia è stata, infatti, un'autorevole dottrina a rilevare, argomentando dalla Costituzione, l'infondatezza dell'idea che il matrimonio fosse l'unica formazione sociale, tutelata, in grado di costituire una famiglia<sup>5</sup>.

Questo più moderno approdo, senz'altro corretto, si è rafforzato di recente non essendo più necessario il coniugio affinché si crei un legame pieno di

parentela. Ossia un legame che unisca il figlio ai parenti dei suoi genitori. Com'è noto, la legge n. 219/2012, attesa da diversi anni, ha ampliato il concetto di parentela, prevedendo l'unicità dello stato giuridico di figlio. Il matrimonio non è più l'origine indispensabile della famiglia e dei legami parentali<sup>6</sup>.

Ebbene, se da un lato vi sono nuovi punti fermi, dall'altro si pongono delicate questioni come quelle poco sopra indicate. Su di esse interessa non già fare un esercizio di previsione *de iure condendo*, ma verificare la rilevanza giuridica di alcuni interessi, la prevalenza di certe posizioni giuridiche soggettive su altre e l'esistenza di strumenti di tutela di situazioni non espressamente disciplinate dalla legge.

Per rispondere ai nuovi bisogni e alle richieste di protezione, il giurista consapevole del proprio tempo deve porre l'accento sulle trasformazioni che hanno interessato il matrimonio, la famiglia e la filiazione. Da questo punto di vista emerge, come vedremo meglio in seguito, non solo l'insussistenza di una relazione necessaria tra famiglia e matrimonio<sup>7</sup>,

<sup>2</sup> V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, 1043 ss. (ma v. p. 2 versione *on line* cui si farà nel prosieguo riferimento).

<sup>3</sup> P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, 34 ss., com'è noto, adopera questo aggettivo per riferirsi al secolo ventesimo, epoca in cui si sfaldano progressivamente gli elementi caratterizzanti la modernità giuridica, tra cui il ruolo limitato e secondario assegnato all'interprete rispetto a quello assolutamente preminente della legge.

<sup>4</sup> P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 304, si sofferma sul ruolo crescente della legge quando nella formazione sociale si attenua o scompare la coesione interna. Sui nuovi problemi in tema familiare, con riguardo anche alle questioni che sorgono dalla diversità delle discipline giuridiche nei diversi Stati europei cfr.: F.D. BUSNELLI-M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, 767 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Genitori e figli nelle nuove famiglie*, in *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie. Atti del convegno tenutosi a Genova il 4 maggio 2012*, Milano, 2013, 104; M. G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e «terzo genitore»: le esperienze francese e italiana*, in *Fam. e dir.*, 2012, 2, 201 ss.; D. BUZZELLI, *La famiglia «composita»*, Napoli, 2012.

<sup>5</sup> P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, 490 (già in *Rass. dir. civ.*, 1988, 601 ss.), parla di «dogma dell'esclusività della famiglia fondata sul matrimonio». Nella misura in cui - afferma l'Autore - la convivenza *more uxorio* è una formazione sociale idonea «a formare e a sviluppare correttamente la personalità dei suoi componenti (...), occorre respingere come improbabile la qualificazione di irrilevante giuridico di un fatto incidente in modo così determinante sugli *status personarum* - intesi non nella loro anagrafica concezione - e che rappresentano l'ossatura, la giustificazione degli ordinamenti contemporanei». Ma si veda anche l'innovativo lavoro di F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, Napoli, 1980, 83, il quale, traendo spunti da importanti studi proprio di Perlingieri (soprattutto dal volume «La personalità umana nell'ordinamento giuridico», Napoli, 1972), conclude «che la tutela costituzionale accordata alla famiglia legittima non è di tipo «esclusivo», dovendosi estendere a tutte quelle formazioni sociali, anche a carattere familiare, che mostrino concretamente di costituire utili strumenti di tutela e di realizzazione dei valori della personalità dei loro membri». Analogamente L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 6 e, più di recente V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, cit., 6.

<sup>6</sup> F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, cit., 110 ss., critica l'idea che la famiglia sia concepibile solo nel matrimonio quale luogo (ritenuto) essenziale della parentela, dimostrando come parentela e famiglia non siano nozioni giuridiche omologhe. Tra l'altro, dapprima con la riforma del diritto di famiglia del 1975, poi con la citata legge n. 219/2012, qualunque correlazione necessaria tra parentela e famiglia fondata sul matrimonio è ormai improponibile. Per l'Autore «l'essenza giuridica della famiglia non risiede né nella parentela né nel matrimonio». In questo senso già P. BARCELLONA, voce *Famiglia*, in *Enc. dir.*, 1967, 787 ss., in part. 789. Cfr. anche V. ROPPO, voce *Famiglia*, in *Enc. giur.*, 1989, 3, che argomenta (dagli artt. 317-bis, 147, 148 c.c. e da altre disposizioni) la natura familiare della convivenza extraconiugale con prole, concludendo per un sensibile avvicinamento fra lo statuto giuridico dei rapporti di coniugio legale e lo statuto giuridico della convivenza *more uxorio* (diversifica, invece, S. PULEO, voce *Famiglia*, in *Enc. giur.*, 1989, 3 ss.).

<sup>7</sup> F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago delle famiglie*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 4, 514, rileva come non vi sia tanto «una vera e propria alternativa alla famiglia, ma piuttosto una frantumazione delle famiglie». D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 2, 139, ritiene inconfigurabile un rapporto di gerarchia tra coppia sposata e non sposata, essendo entrambi «fenomeni meritevoli di riconoscimento e protezione da parte dell'ordinamento, che chiamano in causa un pluralismo di possibili modelli di convivenza». P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, *Relazioni familiari, matrimonio, famiglia di fatto*, a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, Milano, 2011, 4, argomenta dagli artt. 9 e 33 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE l'autonomia della famiglia dal matrimonio. L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 1105-1117, afferma che il modello di famiglia fondata sul matrimonio non è più tale e che alla luce del «costante e sempre più incisivo richiamo in ambito familiare alla negoziabilità e al sistema della responsabilità civile (...) l'arcipelago [della immagine di Busnelli] sia ormai prossimo a ricongiungersi alla terra ferma, con conseguente rinnovata e intensificata giuridicizzazione delle relazioni familiari» (p. 1115). In effetti ciò



nonostante l'apparente significato letterale dell'art. 29, comma 1, Cost.<sup>8</sup>, ma anche lo sgretolarsi del po-

è dimostrato, come si vedrà in seguito, dalla giurisprudenza sempre più copiosa sui rapporti tra conviventi *more uxorio*.

<sup>8</sup> L'art. 29, comma 1, Cost. è stato oggetto di analisi in molti scritti, solo alcuni dei quali possono essere ricordati nello spazio di una nota esplicativa. Questo articolo contiene una disposizione di compromesso («un sommo esempio di mediazione linguistica») che, per alcuni, dà luogo a un'aporia consistente nel legare la famiglia come società naturale (dato di natura) a un istituto di diritto positivo come il matrimonio [elemento giuridico-formale (così R. BIN, *La famiglia: alla radice di un os-simoro*, in *Studium iuris*, 2000, II, 1068; *contra* F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, cit., 130 e L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, cit., 4, ma per ragioni diverse]. Indubbiamente tale articolo contiene due espressioni di difficile interpretazione: «diritti della famiglia» e «società naturale», cui va aggiunta anche quella contenuta nel comma 2 (cfr. P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'«unità della famiglia»*, in *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1982, 7 ss.; G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 86-87).

Secondo una rigida e più risalente impostazione dottrinale, lo Stato non si limita a riconoscere realtà familiari, ma imporrebbe un preciso modello: quello della famiglia fondata sul matrimonio. Secondo altra più convincente dottrina, invece, l'art. 29, comma 1, Cost. contiene un'antinomia solo apparente. Difatti, l'espressione società naturale «fondata sul matrimonio» si riferisce semplicemente «ad una specificazione di quella società che, *secundum natura*, si è storicamente affermata come famiglia (F. PROSPERI, *loc. cit.*). Il matrimonio, quindi, non è l'unico modello di famiglia, ma solo quello ritenuto all'epoca, dall'assemblea costituente, consolidato. Inoltre, la famiglia fondata sul matrimonio gode di una tutela privilegiata non in quanto tale, ma perché il legislatore costituzionale l'ha reputata il luogo più favorevole alla realizzazione personale dei singoli membri della comunità familiare. Orbene oggi è pacifico che quest'ultima finalità si realizzi anche nella convivenza *more uxorio*, la quale, pertanto, deve essere tutelata (art. 2 Cost.). È ancora Prospero ad argomentare dagli artt. 30, comma 1, 36, comma 1 e 37, comma 1, Cost., la rilevanza costituzionale della famiglia *more uxorio*. Svolge considerazioni in parte analoghe P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., 13-14, secondo il quale la Costituzione addita sì un "tipo" familiare privilegiato (la famiglia fondata sul matrimonio) che, tuttavia, non può essere imposto alla società come «canale esclusivo di riconoscimento e legalità delle relazioni di coppia e di generazione». Anche tale Autore scioglie l'aporia sopra ricordata, ponendo in luce le due facce dell'art. 29, comma 1, Cost.: da un lato il matrimonio, in quanto figura radicata nel costume, è stata oggetto di primaria tutela, dall'altro, il riferimento alla società naturale esige «la recezione nell'ambito giuridico di nuove figure in cui il costume via via riconosca il senso e il valore dell'esperienza "famiglia"». Nello stesso senso P. CAVANA, *La famiglia nella costituzione italiana*, *Dir. fam. e pers.*, 2007, 905, secondo il quale «la famiglia è individuata come comunità "naturale", ossia dotata di una sua peculiare fisionomia di carattere meta-giuridico, radicata in una ben determinata concezione antropologica della persona e in una secolare tradizione storico-giuridico e, come tale, sottratta al potere condizionante del legislatore, tenuto a rispettarne l'intima natura». Ciò significa che il potere politico non può ostacolare con una normativa - sarebbe incostituzionale - formazioni sociali che nascono con lo scopo di dar vita ad una famiglia e di favorire il pieno sviluppo della persona. Già nell'Assemblea costituente fu rilevato che l'espressione società naturale avrebbe comportato il riconoscimento di quelle famiglie sorte fuori dal

stulato della diversità di sesso quale condizione di esistenza del matrimonio. Senza tacere del fatto che la convivenza stabile tra persone dello stesso sesso è considerata vita non più soltanto privata ma familiare<sup>9</sup>, da rispettare e garantire (art. 8 Cedu e art. 9 Carta diritti fondamentali UE).

Queste linee evolutive hanno accelerato il progressivo superamento del modello codicistico di famiglia basato sul matrimonio, rilanciando, secondo un'efficace espressione<sup>10</sup>, «il non modello», in verità già presente nella Costituzione e nella riforma del 1975. Del resto a riprova del dinamismo evolutivo del matrimonio, basti rilevare come gli Stati europei abbiano adottato soluzioni spesso diverse sulle questioni sopra indicate<sup>11</sup>.

L'eterogeneità del panorama giuridico dipende in parte dalla circostanza che l'Unione europea non ha competenza, né esclusiva né concorrente, in materia di diritto di famiglia (artt. 3 e 4 TFUE)<sup>12</sup>. Vi è,

matrimonio «prive cioè del crisma della legalità e del sacramento religioso» (Mastrojanni, Seduta del 5.11.1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori della Assemblea Costituente*, cit., 639). Nella Seduta del 6.11.1946 La Pira chiarisce che con l'espressione società naturale «si afferma che la famiglia è un ordinamento giuridico e che lo Stato non fa che riconoscere e proteggere questo ordinamento giuridico anteriore allo Stato stesso» (p. 645). Si leggano anche, in senso conforme, le dichiarazioni di Moro (p. 647).

<sup>9</sup> Corte EDU, 7.11.2013, *Vallianatos and others v. Greece*, n. 29381/09 and n. 32684, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), cfr. § 73 in cui si richiama il caso Schalk and Kopf su cui si tornerà in seguito.

<sup>10</sup> S. RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Pol. del dir.*, 1975, 676-677, rileva come la riforma del 1975 contenga diversi indici dell'ampliamento della famiglia al di là di quella nucleare (genitori + figli); indici quali l'inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima, l'art. 230-bis, comma 3, c.c. e il riconoscimento (allora) circoscritto della famiglia di fatto (arg. ex art. 317-bis, comma 2, c.c.; *contra* L. MENGONI, *op. cit.*, 7, che distingue tra famiglia di fatto e famiglia naturale). La conclusione di Rodotà è che «una famiglia più libera al suo interno e più aperta verso l'esterno (...) è piuttosto un non modello».

<sup>11</sup> Ciò è testimoniato da diverse pronunce della Corte EDU. Conoscere quanto è diffuso in Europa il matrimonio tra persone dello stesso sesso o l'adozione da parte del convivente del genitore omosessuale è un elemento utile che concorre a valutare il margine di discrezionalità dello Stato in ambiti che attengono alla vita privata e familiare (art. 8 Cedu). Per un'analisi del ruolo incisivo che la Corte Edu ha assunto nell'esplicitare i principi della Cedu cfr. G. FERRANDO, *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, a cura di M. C. Andriani, Padova, 2007, 135 ss.; G. CHIAPPETTA, *Gli status personae e familiae nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali*, Napoli, 2012.

<sup>12</sup> Si aggiunga che, ai sensi dell'art. 19 TFUE, il Consiglio, solo nell'ambito delle competenze conferite dai trattati, «può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale». Di conseguenza se si dovesse ritenere che negare l'accesso al matrimonio alle persone dello stesso sesso dia luogo ad una discriminazione di una categorie di persone sulla ba-



invece, una competenza normativa su specifiche situazioni familiari o *mortis causa* con implicazioni transnazionali<sup>13</sup>; competenza che viene esercitata al fine di garantire, attraverso la cooperazione giudiziaria, la libera circolazione delle persone e il corretto funzionamento del mercato interno (art. 81, comma 3, TFUE)<sup>14</sup>.

Tali fonti precettive, pur prevedendo l'applicazione nello «Stato membro dell'esecuzione» del diritto dello «Stato membro d'origine»<sup>15</sup>, non sono tuttavia ritenute sufficienti a determinare un tessuto normativo omogeneo nei

singoli Stati<sup>16</sup>. E allora la domanda che si pone è se il diritto europeo debba rinunciare, in materia familiare, «a farsi portatore di valori suoi propri», adottando una strategia di armonizzazione del diritto sostanziale o almeno di progressivo avvicinamento delle normative nazionali<sup>17</sup>.

La risposta non è certo semplice se si considera che l'Unione europea rispetta le identità nazionali, «le diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa»<sup>18</sup>. Allo stesso tempo è innegabile, come si vedrà meglio in seguito, che la prospettiva europea e internazionale dei diritti dell'uomo già contribuisce a rendere omogenee le legislazioni.

## 2. Famiglie e matrimonio nel diritto europeo.

Le diversità nazionali su spinose tematiche familiari può apparire, di primo acchito, una ricchezza, stante la pluralità delle culture, delle tradizioni e delle sensibilità dei popoli. Da qui la necessità di non mortificare le differenze, imponendo un modello di famiglia per tutti gli Stati europei<sup>19</sup>.

Siffatto giudizio va approfondito, poiché discipline eterogenee possono rivelarsi pregiudizievoli per il cittadino europeo<sup>20</sup>. Il quale non sarebbe libe-

se dell'orientamento sessuale, l'Unione non potrebbe intervenire in tale materia. Oltretutto, com'è noto, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE non ha esteso le competenze e i compiti definiti nei trattati (art. 51 § 2). Questo quadro, tuttavia, sfuma un po', come si vedrà subito, quando viene in rilievo il principio della libertà della circolazione delle persone con i loro diritti e status.

<sup>13</sup> Reg. n. 2201/2003 del Consiglio, 27.11.2003, *relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 134/2000* (nuovo regolamento Bruxelles II); Reg. (CE) n. 4/2009 del Consiglio, 18.12.2008, *relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari*; Reg. n. 1259/2010 del Consiglio, 20.12.2010, *relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*; Reg. UE, n. 650/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio, 4.7.2012, *relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo*, in vigore dal 17.8.2015, che impone agli Stati membri di accettare un patto successorio che, in base alla legge applicabile secondo il presente regolamento, è valido (art. 25 e considerando 49-50). A queste fonti cogenti occorre aggiungere le Risoluzioni e le Raccomandazioni del Parlamento europeo e del Consiglio dei ministri in materia familiare (più di recente cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo del 23 novembre 2010 sugli aspetti relativi al diritto civile, al diritto commerciale, al diritto di famiglia e al diritto internazionale privato del Piano d'azione per l'attuazione del programma di Stoccolma*, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu); ivi *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2012 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea*).

<sup>14</sup> M. MELI, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, 447 ss., fornisce un ampio e puntuale quadro dei criteri adottati dall'Unione europea per garantire la circolazione delle decisioni in materia matrimoniale. L'Autrice parla di un regime patrimoniale europeo quale strumento opzionale.

<sup>15</sup> Ad esempio l'art. 28, par. 1, del Reg. n. 2201/2003, cit., stabilisce che «Le decisioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale su un minore, emesse ed esecutive in un determinato Stato membro, sono eseguite in un altro Stato membro dopo esservi state dichiarate esecutive su istanza della parte interessata, purché siano state notificate». Cfr. anche l'art. 47, par. 2, dello stesso Reg. sull'esecutività delle decisioni sul diritto di visita e sul ritorno del minore.

<sup>16</sup> Com'è noto, le decisioni delle autorità giurisdizionali dello «Stato membro di origine» non sono riconosciute nello «Stato membro dell'esecuzione» soltanto per motivi tassativamente previsti dai regolamenti del Consiglio citati *supra*. Tra questi vi è la manifesta contrarietà all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto [art. 22 let. a) e art. 23 let. a Reg. n. 2201/2003, cit.; art. 12 Reg. n. 1259/2010, cit.], fa riferimento alla manifesta incompatibilità con l'ordine pubblico del foro]. Ora, sebbene quest'ultimo riferimento normativo sia rivolto all'ordine pubblico internazionale (*id est.*: ai principi fondamentali e irrinunciabili dell'ordinamento interno), in Italia non è stata ammessa la trascrivibilità del matrimonio *same sex* contratto validamente in uno Stato dell'Unione, ritenendo che non si ponesse una questione di ordine pubblico, ma prima ancora di mancato riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Questa soluzione giurisprudenziale suscita qualche perplessità, ma si veda *amplius*, *infra*, § 4.

<sup>17</sup> M. MELI, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali*, cit. 463.

<sup>18</sup> M. G. CUBEDDU, *La dimensione europea del diritto della famiglia*, in *Tratt. Zatti*, cit., 83 ss., affronta il tema del (possibile) conflitto tra l'armonizzazione/uniformazione del diritto di famiglia e la diversità delle culture nazionali, sotto il profilo del rispetto dei diritti umani in un quadro di legalità allargato, per effetto del programma di adesione dell'Unione europea alla Convenzione.

<sup>19</sup> P. ZATTI, *op. cit.*, 8 ss., svolge interessanti riflessioni sul tema del confine della giurisdizione dello Stato in materia familiare.

<sup>20</sup> Sul piano contrattuale, è noto come molti consumatori, soprattutto nelle transazioni *on line*, siano scoraggiati dall'effettuare acquisti in altri paesi dell'Unione per l'incertezza dei propri diritti. Da qui l'esigenza di un'armonizzazione completa di alcuni aspetti di disciplina nella contrattazione a distanza e fuori dai locali commerciali (si veda



ro di circolare nell'Unione se non perdendo i diritti e lo *status* personale acquisiti in un determinato Stato<sup>21</sup>. Ecco perché gruppi di studio, composti da autorevoli giuristi, hanno scritto testi normativi in tema di *tort law*, di divorzio e mantenimento dell'*ex coniuge* e di responsabilità genitoriale<sup>22</sup>: proprio nel

la Direttiva sui diritti dei consumatori 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 25.10.2011). Ma anche il matrimonio e la famiglia sono investiti dall'esigenza di condivisione tra i vari Stati, quantomeno di principi comuni per favorire la circolazione delle persone. È noto che l'Italia non ha ancora una normativa organica sulle convivenze di fatto; normativa che, secondo un'autorevole dottrina, non andrebbe emanata, essendo sufficiente l'applicazione dei principi costituzionali per risolvere specifici problemi di tutela (P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio*, cit., 497-498). E, in effetti, i diritti riconosciuti al convivente, su alcuni dei quali ci soffermeremo, esistono soprattutto grazie all'opera della giurisprudenza della Cassazione e della Corte Costituzionale.

<sup>21</sup> M. MELL, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 7-8, 451 ss.; M. G. CUBEDDU, *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, *Relazioni familiari, matrimonio, famiglia di fatto*, cit., 105. G. FERRANDO, *Relazione introduttiva*, in *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie*, cit., 6-7, nel caldeggiare una riforma legislativa sotto diversi profili, invita a tenere conto di diversi fatti tra cui: «una mutazione profonda dell'idea di famiglia ed una trasformazione dei suoi modi concreti di essere nella società civile» e la necessità di «aver riguardo ai modelli presenti in altre esperienze, se non altro perché gli *status* circolano con le persone ed il paese di accoglienza non può non tenerne conto».

<sup>22</sup> *Principles of European Tort Law*, in [www.civil.udg.edu](http://www.civil.udg.edu), redatti dall'*European group on tort law*, raccolgono quelle regole basilari in tema di responsabilità che accomunano i diversi Stati membri dell'UE. In questo testo vi sono disposizioni - solo per citarne alcune - sul fondamento della responsabilità (art. 1:101), sul concetto di danno (art. 2:201), sulla causalità (art. 3:101 ss.), sulla funzione del risarcimento (art. 10:101), sul danno patrimoniale (art. 10:201) e non patrimoniale (art. 10:301). Assumono una posizione centrale i diritti della personalità (artt. 2:102 comma 2, 10:202, 10:301). Grande interesse rivestono anche i «*Principi di Diritto Europeo della Famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi*», in [www.ceffonline.net](http://www.ceffonline.net), i quali costituiscono in parte il *common core* in materia di divorzio tra gli Stati membri, ossia il complesso di regole largamente preponderanti negli ordinamenti europei. Soltanto in via sussidiaria, la Commissione redattrice ha adoperato il *better law approach*, individuando la regola ritenuta preferibile». In particolare emerge la tendenza europea a consentire direttamente il divorzio a prescindere dalla colpa e senza la necessità di una preventiva pronuncia giudiziale di separazione (cfr. parte 1). L'ampio spazio oramai attribuito al divorzio richiama alla mente la lungimiranza di alcuni esponenti dell'Assemblea costituente (soprattutto di Togliatti, *contra* La Pira e Moro) che si opposero alla previsione in Costituzione dell'indissolubilità del matrimonio (Sedute del 7 e del 13.11.1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., 660 ss.).

Con riguardo, invece, al mantenimento tra *ex coniugi*, la normativa predilige una sistemazione conclusiva dei rapporti patrimoniali. Essa, infatti, da lato, favorisce la corresponsione in unica soluzione, dall'altro stabilisce, quale regola, «il mantenimento per un periodo limitato» e quale eccezione la corresponsione «senza limiti temporali» [c.d. principio di auto responsa-

tentativo di predisporre la base per un diritto uniforme o affine nei diversi Stati dell'Unione.

Certo, in questi testi, persuasivi<sup>23</sup> e non precettivi, sono stati elaborati modelli non sconosciuti, ma frutto della sintesi delle scelte operate dai legislatori nazionali. In tal modo si è dato maggiore visibilità e slancio a una direzione già intrapresa dal diritto degli Stati o che si lascia intravedere, senza fare violenza alle diverse tradizioni, favorendo al contempo l'uniformazione giuridica.

Quest'ultima è un valore coerente con i fondamenti e gli obiettivi dell'Unione, non fosse altro per la centralità che nella sua azione assume la persona. Ma tale azione non deve limitarsi soltanto ai contratti con taluni soggetti deboli o tra imprese, ben oltre il consumatore<sup>24</sup>. Essa dovrebbe interessare anche la famiglia, assicurandole uno spazio giuridico europeo di «libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne» (art. 3, par. 2, TUE)<sup>25</sup>. Non si tratta di imporre un modello, come si accennava, ma

bilità (cfr. parte 2)]. Su tali principi cfr. S. PATTI, *I principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi*, in *Famiglia*, 2005, 337 ss. Sono da ricordare anche i «*Principi europei sulla responsabilità genitoriale*», presentati nel 2007 dalla CEFL.

<sup>23</sup> R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 2004, 6, utilizza questo aggettivo per riferirsi a quei documenti redatti da studiosi al fine di «offrire materiali e modelli a futuri legislatori», ma non solo.

<sup>24</sup> G. VETTORI, *Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *I contratti dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di G. Vettori, Padova, 2013, 3 e 15, rispetto a nuove categorie fondate sulle qualità del contraente (come il consumatore, il cliente e l'impresa debole), tiene a sottolineare l'esistenza di «un metodo nuovo per la disciplina del contratto, regolato da un insieme di fonti da cui si traggono elementi di conformità alla regola e nuove forme di tutela con un'attività di decostruzione e di innovazione che la giurisprudenza italiana ha già iniziato, utilizzando in particolare alcuni strumenti». Si tratta della clausola di buona fede come criterio di valutazione dei comportamenti in ogni fase del contratto, della causa in concreto, della contrarietà a norma imperativa e del riferimento ai diritti e ai doveri costituzionali «come limiti alla libertà del contratto». Questo metodo ermeneutico, come si vedrà, si può riscontrare anche in materia familiare; in particolare in tema di rapporti tra conviventi *more uxorio* a seguito della cessazione della convivenza.

<sup>25</sup> V. SCALISI, «*Famiglia*» e «*famiglie*» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 14, dopo aver ricordato che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati» (art. 6, par. 1, comma 2, TUE), così come parimenti accade in conseguenza dell'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 6, par. 2, TUE), richiama una serie di obblighi dell'Unione di attuare politiche e azioni. Le quali non possono che riflettersi «sia pure in modo indiretto ma in misura assai rilevante, sulla strutturazione e le stesse forme organizzative delle relazioni familiari, restituendo legittimazione anche all'interno dei singoli Stati ad unioni familiari diverse e distanti da quelle tradizionali e al tempo stesso assai spesso consentendo una più appropriata rimodulazione delle stesse tutele nazionali in materia». In particolare il riferimento è agli artt. 18, 10 e 19 TFUE e all'art. 6, par. 1, e 3 TUE: discriminazioni basate sulla nazionalità e sull'orientamento sessuale,



di favorire un'«integrazione multiculturale»<sup>26</sup> attorno a un nucleo condiviso (c.d. *Common Core*).

L'esigenza di uniformazione del diritto di famiglia è stata avvertita particolarmente da un'autorevole dottrina<sup>27</sup>. La quale ravvisa la necessità di fissare «principi direttivi in grado di realizzare un ragionevole quadro di sintesi, oltre che il giusto punto di equilibrio, tra le diverse realtà familiari nazionali nella prospettiva della creazione di un modello europeo da porre come *minimo comune denominatore*, onde evitare l'atomizzazione dispersiva e la volatilizzazione del concetto stesso di famiglia»<sup>28</sup>.

