

2003/86 relativa al diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini non comunitari e per i cittadini comunitari, dalla dir. 29.4.2004, n. 2004/38 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (v. DE CESARI, *L'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di diritti delle persone fisiche*, in *Persona e famiglia*, a cura di De Cesari, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da Ajani, Benacchio, Torino, 2008, 29; SEATZU, *Il ricongiungimento familiare nel diritto dell'Unione europea*, in *Persona e famiglia*, a cura di De Cesari, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da Ajani, Benacchio, Torino, 2008, 244).

☛ La Corte di giustizia delle Comunità europee ha già avuto modo di decidere che l'espulsione di un familiare per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, potrà trovare un limite nella necessità di tutelare la vita familiare (con riferimento al cittadino comunitario, v. C. Giust. CE, 29.4.2004, nn. 482/01 e 493/01; con riferimento al cittadino non comunitario v. T. I g. CE, 1.11.2004, n. 467/02).

Va rilevato infine che il Trattato di Lisbona, all'art. 6, par. 2, stabilisce che l'Unione, aderisce alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo con delibera del Consiglio all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. Tale accordo di adesione

dovrà essere ratificato dagli Stati membri (art. 188, Trattato sul funzionamento dell'Europa). È previsto anche che «i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione, in quanto principi generali» (art. 6, par. 3). Il medesimo articolo stabilisce altresì che i diritti e i principi della Carta siano interpretati in conformità alle disposizioni generali del titolo VII della stessa che, all'art. 52, Carta dei Diritti prevede: «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione». Sarà pertanto possibile per l'interprete fare riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, e, tenuto conto della nozione di vita familiare elaborata dalla Corte di Strasburgo, pare auspicabile che la Corte di Giustizia interpreti l'art. 7, Carta dei Diritti fondamentali in maniera più aperta e più vicina ai modelli di famiglia oggi circolanti in Europa. D'altronde, il Preambolo della Carta enuncia il rafforzamento dei diritti fondamentali «alla luce della evoluzione della società».

PATRIZIA DE CESARI

Il diritto di sposarsi e costituire una famiglia (art. 9, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)

Norma di riferimento: art. 9, Com. 12.12.2007 **Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia**

9 [1] *Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio.*

Riferimenti normativi: artt. 2, 29, 30, 31 Cost.; L. 29.7.1975, n. 405; L. 14.4.1982, n. 164; L. 21.4.1983, n. 123; L. 4.5.1983, n. 184; L. 6.3.1987, n. 74; art. 16, Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, firmata a Parigi il 10.12.1948; art. 12, Conv. eur. dir. uomo, ratificata con L. 4.8.1955, n. 848; Conv. Bruxelles 12.9.1962; art. 10, Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali 16.12.1966, ratificato con L. 25.10.1977, n. 881; artt. 17, 23, Patto Internazionale sui diritti civili e politici 16.12.1966, ratificato con L. 25.10.1977, n. 881; Conv. Strasburgo 24.4.1967, resa esecutiva in Italia con L. 22.5.1974, n. 357; Ris. Parlamento Europeo 16.3.2000; Reg. CE 29.5.2000, n. 1347/2000.

Bibliografia: AA.VV., *Nuove costellazioni familiari* a cura di Mazzoni, Milano, 2002; ALLETTI, *Le coppie omosessuali, le istituzioni comunitarie e la Costituzione italiana*, in *Rass. DC*, 1996; ALPA, BESSONE, D'ANGELO, FERRANDO, SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, 5ª ed, Bologna, 2002; ANGIOLINI, *Carta dei*