Secondo un'altra pensosa prospettiva<sup>29</sup> occorrerebbe, invece, applicare «una nozione più ampia del diritto internazionale privato».

Con tutta probabilità, fissare in una fonte normativa i caratteri minimi costitutivi della famiglia e del matrimonio, favorirebbe la creazione di regimi giuridici simili (fenomeno, questo, già in atto), a beneficio della libera circolazione degli *status* familiari e dell'affinamento dei principi sovraordinati dell'Unione<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> G. BENEDETTI, *Quale ermeneutica per il diritto europeo?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 8. Si veda anche C. CASTRONOVO, *Codice civile e diritto europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 3, 689-694, il quale, poste le differenze tra la codificazione (quale obiettivo) del diritto europeo e la codificazione otto-novecentesca, sottolinea l'esigenza della prima, la cui difficoltà sta, tra l'altro, nella dura contrapposizione «tra il fronte della razionalità e quello storico-culturale, i quali d'acchito orientano il cammino in direzioni diametralmente opposte» (p. 698).

<sup>27</sup> V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in *Europa*, cit., 13.

<sup>28</sup> Per questo, il primo settembre 2001 è stata istituita la *Commission on European Family Law* (CECL), col compito di favorire l'armonizzazione del diritto di famiglia. Non è, questo, un obiettivo impossibile. S. PATTI, *Il principio famiglia e il diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, *Relazioni familiari, matrimonio, famiglia di fatto*, cit., 76, pone in luce come già via siano «convergenze naturali» e «convergenze tecniche» tra i diversi ordinamenti dell'UE. Ricorda la M. G. CUBEDDU, *I principi di diritto europeo della famiglia*, cit., 110, che «obiettivo primario della Commissione non è quello di formulare un preciso disegno di legge, ma di costruire e offrire un quadro di riferimento per i legislatori nazionali, in primo luogo quelli che si apprestano ad una ricodificazione».

<sup>29</sup> F.D. BUSNELLI-M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, cit., 778, fanno riferimento al metodo del «mutuo riconoscimento», all'«ordine pubblico di prossimità» e alle «norme in materia di diritti umani come se si trattasse di norme di applicazione necessaria, atte a preservare [all'esito di un bilanciamento di interessi], valori ritenuti fondamentali nel foro».

<sup>30</sup> V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in *Europa*, cit., 23, lo sottolinea giustamente. Cfr. anche G. ALPA, *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2003, 449, il quale, quando ancora non erano intervenuti i Regolamenti sopra citati (nota 10), già riteneva deleteria la scelta di affidarsi nella materia familiare al diritto internazionale privato, rinunciando all'uniformazione. Egli proponeva una duplice fase: dapprima realizzare un livello minimo di armonizzazione «e poi gradualmente passare al livello mediano».

È questa una sfida più ardua rispetto a quella, ancora in essere, che coinvolge il diritto contrattuale. Non soltanto sotto il profilo della predisposizione di un testo che tracci almeno le linee di fondo della famiglia e del matrimonio, ma soprattutto nel vincolare gli Stati dell'Unione ad accettare tali linee rispetto ad istituti intrinseci di ideologia e tradizione. Ma l'obiettivo è praticabile<sup>31</sup> e, forse, irrinunciabile per l'Unione europea se si intende proseguire, efficacemente, la strada intrapresa col passaggio dall'Europa del mercato a quella dei diritti della persona.

La direzione è già stata tracciata. Vi sono disposizioni nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE e nella Cedu che, così come interpretate dalle due Corti europee<sup>32</sup>, consentono di scorgere la rilevanza

---

Non si tratta di un'operazione volta a cancellare le specificità culturali e i valori di fondo di un Stato, ma di trovare un terreno che possa essere comune o comunque non inviso. Non sfugge la difficoltà e la delicatezza di tutto ciò, tanto che, comprensibilmente, G. DI ROSA, *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 769-771, esprime preoccupazione per una regolamentazione unitaria delle relazioni familiari.

<sup>31</sup> S. PATTI, *Il principio famiglia e il diritto europeo della famiglia*, cit., 72 ss., rileva come si tratti di «indicare regole di fondo, in genere prive di un elevato grado di specificità, comuni a tutti o alla maggior parte degli ordinamenti europei oppure, al contrario, presenti in una minoranza di essi ma ritenuti la *better rule*, cioè la regola che, guardando al futuro, sembra meglio in grado di essere recepita e di garantire un equilibrato svolgimento dei rapporti». Dunque anche l'approccio metodologico della *better rule* cerca di non stravolgere la cultura giuridica di uno Stato, ma di lasciargli intravedere il proprio naturale sbocco regolamentare.

<sup>32</sup> Il contrasto di una norma interna con una norma dei Trattati o della Cedu vi può essere anche tramite l'interpretazione che di quest'ultima fornisce, rispettivamente, la Corte di Giustizia e la Corte EDU. Diverse sono le tecniche per superare le antinomie. Secondo la giurisprudenza maggioritaria, il giudice italiano non può disapplicare la norma interna contrastante con una disposizione della Cedu come interpretata dalla Corte di Strasburgo, al fine di applicare direttamente quest'ultima. Ciò vale nonostante il disposto dell'art. 6, par. 2, TUE. Il giudice, ove non sia praticabile l'interpretazione della norma interna in senso conforme a quella convenzionale, dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale della prima. Cfr.: Corte cost., 24.10.2007, n. 348 349, in *Foro it.*, 2008, I, 39 ss., con note di L. CAPPUCCIO, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, e F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*; Corte cost., 25.2.2008, n. 39, in *Foro it.*, 2008, 1037; Corte cost., 16.11.2009, n. 311, in *Riv. dir. int.*, 2010, 163; Corte cost., 30.11.2009, n. 317, *ibidem*, 180; Corte cost., 8.3.2010, n. 93, *ibidem*, 2, 583; Corte cost., 24.7.2009, n. 239, in *Foro it.*, 2010, I, 1, 345; Corte cost., 11.3.2011, n. 80, in *Giur. it.*, 2012, 4, 777, con nota di T. CERRUTI, *Cedu, UE e parametri di costituzionalità: è cambiato qualcosa dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona?* Nel senso che l'art. 6 TUE non impone al giudice domestico la disapplicazione della norma interna in contrasto con la Cedu, cfr. Corte Giustizia, caso *Servet Kamberaj* e. Istituto per l'Edilizia sociale della Pro-



di più realtà familiari e una significativa evoluzione della nozione di matrimonio<sup>33</sup>. Disposizioni che non impongono un preciso modello europeo di famiglia, ma che danno rilievo al diritto dell'individuo di formare una famiglia, «senza imporre una realtà strutturale del gruppo»<sup>34</sup>.

Il legislatore italiano, da parte sua, non ha ancora affrontato molti dei problemi posti dalle nuove realtà familiari e dalle loro dinamiche anche conflittuali. Ciò nonostante il nostro ordinamento, per opera soprattutto della giurisprudenza interna ed europea, ha visto affermarsi situazioni giuridiche soggettive tra conviventi *more uxorio*, anche dello stesso sesso. Ma c'è un dato più generale da rimarcare: *l'affermarsi della pluralità delle famiglie*<sup>35</sup>.

È questo un approdo di grande rilievo, ricco di attese<sup>36</sup> e di pretese, su cui si intende riflettere nel prosieguo, più da vicino, in una prospettiva diacronica.

### 3. La filiazione nella Costituzione e la progressiva perdita di centralità della famiglia legittima.

L'evoluzione normativa della filiazione è un punto di osservazione strategico dei mutamenti della concezione del matrimonio. Ripercorrendo alcune tappe principali è facile constatare come la rilevanza della famiglia prescinda, sempre più ampiamente, dall'instaurarsi del rapporto di coniugio.

Il codice civile del 1865 non riconosceva alcuna protezione ai figli adulterini, mentre il codice civile

del 1942 prevedeva, in certi casi, una loro tutela che, comunque, era molto distante da quella accordata ai figli illegittimi<sup>37</sup>. La ragione è nota: il matrimonio era configurato come un'istituzione sovraordinata agli individui, l'unico idoneo a garantire un'ordinata e produttiva vita sociale. A esso si assegnava una funzione pubblica volta a salvaguardare l'ordine sociale e morale (*seminarium rei publicae*), con un ribaltamento di valori rispetto alla primazia che la Costituzione assegnerà alla persona. Da qui l'indissolubilità del vincolo, la punibilità del concubinato e dell'adulterio, la tassatività dei casi di separazione personale e l'impermeabilità della famiglia legittima alla compresenza di figli adulterini. I quali, perciò, non potevano essere riconosciuti, salvo ipotesi eccezionali<sup>38</sup>, né erano titolari dell'azione volta a ottenere la dichiarazione giudiziale di genitorialità.

Più in generale e fino alla riforma del 1975, la condizione del figlio riconosciuto o dichiarato giudizialmente era differente da quella dei figli legittimi, legittimati o adottivi. Tant'è che esisteva un regime giuridico diverso dei mezzi di accertamento della filiazione, decisamente ispirato al *favor legitimitatis*<sup>39</sup>. Inoltre il genitore che aveva effettuato il riconoscimento era titolare dei diritti derivanti dalla patria potestà, tranne l'usufrutto legale (art. 260, comma 1, c.c. abrogato). Ancora: occorre il consenso dell'altro coniuge affinché il figlio naturale riconosciuto durante il matrimonio potesse essere introdotto nella casa coniugale (art. 259 c.c. abrogato). E infine, a tacer d'altro, vi erano discriminazio-

vincia autonoma di Bolzano, C-571/10, 24.4.2012, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

<sup>33</sup> I cui caratteri non sono immutabili, ma assoggettati ai mutamenti del costume e della sensibilità sociale.

<sup>34</sup> N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Famiglia*, 2006, 1, 8-11.

<sup>35</sup> V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, cit., 5, argomentando dall'espressione costituzionale «società naturale», conclude che la famiglia debba «inevitabilmente declin[arsi] al plurale»; Anche F. PROSPERI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, 2, 790 ss., si sofferma sull'art. 29, co. 1, Cost. in correlazione con l'art. 2 Cost. per concludere che non vi è «alcun limite al riconoscimento giuridico di rapporti di convivenza che non entrino concretamente in conflitto con un'operante famiglia fondata sul matrimonio». G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, 4, 525 ss., inizia il suo saggio sottolineando proprio l'eterogeneità dei modelli familiari. M. GORGONI, *Le formazioni sociali a valenza familiare, in Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive*, a cura di M. Gorgoni-M. Francesca, Napoli, 2009, 14 ss., ripropone, come si vedrà più da vicino in seguito, il tema della giuridizzazione per ordinare queste nuove realtà familiari.

<sup>36</sup> F.D. BUSNELLI-M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, cit., 776-777, pongono l'accento sul tema dei rapporti nascenti dalle famiglie ricomposte, privi di regolamentazione giuridica. Gli Autori richiamano tre possibili modelli di disciplina: esclusivo, sostitutivo o inclusivo.

<sup>37</sup> Nel diritto romano, la considerazione dei figli *naturales* non è stata sempre costante, dipendendo dalle oscillazioni della politica imperiale (diversa era la condizione dei *vulgo concepti* o *spurii*). L'istituzione, nell'età imperiale, di alcune forme di legittimazione dei figli naturali era volta a rimediare «alla non felice condizione dei figli illegittimi». Nel periodo barbarico si ritiene, invece, «che non vi fosse sostanziale differenza tra i vari tipi di figli naturali» (cfr. *amplius* C. PECORELLA, voce *Filiazione (parte storica)*, in *Enc. dir.*, 1968, 449 ss.). Sulla diversa impostazione, quanto alla filiazione, del codice civile del 1865 e del 1942 cfr. l'ottima sintesi di M. BIANCA, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, 205 ss.

<sup>38</sup> L'art. 252 c.c. (abrogato) stabiliva che «i figli adulterini possono essere riconosciuti dal genitore che al tempo del concepimento non era unito in matrimonio. Possono essere riconosciuti anche dal genitore che al tempo del concepimento era unito in matrimonio, qualora il matrimonio sia sciolto per effetto della morte dell'altro coniuge. Se in conseguenza del matrimonio sciolto vi sono figli legittimi o legittimati o loro discendenti legittimi, il riconoscimento non ha effetto se non dal giorno in cui è ammesso con decreto del Capo dello Stato, previo parere del Consiglio di Stato. Il riconoscimento non può essere ammesso se i figli legittimi o legittimati non hanno raggiunto la maggiore età e se non sono stati sentiti (...)».

<sup>39</sup> Vi erano, ad esempio, forti restrizioni all'accertamento giudiziale della paternità e della maternità naturale (art. 269 c.c. abrogato).



ni nelle successioni *mortis causa*<sup>40</sup>, tra cui il mancato instaurarsi del rapporto di parentela fra più figli naturali degli stessi genitori<sup>41</sup>.

È chiaro che in siffatto contesto giuridico non vi poteva essere spazio per un adeguato riconoscimento della famiglia al di fuori del matrimonio. Istituito | 248 questo che, peraltro, secondo l'idea del tempo, era connotato, per garantirne la tenuta, da rapporti basati sulla disuguaglianza e sullo schema potestà-soggezione. Il marito era «il capo della famiglia» e aveva l'amministrazione dei beni dotali; il figlio minore vedeva sacrificate le proprie capacità e inclinazioni<sup>42</sup>, oltre ad essere assoggettato a un potere educativo che poteva avvalersi di mezzi particolarmente severi<sup>43</sup>.

È solo con l'entrata in vigore della Costituzione del 1948 che riprese avvio un'intensa fase di revisione del modello-famiglia, ancora oggi esposto a plurime sollecitazioni. Gli innovativi principi e le regole poste dagli artt. 29, comma 2, 30, commi 1 e 3, Cost. indussero la Corte Costituzionale, prima<sup>44</sup>, e il legislatore, poi, ad adeguare l'ordinamento alla Carta Fondamentale. Si ebbero, a quell'epoca, una

<sup>40</sup> L'art. 541, comma 1, c.c. (abrogato) stabiliva ad esempio che «quando, oltre ai figli legittimi, il defunto lascia figli naturali, la quota di patrimonio complessivamente riservata è di due terzi. Su tale quota ogni figlio naturale consegue metà della porzione che consegue ciascuno dei figli legittimi, purché complessivamente la quota di questi ultimi non sia inferiore al terzo del patrimonio». Non solo ma i figli naturali non potevano opporsi al diritto di commutazione. Secondo l'art. 541, comma 2, c.c. (abrogato) «I figli legittimi hanno la facoltà di pagare in denaro o in beni immobili ereditari, a giusta stima, la porzione spettante ai figli naturali».

<sup>41</sup> G. CRIFÒ-A. PEZZANA, voce, *Filiazione naturale*, in *Enc. dir.*, 1968, 475 ss.; M. COSTANZA, voce *Filiazione naturale*, in *Enc. giur.*, 1989, 1 ss.

<sup>42</sup> Il vecchio testo dell'art. 147 c.c. (sostituito con la riforma del 1975) non riconosceva alcun rilievo alla posizione del figlio in ordine alla sua istruzione e al rapporto educativo. Esso così stabiliva: «Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligazione di mantenere, educare, e istruire la prole. L'educazione e l'istruzione devono essere conformi ai principi della morale». Il minore è mero soggetto passivo del rapporto educativo. Oggi quest'ultimo si incentra sullo spiccato rilievo della personalità del minore, non già su un autoritarismo legato a valori predefiniti, salvo, naturalmente, un minimo etico socialmente condiviso (cfr. *amplius* P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., 29-32).

<sup>43</sup> Ai sensi dell'art. 319 c.c. (abrogato): «Il padre che non riesce a frenare la cattiva condotta del figlio, può salva, l'applicazione delle norme contenute nelle leggi speciali, collocarlo in un istituto di correzione, con l'autorizzazione del presidente del tribunale. L'autorizzazione può essere chiesta anche verbalmente. Il presidente del tribunale, assunte le informazioni provvede con decreto senza formalità di atti e senza indicarne i motivi. Contro il decreto del presidente del tribunale è ammesso ricorso al presidente della Corte d'appello, il quale provvede sentito il pubblico ministero».

<sup>44</sup> Storiche sono le pronunce della Corte costituzionale che hanno abrogato i reati di adulterio e di concubinato (nn. 126 e 128 del 1968).

serie di atti volti a riconfigurare, poco per volta, le relazioni familiari e a separare, sempre più, filiazione e matrimonio e, conseguentemente, a svincolare la famiglia da quest'ultimo.

Non è il caso di ripercorrere da vicino le pronunce in tema di filiazione naturale; piuttosto è utile una sottolineatura. Dagli anni Sessanta, la Consulta, attraverso il collegamento dell'art. 30, comma 3, Cost. al principio di uguaglianza e al divieto di discriminazioni basate su «condizioni personali e sociali» (art. 3 Cost.), ha iniziato quell'opera di avvicinamento della filiazione naturale a quella legittima, culminata nella legge n. 219/2012. Nel fare ciò la Corte ha distinto i rapporti tra genitori e figli da quelli tra prole naturale e parenti dei genitori.

Con riguardo ai primi vi è stata la progressiva equiparazione della posizione giuridica dei figli naturali a quella dei figli legittimi. Possibile grazie alla prescrizione costituzionale secondo cui «la legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale», sia pur con il limite della compatibilità. Notissime sono le decisioni in tema di capacità a succedere, di quote ereditarie anche in caso di concorso e di diritto di rappresentazione<sup>45</sup>.

Quanto, invece, al rapporto tra prole naturale e parenti del genitore che ha compiuto il riconoscimento, la Corte Costituzionale ha assunto un atteggiamento di *self-restraint*, dipeso dalla mancanza nella Costituzione di un concetto ampio di parentela naturale e dalla riserva di legge sulle norme e sui limiti della successione *mortis causa* (art. 42, comma 4, Cost.). Da qui la cautela a non invadere un campo che è sembrato riservato al legislatore, attraverso il riconoscimento giudiziale di un vero e proprio diritto alla parentela. Perciò chi nasceva da soggetti non coniugati tra loro non diventava, giuridicamente, membro delle famiglie di origine dei propri genitori.

Neppure il legislatore del 1975 ha previsto siffatto diritto. Ma la condizione dei figli naturali, in quell'anno, è cambiata radicalmente in attuazione dell'art. 30, comma 3, Cost. L'equiparazione sotto molteplici profili (non tutti) della loro posizione a quella dei figli legittimi ha fatto sì che la famiglia non fosse più concepibile esclusivamente nel ma-

<sup>45</sup> Si veda: Corte Cost., 16.4.1973, n. 50, in *Foro it.*, 1973, I, 1684, dichiara l'illegittimità costituzionale della norma che non stabilisce l'identità della misura della quota spettante al figlio naturale rispetto a quella riservata al figlio legittimo, in assenza di famiglia legittima; Corte Cost. 27.3.1974, n. 82, in *Foro it.*, 1974, I, 1293, dichiara l'illegittimità costituzionale della norma che ammette il concorso tra figli naturali e ascendenti del genitore, diversamente dall'ipotesi in cui i figli legittimi concorrano con gli ascendenti; Corte Cost., 4.7.1979, n. 55, in *Giur. it.*, 1979, I, 1589, ammette i fratelli e le sorelle naturali alla successione legittima prima dello Stato e in mancanza di altri successibili.



trimonio. Questo processo di parificazione della prole nata fuori del matrimonio ha determinato un ampliamento del concetto di famiglia, tanto da ricomprendervi anche le relazioni familiari non legalmente formalizzate<sup>46</sup>.

Su quest'aspetto è bene seguire gli sviluppi della normativa che porteranno a un altro ampliamento della nozione di famiglia, così consistente da riaprire la discussione sui tratti essenziali del matrimonio.

#### 4. Dalla riforma del 1975 all'unicità dello stato giuridico di figlio.

La riforma del 1975 ha compiuto quel passo deciso, solo in parte preparato dalla Consulta, verso l'equiparazione giuridica, quasi totale, della filiazione naturale a quella legittima. Deciso sì, ma non abbastanza lungo. Il legislatore ha, infatti, tenuto ferma, seppur in misura attenuata rispetto al passato, quella distinzione che considera la prole nata fuori dal matrimonio in rapporto ora con i genitori ora con i parenti di questi ultimi. Il che ha determinato, se si escludono alcune ipotesi<sup>47</sup>, un riconoscimento piuttosto esiguo della rilevanza della parentela naturale, fino alla legge di riforma n. 219/2012<sup>48</sup>.

A parte questa e altre carenze<sup>49</sup> della riforma del 1975, non v'è dubbio che tra fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '80 del secolo scorso, l'Italia, insieme ad altri Paesi, abbia «rimosso dal diritto di famiglia una parte importante dell'eredità ottocentesca, per recepire quanto di nuovo era emerso e continuava ad emergere tumultuosamente nella società civile»<sup>50</sup>.

In breve: si ammette la riconoscibilità dei figli adulterini da parte di chi è già unito in matrimonio come regola non più eccezionale; vengono meno le restrizioni all'accertamento della paternità e mater-

nità naturale; il rapporto tra genitore e figlio ha un contenuto tendenzialmente uniforme a prescindere dal tipo di filiazione, il che spiega l'eliminazione del *favor legitimitatis* a beneficio del principio di corrispondenza tra «certezza formale e verità naturale del rapporto di filiazione»<sup>51</sup>; viene, infine, rivalutata la capacità del minore di scegliere e di esprimere opinioni su tutto quanto lo riguarda<sup>52</sup>.

Nonostante l'indiscutibile progresso giuridico del diritto di famiglia<sup>53</sup>, rallentato considerevolmente con la fine degli anni '90<sup>54</sup>, rimaneva un vistoso

<sup>46</sup> G. FERRANDO, voce *Filiazione. Rapporto di filiazione*, in *Enc. giur.*, 1989, 3.

<sup>47</sup> G. FERRANDO, voce *Filiazione. Rapporto di filiazione*, cit., 2, a dimostrazione di ciò, richiama gli artt. 147, 84, 250, 264, comma 2, 284, comma 1 n. 4 e comma 2, c.c. e conclude che vi è stata un'attenuazione «tra minore e maggiore età, tra capacità e incapacità di agire». L'idea di valorizzare la capacità intellettuale del minore si è ulteriormente rafforzata dopo la riforma del 1975. È stato previsto, in più disposizioni, il diritto del minore di anni dodici, capace di discernimento, di essere sentito sulle questioni che lo riguardano. L'art. 7 l. n. 184/1983, sostituito dalla l. n. 149/2001, obbliga il Tribunale per i minorenni di sentire l'adottando; ugualmente dispone l'art. 10, comma 5, l. n. 184/1983 con riferimento alla conferma, modifica o revoca dei provvedimenti urgenti assunti ai sensi del comma 4 all'interno del procedimento volto a dichiarare l'adottabilità. L'art. 155-sexies c.c. dispone che il giudice, prima di emanare i provvedimenti di cui all'art. 155 c.c. riguardo ai figli, deve disporre l'audizione del figlio minore di anni dodici se capace di discernimento. Infine il nuovo art. 315-bis, comma 3, c.c., introdotto dalla legge n. 219/2012, prevede il diritto del figlio minore, sempre se di anni 12 o in ogni caso se capace di discernimento, «di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano». La normativa delegata dalla legge n. 219/2012 stabilirà le regole processuali di attuazione di tale diritto (art. 2, comma 1, let i).

<sup>48</sup> P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., 22 ss., coglie i passaggi più significativi dell'evoluzione del diritto di famiglia. Un'evoluzione sostanzialmente assente dall'unità nazionale fino alla fine degli anni '60. Più marcata dagli anni '60 in cui si avverte il mutamento radicale della struttura della famiglia, tanto nel rapporto tra i coniugi che in quello educativo (p. 29 ss.). Per un ampio quadro in cui spicca il progressivo distaccarsi della famiglia dal matrimonio cfr. G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, *Relazioni familiari, matrimonio, famiglia di fatto*, Milano, 2011, 281 ss.

<sup>49</sup> Vi sono stati interventi giurisprudenziali e legislativi che hanno rappresentato un «sussulto in una clima più generale di sterili dibattiti ideologici senza costrutto, annegati poi in un'inefficienza parlamentare inqualificabile» (così L. LENTI, *op. loc. cit.*) In giurisprudenza cfr.: Corte Cost., 10.2.2006, n. 50, in *Foro it.*, 2006, I, 966 ss., che dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 274 c.c. nella parte in cui prevedeva il giudizio preliminare di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale. Si è tratto argomento dalla disparità di trattamento tra figli legittimi e naturali nell'accertamento della filiazione; Corte Cost., 28.11.2002, n. 494, in *Foro it.*, 2004, I, 1053, che dichiara costituzionalmente illegittimi gli artt. 278 e 251 c.c. nella parte in cui escludono la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali richiesta dal figlio incestuoso.

Con riguardo agli interventi del legislatore sono da ricordare i seguenti: 1) legge n. 154/2001 sugli «Ordini di protezione con-

<sup>46</sup> G. FERRANDO, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 1998, 2, 188.

<sup>47</sup> Si tratta di casi riguardanti il rapporto tra fratelli naturali. Ai sensi dell'art. 433 n. 6 c.c. i fratelli unilaterali, cioè quelli che hanno un solo genitore in comune, sono tenuti agli alimenti. La disposizione però, nel prescrivere la precedenza dei germani sugli unilaterali, sembra contrastare con il principio di uguaglianza. L'art. 468, comma 1, c.c., in materia di diritto di rappresentazione, ammette il figlio naturale a succedere al fratello del proprio genitore. Infine l'art. 737, comma 1, c.c. include i figli naturali tra i soggetti tenuti alla collazione.

<sup>48</sup> C. M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 1 ss., ricorda come ai figli naturali fosse stato negato anche dalla giurisprudenza il diritto alla successione legittima nei confronti dei parenti naturali.

<sup>49</sup> V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, cit., 6, le segnala puntualmente, in quanto espressive di «gravi limitazioni e... disparità» dei figli naturali.

<sup>50</sup> L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 4, 201.



disallineamento con la Costituzione. Se questa non distingue tra i diversi *status* di figlio legittimo e figlio naturale (grazie all'opera lungimirante dei Padri costituenti)<sup>55</sup>, perché il legislatore del 1975 scelse di inserire nel codice civile un capo - l'I del titolo VII del libro primo - appositamente dedicato alla filiazione legittima e un altro capo - il II del medesimo titolo - sulla filiazione naturale e sulla legittimazione? Probabilmente perché nella società di quell'epoca rimaneva abbastanza salda l'idea che fosse maggiormente meritevole avere figli all'interno del matrimonio che fuori da esso. E il diritto assecondava questa diffusa convinzione.

Ma la dottrina più attenta ha criticato questa distinzione, rilevando come dalla Costituzione si deducesse l'unicità della condizione di figlio a prescindere dal matrimonio tra i genitori<sup>56</sup>. In verità, nonostante gli sforzi argomentativi, il matrimonio è rimasto per lungo tempo l'unico istituto in grado di assicurare ai figli la pienezza dei rapporti parentali. Questa prerogativa è caduta con la legge n.

*tro gli abusi familiari* (titolo IX-bis libro I cod. civ.)» che apprestano strumenti di tutela del coniuge, del convivente *more uxorio* e dei figli, legittimi e naturali; 2) legge n. 40/2004 («*Procreazione medicalmente assistita*»), ritenuta dagli studiosi ideologica e punitiva, perciò demolita in più punti dalla giurisprudenza ordinaria, costituzionale ed europea (da ultimo si veda Trib. Firenze, ord. 7.12.2012, n. 4942, che solleva, condivisibilmente, dubbi di costituzionalità sul divieto di ricerca sugli embrioni «soprannumerari»); 3) legge n. 54/2006 («*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*») che ha unificato le regole applicabili ai figli a seguito della disgregazione della coppia, a prescindere dall'esistenza del matrimonio (art. 4 comma 2). Rimaneva, nonostante tale legge, una discutibile distribuzione di competenze tra tribunale ordinario e per i minorenni - cui aveva in parte ovviato Cass., 3.4.2007, n. 8362, in *Giur. it.*, 2007, 12, 2800 - su cui è opportunamente intervenuta la nuova legge n. 219/2012 attraverso la modifica dell'art. 38 disp. att. cod. civ.

<sup>55</sup> Dalla lettura del dibattito svoltosi nella Seduta del 12.11.1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., 603 ss., emerge come sia stata subito accolta l'idea di rafforzare la posizione dei figli nati fuori del matrimonio, senza distinguere tra figli legittimi, illegittimi, adulterini e incestuosi. Si preferì lasciare al legislatore il compito di bilanciare la tutela della famiglia fondata sul matrimonio con la protezione della filiazione extramatrimoniale (in particolare si leggano gli interventi di Moro, Caristia, Togliatti e Cevolotto).

<sup>56</sup> G. FERRANDO, voce *Filiazione. Rapporto di filiazione*, cit., 3, muovendo dal collegamento dell'art. 30, comma 3 Cost. con l'art. 3 Cost., sottolinea come il principio di uguaglianza «può essere derogato solo a tutela di valori che, nel sistema costituzionale, abbiano un peso superiore o almeno pari rispetto [allo stesso]». Ne consegue che «i diritti dei figli naturali possono essere sacrificati solo quando sia in gioco un diritto della famiglia davvero fondamentale. E le norme costituzionali sembrano riservare un valore di tale preminenza soltanto alla unità della famiglia da intendersi nel senso della stabilità della coesione sostanziale (art. 29 Cost.)». Dunque, secondo questa impostazione, non si giustificava la previsione di una parentela estesa e piena solo per la filiazione legittima.

219/2012 intitolata, non certo felicemente<sup>57</sup>, «*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*».

Legge che ha introdotto, rimodulando la struttura del Titolo VII del libro primo codice civile<sup>58</sup>, il principio di unicità dello stato giuridico di filiazione (art. 315 c.c.), in attuazione del quale è stata ampliata la nozione di parentela. Questa consiste, ora, nel «vincolo tra persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori del matrimonio (...)» (art. 74 c.c.). È stata perciò modificata<sup>59</sup> la norma sugli effetti del riconoscimento (l'art. 258 c.c.), i quali si producono con riguardo non solo al genitore che ha riconosciuto, ma anche ai parenti di quest'ultimo. Ne scaturisce un nuovo regime in tema di successioni *mortis*

<sup>57</sup> La legge 219/2012 non riguarda soltanto il riconoscimento dei figli naturali. Oltretutto è singolare che l'intitolazione di detta legge contenga proprio quel sintagma - filiazione naturale - che essa stessa ha inteso eliminare. L'art. 2 let. a), tra i principi e criteri direttivi rivolti al Governo destinatario di un'ampia delega, prevede la «sostituzione, in tutta la legislazione vigente, dei riferimenti ai «figli legittimi» e ai «figli naturali» con riferimenti ai «figli», salvo l'utilizzo delle denominazioni di «figli nati nel matrimonio» o di «figli nati fuori del matrimonio» quando si tratta di disposizioni a essi specificamente relative».

<sup>58</sup> Il titolo VII del codice civile non reca più l'intitolazione «Della filiazione», bensì «Dello stato di figlio», ad indicare, da subito, che l'essere figlio non ammette alcuna distinzione in sottocategorie giuridiche. Di conseguenza il capo I non disciplina più la filiazione legittima, né il capo II è più dedicato alla filiazione naturale e alla legittimazione. Mentre il primo è intitolato «Della presunzione di paternità», il secondo tratta e si intitola «Delle prove della filiazione». Dunque è unico lo stato di figlio, il che non elimina certo le peculiarità della disciplina della filiazione nata nel matrimonio e di quella nata fuori da questo. Così il capo III, sempre del titolo VII, riguarda l'azione di disconoscimento e le azioni di contestazione e di reclamo dello stato di figlio, il capo IV tratta, invece, il tema del riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio e il capo V regola la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità.

L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, 207-208, rileva come già dalla nuova intitolazione dei capi si evinca la permanenza della differenza tra filiazione legittima e filiazione naturale. Vi sarebbe stato solo un cambio di nome, come confermato dalla circostanza che «la costituzione dello stato e le azioni di stato continuano ad essere diverse, sicché l'unicità della categoria di figlio non è effettiva». Eppure, come spiega bene l'Autore (p. 210-211), non vi è alcuna ragione che giustifichi la presenza oltre all'azione di reclamo anche della dichiarazione giudiziale. Non si giustificano neppure talune differenze nella disciplina delle azioni. Conclude seccamente l'Autore: «l'unicità dello stato di figlio, se presa sul serio, impone anche di regolare unitariamente il sistema delle azioni di stato, onde dargli la stessa solidità» (p. 211). Interessanti, infine, sono le osservazioni sulla mancata riforma della presunzione di paternità, la quale, così com'è regolata, violerebbe il principio di uguaglianza (p. 208-209).

<sup>59</sup> L. LENTI, *op. cit.*, 202-203, ritiene superflua la modifica dell'art. 258 c.c. alla luce del nuovo art. 74 c.c.



causa e di donazioni, da precisarsi con un decreto legislativo di prossima pubblicazione<sup>60</sup>.

Al di là di qualche problema tecnico e contraddizione della legge 219/2012, esistente secondo un Autore<sup>61</sup>, preme cogliere due aspetti. Primariamente, l'unificazione dello *status* di figlio contribuisce all'uniformazione del diritto, adeguando l'ordinamento non solo alla Costituzione ma anche ai principi europei come interpretati dalla Corte EDU<sup>62</sup>. In secondo luogo si deve constatare un'ulteriore evoluzione della famiglia e del matrimonio. Se il figlio nato fuori dal matrimonio diventa parte della famiglia (estesa) dei genitori, il matrimonio non è più il necessario presupposto costitutivo delle relazioni legalmente familiari, che sorgono oramai a prescindere dalla sussistenza del vincolo di coniugio<sup>63</sup>. La convivenza *more uxorio* con prole è una famiglia in cui si forma un vincolo parentale pieno nelle linee retta e collaterale<sup>64</sup>.

La legge 219/2012 rafforza, quindi, indirettamente, la rilevanza delle unioni di fatto, attraverso

l'unicità del rapporto di filiazione e il sistema unitario delle regole sull'esercizio della potestà. Sotto quest'ultimo profilo, la recente riforma, diversamente da quella precedente del 1975, ha elaborato una parte generale della filiazione, modificando l'intitolazione del titolo IX in «Della potestà dei genitori e dei diritti e doveri del figlio».

Il nuovo art. 315-*bis* c.c. prevede, nei primi due commi, taluni diritti del figlio a prescindere dalla sua condizione di maggiorenne o di minorenni e dall'essere nato all'interno o fuori dal matrimonio. Nel comma 4, invece, si codifica il diritto del minore «di essere ascoltato in tutte le questioni<sup>65</sup> e le procedure che lo riguardano», se egli ha capacità di discernimento<sup>66</sup>.

Il matrimonio, se da un lato perde la prerogativa di essere alla base della filiazione e della parentela, dall'altro, diviene meno impermeabile alla presenza del figlio riconosciuto. La rinnovata disciplina dell'inserimento di quest'ultimo nella famiglia dell'uno o dell'altro genitore sposato è stata ispirata dall'unicità dello stato di figlio (art. 252 c.c.). Il legislatore delegato dall'art. 2 let. e) legge 219/2012 dovrà eliminare ogni previsione di consenso da parte di altri soggetti, «demandando *esclusivamente* al

<sup>60</sup> Quest'ambito è stato oggetto di una delega al Governo, il quale dovrà adeguare la «disciplina delle successioni e delle donazioni al principio di unicità dello stato di figlio, prevedendo, anche in relazione ai giudizi pendenti, una disciplina che assicuri la protezione degli effetti successori riguardo ai parenti anche per gli aventi causa del figlio naturale premorto o deceduto nelle more del riconoscimento e conseguentemente l'estensione delle azioni di petizione di cui agli articoli 533 e seguenti del codice civile» (art. 2 let. l. legge n. 219/2012).

<sup>61</sup> L. LENTI, *op. cit.*, 201 ss., ma si veda anche M. Bianca, *L'eguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente legge n. 219 del 2012*, cit., 4 ss.

<sup>62</sup> Corte EDU, 13.6.1979, *Marckx c. Belgio*, n. 6833/74, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). argomenta sia dall'art. 8 Cedu che dall'art. 14 Cedu. Il primo non distingue tra una famiglia legittima e un'altra illegittima. Il secondo, nel godimento dei diritti e delle libertà previsti dalla Convenzione, vieta discriminazioni fondate sulla nascita. Il caso riguardava, tra l'altro, il problema della parentela naturale.

Più in generale sul principio della parità tra figli nati nel o fuori dal matrimonio cfr.: Corte EDU, 18.12.1986, *Johnston e altri c. Irlanda*, n. 9697/82; Corte EDU, 28.10.1987, *Inze v. Austria*, n. 8695/79; Corte EDU, 29.11.1991, *Vermeire v. Belgio*, n. 12849/87; Corte EDU, 1.5.2000, *Mazureck v. France*, n. 34406/97, tutte in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>63</sup> M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 3, 233.

<sup>64</sup> A. FIGONE, *Parentela e affinità*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, *Relazioni familiari, matrimonio, famiglia di fatto*, cit., 224, rileva come parentela e affinità siano due specie di vincoli familiari. Ma allora si deve ritenere che se il figlio nato fuori dal matrimonio entra a far parte della famiglia estesa dei genitori conviventi per effetto della legge n. 219/2012, anche la convivenza *more uxorio* con prole è una famiglia. Inoltre non si può certo affermare che non si crei alcun legame giuridico tra i conviventi, poiché, come vedremo, sia la legislazione di settore che la giurisprudenza hanno esteso al convivente diritti e talvolta - sottolinea l'Autore - anche obblighi riconosciuti al coniuge. Si aggiunga che ai fini della costituzione e della rilevanza della famiglia fuori dal matrimonio è del tutto incoerente che non operi, come si sa, il vincolo di affinità tra il convivente e i parenti dell'altro convivente.

<sup>65</sup> In questo rinnovato quadro normativo, il termine «potestà», incomprensibilmente confermato dalla l. 219/2012, non è adatto a esprimere l'essenza del rapporto genitori-figli che risiede non già nella gerarchia ma nel dialogo costante. L'art. 2 let. h), legge n. 219/2012, prevede che il Governo «unifichi» le disposizioni che disciplinano i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio, delineando la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale». A parte la fumosità di questa disposizione laddove riconduce la responsabilità alla potestà, non si capisce perché il legislatore non si sia adeguato ai regolamenti comunitari che, in luogo del sintagma potestà genitoriale, utilizzano esclusivamente l'espressione responsabilità genitoriale. Va detto, però, che lo schema di decreto legislativo che il Governo deve varare entro i primi di gennaio 2014 non utilizza mai il termine potestà. Sulla responsabilità genitoriale nel quadro dei principi europei cfr. M. G. CUBEDDU, *I principi di diritto europeo della famiglia*, cit., 116 ss.

<sup>66</sup> Il minore ha il diritto di esprimere il suo pensiero su tutto ciò che lo riguarda, sia in un procedimento sia nell'ambito della famiglia, basata o no sul matrimonio. Nelle dinamiche familiari, l'ascolto è funzionale ad assumere una decisione coerente con le «capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni» del figlio (art. 315-*bis*, comma 1, c.c.). Nel solco di una linea di politica del diritto volta a rendere effettiva la capacità di autodeterminazione del minore, la legge n. 219/2012 ha abbassato a 14 anni l'età minima per dare il proprio assenso al riconoscimento (nuovo art. 250, comma 2, c.c.). Quanto, invece, alla capacità di riconoscere il figlio nato fuori dal matrimonio, la legge 219/2012 ha aggiunto alla prescrizione «Il riconoscimento non può essere fatto dai genitori che non abbiano compiuto il sedicesimo anno di età», l'eccezione «salvo che il giudice li autorizzi, *valutate le circostanze* e avuto riguardo all'interesse del figlio». È stata così introdotta la possibilità di derogare al requisito dell'età, tenendo conto, tra le circostanze di cui parla la disposizione, della maturità del minore che intende effettuare il riconoscimento.



giudice la valutazione di compatibilità di cui all'art. 30, terzo comma, della Costituzione»<sup>67</sup>.

Questa disposizione agevola la fusione di due famiglie, quella fondata sul matrimonio e quella naturale, legittimando, mediante autorizzazione giudiziale, la convivenza sotto il medesimo tetto dei figli nati da genitori sposati con i figli riconosciuti.

| 252

### 5. La nozione di matrimonio nel diritto europeo e i diritti della coppia omosessuale.

Persones dello stesso sesso chiedono di poter contrarre matrimonio, ma, com'è noto, in Italia tale istituto è riservato soltanto alle persone eterosessuali. Questo dato normativo non deve indurre a liquidare il tema, semplicemente rilevando che vi è un potere discrezionale del legislatore. Discrezionalità non significa assoluta libertà. Il giurista deve contribuire a leggere complessivamente l'ordinamento, per verificare se sia possibile indicare al legislatore una soluzione preferibile, quando non obbligata alla luce della legalità costituzionale.

A tal fine diventa indispensabile indagare quale sia oggi la nozione di matrimonio; nozione che non compare nella Costituzione, nel codice civile né in altre leggi. Eppure si tratta di una questione rilevante, non solo per i riflessi che ha sulla problematica dei soggetti legittimati a sposarsi ma, più in generale, qualora «l'esistenza formale del vincolo si accompagni alla mancata volontà di dar vita alla sostanza del rapporto coniugale»<sup>68</sup>.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria<sup>69</sup>, l'essenza del matrimonio starebbe non già

nel diritto di generare<sup>70</sup> e nell'obbligo di mantenere la prole (*bonum proles*), ma nella volontà comune di vivere una vita in «comunione spirituale e materiale» (*consortium totius vitae*), la cui sopravvenuta mancanza è, per l'appunto, presupposto dello scioglimento dell'unione (art. 1 l. n. 898/1970). Il matrimonio - com'è stato scritto - «diviene significativa nella prospettiva del rapporto»<sup>71</sup>.

Questa impostazione consentirebbe un parallelo con la convivenza *more uxorio*, giacché è innegabile che un progetto di vita in comune possa esistere anche tra persone dello stesso sesso. Si giustificerebbe allora una legge che estendesse il matrimonio alla coppia omosessuale.

Occorre, tuttavia, un approfondimento sul contenuto essenziale del matrimonio, da svolgersi nella cornice giuridica europea, giacché «ciascun ordinamento nazionale va letto come ordinamento europeo»<sup>72</sup>. Qui si ha la conferma che non siamo davanti a un fatto naturale, ma a un istituto condizionato dagli sviluppi della società e del costume. Neppure il profilo dei soggetti legittimati a sposarsi sfugge all'evoluzione sociale e giuridica del matrimonio<sup>73</sup>. Vi sono, infatti, indici normativi che paiono legittimare, in prospettiva *de iure condendo*, l'introduzione del matrimonio *same sex*. Su questi ci soffermeremo tra breve, argomentando dai principi costituzionali, arricchiti dalla dimensione sovranazionale di legalità<sup>74</sup> (art. 117 Cost.) in una rete di fonti del diritto<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> Nell'Assemblea costituente vi fu accordo sulla scelta di non prevedere nella Costituzione che la famiglia abbia quale finalità la procreazione o altri fini preminenti [(«prosperità materiale e solidità morale della nazione» o, in altra versione «del popolo italiano»), Seduta 30.10.1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., 632 ss.].

<sup>71</sup> V. SCALISI, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 159 ss; ID., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, cit., 9-10. Se «il fulcro gravitazionale di ogni valutazione si è spostato sul rapporto, cioè del concreto ed effettivo sistema di vita così come realmente praticato e attuato dai suoi protagonisti in senso conforme alla funzione» promozionale della persona, si apre alla rilevanza del rapporto di convivenza omosessuale.

<sup>72</sup> N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, cit., 4.

<sup>73</sup> P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., 14, rileva come, alla luce del disegno costituzionale della famiglia, «non esista, circa l'evoluzione dell'idea di famiglia, orizzonte che non possa sfrangiarsi, man mano che socialmente acquistano consistenza e legittimazione nuove modalità di relazione familiare».

<sup>74</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 561, sottolinea l'importanza del canone non solo sistematico (funzionale all'unitarietà dell'ordinamento) ma anche assiologico, in ragione del quale «i valori costituzionali, comunitari e internazionali vivacizzano e rendono attuali singole norme o complessi di norme che non possono non essere lette e interpretate sempre, anche se apparentemente chiare». Più di recente

<sup>67</sup> Già autorevole dottrina aveva rilevato come non fosse condivisibile il punto di equilibrio espresso dall'art. 251 c.c. tra il diritto del figlio naturale a sviluppare al meglio il rapporto educativo, convivendo col genitore, e il diritto dei membri della famiglia legittima a salvaguardare la coesione e l'armonia spirituale della famiglia. Si criticava soprattutto la previsione del consenso dei figli legittimi (G. FERRANDO, voce *Filiazione. Rapporto di filiazione*, cit., 6).

<sup>68</sup> G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia*, cit., 315.

<sup>69</sup> F. PROSPERI, *La famiglia «non fondata sul matrimonio»*, cit., 159 ss., argomenta sulla natura negoziale del matrimonio, spingendosi ad inserire quest'ultimo nell'ambito contrattuale. G. FERRANDO, *op. ult. cit.*, 315-316, a sostegno della ricostruzione esposta nel testo, richiama la giurisprudenza sulla separazione di fatto e sulla riconciliazione. La separazione di fatto si ha non in forza del solo venir meno della coabitazione, ma in conseguenza della cessazione della comunione materiale e spirituale. All'opposto, la riconciliazione postula la ripresa non già della semplice coabitazione, ma della comunione di vita.

L'Autrice ricorda altresì come anche con riferimento alle ipotesi in cui si preveda la coabitazione quale causa di improcedibilità dell'azione di invalidità del matrimonio, per coabitazione si intenda la istituzione della comunione materiale e spirituale (artt. 119 ult. co., 121 ult. co. e 122 ult. co. c.c.).



Prima però va ricordata la ferma opposizione al matrimonio omosessuale di una corrente di pensiero<sup>76</sup> che muove da una consolidata e ultra millenaria nozione di matrimonio come unione tra uomo e donna<sup>77</sup>. In verità questa pretesa stabilità concettua-

le dell'elemento della diversità dei sessi è stata messa in crisi dal diritto comunitario e da quello convenzionale. Anche l'introduzione in diversi Stati europei<sup>78</sup> del matrimonio tra persone dello stesso sesso comprova la mutevolezza dell'istituto in parola.

altri Autori sono tornati sull'argomento del rapporto tra Costituzione e diritto privato. C. SALVI, *Codice civile e costituzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 1, 31 ss., sottolinea come i principi costituzionali e il nuovo sistema delle fonti abbiano ampliato le tecniche interpretative e favorito l'evoluzione della proprietà privata, del rapporto obbligatorio e della responsabilità civile. Siamo passati, constata E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 5, 644, da un «sistema completo e concluso, decifrabile soltanto secondo i canoni dell'interpretazione logica e sistematica (...) ad un metodo assiologico ispirato a valori positivi calati nella concretezza della storia». Ma ecco il punto che interessa più da vicino il nostro discorso: i valori costituzionali non sono immobili, ma il loro significato si modifica con l'evoluzione sociale e con il contatto con la fattualità. Ne consegue la centralità dell'interprete, il quale, nell'atto interpretativo, completa il processo formativo della norma con l'obiettivo di farla calzare al meglio al fatto da regolare. L'argomento assiologico è funzionale ad interpretare la regola, ma anche a spingere il legislatore ad introdurre una nuova disposizione. Ma allora la «famiglia come società naturale» (art. 29 Cost.), il principio personalista (art. 2 Cost.), la «pari dignità sociale» (art. 3 Cost.) potrebbero offrire una base giuridica per spingere il legislatore ad introdurre il matrimonio tra persone dello stesso sesso. E ciò non solo in considerazione di tali principi, ma anche dell'evoluzione della nozione di matrimonio sui cui ci soffermeremo subito nel testo.

Salvi e Navarretta non nascondono la crisi che sta attraversando la fonte primaria, se non addirittura la disapplicazione della stessa in conseguenza della normativa europea. Non è il caso di aggiungere dettagli se non sottolineare, col pensiero di Paolo Grossi, che è la complessità del paesaggio giuridico ad avere non tanto fatto indietreggiare la nostra Costituzione rispetto a certi temi, quanto piuttosto ad aver reso più complesso il mestiere di giurista, il quale deve spesso trovare difficili equilibri.

<sup>75</sup> P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., 77.

<sup>76</sup> Vedremo come la Corte costituzionale non abbia condiviso i dubbi di costituzionalità di alcune norme del codice civile nella parte in cui non consentono a due persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio.

<sup>77</sup> La diversità di sesso è presente nella definizione di matrimonio di Ulpiano - «*ustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt coniubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utriusque consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt*» - nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 16 par. 1) e nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (art. 23 par. 2). Ma questa considerazione non appare decisiva se si considera che il comune sentire sociale può mettere in discussione istituti anche di lunghissima tradizione, ristrutturandoli nei loro tratti essenziali. E quando ciò accade, il diritto, se non vuole smarrire la sua funzione di ordinamento della società (così Santi Romano), deve essere pronto a tradurre il cambiamento in disposizioni giuridiche. Il diritto privato, ad esempio, ha preso le distanze dall'idea di matrice giudaico-cristiana secondo cui il matrimonio sarebbe naturalmente volto alla procreazione. È senz'altro debole ritenere che l'espressione «società naturale» dell'art. 29, comma 1, Cost. debba intendersi come luogo della procreazione. Basti rilevare che l'impotenza (anche solo *coeundi*) non è causa d'invalidità del matrimonio, salvo che essa sia stata oggetto di errore da parte dell'altro coniuge che ignorava tale condizione del futuro sposo (art. 122 c.c.). È pienamente legiti-

Il formante normativo europeo ingenera la percezione di un deciso cambiamento culturale che emerge dal confronto tra due norme. È noto che, ai sensi dell'art. 12 Cedu, la titolarità del «diritto di sposarsi e di fondare una famiglia» spetta agli uomini e alle donne gli uni con le altre. Secondo l'interpretazione originaria, la costituzione della famiglia andava intesa non già come diritto autonomo, ma quale conseguenza dell'esercizio del diritto di sposarsi. Chiarissimo era l'intento di tutelare il modello tradizionale di famiglia fondato sul matrimonio.

L'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali, invece, da un lato ha eliminato ogni riferimento al genere maschile e femminile, stabilendo che «il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»; dall'altro ha previsto due diritti diversi, disgiunti l'uno dall'altro, senza alcuna gerarchia tra loro<sup>79</sup>. Ciò nonostante non si può saltare alle conclusioni, giacché la previsione dei due diritti, come chiariscono le «Spiegazioni»<sup>80</sup>, non impone agli Stati dell'Unione di introdurre il matrimonio tra persone dello sesso<sup>81</sup>. Come si diceva all'inizio del

timo un matrimonio celebrato sulla base dell'accordo di non avere figli. È, invece, illecita l'omessa informazione circa la propria condizione d'impotenza, tanto da ledere un diritto inviolabile altrui (Cass., 10.5.2005, n. 9801, in *Fam. e dir.*, 2005, 4, 365, con nota di M. SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione arriva in Cassazione*). Ne consegue che il matrimonio ha una finalità solo potenzialmente e non già essenzialmente procreativa.

<sup>78</sup> Di recente la Francia con la legge n. 344/2013 ha consentito alle coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio e di adottare. Altri paesi europei avevano già previsto il matrimonio *same sex*: Spagna, Portogallo, Belgio, Paesi Bassi, Danimarca, Svezia, Norvegia e Islanda.

<sup>79</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 293; G. FERRANDO, *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, cit., 139.

<sup>80</sup> Le Spiegazioni, come si afferma nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'art. 57, comma 7, della Carta, devono essere tenute in debito conto dai giudici dell'Unione e degli Stati membri nell'interpretazione della Carta (cfr. anche art. 6, par. 1 comma 3, TUE).

<sup>81</sup> L'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali contiene un testo più vicino alla realtà sociale rispetto a quello contenuto nell'art. 12 Cedu. Esso ha inteso riferirsi anche a quelle legislazioni nazionali che riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. L'art. 9 non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Il diritto di sposarsi è quindi «simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione lo preveda».



paragrafo, sul punto vi è un potere discrezionale del singolo Stato.

Vi è però un fatto nuovo: l'Europa non accoglie più un'unica nozione di matrimonio. Lo confermano altre disposizioni della Carta dei diritti e della Cedu che prevedono il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il diritto a non essere discriminati in ragione del sesso e dell'orientamento sessuale<sup>82</sup>. Esse addensano qualche ombra sulla scelta del legislatore italiano di riservare il matrimonio solo alle persone di sesso diverso<sup>83</sup>. Anche secondo la nostra Costituzione il «sesso» e le «condizioni personali» (cui va ricondotto l'orientamento sessuale) non possono fondare un diverso grado di «dignità sociale» di certe persone (art. 3, comma 1).

In forza di questo quadro normativo<sup>84</sup>, non è del tutto agevole giustificare l'esclusione dell'omosessuale dall'esercizio di un diritto fondamentale qual è quello di sposarsi, precludendogli di svolgere pienamente la propria personalità, identità<sup>85</sup> (art. 2 Cost.) e libertà (art. 13 Cost.).

Ma nonostante le norme richiamate, la Corte Costituzionale ha ritenuto che la scelta italiana di concepire il matrimonio soltanto tra uomo e donna sia pienamente legittima<sup>86</sup>. Essa soggiunge, però, che

<sup>82</sup> Cfr. gli artt. 7 (*Rispetto della vita privata e della vita familiare*), 9 (*Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia*) e 21 (*Non discriminazione*) della Carta dei diritti fondamentali UE, nonché gli artt. 8 (*Diritto al rispetto della vita familiare*), 12 (*Diritto al matrimonio*) e 14 (*Divieto di discriminazione*) della Cedu.