diritti dell'Unione Europea e diritto costituzionale: incertezze apparenti e problemi veri, in DP, 2001, 3; AULETTA, *Dal Code Civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2005, 3; BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in EG, XI, Roma, 1989; BALESTRA, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004; BALLETTI, *Le coppie omosessuali, le istituzioni comunitarie e la Costituzione italiana*, in *Rass. DC*, 1996; BARBIERA, *L'umanizzazione del diritto di famiglia*, in *Rass. DC*, 1992; BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, in ED, XVI, Milano, 1967; BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989; BIANCA, *Dove va il diritto di famiglia?*, in *Famiglia*, 2001; ID., *Diritto civile, II, La famiglia. le successioni*, 3^a ed., Milano, 2001; BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2000; BILOTTA, *Ma davvero il matrimonio gay in Italia è inesistente?*, in *personaedanno.it*, 2006, 2; ID., *Matrimonio (gay) all'italiana*, in NGCC, 2006; BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *SIur*, 2000, 10; BONILINI, *Nozioni di diritto di famiglia*, Torino, 1987; BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Milano, 2005; BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in RDC, 2002, I; CARETTI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in DP, 2001, 3; CATAUDELLA, *Coppie omosessuali: legislazioni in ordine sparso*, in *Gdir*, 2004, 3; CECCHERINI, *Il principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale: alcune considerazioni alla luce delle esperienze straniere*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001; COOPER, *La morte della famiglia*, trad. it., Torino, 1971; CUOCOLO, *Famiglia. I) Profili costituzionali*, in EG, XVI, Roma, 1989; D'AGOSTINO, *Le coppie omosessuali, problema per i giuristi*, in I, 1994; D'ANGELI, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, Padova, 2003; DE CICCO, *Convivenza e situazioni di fatto. La tutela delle convivenze: cenni alle esperienze straniere*, in *Tratt. Zatti, I, Famiglia e matrimonio*, Milano, 2001; DE CUPIS, *Famiglia e diritto*, in DFP, 1983; DE LUCA, *La famiglia oggi*, in DFP, 1994; DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, 4, 959; DELLA BIANCA, *I Pacs e la Costituzione*, in *personaedanno.it*, 1, 2006; DI MAJO, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: aspetti giuridici e politici*, in EDP, 2001; DOGLIOTTI, *Transsexualismo (profili giuridici)*, in NN.D.I., App., VII, Torino, 1987; ID., *Per un riconoscimento effettivo della famiglia di fatto. Spunti per una discussione*, in GI, 1980, IV; ENRICH, *La riforma italiana del diritto di famiglia in rapporto alle legislazioni dei Paesi europei*, in RDC, 1985, I; FALZEA, *I fatti giuridici della vita materiale*, in RDC, 1982, I; FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, in *Famiglia*, 2001, 4; FERRARI BRAVO, *La tutela dei diritti in Europa*, in EDP, 2001, 37 ss.; F. FINOCCHIARO, *La legge danese 7 giugno 1989, n. 372, sulla partnership omosessuale registrata*, in DE, 1990, I; ID., *Del matrimonio*, in *Comm. Scialoja, Brancha, sub artt. 79-83*, Bologna-Roma, 1971; ID., *Matrimonio (dir. civ.)*, in ED, XXV, Milano, 1967; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 13^a ed., Napoli, 2007; GIACOBBE, *L'identità sessuale tra diritto e giurisprudenza - diritto sostanziale e strumenti di tutela*, in RTDPC, 1983; GRASSETTI, *Famiglia (dir. priv.)*, in NN.D.I., VII, Torino, 1961; IRTI, *La ragione delle leggi e le leggi della ragione*, in *Rass. DC*, 1980; JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, VIII, Napoli, 1949; LEVINET, *Couple et vie familiale*, in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, a cura di Sudre, Bruxelles, 2002; LIPARI, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in RDC, 1996, I; MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in RTDPC, 1989; MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in ED, XXXIII, Milano, 1983; PATTI, *Transsexualismo*, in *Digesto civ.*, XIX, Torino, 1999; PATTI, WILL, *La giurisprudenza italiana e ... l'Europa (a proposito della rettificazione nei registri dello stato civile)*, in DFP, 1981; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991; POLIDORI, *Convivenza e situazioni di fatto. Rapporti personali*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio* a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, Milano, 2001; PROSPERI, *L'incerto incedere della Corte costituzionale nei confronti della parentela naturale*, in *Rass. DC*, 1991; RESCIGNO, *Famiglia*, in *Enc. It., App.*, IV e V, ora in *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000; ID., *Persona e comunità*, Bologna, 1966; RIZZO, *Il «problema» della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in EDP, 2001; RODOTÀ, *Libertà e diritti in Italia*, Roma, 1997; ROPPO, *Famiglia. III) Famiglia di fatto*, in EG, XIV, Roma, 1989; L.S. ROSSI, *Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario*, in *Quad. Cost.*, 2002, 566 ss.; ROSSI CARLEO, *Nullità della trascrizione delle nozze religiose e matrimonio putativo*, nota a C., 20.5.1976, n. 1808, in GI, 1977, I; RUO, *Riflessioni a margine della giurisprudenza della Corte europea dei diritti*