<sup>83</sup> Non è di questo avviso L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit., 1131, secondo il quale: «non può sfuggire che il matrimonio vale a connotare un'esperienza di vita nella sua complessità e totalità, laddove la discriminazione viene in considerazione con riferimento a specifici e ben individuati interessi».

<sup>84</sup> Cui vanno aggiunte diverse risoluzioni delle istituzioni europee che invitano gli Stati a rimuovere gli ostacoli che precludono il matrimonio alle coppie omosessuali, ovvero a riconoscere a tali coppie istituti equivalenti (cfr. Risoluz. Parlamento europeo dell'8.2.1994, sulla *parità dei diritti delle persone omosessuali*, del 16.3.2000, sul *rispetto dei diritti umani nell'Unione europea*, del 14.7.2001 e del 4.9.2003 sempre sul tema dei diritti degli omosessuali e delle unioni tra gli stessi).

<sup>85</sup> D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., 140-143.

<sup>86</sup> Corte Cost., 15.4.2010, n. 138 (rel. A. Criscuolo), in *Fam. pers. succ.*, 2011, 3, 179, con nota di F. R. FANTETTI, *Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. e dir.* 2010, 7, 653, con nota di M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, dichiara per un verso inammissibile e per l'altro non fondata la questione di legittimità costituzionale di quelle disposizioni che precludono il matrimonio tra persone del medesimo sesso. Inammissibile perché, come si diceva *supra* nel testo, la Costituzione, la Cedu e la Carta dei diritti fondamentali non vincolano il legislatore dei vari Stati ad introdurre il matrimonio tra gli omosessuali. Non fondata perché negare il diritto di sposarsi alla coppia *same sex* non viola né il principio di uguaglianza rispetto a chi ha cambiato sesso, né quello di irragionevole discriminazione («in

nel concetto di «formazione sociale» vi rientra anche l'unione omosessuale stabile (art. 2 Cost.)<sup>87</sup>. A quest'ultima «spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»<sup>88</sup>.

Tale riconoscimento, precisa la Consulta, pur esigendo una normativa che regoli i diritti e i doveri dei componenti della coppia, non deve necessariamente esprimersi attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. Se, tuttavia, come sembra prevedibile, il Parlamento non dovesse legiferare - è sempre la Corte a parlare - «resta riservata alla Corte costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni», com'è già accaduto per la coppia di fatto eterosessuale cui la Consulta ha esteso taluni diritti previsti per il rapporto di coniugio<sup>89</sup>.

Emerge, quindi, la rilevanza della convivenza tra persone dello stesso sesso e l'esigenza di valutare, volta per volta, la riconoscibilità di diritti. Ammettere la possibilità di un trattamento della coppia omosessuale omogeneo rispetto a quello previsto per la coppia coniugata, significa, inequivocabilmente

quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute [dalla Consulta] omogenee al matrimonio». Perché, a dire della Consulta, l'art. 29 Cost., sebbene soggetto come tutti i principi costituzionali a nuove interpretazioni scaturenti dall'evoluzione della società e dei costumi, postula, all'epoca dell'Assemblea Costituente, l'idea del matrimonio tra persone di sesso diverso. Ora, si legge nella sentenza, «questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una mera rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad una interpretazione creativa». In sostanza la Consulta rimanda la decisione al potere politico, il che se per un verso esprime equilibrio e rispetto del principio della divisione dei poteri, per altro verso si espone alla seguente considerazione critica. Nell'ottica del più ampio pluralismo e della più lata inclusione sociale garantite dalla Costituzione, il principio di uguaglianza dovrebbe far ritenere illegittima l'esclusione di un soggetto dal matrimonio solo in ragione dell'omosessualità.

<sup>87</sup> P. PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale, in Rapporti personali nella famiglia*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1988, 40, è stato tra i primi a rilevare che tutte le formazioni sociali acquistano valore costituzionale «se rispond[ono] alla funzione del libero sviluppo della persona umana». Qual è allora il valore delle unioni omosessuali? Secondo la Consulta il legislatore non è tenuto a equiparare tali unioni al matrimonio. Ma se l'unione omosessuale stabile ha «il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia», appare dubbia un'operazione legislativa che precluda il matrimonio, prevedendo soltanto taluni diritti e doveri modellati (ma ben distinti) da quelli derivanti dal matrimonio.

<sup>88</sup> Corte Cost., 15.4.2010, n. 138, cit., al punto 8.

<sup>89</sup> Corte Cost., 15.4.2010, n. 138, cit., conclude sul punto rilevando come possa «accadere ...che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza».



mente, negare una «incompatibilità assoluta tra il modello del matrimonio tradizionale e quello dell'unione omosessuale»<sup>90</sup>.

Questa parte della pronuncia è senz'altro apprezzabile. Invece, l'accento posto dalla Corte Costituzionale sulla non necessità di equiparare le unioni omosessuali a quelle eterosessuali fondate sul matrimonio non convince del tutto. Quest'affermazione sarebbe condivisibile ove la coppia di fatto omosessuale (al pari di quella eterosessuale) non intendesse contrarre matrimonio. Se invece persone dello stesso sesso chiedessero di contrarre matrimonio, si affaccerebbe (a fronte del nostro divieto) il dubbio di compatibilità con i principi sopra esposti di uno statuto differente rispetto a quello dei coniugi<sup>91</sup>. Anche perché - è bene ripeterlo - secondo il diritto europeo, il requisito minimo imprescindibile del matrimonio non è più la diversità di sesso.

A tal proposito la Corte EDU, con una significativa pronuncia<sup>92</sup>, ha ritenuto necessario, alla luce dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, reinterpretare l'art. 12 della Cedu. Nel senso che: il diritto al matrimonio non deve essere riferito soltanto alle persone di sesso opposto, nonostante la lettera della norma, ma anche a quelle dello stesso sesso. Non vi è perciò alcun contrasto tra l'art. 12 Cedu e l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali, dovendosi ricavare anche dal primo che il matrimonio non si fonda più sulla diversità di genere<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 294.

<sup>91</sup> La coppia omosessuale dovrebbe accontentarsi di sottomettersi alla disciplina prevista per le unioni di fatto, non potendo avvalersi, pur volendo, dell'istituto del matrimonio. Si finirebbe così per sottoporre alla medesima normativa situazioni diverse: quella della coppia eterosessuale che non intende sposarsi e quella della coppia omosessuale che vorrebbe accedere al matrimonio ma è costretta a ripiegare sulla normativa prevista per le convivenze fuori dal matrimonio. Specularmente, si avrebbe un irragionevole trattamento giuridico diverso di situazioni uguali: quella della coppia eterosessuale che vuole e può sposarsi e quella della coppia omosessuale che vuole ma non sposarsi.

<sup>92</sup> Corte EDU, 24 giugno 2010, *causa Schalk e Kopf c. Austria*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), affronta, per la prima volta, la questione dell'esistenza del diritto di due persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio. Il caso era il seguente: due cittadini austriaci di sesso maschile avevano chiesto all'ufficio competente di adempiere alle formalità richieste per contrarre matrimonio e, a fronte della reazione della richiesta, avevano dedotto in giudizio di essere stati discriminati in violazione degli artt. 12 (diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazione) della Cedu in relazione all'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare). La Corte EDU ha ritenuto, all'unanimità, che non vi era stata alcuna violazione dell'art. 12 né, a maggioranza, dell'art. 14 con riferimento all'art. 8.

<sup>93</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 292, rileva come l'attenzione dell'Unione europea ai diritti favorisca il superamento della «politica del disgusto» a beneficio della politica

## 6. (Segue) Verso il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Si possono a questo punto indicare le conseguenze del diritto europeo nel nostro ordinamento: 1) l'esistenza del matrimonio prescinde dalla diversità di genere<sup>94</sup>; 2) l'unione omosessuale è una formazione sociale protetta dalla Costituzione.

La prima trova riscontro nella giurisprudenza riguardante la richiesta di trascrizione nei registri dello stato civile del matrimonio, contratto validamente in un altro Paese europeo, tra persone dello stesso sesso. La Cassazione ha negato la trascrivibilità<sup>95</sup>, ma in ragione non più dell'inesistenza del matrimonio<sup>96</sup>, bensì della sua inidoneità (molto dubbia) a produrre qualsiasi effetto giuridico in Italia<sup>97</sup>. Que-

dell'umanità. Egli afferma che «nell'orizzonte disegnato dalla Carta europea dei diritti fondamentali la diversità di sesso non è più un connotato di alcuna forma di organizzazione dei rapporti interpersonali». A questo esito ha contribuito l'interpretazione dell'art. 12 Cedu sopra riportata, interpretazione che si muove nella logica del valore sistemico e non frazionato di quelle norme che, nel porre diritti fondamentali, appaiono in potenziale conflitto tra loro (cfr. Corte Cost., 28.11.2012, n. 264, in *Foro it. on line*). Sull'evoluzione della giurisprudenza di legittimità verso una visione sistemica della tutela dei diritti dell'ordinamento integrato cfr. E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012*, 25.1.2013, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it) (prima presidenza), 18 ss. Visione sistemica significa, nelle parole di Lupo, «la considerazione dell'ordinamento nel suo complesso, quale frutto della sinergie fra norme (interne e sovranazionali) e Corti (interne e sovranazionali)».

<sup>94</sup> L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit., 1128, ricorda, citando Nicolò e Filanti, che il matrimonio tra persone dello stesso sesso era adoperato come esempio di negozio giuridico inesistente.

<sup>95</sup> Cass., 15.3.2012, n. 4184, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 7-8, 461, con nota di E. BERGAMINI, *Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana*, in *Fam. e dir.*, 2012, 7, 665, con nota di M. GATTUSO, *«Matrimonio», «famiglia» e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la «doppia svolta» della Corte europea dei diritti dell'uomo e in Notariato*, 2012, 5, 504, con nota di E. CALÒ, *Sul matrimonio omosessuale un grand arret della Cassazione: come dovrà comportarsi ora il notaio?*

<sup>96</sup> Così, invece, Trib. Latina, 10.6.2005, in *Fam. e dir.*, 2005, 4, 411 ss., con nota di P. SCHLESINGER, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*; Corte d'App. Roma, 13.7.2006, in *Fam. e dir.*, 2007, 2, 167 ss., con nota di M. SESTA, *Il matrimonio estero tra due cittadini italiani dello stesso sesso è trascrivibile in Italia?*. Secondo entrambe le pronunce, la diversità di sesso - oltre al consenso delle parti e alla celebrazione - è requisito non già di validità ma di esistenza del matrimonio. Entrambi gli annotatori, pur concordando con la soluzione giudiziale dell'inesistenza, hanno avvertito la necessità di affrontare il problema della coesistenza di soluzioni nazionali diverse sul tema del matrimonio *same sex*.

<sup>97</sup> Cass., 15.3.2012, n. 4184, cit., argomenta che non vi è alcun vincolo per il legislatore italiano di introdurre il matrimonio *same sex* (art. 117, comma 1, Cost.), né per giudice di ordinare all'ufficiale dello stato civile la trascrizione del matrimonio omosessuale contratto all'estero. Sulla base soprattutto degli



sta precisazione non è insignificante. La Suprema Corte non reputa più la diversità di sesso condizione di esistenza del matrimonio. E ciò indebolisce la posizione di chi è contrario all'estensione del matrimonio agli omosessuali sulla sola base della supposta necessità storico-culturale della diversità di genere<sup>98</sup>.

| 256

artt. 6, par. 1 comma 2, TUE e 51 della Carta e di una serie di pronunce della Corte di giustizia dell'UE, la Cassazione ricorda il seguente principio: «Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è... che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo - in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione - e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto; con la conseguenza che tale principio esclude che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione Europea. Alla luce di tali consolidati principi, è del tutto evidente, perciò, che [la questione] oggetto del presente giudizio, risulta del tutto estranea alle materie attribuite alla competenza dell'Unione europea, ed inoltre priva di qualsiasi legame, anche indiretto, con il diritto dell'Unione».

Ebbene, ciò nonostante, la soluzione di negare la trascrizione del matrimonio *same sex*, contratto validamente all'estero, non convince del tutto. Se occorre circoscrivere le ragioni che, in forza dell'ordine pubblico, giustificano il mancato riconoscimento di situazioni sorte in altri Stati europei, non sembra peregrino ammettere, invece, la trascrizione del matrimonio nel caso in parola. Non fosse altro perché il concetto di ordine pubblico deve essere riletto alla luce della Cedu e della Carta di Nizza (cfr. G. FERRANDO, *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, cit., 144-145 e F.D. BUSNELLI-M.C. VITUCCL, *Frantumi europei di famiglia*, cit., 787, i quali negano che il ricorso all'ordine pubblico possa «dipendere dalla mera circostanza che un ordinamento, quale quello italiano, non abbia ancora previsto una regolamentazione in materia»). A sostegno della trascrivibilità del matrimonio *same sex* contratto all'estero possono trarsi utili spunti da Corte EDU, 28.6.2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, n. 76240/01, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), in cui lo Stato di Lussemburgo è stato condannato per aver negato l'*exequatur* di una pronuncia resa in altro Stato che disponeva l'adozione in capo a una donna single. Si è tratto argomento da due circostanze di fatto: il provvedimento del giudice nazionale contrastava con l'interesse della minore; si era già, da anni, formata una famiglia di fatto.

<sup>98</sup> La stessa Corte cost., 15.4.2010, n. 138, cit., ha riconosciuto che «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione è entrata in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali (corsivo mio)». In altri termini, all'evoluzione sociale di istituti fondamentali può seguire uno sviluppo dell'interpretazione di certi principi della Carta fondamentale. Anche se, soggiunge la Consulta, tale nuova interpretazione «non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma [il riferimento è all'art. 29 Cost.], modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche [come quella del matrimonio *same sex*] non considerati in alcun modo quando fu emanata». Per la Corte, quindi, non si può ritenere che, ai sensi dell'art. 29 Cost., la famiglia fondata sul matrimonio, i cui diritti sono riconosciuti, sia anche quella composta da persone dello stesso sesso. Il ragionamento della Consulta non sembra immune da una certa contraddittorietà: da

Si aggiunga, sotto un profilo più tecnico, che negare qualsiasi effetto in Italia al matrimonio contratto all'estero non è del tutto coerente con quella giurisprudenza che ordina, contro il diniego della Questura, il rilascio della carta di soggiorno al coniuge omosessuale per motivi di ricongiungimento familiare<sup>99</sup>. Se la motivazione dei giudici si incentra sulla nozione ampia di coniuge, penetrata nel nostro ordinamento, e sul principio di libertà di circolazione del cittadino europeo, non sembrano esservi ostacoli (di ordine pubblico) al riconoscimento del matrimonio estero tra persone dello stesso sesso<sup>100</sup>.

La seconda conseguenza sopra riportata dell'unione omosessuale come formazione sociale fa sì che ciascun componente della coppia omosessuale possa adire il giudice, rivendicando un diritto omogeneo a quello assicurato dalla legge al coniuge. In quella sede si valuterà se sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma nella parte in cui non estende al convivente di fatto, anche omosessuale, il medesimo diritto<sup>101</sup>.

Alla luce delle cose dette sembrano esservi gli elementi per fare un passo in più rispetto a quello, pur coraggioso, della Corte Costituzionale. Se la Consulta ha aperto all'estensione analogica della normativa matrimoniale alla coppia omosessuale, perché non immaginare, in prospettiva *de iure condendo*, l'apertura del matrimonio alle persone dello stesso sesso? Anche perché si consideri 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

un lato i principi costituzionali sono duttili, dall'altro non vi si possono ricondurre fatti non valutati dal legislatore costituente.

<sup>99</sup> Trib. Reggio Emilia, ord. 13.2.2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 589 ss., con nota di D. FERRARI-D. FIORATO, *Lo status giuridico delle coppie omosessuali. Il diritto alla vita familiare in due recenti pronunce*.

<sup>100</sup> M. MELI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, cit., 456, rileva che lo Stato ospitante, nonostante la concessione della carta di soggiorno al coniuge omosessuale, non consente comunque la produzione di effetti al matrimonio di quest'ultimo. La coppia dello stesso sesso, sposata all'estero, è per lo Stato italiano «un'unione stabile tra due persone non unite in matrimonio». Secondo l'Autrice, in forza delle fonti comunitarie, non potrebbe rifiutarsi la trascrizione del matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto in altro Stato rispetto a quello ospitante.

<sup>101</sup> Secondo Cass., 15.3.2012, n. 4184, cit., dall'esistenza di un potere discrezionale del legislatore sull'introduzione del matrimonio *same sex*, non discende che «le norme convenzionali e comunitarie non spieghino alcun effetto nell'ordinamento giuridico italiano, fintantoché il Parlamento - libero di scegliere, sia nell'*an* che nel *quomodo* - non garantisca [il diritto di sposarsi] o preveda altre forme di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali».



di particolare rilevanza<sup>102</sup>, 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. È vero, ma è altrettanto vero che se il diritto deve rispecchiare 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.

Se così è, si rafforza l'argomento - piuttosto avvertito da un'autorevole dottrina<sup>103</sup> - della discriminazione basata sull'orientamento sessuale<sup>104</sup>, giac-

ché, in ragione di quest'ultima, si impedisce l'accesso ad un istituto che non contempla più la diversità dei sessi quale requisito della sua esistenza.

La discriminazione permarrrebbe, seppur attenuata, ove la legge dovesse riconoscere al convivente omosessuale che avrebbe voluto sposarsi soltanto alcuni diritti, distinguendo così più o meno nettamente il suo *status* da quello del coniuge. Precludere all'omosessuale il matrimonio, obbligandolo ad accettare una condizione giuridica intermedia tra chi è sposato e chi non lo è<sup>105</sup>, finirebbe col discriminare una categoria di soggetti<sup>106</sup>, a fronte della difesa di una concezione del matrimonio (quella basata sulla diversità di sesso) superata dal diritto europeo.

Da ultimo, se si allarga fuggacemente lo sguardo oltre l'Europa, una recente sentenza della *Supreme Court of the United States* si è mostrata sensibile proprio al profilo della discriminazione<sup>107</sup>. Essa ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge federale che, nel definire il significato delle parole «*marriage*» e «*spouse*», violava il Quinto Emendamento. La definizione legava l'esistenza del matri-

<sup>102</sup> G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia*, cit., 318, con riferimento al matrimonio dei cittadini stranieri, conclude che la previsione di un certo requisito documentale (art. 116 c.c. come modificato dalla l. n. 94/2009) «sembrerebbe integrare una limitazione non giustificata della libertà matrimoniale in contrasto con i principi costituzionali» (p. 321).

<sup>103</sup> P. SCHLESINGER, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, cit., 415, è, invece, di diverso avviso. Egli non ritiene sussistente alcuna discriminazione nel qualificare inesistente il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Piuttosto, aggiunge l'Autore, «una discriminazione potrebbe forse essere effettivamente affacciata ove l'Italia continuasse a non dotarsi di una specifica normativa che consenta pure a persone omosessuali di costituire "unioni" dotate di forme di riconoscimento quali una registrazione o l'acquisizione di uno *status* documentabili del tipo che sono largamente praticate in moltissimi altri Paesi, sia comunitari che extraeuropei». Secondo Schlesinger l'ordinamento è libero di riservare la qualifica di matrimonio soltanto alle coppie bisessuali, come si evince dalla varietà di figure accolte in diversi ordinamenti. Un'altra autorevole dottrina, F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago delle famiglie*, cit., 523, ritiene «destinato all'insuccesso un approccio che «invo[chi] un principio di non discriminazione per denunciare l'illegittimità di una esclusione dal matrimonio dei rapporti sentimentali di queste persone [omosessuali e lesbiche], considerate come minoranze». Non che la relazione tra questi individui debba restare nell'indifferenza del diritto, ma occorre trovare un modello - aggiunge Autore - compatibile «con la loro diversità dalla famiglia come società naturale fondata sul matrimonio». Egli suggerisce di guardare alla legge francese sul «*pacte civil de solidarité*» che, nel rivolgersi ad una variegata gamma di rapporti parafamiliari (è a questi ultimi che, secondo Busnelli, andrebbe ricondotta la convivenza omosessuale) ha saputo coniugare bene autonomia e solidarietà.

<sup>104</sup> M. SESTA, *op. ult. cit.*, 171, reputa che all'obiettivo comunitario e internazionale di eliminare le disuguaglianze fondate sull'orientamento sessuale, «difficilmente il nostro legislatore potrà restare indifferente». R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, cit., 1069, muovendo dall'omosessualità come situazione naturale della persona (nel senso di esistente in natura) e dalla realizzazione della propria identità sessuale come «elemento fondamentale dell'affermazione della personalità», sostiene che precludere il matrimonio all'omosessuale «significa assumere l'omosessualità come premessa di un giudizio di valore negativo sulla persona». Ecco che non sembra così debo-

le la posizione di chi fa leva proprio sulla discriminazione per argomentare a favore dell'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

<sup>105</sup> In Italia vi è stato un tentativo di disciplinare lo statuto del convivente stabile, anche dello stesso sesso. Ma il disegno di legge 8.2.2007 intitolato «*Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi*» (Di.co.), le cui incongruenze tecnico-giuridiche sono state prontamente segnalate dalla dottrina, non ha avuto seguito. Si veda P. CAVANA, *La famiglia nella Costituzione italiana*, cit., 914-918, il quale definisce «impropria e artificiosa» l'equiparazione tra convivenze eterosessuali e omosessuali. Gli argomenti a sostegno di tale affermazione (p. 919) non convincono appieno, poiché l'impossibilità di procreare per la coppia omosessuale (addotto a fatto che esige di differenziare la disciplina giuridica) non vale a diversificare quest'ultima dalla coppia eterosessuale. Piuttosto entrambe le coppie hanno in comune il fondamento della convivenza, ossia la volontà comune di realizzare una comunione materiale e spirituale.

<sup>106</sup> F.D. BUSNELLI-M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, cit., 775, rilevano esattamente che in Francia, prima dell'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, la dottrina obiettava che risolvere con il PACS il fenomeno delle unioni omosessuali determinava un trattamento discriminatorio di queste ultime.

<sup>107</sup> Supreme Court U.S., June 26, 2013, no. 12-307, *United States v. Edith Schlain Windsor*, in [www.supreme.justitia.com](http://www.supreme.justitia.com). Il caso trae origine dal rifiuto opposto al coniuge superstite della «*estate tax exemption for surviving spouses*». Il rifiuto era basato su una legge del Congresso, intitolata «*Defence of Marriage Act*» (c.d. DOMA), che discriminava le coppie omosessuali sposate rispetto a quelle eterosessuali coniugate. Le prime erano destinatarie, in diversi ambiti, di una disciplina di sfavore, tanto da rappresentare un vero e proprio «*second-class marriage*». Scopo della legge era infatti disincentivare i singoli Stati ad ammettere il matrimonio tra persone dello stesso sesso (cfr. *amplius* la sez IV della sentenza). Ma in tal modo si finiva da un lato col condizionare, indebitamente, il potere sovrano degli Stati di disciplinare in materia di matrimonio e, dall'altro, col disapprovare un'intera categoria di persone (gli omosessuali).



monio e della qualità di coniuge alla necessaria presenza nella coppia di entrambi i sessi.

Secondo la *Supreme Court*, la legge federale, attraverso una disciplina di netto sfavore su diversi aspetti pubblici e privati della vita matrimoniale e familiare tra omosessuali, determinava due conseguenze. Da un lato induceva i singoli Stati a non prevedere il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Dall'altro, nello Stato che legittimamente lo avesse consentito (come, nella specie, il Canada), si sarebbe determinato un contrasto tra legge federale e legge statale. In forza della prima era come se il matrimonio *same sex* non fosse esistito, divenendo «*unworthy of federal recognition*».

Il caso specifico, al di là del conflitto tra Congresso e potere legislativo del singolo Stato, pone in luce il dovere di non creare «*disability on the class*», di non discriminare un'intera categoria di persone, precludendo l'applicazione di un istituto, qual è il matrimonio, o consentendola con evidenti *deminutiones* di diritti e facoltà.

#### 7. Coppia omosessuale, affidamento condiviso e affidamento familiare.

La rilevanza della convivenza stabile tra persone dello stesso e, in prospettiva *de iure condendo*, l'introduzione del matrimonio *same sex* pongono il delicato interrogativo dell'adozione. Ci si chiede se quest'ultima possa o debba essere estesa anche alle coppie omosessuali, sposate o conviventi *more uxorio*. La risposta non è agevole ed esige l'apporto di altre scienze. Ma non siamo su un terreno del tutto rimesso a una politica legislativa, illuminata dal metodo interdisciplinare. Il giudice deve sempre più spesso dirimere questioni che postulano una valutazione sull'opportunità della crescita di un minore in una nuova famiglia composta da soggetti dello stesso sesso.

Se ne segnalano, in particolare, due, emerse nella giurisprudenza interna ed europea: 1) se in sede di separazione giudiziale possa disporsi l'affidamento condiviso o esclusivo del figlio minore al genitore omosessuale convivente con una persona del proprio sesso; 2) se sia ammissibile l'adozione a favore del *partner* del genitore omosessuale con cui si convive.

I dubbi si giustificano in ragione del principio della prevalenza dell'interesse del figlio nelle situazioni di conflitto con altri diritti o interessi. In tali casi la legge n. 219/2012, più volte ricordata, ha cura di esplicitare come l'ago della bilancia sia rap-

presentato proprio da detto interesse<sup>108</sup>. Non solo: le fonti sovranazionali adoperano l'espressione «*best interest of the child*», quale primario risultato da perseguire, sotteso a qualsivoglia azione o istituto riguardante il minore come l'adozione<sup>109</sup>. Orbene, se si assume che crescere con due persone dello stesso sesso sia (o possa essere) dannoso per il minore, si dovrebbe, conseguentemente, impedire siffatto contesto di vita comune.

Ecco l'esigenza di ascoltare la voce di altre scienze; ma tornando più da vicino alla prima questione sopra esplicitata, va premesso che l'affidamento condiviso è ritenuto dal legislatore il provvedimento che, astrattamente, meglio soddisfa il diritto del minore «di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno [dei genitori] ...» (art. 155, comma 1, c.c.). L'art. 155, comma 2, c.c. stabilisce, infatti, che il giudice «valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori (...)». Egli, se intende disporre l'affidamento ad uno solo dei coniugi, deve indicare espressamente i motivi in forza dei quali «l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore» (art. 155-bis, comma 1, c.c.).

Nel caso in esame occorre allora stabilire se la convivenza omosessuale stabile di un genitore sia di per sé motivo sufficiente per negare l'affido condiviso o, più verosimilmente, la domiciliazione prevalente del minore presso tale genitore. Se si risponde positivamente, non può sfuggire la necessità che si

<sup>108</sup> L'art. 250 c.c., in parte riscritto dalla legge 219/2012, conferma che il consenso al secondo riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio non può essere negato qualora esso risponda «all'interesse del figlio». Nel valutare quest'ultimo è particolarmente rilevante l'opinione del minore qualora, sebbene non abbia compiuto 12 anni, sia capace di discernimento (co. 4). Questa disposizione valorizza la capacità di chi non è ancora maggiorenne di fare da sé il proprio interesse. Parimenti può dirsi con riguardo al nuovo comma 2 dell'art. 250 c.c. che ha abbassato da 16 a 14 anni l'età in cui il figlio acquista la capacità di negare l'assenso al riconoscimento, precludendone così, inevitabilmente, ogni effetto. L'interesse del figlio è richiamato ancora una volta per orientare la decisione del giudice in tema di autorizzazione al riconoscimento del figlio incestuoso (art. 251 c.c. modificato dalla l. n. 219/2012).