dell'uomo di Strasburgo e procedimenti di famiglia, in DFP, 2006, 3; RUSCELLO, *La famiglia tra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Familia*, 2001, 3; F. SANTORO PASSARELLI, *Criteri per la riforma del diritto di famiglia*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, III, Padova, 1970, 169 ss.; ID., *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961; SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo: bilanci e prospettive*, Atti del convegno di Verona, 14-15.6.1985, Padova, 1986, 274; SCHLESINGER, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, in *FD*, 2005; STANZIONE, *Profili costituzionali e diritto di famiglia nell'esperienza spagnola*, in DFP, 1984; TRABUCCHI, *Regole di diritto e principi generali del diritto nell'ordinamento comunitario*, in *RDC*, 1991, I; ID., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1973; UCCELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo su alcune tematiche del diritto di famiglia e suo rilievo per la disciplina interna*, in *GI*, 1997, IV; ID., *Matrimonio. D Matrimonio civile*, in *EG*, XXV, Roma, 1989; ID., *Scienze non giuridiche e loro rilievo nel nuovo diritto di famiglia*, in *Probl. Minor.*, 1977; VASSALLI, *Extrastatalità del diritto civile*, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano, 1951; VERTORI, *Il dovere coniugale di contribuzione*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo*, II, Torino, 1997; WASMUTH, *La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso in Germania e l'orientamento giurisprudenziale della Corte costituzionale tedesca*, in *Familia*, 2003.

Sommario: 1. La formulazione dell'art. 9 della Carta. 2. L'istituto del matrimonio fra tradizioni culturali e diritto. 3. Il diritto di sposarsi. 4. Le unioni tra omosessuali. 5. Il diritto di costituire una famiglia.

1. La formulazione dell'art. 9 della Carta

■ La Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione, firmata a Nizza il 7.12.2000, pur non rivestendo ancora efficacia vincolante, assume tuttavia un'importanza straordinaria sul piano interpretativo, sia in relazione alla normativa comunitaria che a quelle nazionali.

A loro volta, i principi in essa contenuti dovranno essere interpretati dai giudici dell'Unione e da quelli degli Stati membri, tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del *Praesidium* della Convenzione che ha redatto la Carta, come espressamente previsto nel *Preambolo della Carta* medesima.

Allo scopo di avvicinare il sistema istituzionale ai cittadini e di costruire un'unione politica fondata su valori condivisi, sono state affrontate, in sede di redazione della Carta, questioni impegnative e di particolare rilevanza come quella relativa alla concezione della famiglia, sulla quale si sono registrate le principali differenze e disomogeneità, che non hanno consentito di individuare comuni punti di riferimento: il caso più evidente è proprio quello dell'art. 9, Carta dei Diritti in commento, che, nel sancire il «diritto di sposarsi e di costituire famiglia», precisa che «il diritto di sposarsi e di costituire famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio», riconoscendo in tal modo che, nella materia del diritto di famiglia, il cammino verso una comune impostazione ed una disciplina unitaria, è ancora lungo ed impervio.

Pertanto, allo stato, l'art. 9, Carta dei Diritti – secondo quanto espressamente affermato nella «spiegazione» anteposta – consisterebbe semplicemente in un «aggiornamento» dell'art. 12, *Convenzione europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali*, il quale esplicitamente afferma che «l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali».

Il suddetto aggiornamento avrebbe lo scopo di «disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia». Inoltre, nella spiegazione medesima si precisa che «l'articolo non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso» e che «questo diritto è pertanto simile a quello previsto dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda».

Una simile premessa appare coerente con gli obiettivi prefissati dall'Unione e ribaditi nella Carta, quali «la salvaguardia e lo sviluppo dei valori comuni, nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa, nonché dell'identità nazionale degli Stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale».

In particolare, l'art. 9, Carta dei Diritti trova i suoi precedenti, oltre che nell'art. 12, *Conv. eur. dir. uomo*, nell'art. 16, *Dichiarazione Universale Diritti dell'Uomo* («Uomini e donne in età adatta hanno il

diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento. Il matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi. La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato») nonché nell'art. 23, **Patto Internazionale sui diritti civili e politici** («La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato. Il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio. Il matrimonio non può essere celebrato senza il libero e pieno consenso dei futuri coniugi. Gli Stati parti del presente Patto devono prendere misure idonee a garantire la parità di diritti e di responsabilità dei coniugi riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e al momento del suo scioglimento. In caso di scioglimento, deve essere assicurata ai figli la protezione necessaria»).

L'art. 9, Carta dei Diritti in esame, eliminando il riferimento agli «uomini» ed alle «donne», contenuto nelle precedenti affermazioni del medesimo principio, ha inteso, dunque, legittimare le normative nazionali degli Stati membri, che accolgono la possibilità di matrimoni o di unioni registrate tra persone dello stesso sesso, aprendo forse la via a futuri sviluppi comunitari in tal senso.

Allo stato, la delicatezza della materia – dominata a lungo dalla religione, da regole morali e di costume – nonché le diverse tradizioni costituzionali, esistenti nei singoli Stati membri, hanno suggerito al legislatore comunitario della Carta dei Diritti, di lasciare che ciascun ordinamento restasse sovrano di scegliere le proprie regole, nell'impossibilità di fornire qualsiasi direttiva.

Ciò nondimeno, non sono mancati **interventi del legislatore comunitario in materia di diritto di famiglia**, sebbene essi siano stati per lo più diretti a garantire le posizioni del gruppo familiare e ad apprestare tutela ai componenti all'interno del gruppo.

Si devono citare, al riguardo, la Conv. Bruxelles 12.9.1962, in materia di riconoscimento della filiazione materna dei figli naturali, la Conv. Strasburgo 24.4.1967 (resa esecutiva in Italia dalla L. 22.5.1974, n. 357), in materia di adozione di mino-

ri, o, ancora, il Reg. CE 29.5.2000, n. 1347/2000, c.d. Bruxelles II, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, per citare gli interventi più importanti.

☞ In tale contesto, va, altresì, posto il collegamento tra l'art. 9, Carta dei Diritti in commento e quello stabilito dal precedente art. 7, **Carta dei Diritti (diritto al rispetto della vita privata e familiare)**, in base al quale non solo viene garantita la protezione dell'individuo dalle ingerenze dei pubblici poteri, ma viene, altresì, promosso l'effettivo rispetto della vita privata e familiare attraverso l'imposizione di obblighi positivi a carico degli Stati membri (C. eur., 9.10.1979, causa Airey c. Irlanda).

Ebbene, anche se appare decisamente prematuro discorrere dell'avvio di un processo di formazione di un diritto europeo della famiglia, non può negarsi l'apertura della Carta dei Diritti al futuro riconoscimento di principi comuni, che potrà avvenire anche attraverso la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte di Giustizia.

2. L'istituto del matrimonio fra tradizioni culturali e diritto

■ L'estrema fluidità della materia dei rapporti di famiglia, secondo la nota definizione dello Jemolo «un'isola appena lambita dal mare del diritto», non ha consentito l'elaborazione di definizioni normative di «famiglia» o di «matrimonio», sia in ambito nazionale sia in ambito comunitario, da cui possano muovere gli studi sui principi giuridici posti a fondamento del diritto di famiglia.

Il riferimento alle **normative nazionali**, contenuto nella norma in commento, impone di richiamare sommariamente i principi sui quali si fonda il diritto di famiglia italiano nonché i problemi giuridici ed interpretativi, originati dal costante ed incessante processo di rinnovamento sociale, che, nel giro di pochi anni, ha condotto a «recidere il rapporto di causalità tra matrimonio e famiglia», come autorevolmente evidenziato nella dottrina.