<sup>109</sup> Si confronti: *Convention on the rights of the child*, adottata dalla Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20.11.1989 ed entrata in vigore il 2.9.1990, artt. 3 e 21; *European Convention on the adoption of children*, del 1967, rivisitata nel 2008, aperta alla sottoscrizione l'1.9.2008, entrata in vigore l'1.9.2011, (non sottoscritta dall'Italia), artt. 4, 7 e 11. In particolare l'art. 7 par. 2 di quest'ultima Convenzione prevede la libertà degli Stati di estendere l'ambito dell'adozione alle coppie dello stesso sesso, i cui componenti siano sposati l'uno con l'altro ovvero che abbiano provveduto alla registrazione. Tale libertà viene riconosciuta anche con riguardo alla convivenza stabile *more uxorio* sia tra soggetti eterosessuali che omosessuali. Emerge, quindi, come la diversità di sesso non sia più considerato un carattere imprescindibile dell'esistenza del matrimonio né della famiglia.



apra la tutela (art. 343 c.c.), qualora l'altro genitore sia ritenuto inidoneo all'esercizio della potestà!

Una recente sentenza offre spunti alla riflessione. È giunta in Cassazione una vicenda in cui la madre conviveva con un'altra donna e il padre, uomo violento, si opponeva alla richiesta di affidamento esclusivo<sup>110</sup>. È stata confermata la decisione della Corte d'appello, favorevole all'affidamento esclusivo alla madre, essenzialmente perché il ricorrente non aveva indicato e provato alcuna ripercussione negativa della convivenza omosessuale sul piano educativo e della crescita del bambino. Si legge nella pronuncia che «alla base della doglianza del ricorrente non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pre-giudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino».

In sostanza l'inserimento del minore in una famiglia costituita da una coppia omosessuale viene equiparato dai giudici, salvo prova del pregiudizio, a quello in una famiglia basata sulla coppia eterosessuale<sup>111</sup>. Ma la motivazione, secondo un Autore<sup>112</sup>, non convince alla luce del principio del superiore interesse del minore e della disciplina dell'affido condiviso. Le corti del merito avrebbero dovuto valutare l'incidenza sulla crescita del minore della dichiarata omosessualità della madre e dell'atteggiamento violento del padre.

Nel nostro quadro di riferimento entra, tuttavia, anche il diritto del minore di «essere mantenuto,

educato, istruito e assistito moralmente dai genitori»<sup>113</sup> e di restare nella propria famiglia (art. 315-bis c.c., art. 1 l. adoz. n. 184/1983, art. 30 Cost.). Da tale punto di vista, non sembra legittimo che tale diritto soccomba se non vi è (ragionevole) certezza del pregiudizio che cagionerà il crescere in una famiglia composta dal genitore omosessuale e dal partner di quest'ultimo. È una valutazione da fare caso per caso, senza trarre conseguenze necessitate e aprioristiche dall'omosessualità<sup>114</sup>.

Appare allora corretta la decisione della Cassazione, secondo cui è il genitore che si oppone all'affido esclusivo a dover dimostrare la dannosità per il figlio minore della convivenza con l'altro genitore omosessuale.

Se questo è il modo esatto di ragionare, non vi sono ostacoli neppure all'affidamento familiare<sup>115</sup> del minore disposto ai sensi dell'art. 4 l. adoz. ad una coppia dello stesso sesso. Non si può dubitare che la coppia omosessuale stabile dia luogo ad una «famiglia», condizione, questa, richiesta dall'art. 2, comma 1, l. adoz., dell'affidamento<sup>116</sup>.

A sostegno si possono addurre due argomenti. Il primo: la normativa di riferimento non esclude che affidatario possa essere il nucleo familiare composto da persone dello stesso sesso. È necessario e sufficiente che vi sia un contesto tale da garantire lo svolgimento di tutti i doveri previsti nei confronti dei figli (art. 5 l. adoz.). Tant'è che anche una per-

<sup>110</sup> Cass., 11.1.2013, n. 601 (rel. C. De Chiara), in *Fam. e dir.*, 2013, 6, 570 ss., con nota di F. RUSCELLO, *Quando il pregiudizio...è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*. Nel reclamo l'appellante «insisteva per l'affidamento condiviso non avendo il Tribunale valutato il contesto familiare in cui vive il minore e le ripercussioni sul piano educativo e della crescita del medesimo derivanti dal fatto che la madre, ex tossicodipendente, aveva una relazione sentimentale e conviveva con una ex educatrice della comunità di recupero in cui era stata ospitata».

<sup>111</sup> Secondo Corte EDU, 21.12.1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, n. 33290/96, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), viola l'art. 14 (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) Cedu, il rifiuto da parte delle Corti domestiche di affidare il figlio minore al padre biologico sulla base dell'orientamento sessuale di quest'ultimo.

<sup>112</sup> F. RUSCELLO, *op. cit.*, 575-576, critica la sentenza della Cassazione sotto entrambi i profili indicati nel testo. In effetti ritenere, come la Suprema Corte, che la dannosità della convivenza del figlio minore con una coppia omosessuale si fondi su un pregiudizio è, comunque, frutto di una valutazione, anch'essa *a priori*, ma che non verifica affatto l'interesse del minore. Interesse che, invece, informa in via esclusiva sia l'affido condiviso che esclusivo. La Cassazione, in definitiva, applica i principi dell'onere della prova, i quali, come osserva l'Autore, in ambito familiare, non sempre sono forieri di buoni risultati.

<sup>113</sup> Corte cost., 23.2.2012 n. 31, in *Fam. e dir.*, 2012, 5, 437 s., con nota di E. CHICCO, *Se proteggere un figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l'automatismo della perdita della potestà genitoriale*, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 569 c.p. nella parte in cui dispone l'applicazione automatica della sanzione accessoria della perdita della potestà (*rectius*: responsabilità) genitoriale. Tale mero automatismo, escludendo ogni valutazione caso per caso dell'applicabilità della sanzione *de qua*, contrasta con il principio dell'interesse superiore del minore.

<sup>114</sup> L. BALESTRA, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra «pregiudizio» e interesse dei figli*, in *Corr. giur.*, 2013, 7, 895, ritiene che per negare l'affido condiviso occorre provare che il genitore affidatario e il proprio partner tengano condotte potenzialmente pregiudizievole per il minore. Si tutela così l'«interesse dei figli alla preservazione dei rapporti con i genitori».

<sup>115</sup> L'affidamento familiare, com'è noto, è volto a sostenere temporaneamente il minore, la cui famiglia di provenienza non sia in grado di svolgere i propri doveri. Lo scopo finale è di re-inserire il minore stesso nella famiglia di provenienza. Non vi è uno stato di abbandono, ma un transitorio periodo di difficoltà dei genitori naturali. L'istituto non è, pertanto, preordinato all'adozione e si distingue nettamente dall'affidamento preadottivo.

<sup>116</sup> G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2005, 302, ritiene che la famiglia di cui fa menzione l'art. 2, comma 1, l. adoz. ricomprenda non solo la coppia sposata ma anche convivente *more uxorio*.



sona singola può essere affidataria (art. 2, comma 1, l. adoz.)<sup>117</sup>.

Il secondo argomento fa leva, invece, sull'evoluzione del concetto di famiglia<sup>118</sup> non più legato all'esistenza del matrimonio e neppure alla diversità dei sessi, come affermato dalla giurisprudenza della Corte Edu e dalla normativa europea su cui ci siamo già soffermati.

È bene comunque ricordare che art. 2, comma 1, l. adoz. attribuisce la preferenza alla famiglia con figli minori. Naturalmente vi potranno essere casi in cui non vi sia alcuna disponibilità da parte di una famiglia con figli, senza smarrire in ogni caso il principio guida della centralità dell'interesse del minore.

#### 8. (Segue) Convivenza tra persone dello stesso sesso, adozione e nuove famiglie.

La pronuncia della Cassazione appena ricordata offre l'occasione per chiedersi in primo luogo se sia necessario, pena la violazione del principio di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, che il legislatore preveda l'adozione da parte di conviventi o di coniugi dello stesso sesso. Necessario sulla base dei vincoli internazionali, se presenti ovviamente. Su questo versante il discorso diviene più complesso e delicato rispetto ai casi, sopra trattati, dell'affidamento al genitore convivente con un *partner* dello stesso sesso a seguito della crisi di coppia e dell'affidamento familiare ai sensi della legge sull'adozione.

Un'altra questione si affaccia: se la legislazione domestica possa prevedere discipline differenziate, sempre in tema di adozione, a seconda che si tratti di *unmarried different-sex couples* o di *unmarried same-sex couples*.

Sulla prima, la Corte EDU, con una recente pronuncia<sup>119</sup>, ha confermato che né l'art. 12 né l'art. 8

<sup>117</sup> È recentissima la segnalazione su [www.diritto24.ilsole24ore.com](http://www.diritto24.ilsole24ore.com), di un decreto del tribunale per i minorenni di Bologna con cui è stato reso esecutivo, ai sensi dell'art. 4 l. adoz., l'affidamento di un minore ad una coppia omosessuale disposto dal servizio sociale. Ma già in questo senso Trib. Parma, 2.7.2013, in [www.cassazione.net](http://www.cassazione.net), il quale dà atto che, a discapito di ogni pregiudizio, dalla documentazione versata in atti era emersa la piena idoneità della coppia a svolgere il ruolo che compete ai genitori.

<sup>118</sup> Cass. Sez. un., 16.9.2013, n. 21108, in *Foro it on line*, fa rientrare nella locuzione «ogni altro familiare», prevista dall'art. 3 co. 2 let. a) d. lgs n. 30/2007, il minore affidato in kafalah (c.d. pubblicistica) al cittadino italiano. Di conseguenza, deve essere rilasciato il visto d'ingresso per ricongiungimento familiare.

<sup>119</sup> Corte EDU, *Grand chamber*, 19.2.2013, *case of X and Others v. Austria*, n. 19010/07, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) richiama, a conferma, Corte EDU, 24 giugno 2010, *causa Schalk e Kopf c.*

Cedu in correlazione con l'art. 14 Cedu obbligano gli Stati parti ad attribuire alle coppie omosessuali il diritto di adottare. Questi articoli accordano ai legislatori municipali un certo margine di discrezionalità nella scelta dello strumento attraverso cui realizzare i diritti che la Cedu, così come interpretata dalla Corte EDU, riconosce alla coppia omosessuale. I singoli Stati quindi non violano gli artt. 8 e 14 Cedu se non prevedono l'adozione da parte delle coppie omosessuali.

La conclusione non è più così scontata, venendo alla seconda questione, se una legge nazionale dovesse consentire l'adozione ai conviventi *more uxorio* eterosessuali. In tal caso si porrebbe il problema della discriminazione delle coppie omosessuali ai sensi dell'art. 14 Cedu. A tal proposito è utile ricordare talune affermazioni della Corte europea: a) quando una diversità di trattamento è basata sul sesso o sull'orientamento sessuale, il margine di apprezzamento dello Stato diventa stretto («*narrow*»); b) occorrono ragioni particolarmente serie e convincenti a sostegno della diversità, tanto da rendere necessaria la disposizione; c) differenze basate *sola-*mente sulla considerazione dell'orientamento sessuale sono inaccettabili nella vigenza della Cedu; d) il trattamento normativo che diversifica deve perseguire uno scopo legittimo e vi deve essere una *ragionevole relazione di proporzionalità* tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende realizzare<sup>120</sup>.

Necessità e proporzionalità sono, quindi, i due criteri che la Corte EDU utilizza per valutare la legittimità di una legge che neghi un diritto alla coppia omosessuale, riconoscendolo invece a quella eterosessuale.

L'occasione per applicare siffatti principi si è presentata più volte alla Corte EDU con riferimento, in particolare per quanto più ci interessa, all'istituto della *second-parent adoption*. Quest'ultimo prevede la facoltà, per il coniuge o per il convivente *more uxorio*, di adottare il figlio rispettivamente dell'altro coniuge o del convivente. Naturalmente si è posto il problema se tra i legittimati alla domanda di adozione possa o debba figurare anche il convivente omosessuale.

*Austria*, cit. e Corte EDU, 15.3.2012, *Gas et Dubois c. France*, n. 25951/07, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>120</sup> Molte sono le pronunce sul punto; se ne segnalano solo alcune: Corte EDU, 7.11.2013, *Vallianatos and others v. Greece*, n. 29381/09 and n. 32684, cit.; Corte EDU, 24.7.2003, *Karner c. Austria*, n. 40016/98; Corte EDU, 2.3.2010, *Kozac c. Polonia*, n. 13102/02; Corte EDU, 22.3.2012, *Konstantin Markin c. Russia*, n. 30078/06; Corte EDU, 21.12.1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, n. 33290/96, cit., tutte in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).



Secondo la Corte EDU<sup>121</sup> la prescrizione legislativa del diritto austriaco che preclude alla coppia omosessuale la *second-parent adoption* deve perseguire, con strumenti proporzionati, uno scopo legittimo<sup>122</sup>. Scopo che, nel caso concreto, non è stato ritenuto dalla Corte europea sufficiente sostegno della diversità di trattamento (da qui la sproporzione del mezzo). Era, infatti, mancata la prova da parte del Governo austriaco che l'esclusione della coppia dello stesso sesso dalla *second-parent adoption*<sup>123</sup> fosse essenziale per tutelare la famiglia tradi-

zionale (composta da genitori di sesso diverso) e la prole minore.

A questo punto la Corte Edu trae le conclusioni: contrasta con l'art. 14 Cedu<sup>124</sup>, unitamente all'art. 8 Cedu<sup>125</sup>, consentire la *second-parent adoption* alle coppie eterosessuali non sposate, vietandola a quelle omosessuali conviventi di fatto. Il legislatore austriaco - lo sottolinea bene la Corte Edu - ha violato la Cedu non perché non abbia esteso la *second-parent adoption* alle *unmarried same-sex couple*<sup>126</sup>. La ragione è un'altra: avendo egli consentito tale tipo di adozione alle *unmarried different-sex couples* ha finito col discriminare gli omosessuali, non sussistendo nel caso di specie alcuna ragione legittima a sostegno della diversità di disciplina<sup>127</sup>.

<sup>121</sup> Corte EDU, *Grand chamber*, 19.2.2013, *case of X and Others v. Austria*, cit. Nel caso di specie riguardante una *second-parent adoption*, una donna chiedeva di adottare il figlio della propria compagna che ne aveva la custodia esclusiva. Questi tre soggetti vivevano insieme («in the same household») da quando il bimbo aveva 5 anni, ed entrambe le donne si erano dedicate alla cura del minore. Esse avevano perfezionato un «*adoption agreement*», sottoposto ai giudici del merito austriaci, in forza del quale, ove questi ultimi avessero autorizzato l'adozione, si sarebbe instaurato il rapporto di filiazione con la compagna della madre, recidendo invece quello con il padre biologico, non quello con la madre biologica. Tuttavia l'art. 182 del codice civile austriaco precludeva questi effetti in quanto, in caso di adozione, cessa la relazione di parentela con il genitore dello stesso sesso di colui che è adottato, mentre permane la medesima relazione con il genitore di sesso opposto.

Secondo i giudici del merito l'accordo di adozione non poteva essere riconosciuto nell'ordinamento austriaco, sia perché il divieto di adottare posto per il *partner* dello stesso sesso del genitore biologico era ragionevole e proporzionato, non basato sul pregiudizio ma «*merely designed to censure that minor children have regular contact with both a female and male parent while they are growing up*», sia perché vi era l'esigenza di proteggere la famiglia nell'accezione tradizionale. La Suprema Corte austriaca conferma la pronuncia d'appello, sostenendo che non vi era alcuna evidenza né che il legislatore tedesco avesse superato il margine di apprezzamento accordato sul tema dalla Corte europea, né che fosse stato violato il principio di proporzionalità tra il mezzo impiegato e lo scopo perseguito.

<sup>122</sup> Ad esempio prevedendo il diritto delle persone non sposate di chiedere la *second parent adoption* o la *individual adoption*. In tal caso lo Stato parte non può adottare misure discriminatorie, dovendosi ravvisare altrimenti la violazione dell'art. 14 Cedu collegato con i diritti sanciti dall'art. 8 Cedu, salvo l'esistenza di una giustificazione oggettiva e ragionevole, grave e persuasiva, che lo Stato intenda realizzare.

<sup>123</sup> Secondo la Corte EDU, *Grand chamber*, 19.2.2013, *case of X and Others v. Austria*, cit., si trattava di una prova, nient'affatto fornita da parte del Governo austriaco. Sono stati piuttosto i ricorrenti a produrre uno studio che dimostrava l'equivalenza, ai fini di uno sviluppo positivo del bambino, della crescita in una famiglia eterosessuale od omosessuale. Nel 2002, invece, la situazione sul punto era diversa. La Corte EDU, 26.2.2002, *causa Fretté c. Francia*, n. 36515/97, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), respinge il ricorso del sig. Fretté, omosessuale che intendeva accedere all'*individual adoption*, soprattutto in ragione della oggettiva incertezza che, sul piano scientifico, caratterizzava la materia dell'adozione da parte del soggetto omosessuale. Allora si pensava in modo più netto di oggi, a causa della limitatezza degli studi sull'argomento, che l'assenza di un modello di alterità sessuale turbasse la psiche del bambino nella crescita. La Corte europea rigetta il ricorso, nonostante che l'art. 343 *code civil* riconosca il diritto di presentare richiesta di adozione a ogni persona, uomo o donna, anche se *single*.

L'esclusione del *single* omosessuale è stata ritenuta non in contrasto con la Cedu, perché volta a realizzare uno scopo legittimo - protezione del minore coinvolto nell'adozione - e mediante una misura proporzionata rispetto al fine. *Contra* qualche anno dopo Corte EDU, 22.1.2008, *causa E.B. c. Francia*, n. 43546/2008, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), la quale, con riferimento al caso di una richiesta (respinta dai giudici domestici) di adozione ai sensi dell'art. 343 *code civil* da parte di una cittadina francese, *single* e omosessuale, ha ravvisato violazione dell'art. 8 in combinato disposto con l'art. 14 Cedu. Si è argomentato soprattutto dalla previsione legislativa che ammette la *individual adoption*. Da essa si è evinto che l'ordinamento non crede alla necessaria presenza di entrambe le figure genitoriali per un'adeguata crescita del bambino. Si è aggiunto che se il singolo adottante è omosessuale, non era stato provato che il divieto di adottare si basi, in tale ipotesi, su ragioni inequivocabilmente gravi e persuasive. Per una disamina della giurisprudenza francese sul tema dell'adozione da parte del convivente omosessuale del genitore biologico cfr. M. G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e «terzo genitore»: le esperienze francese e italiana*, cit., 206-209, la quale richiama un'interessante giurisprudenza francese che, sul tema, concede l'*exequatur* a provvedimenti di adozione emessi all'estero.

<sup>124</sup> Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, l'art. 14 Cedu contiene una disposizione che non ha un'esistenza autonoma, bensì complementare rispetto, da un lato, ai diritti e alle libertà che la Convenzione espressamente riconosce, dall'altro, ai diritti e libertà che ciascuno Stato ha deciso liberamente di tutelare (cfr. Corte EDU, 22.1.2008, *causa E.B. c. Francia*, cit.).

<sup>125</sup> La Corte EDU, *Grand chamber*, 19.2.2013, *case of X and Others v. Austria*, cit., riassume così le ragioni in forza delle quali l'esclusione normativa della *unmarried same-sex couple* dalla *second-parent adoption* risulta priva di proporzionalità: «*the existence of the facto family life between the applicants, the importance of having the possibility of obtaining legal recognition thereof, the lack of evidence adduced by the Government in order to show that it would be detrimental to the child to be brought up by a same-sex couple or have two mothers or two fathers for legal purposes, and especially their admission that same-sex couples may be suited for second-parent adoption as different-sex couples*».

<sup>126</sup> Va ricordato che il *Registered partnership act*, entrato in vigore l'1.1.2010, non lo era al momento dei fatti. Tale atto legislativo che consente alle coppie dello stesso sesso di registrarsi stabilisce che i *registered partners* non possono né adottare insieme un bambino (c.d. *joint adoption*) né accedere alla *second-parent adoption*.

<sup>127</sup> Corte EDU, *Grand chamber*, 19.2.2013, *case of X and Others v. Austria*, cit., «*emphasises once more that the present case*



Un ragionamento pressoché identico è stato svolto dalla Corte EDU con riferimento al diritto greco, il quale consente la costituzione dell'«Unione civile» soltanto alle coppie di sesso diverso, escludendo, illegittimamente, dalla fruibilità di tale istituto quelle dello stesso sesso<sup>128</sup>.

262 | Orbene, com'è noto, l'accoglimento del ricorso in sede europea non modifica la pronuncia definitiva dello Stato contraente, limitandosi a condannare quest'ultimo a un risarcimento del danno<sup>129</sup>. Tuttavia l'accertata violazione della Cedu dovrebbe indurre il legislatore nazionale a intervenire prontamente sulla normativa vigente per prevenire altre condanne. Ma dalle sentenze della Corte EDU può trarre indicazioni anche uno Stato estraneo alla vicenda giudiziaria. Quali quelle per il legislatore italiano?

Intanto che esso non è tenuto ad accordare alle coppie di fatto omosessuali le stesse tutele e facoltà previste per i coniugi. È legittimo che l'istituto matrimoniale, tutelato dall'art. 12 Cedu, conferisca uno status giuridico privilegiato da cui scaturiscano peculiari conseguenze giuridiche e sociali. Piuttosto lo Stato deve avere cura di assicurare alle coppie omosessuali gli stessi diritti che riconosce alle coppie di fatto eterosessuali, pena la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale<sup>130</sup>, salvo che vi sia un interesse che renda necessaria la diversità di trattamento.

*does not concern the question whether the applicants' adoption request should have been granted in the circumstances of the case. It concerns the question whether the applicants were discriminated against on account of the fact that the courts had no opportunity to examine in any meaningful manner whether the requested adoption was in the second applicant's [id est: del figlio della convivente] interests, given that it was in any case impossible».*

<sup>128</sup> Corte EDU, 7.11.2013, *Vallianatos and others v. Greece*, cit., ritiene non necessaria (rispetto alle finalità che il legislatore intendeva perseguire) la norma della legge n. 3719/2008 che preclude alle coppie dello stesso sesso di dar vita all'unione civile. Si legge al § 85 che «*the principle of proportionality does not merely require the measure chosen to be suitable in principle for achievement of the aim sought. It also must be necessary, in order to achieve the aim, to exclude certain categories of people – in this instance persons living in homosexual relationship – from the scope of application of the provisions at issue*».

<sup>129</sup> Nel caso di specie, lo Stato austriaco è stato condannato a corrispondere ai ricorrenti la somma di euro 10.000,00, in totale e non cadauno, a titolo di danno non patrimoniale, nonché la somma di euro 28.420,88 per costi, spese e tasse.

<sup>130</sup> Corte EDU, 15.3.2012, *Gas et Dubois c. France*, n. 25951/07, cit., respinge il ricorso - che verteva sul diniego della c.d. *adoption simple* alla convivente della madre genetica della bambina - argomentando dal divieto di tale adozione per le coppie eterosessuali, essendo la stessa consentita solo alle coppie sposate.

A tal proposito è stato esattamente affermato<sup>131</sup> che la convivenza omosessuale *more uxorio* non possa essere diversificata da quella eterosessuale sotto il profilo della rilevanza giuridica. Opinare diversamente sarebbe del tutto irragionevole e in contrasto con l'art. 2 Cost. Di conseguenza, si devono tendenzialmente riconoscere al convivente omosessuale quei diritti e facoltà di cui beneficia il convivente *more uxorio* eterosessuale (come ad es. la successione nel contratto di locazione).

Rimangono dubbi sul tema dell'adozione da parte della coppia omosessuale. Qualora si discutesse *de iure condendo* della sua introduzione, occorrerebbe avere, se non la certezza, la ragionevole ed elevata probabilità che non vi sarebbe alcun pregiudizio per lo sviluppo ottimale dell'adottato. Se così fosse, negare l'adozione alle coppie omosessuali integrerebbe una discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale.

Il dibattito, in Italia, non è ancora maturo; dovrebbe proseguire con più intensità, innanzitutto chiedendosi se vi siano ancora ragioni plausibili alla base della costruzione dell'adozione sul modello della coppia sposata, salvo l'ambito particolare e limitato in cui è ammessa l'azione da parte del singolo e della coppia di fatto<sup>132</sup>.

In questa sede si può solo rilevare che, forse, la qualificazione della famiglia come formazione sociale non necessariamente fondata sul matrimonio spingerebbe a consentire l'adozione almeno ai conviventi eterosessuali *more uxorio*. Di certo ove il legislatore decidesse in tal senso, egli dovrebbe valutare, in forza delle pronunce della Corte EDU appena esaminate, se vi siano ragioni sufficienti per vietare l'adozione ai conviventi omosessuali *more uxorio*; ciò per evitare di incorrere nella violazione dell'art. 14 collegato con l'art. 8 Cedu.

## 9. Il divieto della fecondazione eterologa e la questione di legittimità costituzionale.

<sup>131</sup> L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit., 1125.

<sup>132</sup> L'art. 44 l. adoz. prevede l'adozione in casi particolari. Tra questi vi è anche l'adozione da parte della persona singola non coniugata o dei conviventi *more uxorio* (v. *Sub. art. 44 l. adoz.*, in *Codice dei minori*, a cura di Dogliotti, Figone, Mazza Galanti, Torino, 2009, 506). L'adozione in casi particolari è tornata al centro dell'attenzione con riferimento al problema dell'applicabilità del nuovo art. 74 c.c. anche all'adottato ai sensi dell'art. 44 ss. l. adoz. (cfr. *amplius* P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. dir.*, 2013, 8-9, 838 ss.)



Il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, previsto dell'art. 8 Cedu, è stato interpretato in senso ampio dalla Corte EDU. Esso esige per la sua stessa esistenza il riconoscimento della libertà di decidere se avere o meno figli<sup>133</sup>. Questa libertà, quasi ovvia, non implica però un obbligo per gli Stati contraenti di adottare una legislazione sulla fecondazione assistita che consenta ogni tecnica procreativa. Non vi è un diritto assoluto di procreare.

Il legislatore nazionale, secondo la Corte europea, gode di un ampio margine di apprezzamento, pur dovendo realizzare un equilibrato componimento degli interessi, pubblici e privati, in conflitto. Ed è sul raggiungimento di quest'equilibrio che la Corte EDU compie un controllo di razionalità.

L'art. 8, comma 2, Cedu esige che il giudice europeo valuti se le finalità discusse nel procedimento legislativo siano pertinenti e sufficienti<sup>134</sup>, così da rendere necessaria la normativa nazionale. La necessità sussiste se il legislatore abbia realizzato un ragionevole rapporto di proporzionalità tra il mezzo impiegato (ad esempio un divieto totale o parziale di esercitare un diritto o una libertà) e dette finalità. Solo in tal caso si eviterebbe ogni discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Cedu. La sproporzione, insomma, elide la necessità.