La Costituzione Repubblicana affronta il problema dei rapporti tra Stato e famiglia nell'art. 29 Cost., il quale afferma che «la Repubblica riconosce i **diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio**», a voler evidenziare il carattere sociale pregiudiziale dell'istituto familiare. Tale norma, che

ha dato luogo ad una vasta produzione giuridica, tuttavia, è stata spesso oggetto di critiche, volte a sottolineare l'intrinseca contraddizione espressa dai due termini: il fatto giuridico del «matrimonio» e la funzione «naturale» della formazione sociale «famiglia».

La disputa sull'esistenza o meno di un tipo «naturale» di famiglia evoca le **pretese giusnaturalistiche** di modelli universali, contrapposti a quelli legali e ad essi preesistenti, ancora dominanti nella materia del diritto di famiglia.

Se, dunque, esistesse un concetto naturale di famiglia, sarebbe da chiedersi quali siano gli elementi che lo caratterizzano, posto che l'unico punto sul quale concordano gli studiosi (dagli storici agli antropologi, ai sociologi, agli economisti e, infine, ai giuristi) è proprio quello della **mutevolezza dell'istituzione famiglia**, sia sotto il profilo delle dimensioni che della funzione che della organizzazione.

Si è affermato che la famiglia corrisponda ad una società naturale in quanto volta a soddisfare le esigenze primarie dell'uomo connesse alla sfera dell'affettività e della riproduzione: tuttavia, si deve osservare, al riguardo, che tutti gli istituti del diritto sono intesi ad appagare bisogni dell'uomo di carattere sociale ed economico, ma non per questo si deve ritenere esistano dei modelli assoluti, universalmente validi, cui il legislatore abbia a fare riferimento.

La norma contenuta nell'art. 29 Cost. corrisponde alla ben precisa scelta dell'Assemblea Costituente, di dare ingresso e, dunque, tutela, nel nostro ordinamento, alla famiglia coniugale, ovvero quella fondata sul «matrimonio», quale unico atto inteso ad attribuire conseguenze giuridiche alle unioni affettive.

☞ Tuttavia, le **profonde modifiche del costume sociale**, intervenute specialmente nel corso degli ultimi decenni, hanno posto la «famiglia» e l'istituto del matrimonio al centro di un ampio e crescente dibattito, che ha condotto ad una rimeditazione dei caratteri giuridici di questa istituzione, che costituisce il nucleo essenziale della società ed alla quale, del resto, è stata attribuita da sempre un'ampia **sfera di autonomia**, ribadita anche dalla Corte europea (C. eur., 17.10.1986), tale che le consenta di attuarsi secondo un programma proprio, che renda possibile lo sviluppo della personalità di ciascun componente.

Senza voler risalire troppo indietro nel tempo – tralasciando perciò le trasformazioni sociali che hanno comportato il passaggio dalla famiglia pa-

triarcale a quella nucleare, la parità tra uomo e donna all'interno della famiglia, l'abbandono del principio della «indissolubilità» del matrimonio con l'introduzione della legge sul divorzio nel 1970 e, soprattutto, l'assoluta equiparazione tra figli nati all'interno e fuori dal matrimonio (c.d. «legittimi» e «naturali»), per usare una terminologia ormai desueta – ci riferiamo principalmente ai mutamenti sociali, ancora in atto, che hanno inciso sulla nuova concezione della «famiglia» rilevante per il diritto, che comprende non solo le c.d. unioni di fatto, ma anche addirittura le convivenze tra parenti (ad es. zio e nipote, nonno e nipote) stabilmente conviventi.

L'ampliamento sul piano sociale del concetto di famiglia ha comportato un conseguente allargamento sul piano giuridico del concetto di famiglia rilevante – sia nelle sedi giurisprudenziali che normative, sia a livello nazionale che comunitario (sul punto, C. Giust. CE, 31.5.2000, n. 122).

Come sempre avviene, il rinnovamento della disciplina giuridica prende le mosse dagli **orientamenti giurisprudenziali della Suprema Corte di Cassazione**, la quale, specialmente nell'ultimo decennio, discostandosi dal modello costituzionale, ha attribuito alla **convivenza *more uxorio*** una rilevanza tale da farla assurgere ad istituto giuridico parallelo a quello della famiglia coniugale e, dunque, presupposto di molteplici effetti giuridici, specialmente con riguardo all'attribuzione di diritti ed obblighi di carattere sia personale che patrimoniale, già riconosciuti ai coniugi, giungendo così a creare un modello di famiglia, che prescinde ormai, per molti versi, dall'istituto del matrimonio, avendo perduto la connotazione conferitale dall'art. 29 Cost.

Le Corti di legittimità e di merito (unitamente alle Corti europee), facendosi interpreti delle istanze sociali in tema di convivenza *more uxorio*, hanno svolto un importante ruolo suppletivo nella materia di cui si tratta (in continuo sviluppo, seppure con fisiologiche oscillazioni), al fine di evitare che, in presenza di un'*affectio* duratura nel tempo, anche se non cristallizzata nell'istituto del matrimonio, i conviventi risultassero sforniti di protezione.

Ne è prova la **vasta produzione giurisprudenziale** – relativa alla materia dell'abitazione (v., al riguardo, C. Cost., 7.4.1988, n. 404), del risarcimento dei danni (C., Sez. III, 29.4.2005, n. 8976; C., Sez. III, 28.3.1994, n. 2988; T. Roma, 9.7.1991), dell'assistenza materiale e morale (C., Sez. III, 29.4.2005,

n. 8976), della collaborazione, coabitazione e contribuzione (T. Bologna, 20.12.2006, n. 2841) nonché dell'assegno di mantenimento (C., 10.8.2007, n. 17643) – volta all'attribuzione di rilevanza giuridica al rapporto di convivenza, sulla base del carattere di **stabilità dell'unione**, con la conseguente **applicazione** analogica di molteplici norme, sia di carattere personale che patrimoniale, relative al rapporto di coniugio. A tal fine, non può tacersi la definizione di famiglia di fatto, offerta dalla costante giurisprudenza, secondo la quale «al fine di distinguere tra semplice rapporto occasionale e famiglia di fatto, affinché alla convivenza *more uxorio* siano riconosciute conseguenze giuridiche, deve tenersi soprattutto conto del carattere di stabilità che conferisce grado di certezza al rapporto di fatto sussistente tra le persone, tale da renderla rilevante sotto il profilo giuridico» (in tal senso, si vedano C., Sez. III, 29.4.2005, n. 8976; C. pen., Sez. IV, 17.2.2005, n. 19349).

■ Del resto, la stessa famiglia coniugale è, ormai da tempo, il risultato di molteplici «forme» di **matrimonio**, ammesse e riconosciute nel nostro ordinamento – matrimonio civile, concordatario e delle confessioni religiose diverse dalla cattolica – che, pure radicalmente diverse per tradizione religiosa e culturale, assurgono, tuttavia, a fattispecie produttive dei medesimi effetti giuridici. *De iure condendo*, è noto il disegno di legge (seppur non approvato) inerente i diritti e doveri dei componenti le famiglie di fatto (**DI.CO.**), sia sotto il profilo dell'assistenza morale e materiale che sotto il profilo dei diritti di successione, nonché ai fini del trattamento previdenziale e pensionistico, laddove per famiglia di fatto si deve intendere «il nucleo familiare formato da coppie non coniugate che convivono stabilmente, con o senza prole, legate fra loro da un' *affectio coniugalis* e da una durezza temporale del rapporto, pur non cristallizzato nel matrimonio». Tale tipo di convivenza, da alcuni denominata «matrimonio di serie B» per la sua limitata produzione di effetti giuridici rispetto al modello coniugale, è stata oggetto di contestazioni sotto molteplici profili, riguardanti sia l'incertezza sugli elementi della fattispecie rilevante per il diritto sia i criteri per la produzione degli effetti giuridici, simili ma non identici a quelli derivanti dal matrimonio. È da rilevare, in proposito, come, a fronte delle istanze libertarie sempre più forti, che spingono verso una sorta di deregolamentazione della fami-

glia ed una progressiva svalutazione dell'impegno matrimoniale, non vi sia una situazione di libertà ma di necessità, giacché un siffatto disegno di legge, una volta approvato, può incidere, ed in effetti incide, in maniera importante sulla sfera di libertà dei singoli, impadronendosi le norme giuridiche di un ambito sinora lasciato nella zona d'ombra dei fatti irrilevanti per il diritto.