Fatta questa premessa, la legge 40/2004, com'è noto, consente l'accesso alla procreazione medicalmente assistita soltanto se la sterilità o l'infertilità (art. 4) possa essere superata mediante la fecondazione omologa *in vitro* o *in vivo*. Altrimenti, ove dovessero occorrere gameti provenienti da soggetti esterni alla coppia, la procreazione medicalmente assistita non è ammessa. Solo la coppia affetta da problemi fisici meno gravi può, pertanto, beneficiare delle tecniche di fecondazione artificiale<sup>135</sup>.

<sup>133</sup> Corte EDU, 22.1.2008, *causa E.B. c. Francia*, cit.; Corte EDU, 1.4.2010, *causa S.H. e altri c. Austria*, n. 57813/00, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), ed ivi al § 58 altri riferimenti giurisprudenziali. La nozione di vita privata, oltre al diritto indicato nel testo, comprende anche il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani, il diritto di sviluppo personale e il diritto di autodeterminazione. Essa comprende altresì elementi come il nome, l'identificazione di genere, l'orientamento sessuale e la vita sessuale (rientranti nella sfera personale), tutti tutelati dall'art. 8.

<sup>134</sup> Corte EDU, 1.4.2010, *caso S.H. e altri c. Austria*, n. 57813/00, cit.

<sup>135</sup> Vi possono essere situazioni di coppia dove l'unica soluzione per procreare è ricorre a gameti (ovuli o liquido seminale) provenienti da soggetti esterni alla coppia stessa: 1) donna sterile incapace di produrre ovuli (agonadismo), ma con un utero completamente sviluppato, mentre l'uomo può produrre sperma adatto alla procreazione; 2) uomo affetto da sterilità, mentre la donna è perfettamente sana. Nella prima ipotesi, per procreare, occorre la fecondazione *in vitro* con donazione di ovuli; nella seconda si rende necessaria la donazione di sperma. Se, invece, la donna è priva dell'utero o ne ha uno con gravi malformazio-

Deve allora valutarsi se l'art. 4, comma 3, l. n. 40/2004, vietando la procreazione eterologa, ponga un divieto ragionevole e congruo rispetto alle finalità a esso sottese, così da non violare gli artt. 8 e 14 Cedu in combinato disposto.

Due pronunce della Corte EDU<sup>136</sup> aiutano a sviluppare il discorso. Si discuteva della legge austriaca sulla procreazione medicalmente assistita, la quale, diversamente dalla legge italiana, non vieta del tutto l'eterologa. Essa ammette la donazione di sperma solo per la fecondazione *in vivo* e non anche per quella *in vitro*; vieta, invece, in assoluto la donazione di ovuli.

È agevole rilevare che così disponendosi, si attua una duplice diversità di trattamento. Una tra la coppia che può chiedere la donazione di sperma per la procreazione *in vivo* (ammessa dalla legge) e quella cui tale richiesta è preclusa, avendo necessità di procreare *in vitro* (vietata dalla legge). L'altra tra la coppia che può accedere alla procreazione artificiale, non necessitando della donazione di ovuli e quella che non può accedervi, avendo bisogno di siffatta donazione<sup>137</sup>. Il ragionamento della Corte EDU si concentra sulla necessità di queste diversità, alla luce delle finalità perseguite dal legislatore austriaco.

In primo grado la Corte europea accoglie il ricorso della coppia che si era vista negare nel proprio Paese l'accesso alla procreazione eterologa. La ragione dell'accoglimento è stringente: gli scopi sottesi alla normativa austriaca<sup>138</sup>, pur rilevanti, non

ni, si dovrà ricorrere alla surroga di maternità. Pratica, quest'ultima, vietata dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004.

<sup>136</sup> Corte EDU, 1.4.2010, *causa S.H. e altri c. Austria*, n. 57813/00, cit.; Corte EDU, Grande Camera, 3.11.2011, *caso S.H. e altri c. Austria*, n. 57813/00, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>137</sup> Solo la donna affetta da una patologia superabile con la fecondazione *in vivo* accede alla procreazione artificiale, invece, quest'ultima è preclusa alla donna che necessita della donazione di ovuli.

<sup>138</sup> Nella sentenza della Corte EDU, 1.4.2010, *causa S.H. e altri c. Austria*, cit., si legge che il divieto assoluto della donazione di ovuli è giustificato, secondo il legislatore austriaco, dal perseguimento delle seguenti ragioni: 1) evitare possibili controversie tra la madre biologica o uterina (che porta avanti la gravidanza) e la madre genetica (la donatrice degli ovuli), impedendo la creazione di rapporti familiari atipici; 2) scongiurare in radice il rischio di impiegare la procreazione medicalmente assistita per scopi non terapeutici, come quello di selezionare i nascituri (c.d. eugenetica); 3) evitare lo sfruttamento e l'umiliazione delle donne economicamente deboli. Si può replicare che sarebbe sufficiente vietare la remunerazione della "donazione" di ovuli o di sperma, quest'ultima, peraltro, prevista in Austria; 4) proteggere la salute delle donne; 5) garantire il diritto del minore di scoprire la verità su aspetti importanti della propria identità personale, qual è la conoscenza della identità dei propri genitori (genetici). Ebbene anche su quest'ultimo punto è possibile una replica. Per la Corte EDU, il diritto di scoprire la verità non è assoluto e, comunque, il legislatore può trovare altre soluzioni volte a contemperare il diritto all'anonimato dei donatori di gameti con i diritti o gli interessi del nato: si pensi alla salute o all'accesso alle cosiddette infor-



sono necessariamente perseguibili attraverso l'esclusione o la limitazione della procreazione eterologa. Il sacrificio del desiderio di avere un bambino - desiderio riconducibile all'art. 8 Cedu - appare perciò illegittimo, oltre a differenziare, ingiustificatamente, le persone in ragione del tipo di patologia fisica che preclude la procreazione naturale.

In sede di gravame la Grande Camera riforma la decisione di primo grado, sostenendo che il legislatore nazionale non aveva ecceduto, al tempo dei fatti contestati, il margine di discrezionalità riservatogli dall'art. 8 Cedu. All'epoca - osserva la Corte europea - non esisteva ancora un ampio consenso sulla donazione di ovuli, né nella società austriaca né in Europa; soprattutto nella prima vi erano perplessità sulla donazione di gameti da parte di soggetti terzi. Pertanto, gli interessi delle parti coinvolte erano stati bilanciati ragionevolmente<sup>139</sup>, da un lato consentendo la donazione di sperma esclusivamente per la procreazione *in vivo*, dall'altro negando del tutto la donazione di ovuli.

La decisione della Grande Camera, sebbene abbia riformato la pronuncia di primo grado, non cancella i dubbi di costituzionalità del nostro art. 4, co. 3, l. n. 40/2004 già espressi da alcuni tribunali<sup>140</sup>.

mazioni non identificative sulle proprie origini (sul diritto, relativo, di conoscere la propria ascendenza cfr. Corte EDU, 25.9.2012, *causa Godelli c. Italia*, ric. n. 33783/2009, in *Fam. e dir.*, 2013, 6, 537 ss., con nota di G. CURRO, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di contenimento*, che ha condannato l'Italia per l'irragionevolezza dell'art. 28, comma 7, l. n. 184/1983, ribadendo che non esiste il diritto di conoscere la propria madre genetica; in attuazione di tale sentenza cfr. Corte cost., 22.11.2013, n. 278, rel. P. Grossi, in *Guida al dir.*, 2013, 49-50, 14 ss., la quale ha ritenuto tale ultima disposizione costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevede che il giudice interpellati, su richiesta del figlio, la madre biologica per verificare se ella intenda revocare la propria decisione, a suo tempo assunta, di restare anonima); 6) tenere conto di certe considerazioni morali e dell'accettabilità sociale. Ma secondo la Corte EDU non si tratta di «motivi sufficienti per un divieto totale di una specifica tecnica di procreazione artificiale, quale la donazione di ovuli».

Il divieto della donazione di sperma solo con riguardo alla fecondazione *in vitro* è stato, invece, motivato dal legislatore austriaco soprattutto nel modo seguente: il rispetto di un analogo divieto anche con riguardo alla fecondazione *in vivo* sarebbe stato impossibile da garantire. Ma secondo la Corte EDU, sugli argomenti incentrati sull'efficienza deve prevalere, per ragioni di importanza, il desiderio di avere un bambino.

<sup>139</sup> Secondo la Corte EDU, Grande Camera, 3.11.2011, *causa S.H. e altri c. Austria*, n. 57813/00, cit., «il fulcro della questione secondo il disposto dell'art. 8 della Convenzione non è se una diversa soluzione avrebbe potuto essere adottata dal legislatore che avrebbe presumibilmente stabilito un più armonioso equilibrio, ma se nello stabilire un armonioso equilibrio al punto in cui lo ha fatto, il legislatore austriaco sia andato oltre il margine di discrezionalità ai sensi di detto articolo».

<sup>140</sup> Trib. Firenze, ord. 13.9.2010 (giudice Paparo), in *Guida al dir.*, 2010, 42, 65 ss.; Trib. Catania, 21.10.2010, in *Guida al dir.*, 2010, 44, 65 ss.; Trib. Milano, 2.2.2011 (giudice L. Dori-

Essi sono ancora attuali e possono trovare accoglimento da parte della Corte Costituzionale, la quale, già adita poco dopo la pronuncia di primo grado della Corte Edu, ha disposto la restituzione degli atti ai tribunali rimettenti, affinché rivedano la questione di costituzionalità alla luce della sentenza della Grande Camera<sup>141</sup>.

Occorre perciò avviare un'indagine sull'essenzialità dell'art. 4, comma 3, l. 40/2004. Ebbene, non sembra che la disposizione possa resistere a una censura di incostituzionalità per violazione degli artt. 2, 3, 32, 29, comma 1 e 31 Cost. nonché degli artt. 8 e 14 Cedu. Ciò perché la violazione del diritto di formare una famiglia e di avere figli, del diritto alla vita privata e familiare, la differenziazione delle coppie in ragione della diversa gravità del quadro clinico, il pericolo di ledere la salute delle persone costrette, in forza del divieto dell'eterologa, a sottoporsi a trattamenti meno efficaci o a recarsi all'estero, sono tutti fatti che non trovano giustificazione nelle finalità sottese al divieto *de quo*.

Finalità quali: la protezione della salute della donna che dona e riceve gli ovuli, evitare i pericoli della selezione dei nascituri (c.d. rischio eugenetico) e delle controversie tra madre uterina e madre bio-

go), in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Queste pronunce, dopo aver escluso, in ossequio alla giurisprudenza maggioritaria (*supra* nota 32), la possibilità di disapplicare l'art. 4, comma 3, l. n. 40/2004 per contrasto con gli artt. 8 e 14 Cedu, hanno sostenuto che molte delle ragioni a sostegno del divieto dell'eterologa non siano sufficienti a giustificarlo. In particolare, si è contestata quella di impedire le c.d. parentele atipiche. I tribunali di Catania e di Milano hanno sottolineato altresì che il divieto dell'eterologa mette a rischio la salute della donna che partecipa al programma di procreazione medicalmente assistita. Ella sarà indotta a sottoporsi a terapie mediche meno indicate o più pericolose, non potendo beneficiare della donazione di ovuli. Ciò in contrasto con il principio chiaramente espresso da Corte cost., 8.5.2009, n. 151, in *Corr. giur.*, 2009, 9, 1213, con nota di G. FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*, secondo cui «in materia di pratica terapeutica [da identificarsi nella procreazione eterologa], la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali». Più ampiamente, il tribunale di Firenze ha fatto leva sul contrasto del divieto di eterologa con l'art. 3 Cost. I tribunali di Catania e Milano hanno posto la questione di costituzionalità anche con riferimento all'art. 31 Cost., che tutela il diritto alla maternità e alla paternità, all'art. 2 Cost., nel cui ambito va ricondotto il diritto alla vita privata e familiare e all'art. 32 Cost., giacché il divieto rischia di compromettere l'integrità fisico-psichica della coppie infertili o sterili. Il divieto appare inoltre discriminatorio e irragionevole, anche perché smentisce la stessa finalità dichiarata dall'art. 1 l. 4/2004. Il fatto che una coppia necessiti della donazione di gameti non sembra sufficiente a diversificare tale situazione da quella in cui la coppia utilizza esclusivamente i propri gameti.

<sup>141</sup> Corte cost., ord. 7.6.2012, n. 150, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 1, 195 ss., con nota di A. NICOLUSSI-A. RENDA, *Fecondazione eterologa: il pendolo fra Corte costituzionale e Corte EDU*.



logica, e la tutela del diritto del nato alla conoscenza delle proprie origini biologiche non sembrano esigere il divieto dell'eterologa. Forse la prima finalità richiede un maggior approfondimento alla luce dei progressi della scienza medica. Tuttavia molti commentari hanno rilevato come il legislatore possa disciplinare, efficacemente, tutti questi aspetti per scongiurarli<sup>142</sup>, favorendo così l'autodeterminazione procreativa.

Nel rinnovare la riflessione sul tema<sup>143</sup>, la Corte costituzionale richiamata nuovamente da alcuni tribunali a valutare la costituzionalità del divieto di eterologa<sup>144</sup> e, semmai, il legislatore dovranno tener conto degli sviluppi della scienza medica, del turismo procreativo, del consenso sociale e delle più recenti modifiche dell'ordinamento giuridico. Andranno soppesati attentamente diversi elementi, tra i quali particolarmente significativi sono il grado del consenso nelle società europee, la riduzione sempre maggiore dei rischi per la salute e il fondamento del rapporto di filiazione, legato non più soltanto al legame biologico, ma anche e (sempre di più) alternativamente, all'assunzione della responsabilità. Fatto, quest'ultimo, cui la legge n. 219/2012 ha attribuito ancora maggiore spazio applicativo<sup>145</sup>.

<sup>142</sup> U. SALANITRO, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 10, 637 ss. e ivi molteplici indicazioni bibliografiche.

<sup>143</sup> M. MELI, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 1, 22, concorda con la decisione dei giudici di non disapplicare ma di rimettere la questione alla Corte costituzionale, poiché la procreazione eterologa non è materia oggetto del diritto comunitario. Certo, continua l'Autrice, la Consulta dovrà «vagliare il divieto di fecondazione eterologa alla luce delle valutazioni condotte dalla Corte di Strasburgo. Ed è questo, a me pare, il senso del dialogo tra le Corti, in una prospettiva di tutela dei diritti fondamentali della persona che non sia limitata nei confini di un singolo Stato».

<sup>144</sup> M. D'AMICO, *La fecondazione «eterologa» ritorna davanti alla Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2013, 6, 745 ss.

<sup>145</sup> Il rapporto di filiazione si costituisce anche sulla base della sola assunzione di responsabilità. A sostegno di questo assunto, oltre l'istituto dell'adozione che ne rappresenta l'ipotesi emblematica, si possono richiamare altri casi. Interessante è la disposizione contenuta nell'art. 2 della legge n. 219/2012 (rubricato *Delega il Governo per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione*). La lettera g) di tale art. prevede la «modificazione della disciplina dell'impugnazione del riconoscimento con la limitazione dell'imprescrittibilità dell'azione per il solo figlio e l'introduzione di un termine di decadenza [attualmente mancante nell'art. 263 c.c.] per l'esercizio dell'azione da parte degli altri legittimati». È chiara la finalità: come ha rilevato C. M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, cit., 5, la disposizione intende salvaguardare «l'esigenza che lo stato di figlio conseguito col riconoscimento conservi stabilità se protratto nel tempo, senza essere perennemente esposto all'azione di chi aveva effettuato il riconoscimento e di altri interessati» (cfr. anche L. LENTI, *op. cit.*, 211). La decorrenza del termine di decadenza postula una definitiva assunzione

In quest'ampia cornice giuridica, l'art. 4, comma 3, della legge 40/2004, dovrebbe essere ritenuto costituzionalmente illegittimo<sup>146</sup> sulla base di due parametri di costituzionalità. Da un lato quello internazionale: risulta, infatti, difficile ancorare il divieto

ne di responsabilità da parte di chi ha riconosciuto, rimanendo definitivamente accertato uno status non corrispondente al vero secondo i parametri genetici. Si segnala che lo schema del decreto legislativo attuativo della delega, all'art. 263 prevede un termine di 5 anni dall'annotazione del riconoscimento oltre il quale l'autore del riconoscimento né gli altri legittimati possono più impugnarlo. Inoltre l'art. del medesimo testo prevede lo stesso termine oltre il quale non è più possibile agire con l'azione di disconoscimento della paternità.

A sostegno dell'assunzione di responsabilità come fondamento della filiazione si può richiamare anche l'art. 9 l. n. 40/2004 che pone il divieto di agire con l'azione di disconoscimento della paternità di cui all'art. 235, comma 1, nn. 1 e 2 c.c., o di impugnazione ai sensi dell'art. 263 c.c. qualora il coniuge o il convivente abbia prima acconsentito alla procreazione artificiale di tipo eterologo e poi abbia deciso di svincolarsi dagli effetti del rapporto di filiazione. Cfr. sul punto Cass. 19-9-2013, n. 18435, [www.cassazione.net](http://www.cassazione.net), secondo cui il marito non può più revocare il consenso alla procreazione eterologa un volta avvenuta la fecondazione dell'ovulo. Egli, di conseguenza, non può impedire alla moglie di ottenere l'impianto dell'embrione, né agire con l'azione di disconoscimento della paternità. Sul rapporto tra responsabilità e filiazione cfr. anche le perspicue riflessioni di D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., 148-150, il quale sottolinea, in prospettiva *de iure condendo*, la necessità di aprirsi ad una «stagione nella quale i rapporti interpersonali valgano per il diritto indipendentemente dalla loro istituzionalizzazione o formalizzazione». Emblematico è l'esempio del genitore acquisito che, dopo aver svolto, di fatto, il ruolo di padre per diversi anni si libera, secondo il vigente diritto, da ogni responsabilità genitoriale per effetto del divorzio (si tratta del tema cui si è già fatto cenno del c.d. terzo genitore). Cfr. anche G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999. In giurisprudenza cfr. Corte EDU, 27.4.2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, n. 16318/07, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), secondo la quale la nozione di vita familiare di cui all'art. 8 Cedu può comprendere anche le relazioni familiari di fatto (il caso riguardava un affidamento provvisorio cui non fece seguito l'accoglimento della domanda di adozione speciale presentata da parte degli stessi genitori affidatari, nonostante l'instaurazione di uno stretto legame tra questi ultimi e la bimba).

<sup>146</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 284, reputa il divieto di utilizzazione dei gameti di un donatore, ideologico e incompatibile con il diritto all'autodeterminazione. Quest'ultimo, insiste opportunamente l'Autore, non può essere confuso con l'autoreferenzialità, la quale incontra dei limiti (l'esempio delle due lesbiche americane sorde è emblematico, p. 288-289). Non che l'autodeterminazione non ne incontri; più propriamente questa si cala in un «insieme di relazioni, una serie di rapporti tra la sfera giuridica dell'interessato e la costruzione dell'altrui sfera giuridica». Di conseguenza, il compito delle istituzioni «è quello di garantire uno spazio di libertà: esattamente l'opposto della pretesa di compiere scelte pubbliche che incidano o annullino quella libertà» (p. 291). Anche M. D'AMICO, *La fecondazione «eterologa» ritorna davanti alla Corte costituzionale*, cit., 752-752, conclude il suo saggio auspicando, motivatamente, una dichiarazione di incostituzionalità. *Contra* A. NICOLUSSI-A. RENDA, *Fecondazione eterologa: il pendolo fra Corte costituzionale e Corte EDU*, cit., 220 ss., i quali ritengono costituzionalmente legittimo il divieto della procreazione eterologa.



de quo a una giustificazione effettiva, dominante, tra quelle poste dall'art. 8, comma 2, Cedu a fondamento dell'intervento legislativo sul diritto al rispetto della vita privata e familiare<sup>147</sup>. Dall'altro, il riferimento è al parametro interno per violazione delle disposizioni costituzionali già sopra richiamate.

| 266

#### 10. Diritti, doveri e contribuzione nella convivenza *more uxorio*.

La definizione del concetto giuridico di famiglia «acquista significato e interesse» sulla base delle indicazioni che possono trarsi dall'ordinamento giuridico<sup>148</sup> nel sistema italo-comunitario delle fonti. In tale ambito si deve constatare come sia oramai acquisita la rilevanza giuridica (*rectius*: «gius-familiare»)<sup>149</sup> della convivenza *more uxorio* tra soggetti etero e omosessuali. Nel diritto al rispetto della propria vita familiare (art. 8 Cedu) e nel diritto di formarsi una famiglia (art. 12 Cedu coordinato con l'art. 9 Carta di Nizza) rientra, secondo la Corte EDU, la stabile convivenza tra soggetti non sposati, indipendentemente dalla diversità dei sessi<sup>150</sup>.

Nondimeno la nostra giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto che le unioni stabili, pure omosessuali, rappresentano «formazioni sociali» protette dalla Costituzione in quanto strumentali allo

svolgimento della personalità umana (art. 2 Cost.)<sup>151</sup>.

Ebbene, la rilevanza esige il riconoscimento di diritti e la predisposizione di tutele<sup>152</sup>. Ma tutto ciò si è realizzato solo in parte, attraverso norme volte a regolare specifici interessi del convivente<sup>153</sup> e l'intervento della giurisprudenza. È sufficiente quanto fatto fin qui? Bisogna ricordare che quando la dottrina si è chiesta se occorresse un intervento legislativo organico sulla convivenza *more uxorio*, essa ha dato risposta negativa per più ragioni: si snaturerebbe la volontà di non sottoporsi ad alcun dovere né obbligo; si creerebbe un matrimonio di serie B; si rischierebbe di tutelare il convivente di fatto più del coniuge. Queste motivazioni, pur degne della massima considerazione, provano troppo.

Forse oggi, più chiaramente rispetto al passato<sup>154</sup>, si avverte la necessità di un intervento del le-

<sup>151</sup> Corte Cost., 15.4.2010, n. 138, cit., afferma che «per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da 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 del coppia ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri». Cfr. anche Cass., 15.3.2012, n. 4184, cit. e Cass., 21.3.2013, n. 7214 (rel. A. Giusti), in *Fam. e dir.*, 2013, 7, 639, con nota di C. GABBANELLI, *Il convivente more uxorio non è paragonabile a un mero ospite e in caso di estromissione violenta dall'abitazione è legittimato ad esercitare le azioni a difesa del possesso*, secondo la quale la convivenza *more uxorio*, quando è caratterizzata dalla durata, stabilità, esclusività e contribuzione, «dà vita ad autentico consorzio familiare, investito di funzioni promozionali». Ricondurre tale convivenza all'art. 2 Cost., impedisce di frammentare il fenomeno secondo una prospettiva atomistica, cioè collegata alle singole disposizioni che tutelano un interesse specifico. La famiglia, insomma, esiste anche fuori dal matrimonio e indipendentemente dalla eterosessualità dei suoi componenti.

<sup>152</sup> A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, 52-54.

<sup>153</sup> Se ne possono ricordare alcune: l'art. 408, comma 1, c.c. prevede che il giudice tutelare, nella scelta dell'amministratore di sostegno, debba preferire, rispetto ai parenti stretti e salvo che vi siano ragioni contrarie nell'interesse del beneficiario, la persona stabilmente convivente con quest'ultimo; gli artt. 406, comma 1 e 417 c.c. ammettono la persona stabilmente convivente a proporre ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno, dell'interdizione o dell'inabilitazione; gli artt. 342-bis e 343-ter c.c. stabiliscono che anche il convivente possa essere destinatario di un ordine di protezione; l'art. 5 l. n. 40/2004 consente l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie di maggiorenni di sesso diverso, conviventi; l'art. 6, comma 4, l. n. 184/1983 (*Diritti del minore ad una famiglia*) considera la convivenza precedente al matrimonio quale periodo utile per accertare il requisito della stabilità del vincolo; l'art. 199 c.p.p. attribuisce al convivente dell'imputato la facoltà di astenersi dal deporre.

<sup>154</sup> In una riflessione più risalente, si escludeva l'applicazione analogica delle norme sul matrimonio alla convivenza di fatto,

<sup>147</sup> U. SALANITRO, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, cit., 643-644, esclude che a fondamento del divieto di eterologa possano esservi ragioni di rilevanza morale e sociale, atteso che tale pratica, prima della legge 40/2004, era praticata in Italia.

<sup>148</sup> P. BARCELLONA, voce *Famiglia*, cit., 784.

<sup>149</sup> E. ROPPO, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle unioni libere*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, 736, pone acutamente questa distinzione. Egli afferma che «una cosa è applicare al rapporto tra conviventi una qualche regola giuridica [come quella sulla responsabilità civile, sul diritto delle assicurazioni o delle locazioni o di diritto tributario], cosa affatto diversa applicarvi regole giuridiche puntualmente rivolte a disciplinare (quei rapporti di sesso, di affetto, di scambio economico che sono) i rapporti matrimoniali». Il primo è il piano della rilevanza giuridica della convivenza *more uxorio*, il secondo quello della rilevanza gius-familiare. Per una sintesi della rilevanza della famiglia di fatto sotto i profili dei rapporti tra i conviventi, con la prole e con i terzi, cfr. M. DOGLIOTTI, voce, *Famiglia di fatto*, in *Digesto*, 1992, 189 ss.

<sup>150</sup> Corte EDU, 28.6.2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, n. 76240/01, cit.; Corte EDU, 2.11.2010, *Serife Yigit c. Turchia*, n. 3976/05, in *www.echr.coe.int*, afferma che la nozione di famiglia di cui all'art. 8 Cedu non si limita soltanto alle relazioni fondate sul matrimonio, ma può includere diversi tipi di legami intercorrenti tra persone che vivono insieme. Per valutare se sussista vita familiare, si considerano elementi quali la durata o l'esistenza di prole. Altre pronunce si trovano richiamate da quelle qui citate.

gislatore che disciplini almeno la posizione dei conviventi una volta cessata la convivenza<sup>155</sup>. La giurisprudenza ha inciso su questo punto, sebbene non su tutti i profili che lo caratterizzano.

Prima di soffermarsi su alcune pronunce, è utile una sottolineatura. Si usa dire, come si accennava,

---

la cui codificazione era ritenuta del tutto inopportuna (cfr. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, 20 ss. e 143, che limita la rilevanza della famiglia di fatto alla sola possibilità di autoregolamentazione). La dottrina maggioritaria, sia pur con accenti diversi, ritiene invece possibile l'applicazione analogica di talune disposizioni previste per la famiglia coniugale legittima: R. TOMMASINI, *Riflessioni in tema di famiglia di fatto: limiti di compatibilità e affidamento per la convivenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, 264, secondo cui vi sono interessi che sorgono in conseguenza del rapporto di convivenza che meritano tutela al di là della presenza di un eventuale accordo tra conviventi. In tal senso anche L. BALESTRA, *Gli effetti della dissoluzione della convivenza*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 3, 472 e 488. Ma è soprattutto F. PROSPERI, *La famiglia «non fondata sul matrimonio»*, cit., 245 ss. ad individuare, con lucidità e rigore, la disciplina applicabile al rapporto coniugale di fatto, rifuggendo dall'approccio semplicistico (ed errato) di un'automatica equiparazione di tale rapporto a quella fondata sulla famiglia legittima (*amplius* p. 255 ss.).

<sup>155</sup> Appare iniquo che la cessazione della convivenza possa avvenire senza alcuna conseguenza patrimoniale per quel soggetto che abbia migliorato la propria posizione socio-economica grazie anche all'apporto del *partner*. Così come sembra parimenti iniquo che la legge non riconosca, neppure dopo una lunga convivenza, alcun diritto successorio al *partner* superstite. A ciò è stato obiettato, ma in modo non convincente, che una siffatta regolamentazione sarebbe in contrasto con la volontà dei conviventi di vivere il proprio sentimento al di fuori di ogni schema giuridico-formale. Ma è stato esattamente replicato che non vi è incompatibilità assoluta tra autorità e libertà. Secondo P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio*, cit., 494-495, infatti, «la libera convivenza può anche essere configurata come esplicitazione di autonomia, ma fondata sia nel momento costitutivo (atto di autonomia) sia nel momento attuativo (rapporto) sui valori costituzionali del personalismo, del solidarismo e dell'associazionismo». L'Autore è comunque contrario ad un intervento legislativo di carattere sia globale che settoriale, essendo sufficienti per garantire adeguata tutela a certe posizioni i principi di rilevanza costituzionale (p. 497-498). Egli ritiene congruo, per rispondere ai problemi della famiglia non fondata sul matrimonio, l'attività della giurisprudenza di merito e costituzionale («in un corretto ed adeguato rapporto di libertà e di responsabilità»). Anche M. DOGLIOTTI, voce *Famiglia di fatto*, cit., 193, si è espresso contro una disciplina *ad hoc* della famiglia di fatto, per evitare di configurare quest'ultima come «un organismo di grado inferiore rispetto alla famiglia legittima». Diversamente V. ROPPO, voce *Famiglia di fatto*, Postilla di aggiornamento, in *Enc. giur.*, 1989, 2, è d'accordo a prevedere una disciplina legislativa minima a tutela di posizioni individuali meritevoli di tutela. Anche G. FERRANDO, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, cit., 193, auspica «un intervento del legislatore per dar corpo ad uno statuto minimo della famiglia di fatto». L'Autrice tuttavia, non rinuncia a risolvere questioni spinose poste dall'attualità delle vicende umane; ad esempio, ella ritiene applicabile alla cessazione della convivenza *more uxorio* l'art. 2041 c.c., argomentando dai principi sottesi all'assegno di divorzio. Naturalmente, l'ex convivente che richiede l'indennizzo dovrà provare di aver contribuito durante la convivenza alla formazione della ricchezza altrui.

che chi decide di costituire una famiglia senza contrarre matrimonio non intende acquisire diritti né assumere doveri (artt. 143 e 160 c.c.). Questa circostanza, tuttavia, non esclude l'insorgenza di situazioni giuridiche soggettive e di affidamenti generati dalla convivenza stabile e duratura e dal principio costituzionale di solidarietà<sup>156</sup>.

L'esame della giurisprudenza dà contezza delle plurime sfaccettature che caratterizzano la posizione giuridica del convivente.

È nota la pronuncia della Corte costituzionale che ha riconosciuto la successione *mortis causa* nel contratto di locazione al convivente legato *more uxorio*.

---

<sup>156</sup> Occorre tenere distinta la condizione delle persone dello stesso sesso che intendono sposarsi, ma non possono perché la legge gli preclude il matrimonio e quella dei conviventi, etero o omosessuali, che non desiderano sposarsi. Le prime vorrebbero sottoporsi alla disciplina dei diritti e doveri nascenti dal matrimonio. I secondi, in linea teorica, non ambiscono a porre il loro rapporto sul terreno della giuridicità. Perciò, in prospettiva de *iure condendo*, equiparare la condizione giuridica dei conviventi *more uxorio* a quella dei coniugi non sarebbe del tutto razionale. Non devono, infatti, essere sottovalutate le differenze tra la convivenza fondata sul matrimonio e quella *more uxorio*. Un'equiparazione giuridica cancellerebbe le peculiarità di ciascuna di esse. Secondo P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, cit., 492, si finirebbe con lo «svilire in maniera del tutto ingiustificata sia il connotato della spontaneità e della libertà che originano dalla convivenza *more uxorio* (...) sia la sacralità e la pubblica, consapevole, voluta assunzione di responsabilità che rappresentano il concentrato del matrimonio come atto e come rapporto». Come pure appare una «esasperazione di concetti», ritenere che qualsivoglia regolazione giuridica della convivenza *more uxorio* si risolva in una «autoritaria prevaricazione dell'ordinamento sulla libertà individuale» (così E. ROPPO, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, cit., 761; cfr. anche G. FERRANDO, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, cit., 186-187, che sottolinea la centralità nella famiglia di fatto del problema di conciliare libertà e responsabilità). Questa conciliazione deve avvenire, secondo un'autorevole dottrina, cercando modelli di tutela non già nel diritto di famiglia, ma nel diritto comune delle persone e dei rapporti patrimoniali e in alcuni istituti del diritto delle obbligazioni (L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, cit., 6-7). Perciò allo scopo di dare una risposta ad interessi azionati dal convivente, non può escludersi in assoluto l'applicabilità di regole e di principi più che dettati per il matrimonio, fondati sulla vita comune e sulla solidarietà tipica dei rapporti affettivi. Secondo P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., 45, «si giustifica la parsimonia quantitativa, e la delimitazione qualitativa degli effetti giuridici da collegare al fatto della convivenza». Ma egli soggiunge che «la linea sulla quale l'evoluzione in campo civile sembra svilupparsi è quella di connettere alcuni essenziali effetti di tipo solidaristico al solo fatto della (prolungata) convivenza, e di lasciare invece al patto (...) la configurazione di rapporti più intensi e complessi». Nello stesso senso L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit., 1120-1123, secondo cui «lo strumento contrattuale non può costituire l'unica via percorribile al fine di garantire la protezione degli interessi scaturenti dalla convivenza non fondata sul matrimonio».



268 *uxorio* al titolare del rapporto locatizio. Sulla base della *ratio* dell'art. 6, comma 1, l. n. 392/1978 - *id est*: tutelare la convivenza abituale - la Consulta ha ritenuto illogica l'esclusione del convivente *more uxorio* da siffatta successione<sup>157</sup>. Ma leggendo bene la motivazione, è più la convivenza in sé che il suo essere *more uxorio* a giustificare la successione, cosiddetta anomala<sup>158</sup>, nel contratto di locazione.

Del rilievo della convivenza stabile se ne ha una più decisa conferma in altri pronunciamenti. Il convivente superstite ha diritto al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, subiti a causa della morte del *partner* cagionata da un terzo<sup>159</sup>. Inoltre, la convivenza *more uxorio* intrapresa da un soggetto separato o divorziato incide sulla quantificazione dell'assegno di separazione o post-matrimoniale<sup>160</sup>. E ancora: sebbene sia pacifico che

il convivente *more uxorio* non è tenuto a contribuire ai bisogni della famiglia<sup>161</sup>, una eventuale sua contribuzione non è senza causa.

Chi eroga denaro per sostenere le spese familiari non ha diritto di ripetere quanto corrisposto qualora cessi la convivenza<sup>162</sup>. Il rapporto di convivenza stabile è fonte di «doveri morali e sociali» (art. 2034 c.c.). Uno di questi è la corresponsione periodica di somme per i bisogni dell'esistenza in comune. Ciò in quanto il rapporto coniugale di fatto ingenera, come è stato osservato<sup>163</sup>, «inderogabili doveri di solidarietà, indispensabili alla realizzazione della personalità individuale e sul cui adempimento ogni individuo deve poter contare nelle sue relazioni con gli altri».

Il dovere esclude che il beneficiario di prestazioni a titolo contributivo possa essere qualificato donatario. Questi è piuttosto destinatario dell'adempimento di un'obbligazione naturale, con conseguente diritto alla *soluti retentio* ai sensi dell'art. 2034 c.c.

Va precisato che il diritto di ritenzione opera «allorché la prestazione risulti adeguata alle circostanze e proporzionata all'entità del patrimonio e alle condizioni sociali del *solvens*»<sup>164</sup>. Ecco perché un'attenta dottrina ha messo in guardia da pericolose generalizzazioni che prescindano dal caso concreto. L'obbligazione naturale, quale schema giuridico della contribuzione, esige di «accertar[e] l'adeguatezza della prestazione all'effettiva necessità di soddisfare quel dovere morale o sociale, di modo che possa appunto considerarsi adempimento

<sup>157</sup> Corte cost., 7.4.1988, n. 404, in *Giur. it.* 1988, I, 1628 ss., con nota di A. TRABUCCHI, *Il diritto di abitare la casa d'altri riconosciuto a chi non ha diritti!*, ha argomentato dal diritto fondamentale all'abitazione (art. 47, comma 2, Cost.) e dall'ampia rilevanza della convivenza, giacché tra gli «eredi», cui fa menzione l'art. 6, comma 1, l. n. 392/1978, possono esservi soggetti estranei alla famiglia nucleare o parentale. Trabucchi evidenzia le ambiguità e le incertezze della motivazione che avrebbe dovuto chiarire «esistenza e portata» dei principi coinvolti. Cfr. anche Corte cost. 20.12.1989, n. 559, in *Foro it.*, 1990, I, 1465 ss., in materia di assegnazione di alloggi in regime di edilizia residenziale pubblica.

<sup>158</sup> G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, 656.

<sup>159</sup> Cass., 28.3.1994, n. 2988, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1366; Cass., 16.9.2008, n. 23725, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 5, 449, con nota di R. BARBANERA, *Ancora sulla tutela aquiliana dei rapporti di fatto*; Cass., 7.6.2011, n. 12278, in *Resp. civ.*, 2011, 8-9, 629 ss. Da queste pronunce si ricava, quanto al risarcimento del danno non patrimoniale, la parificazione della famiglia legale a quella di fatto. In conseguenza delle lesioni o della morte del convivente *more uxorio*, il risarcimento del danno a favore dell'altro convivente è subordinato alla prova con qualsiasi mezzo «dell'esistenza e della durata di una comunanza di vita e di affetti e di una vicendevole assistenza morale a materiale, cioè di una relazione di convivenza avente le stesse caratteristiche di quelle dal legislatore ritenute proprie del vincolo coniugale (Cass. n. 8976/2005)». Si aggiunga che la convivenza non deve «intendersi necessariamente come coabitazione, quanto piuttosto come stabile legame tra due persone, connotato da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti (art. 2 Cost.)» (così Cass., 21.3.2013, n. 7128, in *Danno e resp.*, 2013, 7, 791, secondo cui il matrimonio avvenuto successivamente alla lesione della salute del convivente assume rilevanza di fatto noto che consente di risalire al fatto ignoto dell'intensità di una relazione affettiva preesistente). Com'è noto, va tenuto distinto il profilo dell'accertamento della lesione del diritto inviolabile da quello delle conseguenze risarcibili (i danni). Sotto quest'ultimo profilo, l'attore dovrà provare, anche per presunzioni, le sofferenze morali e le modificazioni se non lo sconvolgimento della propria vita (nella famiglia e al di fuori di essa).

<sup>160</sup> Cass., 10.11.2006, n. 24056, in *Foro it. on line*; ivi Cass., 10.8.2007, n. 17643; Cass., 11.8.2011, n. 17195, in *Fam. e dir.*, 2012, I, 25, con nota di A. FIGONE, *La convivenza more uxorio può escludere l'assegno divorzile*; Cass., 12.3.2012, n. 3923, in *Foro it. on line*.

<sup>161</sup> Obbligo presidiato dal potere del giudice di ordinare «il sequestro dei beni del coniuge allontanatosi [dalla residenza familiare] nella misura atta a garantire l'adempimento degli obblighi previsti dagli articoli 143, terzo comma e 147» (art. 146, comma 3, c.c.).

<sup>162</sup> Cass., 2.1.1989, n. 285, in *Arch. civ.*, 1989, 498; Cass., 13.3.2003, n. 3713, in *Guida al dir.*, 2003, 18, 49.

<sup>163</sup> F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, cit., 278.

<sup>164</sup> Cass., 13.3.2003, n. 3713, cit. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza d'appello, secondo la quale non era ravvisabile un rapporto di proporzionalità tra l'opera edificatoria realizzata dal convivente su suolo del *partner* e l'adempimento dei doveri morali e sociali assunti dallo stesso nell'ambito della convivenza (poi cessata). I giudici di merito hanno, perciò, correttamente applicato l'art. 936 c.c. Analogamente Cass. 26.11.2013, n. 26424, in *www.cassazione.net*, conferma la sentenza di appello, la quale aveva escluso la proporzionalità delle elargizioni patrimoniali alla luce di diversi elementi riguardanti il *solvens*, quali: 1) la retribuzione mensile percepita dallo stesso e valutata in rapporto sia all'entità della somma elargita sia al prezzo dell'immobile (intestato per ragioni fiscali esclusivamente alla ex convivente); 2) l'obbligo di mantenere un altro figlio nato da un precedente matrimonio; 3) l'esclusiva titolarità della provvista tratta da un conto corrente che, se pur cointestato, era alimentato soltanto dal *solvens*; 4) l'esclusione di ogni spirito di liberalità desunta dall'esistenza di ragioni fiscali poste alla base dell'intestazione unica del bene.



la prestazione conforme alle normali esigenze di vita della coppia e al tenore del loro *ménage*»<sup>165</sup>.

Può dirsi che nella convivenza *more uxorio* l'obbligazione naturale governa il reciproco dovere morale e sociale di contribuzione.

**11. (Segue) Difetto di reciprocità nell'adempimento dell'obbligazione naturale, sproporzione della prestazione e tutele del convivente more uxorio.**

Si è appena osservato che il diritto di ritenzione si può esercitare qualora le prestazioni ricevute da ciascun convivente *more uxorio* siano proporzionate alle necessità sorte dalla vita in comune. L'istituto dell'obbligazione naturale è, come si diceva, idoneo a disciplinare i rapporti economici basati sulla volontà comune di formare una comunione spirituale e materiale al di fuori del matrimonio.

Il discorso non può terminare qui. Spesso accade che, una volta cessata la convivenza, vi sia una situazione patrimoniale da riequilibrare. Ciò accade in due ipotesi: 1) mancato reciproco adempimento dell'obbligazione naturale; 2) sproporzione della prestazione effettuata da un convivente a vantaggio del *partner*. Normalmente il convivente che ha eseguito una prestazione sproporzionata rispetto alla reciproca contribuzione, ovvero che non ha beneficiato di alcun adempimento dal *partner*, ha interesse a recuperare tutta la somma corrisposta o una parte di questa<sup>166</sup>.

Il punto saliente è la qualificazione giuridica della fonte della prestazione.

Secondo un Autore<sup>167</sup>, il trasferimento di ingenti beni da un convivente all'altro integra donazione; ne consegue la nullità della stessa qualora non sia stata rispettata la forma solenne prescritta dalla legge. Ma è davvero così? Qualche dubbio s'insinua.

<sup>165</sup> G. STELLA RICHTER, *La donazione nella famiglia di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 2, 154.

<sup>166</sup> Si pensi al caso in cui un convivente dopo aver impiegato il proprio denaro per ristrutturare la casa del proprio *partner*, da destinare ad abitazione di entrambi, oppure per pagarne taluni ratei del mutuo, assiste alla interruzione improvvisa del legame sentimentale. È evidente che qui vi è l'esigenza di riequilibrare le posizioni economiche dei due *ex partners*.

<sup>167</sup> G. STELLA RICHTER, *La donazione nella famiglia di fatto*, cit., 155. Qualora la donazione sia valida, essa, secondo l'Autore, non può ritenersi revocabile per infedeltà sessuale, fatto, questo, non riconducibile all'ingiuria grave verso il donante (art. 801 c.c.). Si argomenta dall'insussistenza di un dovere di fedeltà tra i componenti della famiglia di fatto. Tale soluzione non può essere condivisa in assoluto; difatti, se la condotta del convivente *more uxorio* lede un diritto costituzionalmente protetto del *partner*, vi sarà spazio non solo per il risarcimento del danno, ma anche per la revoca della donazione per ingratitudine (spunti in tal senso si traggono da Cass., 20.6.2013, n. 15481, in *Studio legale-Leggi d'Italia on line*).

Si pensi all'ipotesi in cui un convivente abbia impiegato denaro proprio per acquistare un immobile la cui proprietà è stata intestata al *partner*, oppure abbia svolto personalmente o pagato lavori di ristrutturazione nella casa di quest'ultimo. Egli, in seguito alla cessazione della convivenza, chiede al giudice il riconoscimento della titolarità del diritto reale (nel primo caso) o almeno la restituzione di quanto pagato (sia nel primo che nel secondo caso).

È bene chiarire subito che tale riconoscimento non può essere preteso dal soggetto non titolare del diritto semplicemente in ragione dell'esborso del denaro<sup>168</sup>. Perciò è, semmai, sul denaro che egli dovrà incentrare la sua azione. Secondo un orientamento giurisprudenziale, l'attore che agisca in restituzione deve dimostrare il fatto costitutivo della sua pretesa. Ciò vale anche per la domanda di restituzione dell'immobile. Vi dovrà essere un titolo che giustifichi l'obbligo di restituzione, quale può essere il mutuo (per il denaro)<sup>169</sup> o il negozio fiduciario (per il ritrasferimento della proprietà immobiliare)<sup>170</sup> o la controdiagnosi in caso di interposizione fittizia di persona.

Ove manchi il titolo<sup>171</sup>, la più recente giurisprudenza ha ravvisato una liberalità indiretta (art. 809

<sup>168</sup> E. ROPPO, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle unioni libere*, cit., 747, con riferimento alla discussione sulla titolarità dei beni acquistati durante la convivenza *more uxorio*, afferma in modo netto e condivisibile che «ciascuno dei partner rimane ..., in linea di principio, proprietario esclusivo dei beni acquistati in proprio nome, e sopra di essi l'altro partner non può avanzare alcuna pretesa di contitolarità». In tal senso anche L. BALESTRA, *Gli effetti della dissoluzione della convivenza*, cit., 480 ss., il quale esclude

l'applicabilità per analogia delle disposizioni sulla comunione legale degli acquisti.

<sup>169</sup> Si consideri che non costituisce prova del contratto di mutuo tra i conviventi, la consegna della somma di denaro direttamente al venditore o all'impresa di ristrutturazione.

<sup>170</sup> Cass., 22.4.2010, n. 9541, in *Foro it. on line*; ivi Cass., 13.3.2013, n. 6295. Queste pronunce sono richiamate da G. OBERTO, *Liberalità indiretta tra conviventi more uxorio e tentativi di recupero del bene alla cessazione del rapporto*, in *Fam. e dir.*, 2013, 6, 565-566, il quale cita anche Cass., 7.4.2009, n. 8366, in *Foro it. on line*, relativamente a una coppia coniugata, e Trib. Vicenza, 28.9.2010, in *Studio legale-Leggi d'Italia on line*. Esse pongono l'accento sulla necessità di una prova «specifica e precisa» dell'obbligo restitutorio. Oberto si sofferma anche su Cass., 24.5.2012, n. 8216, in *Foro it on line*, che confermerebbe quest'orientamento.

<sup>171</sup> Cass., 13.3.2013, n. 6295, cit., chiarisce che l'attore in restituzione deve ugualmente provare il fatto costitutivo della sua pretesa (oltre, naturalmente, all'avvenuta consegna della somma), qualora il convenuto si limiti a contestare la causale del versamento. Tale contestazione «non si tramuta in eccezione in senso sostanziale, si da invertire l'onere della prova, giacché negare l'esistenza di un contratto di mutuo [come avvenuto nel caso di specie] non significa eccepirne l'inefficacia o la modificazione o l'estinzione, ma significa negare il titolo posto a base della domanda, ancorché il convenuto riconosca di aver ricevuto



c.c.)<sup>172</sup> nella fattispecie in cui un soggetto, ex convivente, risulti titolare della proprietà di un immobile, il cui prezzo è stato pagato dall'ex-partner durante la convivenza. Di conseguenza l'ex-convivente, donatario indiretto (dell'immobile o di una quota di questo), rimane proprietario, essendo la compravendita valida ed efficace, mentre l'altro ex-convivente che ha pagato il prezzo non avrà alcun diritto di ripeterlo.

In verità la tesi della donazione indiretta non convince appieno. A ben vedere, il convivente che, durante il rapporto di convivenza, abbia corrisposto il prezzo dell'immobile intestato in tutto o in parte all'ex-partner, ovvero abbia pagato la ristrutturazione dello stesso o alcuni ratei del mutuo non sembra affatto animato dallo spirito di liberalità. Scopo di queste operazioni è usufruire di un bene destinato a entrambi i conviventi. Vi è dunque un vantaggio economicamente apprezzabile anche per il convivente che adempie l'obbligazione pecuniaria o di *facere*, senza essere al contempo destinatario diretto della controprestazione. Il che dovrebbe escludere lo spirito di liberalità<sup>173</sup>.

Certo, è una circostanza da provare l'insussistenza dell'*animus donandi*, ossia che i beni oggetto dell'attribuzione all'altro convivente o i benefici ricevuti da quest'ultimo siano stati destinati, più in generale e primariamente, a vantaggio della famiglia<sup>174</sup>. In tal caso, secondo un'impostazione

to una somma di danaro ed indichi la ragione per la quale tale somma sarebbe stata versata».

<sup>172</sup> Cass., 25.3.2013, n. 7480, in *Fam. e dir.*, 2013, 6, 554 ss., con nota G. OBERTO, *Liberalità indiretta tra conviventi more uxorio e tentativi di recupero del bene alla cessazione del rapporto*, già citata. Il caso è interessante. L'erede dell'ex convivente defunto chiede lo scioglimento della comunione esistente sull'immobile in comproprietà con la ex convivente del *de cuius*. Egli chiede altresì «la condanna della convenuta alla corresponsione in proprio favore della metà del valore di un preteso fitto da calcolare in base alla normativa sull'equo canone». La convenuta eccepisce di aver acquistato l'immobile con denaro proprio e che la cointestazione era avvenuta soltanto per ragioni sentimentali. In diritto, ella sostiene che vi era stata una donazione di denaro da lei stessa al convivente, donazione da considerarsi nulla in quanto priva dei requisiti di forma. La Cassazione osserva che l'intestazione in favore dell'ex convivente di una quota pari alla metà dell'immobile doveva essere qualificata come donazione indiretta, non assoggettata, in quanto tale, alla forma dell'atto pubblico con la necessaria presenza dei testimoni (art.782 c.c. e artt. 47-48 l. n. 89/1913). Nel caso di specie vi era anche un altro profilo risolto correttamente dalla Suprema Corte: il contratto di compravendita è stato ritenuto valido, sebbene il denaro impiegato provenisse dalla sostituzione della ex convivente.

<sup>173</sup> A. PALAZZO, *Forma e causa dell'attribuzione nelle donazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 737; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, 1998, 49 ss.

<sup>174</sup> G. OBERTO, *op. cit.*, 567, sostiene la problematicità, se non l'impossibilità, di ravvisare l'esistenza dell'*animus donandi* in quegli atti riguardanti beni che verranno utilizzati da entrambi i

dottrinale, si avrebbe diritto alla ripetizione dell'indebito<sup>175</sup>, così da recuperare non già la titolarità del diritto reale ma la somma corrisposta<sup>176</sup>.

Com'è noto, l'indebito è una particolare ipotesi d'ingiustificato arricchimento, caratterizzato da un «pagamento» (*rectius*: da una prestazione materiale) non dovuto, mancando il rapporto o il negozio in esecuzione del quale la prestazione è stata corrisposta<sup>177</sup>. Il titolo può non esservi *ab origine* o venir meno in seguito allo spostamento patrimoniale. Ora, a ben vedere, è proprio quest'ultima ipotesi a configurarsi qualora la convivenza cessi poco dopo che un convivente abbia impiegato denaro per acquistare, finanziare o ristrutturare la casa di proprietà del *partner*.

conviventi, come nei casi della casa di abitazione, della casa al mare, dell'automobile o del camper per le vacanze. L'Autore, a conferma della sua tesi, cita due pronunce, una, della Cassazione (n. 3147/1980) riguardante attribuzioni tra coniugi avvenute durante la convivenza e, l'altra, del Tribunale di Firenze (12.2.2000) in relazione alla contribuzione per l'acquisto di un immobile intestato ad uno solo dei *partners*. Non solo: egli ricorda che la giurisprudenza ha escluso la qualificazione donativa per tutte quelle attribuzioni avvenute in seno alla crisi coniugale, oltre a raccomandare molta cautela nel dedurre l'*animus donandi* dalla semplice intestazione o contestazione del conto corrente (si veda a proposito Cass., 14.1.2010, n. 468, in *Foro it on line* e Cass., 12.11.2008, n. 26983, in *Foro it.*, 2009, 4, 1, 1103).

<sup>175</sup> Secondo Cass., 13.3.2013, n. 6295, cit., l'attore (*id est*: l'ex convivente *more uxorio*) che non ha provato il titolo giustificativo della domanda di restituzione non può agire, in via subordinata, con l'azione di arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.). La Suprema Corte, considerati i presupposti di quest'ultima, conclude che «l'azione di arricchimento senza giusta causa può essere proposta in via subordinata rispetto all'azione contrattuale proposta in via principale soltanto qualora l'azione tipica dia esito negativo per carenza *ab origine* dell'azione stessa derivante da un difetto del titolo posto a suo fondamento (Cass. 10 agosto 2007, n. 17647), ma non anche nel caso in cui sia stata proposta domanda ordinaria, fondata su un titolo contrattuale, senza offrire prove sufficienti all'accoglimento, oppure quando la domanda ordinaria, dopo essere stata proposta, non sia stata più coltivata dall'interessato».

<sup>176</sup> G. OBERTO, *op. cit.*, 568, con riferimento alle prestazioni di *facere* effettuate da un convivente a beneficio dell'altro, ritiene applicabile l'azione generale di arricchimento senza causa. Egli conclude rilevando che «il rimedio dell'arricchimento ingiustificato [comprendente l'indebito e l'arricchimento senza causa] può ergersi a regime patrimoniale della famiglia di fatto, concorrendo con quello, parallelo, dell'obbligazione naturale, ed eventualmente integrandolo. Invero, mentre quest'ultimo sarà da solo sufficiente a governare i casi in cui il reciproco dovere morale e sociale di contribuzione abbia ricevuto concreta e bilaterale attuazione, il primo entrerà in gioco per ristabilire l'equilibrio alterato di fatto dall'esecuzione soltanto unilaterale dell'obbligazione naturale, contributiva e reciproca, tra conviventi». Ma sulla prestazione di *facere* si veda *infra* nota 153.

<sup>177</sup> C. M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 1994, 792 ss., si sofferma sul termine «pagamento» di cui all'art. 2033 c.c. e sul presupposto della mancanza del titolo.



Il titolo giustificativo dell'esborso economico è rappresentato dal negozio costitutivo del rapporto coniugale di fatto. Negozio che perde efficacia successivamente a causa della volontà di porre fine alla convivenza. Di conseguenza la prestazione del *solvens* diventa immediatamente ripetibile; ciò anche quando essa sia consistita nello svolgimento di lavori di ristrutturazione da parte dell'impresa del partner. In tal caso l'*accipiens* dovrà corrispondere un'indennità equivalente al valore della prestazione di *facere* ricevuta<sup>178</sup>.

A sostegno dell'impostazione che esclude la donazione può trarsi argomento anche dal superamento della presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative eseguite nella famiglia o nell'impresa familiare. Si dirà che l'art. 230-*bis* c.c. fa riferimento non già al convivente *more uxorio* ma al coniuge che presta la sua attività di lavoro; tuttavia, sulla base della *ratio legis* della disposizione, deve ammettersi l'applicazione analogica della stessa al primo<sup>179</sup>.

Per le cose dette è oramai scontato ammettere che l'unione non fondata sul matrimonio dia luogo a un rapporto rilevante per l'ordinamento. Meno ovvio è porre un limite alle situazioni soggettive che possono sorgere da un rapporto coniugale di fatto. Il quale è, di fatto, solo nel senso che non nasce per effetto di un atto formale<sup>180</sup>. Anche se all'origine

del rapporto c'è pur sempre un atto giuridico, sia pur non formale.

Secondo una recente pronuncia della Cassazione, dalla convivenza *more uxorio* scaturiscono diritti che hanno la loro fonte in un «negozio a contenuto personale» posto a base «della scelta di vivere insieme e di instaurare un consorzio familiare, come tale anche socialmente riconoscibile»<sup>181</sup>. È essenziale l'intento di vita comune, di condivisione, funzionale allo svolgimento della propria personalità, che è fonte di situazioni giuridiche soggettive.

Su queste basi la Suprema Corte, applicando la teoria dei doveri di correttezza o di protezione, ha ricondotto alla detenzione qualificata, il rapporto tra il convivente non proprietario e la casa di abitazione del partner. Perciò è stata ammessa l'azione di reintegrazione da parte del convivente allontanato, in modo violento, dalla casa in cui si svolgeva la convivenza (art. 1168, comma 2, c.c.)<sup>182</sup>.

scritte dalla legge (che sono la famiglia legittima, adottiva e naturale), si atteggia nella realtà alla stessa stregua del rapporto coniugale. Dovrebbe semmai parlarsi, aggiunge l'Autore, di «rapporto coniugale di fatto». In realtà, oggi, a parte questa diversità formale, con le unioni libere non siamo su un piano di fatto, giacché l'ordinamento positivo ha riconosciuto in molte disposizioni, come si diceva *supra* nella nota 153, la convivenza *more uxorio*. Convivenza da cui originano posizioni giuridiche soggettive, le quali, con ha ben argomentato Prospero, «rappresentano il frutto di una scomposizione a posteriori della qualificazione giuridica del rapporto» (p. 233). Cfr. sul termine famiglia di fatto anche L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit., 1117-1118.

<sup>181</sup> Cass., 21.3.2013, n. 7214, cit.

<sup>182</sup> Cass., 21.3.2013, n. 7214, cit., afferma che «il convivente gode della casa familiare, di proprietà del compagno o della compagna, per soddisfare un interesse proprio, oltre che della coppia, sulla base di un titolo a contenuto e matrice personale la cui rilevanza sul piano della giuridicità è custodita dalla Costituzione, si da assumere i connotati tipici della detenzione qualificata». La Suprema Corte ha rigettato la tesi favorevole alla costituzione di un rapporto di mera ospitalità, il che avrebbe, com'è noto, escluso l'azione di reintegrazione. Non si deve pensare che il proprietario non possa riottenere la piena disponibilità del bene. Ma egli, in caso di cessazione dell'*affectio*, in forza del «canone di correttezza e di buona fede dettato a protezione dei soggetti più esposti e delle situazioni di affidamento, (...) deve avvisare il partner e concedergli un termine congruo per reperire altra sistemazione». Questa soluzione era stata già argomentata da L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, cit., 6-7, secondo il quale il principio di solidarietà, cui è correlato il rilievo costituzionale delle formazioni sociali, fa sì che i doveri di correttezza o di protezione ineriscano non solo ai rapporti di obbligazione (art. 1175 c.c.), «ma anche ai rapporti fattuali di collaborazione e di assistenza reciproca, che si sostanziano in comportamenti corrispondenti a rapporti giuridici tipici, quali ad esempio i rapporti familiari. [Di tal ché] incombe al convivente proprietario dell'alloggio o ai suoi eredi l'obbligo di fornire all'altro l'abitazione per un ragionevole periodo di tempo». F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, cit., 274 ss., compie un passo ulteriore, ritenendo applicabile analogicamente al rapporto coniugale di fatto, in mancanza di prole, la regolamentazione prevista per i diritti di uso e di abitazione (art. 1021 ss. c.c.).

<sup>178</sup> P. SIRENA, *La ripetizione dell'indebito*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Lipari-Rescigno, coordinato da A. Zoppini, *Obbligazioni. Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, 502, esclude, in linea con altra autorevole dottrina (Bianca e Di Majo) e con una parte della giurisprudenza, che nel caso delle prestazioni di *facere* debba applicarsi la disciplina dell'arricchimento senza causa.

<sup>179</sup> L. BALESTRA, *Gli effetti della dissoluzione della convivenza*, cit., 482-485, rileva come l'art. 230-*bis* c.c. - che ha introdotto il principio di onerosità del lavoro familiare - tuteli non tanto e non solo il coniuge, quanto il lavoro reso in una comunità incentrata sulla solidarietà degli affetti. Carattere, quest'ultimo, su cui si fonda anche la convivenza *more uxorio*; da qui l'applicabilità della disposizione anche alla famiglia di fatto (in questo senso già F. PROSPERI, *op-cit.*, 284, che fa leva piuttosto sulla *ratio* di affrancare la donna (moglie) «da quella subalterna economica, molto prossima al vero e proprio sfruttamento», e anche G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., 289). Da questa soluzione interpretativa non deve trarsi, secondo Balestra, la conseguenza dell'applicabilità al convivente *more uxorio* di tutta la normativa sul regime patrimoniale della famiglia. L'estensione analogica è legittima - sostiene l'Autore - soltanto se dalla norma che viene in rilievo possa desumersi un principio che abbia un contenuto generalizzabile. Di avviso contrario è Prospero, il quale ritiene la disciplina della comunione legale degli acquisti applicabile al rapporto coniugale di fatto, salvo certe disposizioni (*amplius* p. 287 ss.).

<sup>180</sup> D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., 139-140, sottolinea come sia inutile la categoria della coppia di fatto, non più in grado di descrivere un'esperienza unitaria. F. PROSPERI, *La famiglia «non fondata sul matrimonio»*, cit., 147, rileva come l'espressione «famiglia di fatto» indichi quella famiglia che, pur non costituitasi nelle forme pre-



Non si può, quindi, condividere l'idea<sup>183</sup> che, a fronte della rottura della convivenza *more uxorio*, non sia possibile configurare alcuna posizione giuridica soggettiva. Del resto già un'attenta dottrina<sup>184</sup> ha ben argomentato l'applicabilità per analogia dell'art. 129 c.c. all'ex-convivente di fatto che non abbia adeguati redditi propri o, secondo un altro Autore, dell'art. 5, comma 6, l. div.<sup>185</sup>.

12. Diagnosi preimpianto: un diritto a tutela della salute della donna, espressione della «vie privée et familiale».

L'evoluzione della famiglia e della filiazione subisce forti e repentine sollecitazioni per effetto delle possibilità dischiuse dalla tecnica. La diagnosi preimpianto induce a riflettere non tanto sul fondamento della filiazione (come la procreazione eterologa), ma sulla rilevanza giuridica dell'embrione, sul (sedicente) diritto ad avere un figlio sano e sul diritto alla salute della donna.

La diagnosi in parola è cosa ben diversa dalle tecniche eugenetiche<sup>186</sup>. Essa ha lo scopo non già di alterare il patrimonio genetico dell'embrione, né di selezionare i nascituri con determinate caratteristiche fisiche<sup>187</sup>, ma, essenzialmente, di salvaguardare

la salute della donna. Si tratta, com'è noto, di un esame clinico e diagnostico, effettuato sull'embrione fuori dall'utero, al fine di accertare l'eventuale presenza di quelle malattie di cui sono portatori i genitori genetici.

È notevole l'utilità della conoscenza anticipata, rispetto all'inizio della gravidanza, di una grave malattia del concepito. Si evita l'interruzione della gestazione ove dovesse emergere la malattia del feto<sup>188</sup>, prevenendo seri rischi per l'integrità psicofisica della gestante. Eppure la legge sulla procreazione assistita vieta, almeno secondo una certa interpretazione<sup>189</sup>, interventi invasivi sull'embrione che non ne tutelino l'integrità.

L'art. 13, comma 2, l. 40/2004 stabilisce che «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione è vietata a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate *volte alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione stesso*, e qualora non siano disponibili metodiche alternative». In sostanza si vieta la ricerca, essendo precluso ogni intervento che possa portare alla soppressione o alla lesione dell'embrione.

Questa disposizione ha indotto gli operatori sanitari a rifiutare la diagnosi preimpianto. La ragione è solo all'apparenza persuasiva: l'intervento sanitario in questione, si obietta, è volto non già alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione, come richiederebbe l'articolo appena riportato, ma al solo accertamento di eventuali malattie genetiche. Si ag-

<sup>183</sup> Sostenuta da G. STELLA RICHTER, *La donazione nella famiglia di fatto*, cit., 149, che riprende il pensiero di Gazzoni.

<sup>184</sup> F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, cit., 267-270, rileva come l'art. 129, comma 1, c.c., si «pon[ga] manifestamente come applicazione diretta dei doveri costituzionali di solidarietà, non venendo affatto in rilievo la responsabilità dei coniugi in ordine alla celebrazione del matrimonio invalido, ma unicamente la loro situazione patrimoniale. Inoltre, l'esigenza di tutelare la situazione di chi, senza sua colpa, ha confidato nella validità di un matrimonio poi annullato sembra sostanzialmente simile all'esigenza di tutela del convivente che ha confidato nella tutela del rapporto di tipo coniugale, tanto consolidatosi nel tempo da poter essere qualificato come rapporto coniugale di fatto, seppur rimesso unicamente allo spontaneo consenso della parti». L'Autore ritiene applicabile, sia pur co dei correttivi, anche la disciplina della comunione legale (contra M. DOGLIOTTI, voce, *Famiglia di fatto*, cit., 195, ed ivi le citazioni di altra dottrina in tal senso).

<sup>185</sup> G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., 289.

<sup>186</sup> L'art. 13, comma 3, let. b, l. n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*) pone il divieto di «ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo». Ma la diagnosi preimpianto è volta non già ad «alterare il patrimonio genetico dell'embrione», bensì a farne conoscere lo stato di salute, così da consentire alla donna una decisione consapevole sull'impianto *in utero*.

<sup>187</sup> L'art. 13 della Convenzione di Oviedo, 4.4.1997 vieta le modificazioni del genoma il cui unico scopo sia di introdurre

una modifica nel genoma dei discendenti. Anche l'art. 3 let. b) della Carta dei diritti fondamentali dell'UE pone «il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone». Le modificazioni genetiche sono legittime solo «per ragioni preventive, diagnostiche o terapeutiche». Queste disposizioni sono perfettamente coerenti con l'art. 1 della *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo*, secondo cui «il genoma umano sottende l'unità fondamentale di tutti i membri della famiglia umana, come pure il riconoscimento della loro intrinseca dignità e della loro diversità. In senso simbolico esso è patrimonio dell'umanità». La dignità, in questi documenti, non è un concetto generico privo di utilità, ma si specifica nel divieto di «ridurre gli individui alle loro caratteristiche genetiche e di rispettare il carattere unico di ciascuno e la sua diversità» (art. 2 Dich. sul genoma umano). Da qui il divieto della clonazione riproduttiva (art. 11 Dich. sul genoma umano e art. 3 let. d Carta dei diritti fondamentali dell'UE).

<sup>188</sup> Com'è noto, l'art. 6, let. b), della legge n. 194/1978 consente l'aborto anche dopo novanta giorni dal concepimento, qualora risultino «rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinano un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

<sup>189</sup> Il Governo italiano ha sostenuto, in un caso deciso dalla Corte EDU su cui si tornerà, che l'accesso alla diagnosi preimpianto è precluso a tutte le categorie di persone. Non soltanto a quelle in cui l'uomo è portatore di una malattia sessualmente trasmissibile, ma anche a quelle affette da sterilità o infertilità.



giunge che il rispetto dell'art. 13 l. n. 40/2004 è presidiato da non lievi sanzioni (art. 13 l. n. 40/2004).

In verità il problema dell'ammissibilità della diagnosi preimpianto non può essere risolto sulla base dell'art. 13 l. n. 40/2004. Il quale, a ben vedere, disciplina la sperimentazione e la ricerca clinica e non l'accertamento di cui si discute, che andrebbe piuttosto ricondotto all'art. 14 l. n. 40/2004. La sperimentazione e la ricerca non mirano ad accertare lo stato di salute dell'embrione, ma a individuare e a testare cure nell'interesse della collettività.

Alcuni tribunali hanno colto quest'aspetto<sup>190</sup>, rilevando che gli artt. 13 e 14 compongono interessi distinti<sup>191</sup>. L'art. 13 bilancia l'interesse dell'embrione all'integrità con l'interesse della collettività alla ricerca, attribuendo prevalenza pressoché assoluta al primo. L'art. 14, invece, nei casi previsti dai commi 3 e 4, privilegia la tutela della salute e dell'autodeterminazione della donna rispetto all'integrità dell'embrione. Si potrebbe obiettare che in questi due commi non vi è alcun riferimento alla diagnosi preimpianto, ma, ciò nonostante, è alla logica di sistema a essi sottesa che va ricondotto il problema dell'ammissibilità di tale diagnosi.

Se è coinvolto il conflitto tra la salute della donna e l'integrità dell'embrione, non si può che richiamare un principio risalente, difficilmente contestabile. L'assoluta primazia della salute di chi è già persona, come la donna, rispetto a chi persona deve ancora diventare, come l'embrione<sup>192</sup>; da qui il dovere di informare la donna sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero, come prescrive l'art. 14, comma 5, l. n. 40/2004. Informazione ancor più necessaria - non si può negare - qualora vi sia il rischio di trasmettere al concepito quella stessa malattia genetica che affligge la donna o la coppia.

Appaiono quindi legittime quelle pronunce giurisprudenziali che, sulla scorta di una sentenza della

Corte costituzionale<sup>193</sup>, hanno ordinato la diagnosi preimpianto non solo in presenza dei requisiti oggettivi di accesso alla procreazione assistita (art. 4 l. n. 40/2004), ma anche a prescindere da questi<sup>194</sup>. Il riferimento è all'ipotesi in cui un membro della coppia di coniugi o di conviventi *more uxorio* sia portatore di una malattia genetica pur non essendo sterile. Negare in questo caso l'accesso alla procreazione artificiale e, quindi, alla diagnosi preimpianto (diversamente dalla coppia sterile portatrice di una malattia genetica) solo perché non vi è il requisito oggettivo della sterilità dà luogo a una diversificazione irragionevole di situazioni, accomunate dall'elemento della tara genetica della persona.

Il fatto che la coppia non sia sterile, non sembra circostanza in grado di giustificare una regola *iuris* distinta. Chi non è sterile né infertile sarà verosimilmente dissuaso dal procreare in modo naturale,

<sup>193</sup> Corte Cost., 8.5.2009, n. 151, in *Foro it.*, 2009, 9, 1, 2301, ha dichiarato costituzionalmente illegittime le disposizioni contenute nei commi 2 e 3 dell'art. 14 l. n. 40/2004, *perché sbilanciate rispetto alla tutela preminente della salute della donna*. È stato pertanto cancellato l'obbligo dell'unico e contemporaneo impianto, il limite di creazione di un numero di embrioni non superiore a tre e, di conseguenza, il divieto di crioconservazione. Le disposizioni censurate costringevano la donna a plurime stimolazioni ovariche. Oltretutto il limite dei tre embrioni determinava un'indebita ingerenza sull'attività diagnostica e terapeutica del medico, il quale deve essere libero di stabilire la cura più appropriata.

<sup>194</sup> Muovendo dal dato giuridico della preminenza della salute della donna e dal principio costituzionale del consenso informato nel trattamento medico - qual è la procreazione artificiale - è stata ritenuta praticabile una lettura costituzionale degli artt. 13 e 14 l. n. 40/2004. Così la diagnosi genetica preimpianto deve ritenersi ammissibile tutte le volte in cui sia richiesta ai sensi dell'art. 14, comma 5, l. n. 40/2004 e sia funzionale all'effettiva tutela della salute della donna durante la gravidanza. Il Trib. Cagliari, 9.11.2012, cit., afferma che: «si può ritenere, oramai pacificamente, come la coppia abbia diritto a ricevere una completa informativa funzionale ad una procreazione libera e consapevole e la diagnosi preimpianto abbia come scopo proprio quello di consentire alla donna una decisione informata e consapevole in ordine al trasferimento di embrioni formati ovvero al rifiuto del trasferimento». Si aggiunga che, per effetto della segnalata sentenza della Consulta, spetta al medico decidere in relazione al caso concreto quanti embrioni produrre. Di essi, quelli risultati sani, saranno impiantati, mentre quelli malati, crioconservati. L'abrogazione del limite di produzione pari a tre embrioni e dell'unico e contemporaneo impianto fa sì che la procreazione medicalmente assistita sia attuata in maniera più conforme alle finalità (art. 1 l. n. 40/2004) e ai principi perseguiti dalla legge (art. 4 l. n. 40/2004).

<sup>190</sup> Trib. Cagliari 22.9.2007 e Trib. Firenze, 17.12.2007, in *Fam. pers. e succ.*, 2008, 5, 419, con nota di DELLA BELLA, *La svolta: il tribunale di Firenze e il tribunale di Cagliari ammettono la diagnosi preimpianto*; ivi, 2008, 7, 604, con mia nota, *Il diritto alla diagnosi preimpianto dell'embrione*; Tar Lazio, 21.1.2008, n. 398, in *Fam. e dir.*, 2008, 5, 499, con nota di A. FIGONE, *Illegittimo il divieto di indagine preimpianto sull'embrione?*; Trib. Bologna, 29.6.2009, in *Sudito legale-Leggi d'Italia on line*; Trib. Cagliari, 9.11.2012, in *Guida al dir.*, 2013, 8, 35 ss. In dottrina cfr. G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte Costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1009, 11, 521.

<sup>191</sup> E. FALLETTI, *La diagnosi genetica preimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Corr. giur.*, 2013, 2, 235 ss., ripercorre accuratamente tutta la giurisprudenza.

<sup>192</sup> Corte Cost., 18.2.1975, n. 27, in *Giur. it.*, 1975, 1, 1416.

divenendo, in sostanza, incapace di generare<sup>195</sup>. Senza tacere che anche qui viene in rilievo il diritto preminente alla salute della donna.

La Corte EDU ha avuto gioco facile nel cogliere l'«incoerenza» e la «sproporzione» del sistema legislativo italiano<sup>196</sup>. Incoerente perché esso, da un lato, «vieta di impiantare soltanto gli embrioni non affetti dalla malattia di cui sono portatori sani [i membri della coppia], dall'altro, autorizza [la donna] ad abortire il feto affetto da quella stessa patologia». Obbligare il medico a inserire tutti gli embrioni prodotti, mette in pericolo la salute della donna, ponendola tra due prospettive angoscianti: vivere una gravidanza a rischio o affrontare un aborto<sup>197</sup>.

<sup>195</sup> Trib. Salerno, 13.1.2010, in *Leggi d'Italia on line*, ha ammesso alla procreazione medicalmente assistita la coppia, non sterile né infertile, portatrice di una malattia genetica trasmissibile al nascituro. Nel caso di specie, entrambi i coniugi erano portatori di una mutazione del gene SMA1 che causa l'atrofia muscolare spinale di tipo 1, trasmissibile nel 25% dei casi alla prole in occasione del concepimento. Già tre gravidanze avevano evidenziato la trasmissione di tale malattia genetica al feto. In considerazione di tali esiti, la coppia chiedeva di accedere alla procreazione medicalmente assistita al fine di formare embrioni *in vitro* da sottoporre alla diagnosi preimpianto. Il Centro di Medicina della Riproduzione si oppose all'accesso, mancando il presupposto soggettivo della sterilità o infertilità richiesto dall'art. 4 l. n. 40/2004.

Diverso è il caso di chi è portatore di malattie sessualmente trasmissibili. Le Linee Guida in materia di procreazione medicalmente assistita predisposte dal ministero della salute (con decreto 11.4.2008) stabiliscono, nella parte riguardante l'accesso alle tecniche, che, nel certificare lo stato di sterilità o di infertilità, si deve tener conto «anche di quelle peculiari condizioni in presenza delle quali - essendo l'uomo portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da HIV, HBV, o HCV - l'elevato rischio di infezione per la madre o per il feto costituisce di fatto, in termini obiettivi, una causa ostativa della procreazione, imponendo l'adozione di precauzioni che si traducono necessariamente, in una condizione di infertilità, da farsi rientrare tra i casi di infertilità maschile severa da causa accertata e certificata da atto medico, di cui all'art. 4, comma 1 della legge n. 40/2004».

<sup>196</sup> Corte EDU, 28.8.2012, *causa Costa e Pavan c. Italia*, ric. n. 54270/10, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1, 66 ss., con nota di C. PARDINI, *La diagnosi preimpianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: influenza delle pronunce nel panorama italiano*. Il caso riguardava due cittadini italiani, portatori sani della mucoviscidosi (o fibrosi cistica), non sterili né infertili. Essi, per evitare un altro aborto del feto procreato naturalmente e affetto dalla medesima malattia che li affliggeva, chiedevano l'accesso alla procreazione medicalmente assistita per usufruire della diagnosi preimpianto. Ma l'accesso veniva negato in forza dell'art. 4 l. n. 40/2004.

<sup>197</sup> La Corte EDU, 28.8.2012, *causa Costa e Pavan c. Italia*, cit., non può ignorare «l'état d'angoisse de la requérante qui, dans l'impossibilité de procéder à un D.P.I. [diagnosi preimpianto], aurait comme seule perspective de maternité celle liée à la possibilité que l'enfant soit affecté par la maladie litigieuse, d'autre part, la souffrance dérivant du choix douloureux de procéder, le cas échéant, à un avortement thérapeutique».

È evidente come non abbia senso logico impedire prima un qualcosa (la diagnosi preimpianto) a tutela di un interesse (l'integrità dell'embrione), per poi consentire qualcos'altro (la diagnosi prenatale e l'aborto) che vanifichi il medesimo interesse; oltretutto in uno stadio più avanzato di sviluppo della vita prenatale.

Tutto questo palesa, secondo la Corte EDU, un'ingerenza sproporzionata da parte del legislatore italiano sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, in violazione dell'art. 8, comma 2, Cedu. Diritto cui deve essere ricondotto il desiderio di avere un figlio privo della stessa malattia genetica che affligge il futuro genitore. Il che non postula affatto - si ribadisce - la rilevanza dell'interesse a scegliersi il figlio, bensì la preminenza della salute della donna. È bene ribadire che non viene in gioco un supposto diritto di avere un figlio sano, ma il diritto di non mettere in pericolo la propria salute, concependo un figlio portatore della stessa malattia genetica della coppia.

Neppure può tacersi, sempre sotto il profilo della sproporzione, che gli scopi indicati dal Governo italiano a fondamento del divieto di analisi genetiche<sup>198</sup> sono vanificati, come si diceva, dal diritto di abortire ove vi sia una rilevante malformazione del feto<sup>199</sup>.

Occorre allora che il legislatore riveda la disciplina dell'accesso alla procreazione medicalmente assistita, coordinandola con un'apposita disposizione sulla diagnosi preimpianto. La giurisprudenza di merito sopra richiamata, pur avendo anticipato taluni dei rilievi critici della Corte EDU, non sembra in

<sup>198</sup> Scopii riportati dalla Corte EDU, 28.8.2012, *causa Costa e Pavan c. Italia*, cit.: «Protéger la santé de l'enfant et de la femme, la dignité et la liberté de conscience des professions médicales et l'intérêt d'éviter le risque de dérives eugéniques». Tra l'altro la Corte ha chiarito opportunamente che il diritto fatto valere dalla coppia italiana non è quello di avere un figlio sano. Tutt'altro: si tratta di evitare, attraverso la diagnosi preimpianto e a tutela della salute della donna, di procreare un bambino affetto dalla stessa malattia di cui la coppia è portatrice sana. Magari il nato potrà essere affetto da altre patologie, ma non da quella portata dai genitori che si intende e si può evitare attraverso la tecnica in parola. Non è pertinente invocare il diritto di avere un figlio sano, che indubbiamente non esiste, venendo in rilievo il diritto alla salute della donna.

<sup>199</sup> Anche nella pronuncia in esame, la Corte Edu tiene a precisare che essa è chiamata a valutare non già l'ampio margine di discrezionalità di cui dispone il legislatore nazionale nella materia della procreazione artificiale, bensì la proporzionalità della misura nazionale controversa. È l'art. 8, comma 2, Cedu che le conferisce questo potere. La necessità dell'intervento legislativo, cui fa riferimento tale articolo, riferita al perseguimento degli scopi elencati dalla norma stessa, esige la proporzionalità. Difatti, se l'intervento legislativo dovesse risultare non proporzionato al raggiungimento dello scopo, esso diventerebbe non necessario e dunque censurabile dal parte della Corte EDU.



grado di assicurare gli operatori sanitari che ancora rifiutano ogni atto invasivo dell'embrione.

Oltretutto attendere un provvedimento del giudice che ordini la diagnosi preimpianto, quando, invece, dovrebbe spettare esclusivamente al medico di sporla, contrasta comunque con l'ordinamento giuridico. Il rifiuto del medico ostacola la procreazione medicalmente assistita, dilata i tempi, incide sulla salute psichica della coppia, obbligando quest'ultima ad attivare un procedimento che naturalmente ha un costo.

È dunque urgente un intervento del legislatore che dia certezza alla classe medica e garantisca, pienamente, il diritto alla salute della donna. Spinge in tal senso il diritto europeo, soprattutto giurisprudenziale, che tanto ha contribuito al riconoscimento di situazioni soggettive e all'evoluzione di istituti fondamentali come il matrimonio, la famiglia e la filiazione<sup>200</sup>.

<sup>200</sup> S. PATTI, *Il principio famiglia e il diritto europeo della famiglia*, cit., 79, sottolinea giustamente come il civilista moderno non possa ignorare l'evoluzione del diritto europeo della famiglia, dovendosi sforzare «di trovare soluzioni coerenti con la tradizione giuridica del nostro Paese, ma che nel contempo consentano un continuo avvicinamento alle scelte degli altri ordinamenti nazionali europei» (corsivo mio).