3. Il diritto di sposarsi

La disposizione in commento, come accennato, non attribuisce alcun diritto nuovo né stabilisce nuovi principi, ma semplicemente riconduce il diritto di contrarre matrimonio nell'ambito delle **discipline dettate nei singoli ordinamenti**, come del resto già affermato dalla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo (art. 12, Conv. eur. dir. uomo).

☛ Al riguardo, prima ancora della entrata in vigore della Carta di Nizza, la Corte europea, nel ribadire detto criterio per l'individuazione della disciplina applicabile ai singoli casi, ha statuito, tuttavia, che «gli Stati contraenti, nel fissare le condizioni per la celebrazione del matrimonio, non devono introdurre **restrizioni che intacchino la sostanza stessa del diritto**» (C. eur., 18.12.1987).

Dunque, la Corte di Strasburgo, quale interprete e custode dei principi statuiti dalla Convenzione, ha individuato il limite della scelta effettuata dai singoli legislatori nazionali nella incisione sulla «sostanza stessa del diritto»: appare, tuttavia, arduo determinare il confine tra condizioni ammesse e restrizioni vietate, dovendosi preliminarmente individuare l'*ubi consistam* del diritto.

Anche la Corte di Giustizia, nell'affermare lo stesso principio, ha statuito che «una legge che impedisce ad una coppia di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro è contraria all'art. 141 Ce [Trattato di Roma (CE) 25.3.1957]» (C. Giust. CE, 7.1.2004, n. 117).

Nell'ordinamento italiano, in ragione delle tradizioni culturali e religiose che hanno dominato la materia e, dunque, in considerazione delle conseguenze che il vincolo matrimoniale svolge sul piano sociale, personale e giuridico, il legislatore del 1942 ha apprestato una disciplina di particolare **tutela della volontà matrimoniale**, al fine di garantire la piena consapevolezza e la libertà della decisione di contrarre il vincolo: a tal fine, il codice civile, negli artt. da 84 a 90, prevede da parte dei nubendi il

possesto di **taluni requisiti** nonché l'insussistenza di determinati impedimenti.

Innanzitutto, la legge tutela gli incapaci, fissando l'età matrimoniale (art. 84 c.c.), salvo dispensa, al raggiungimento della maggiore età (a differenza della legge francese, che stabilisce un diverso limite di età per l'uomo e per la donna, rispettivamente di 18 e 15 anni) e vietando, altresì, il matrimonio agli interdetti (art. 85 c.c.).

Inoltre, nel nostro ordinamento vige il regime di monogamia, perciò non è ammesso a contrarre matrimonio chi sia già vincolato ad uno precedente (art. 86 c.c.).

Quanto agli **impedimenti**, se ne distinguono due categorie: gli impedimenti c.d. dirimenti, che determinano la nullità del matrimonio (esistenza di un rapporto di parentela, affinità, adozione e affiliazione nonché l'omicidio tentato o consumato sul coniuge dell'altro - artt. 87 e 88 c.c.) e gli impedimenti c.d. impediendi, i quali obbligano a pagare un'amenda (lutto vedovile e omissione di pubblicazione - artt. 89 e 93 c.c.).

La dottrina prevalente, dominata dalle influenze della religione cattolica, che pone la **volontà** al centro della disciplina del matrimonio, tende a considerare illecita qualsiasi condizione intesa ad influenzare la decisione dei nubendi, mentre la giurisprudenza attribuisce maggiore importanza alla **dichiarazione reciproca e contestuale dei futuri coniugi**, tutelando l'affidamento e così limitando i casi di rilevanza della divergenza tra volontà e dichiarazione (v. tra le altre, C., Sez. I, 19.10.2007, n. 22011; C., Sez. I, 2.8.2007, n. 16999; C., Sez. I, 30.5.2003, n. 8764).

Dai requisiti per la valida costituzione del vincolo matrimoniale, dottrina e giurisprudenza distinguono i requisiti indispensabili per la sua stessa esistenza, individuati nella diversità di sesso, nel consenso delle parti e nella celebrazione.

Il diritto di sposarsi comporta, una volta esercitato, il passaggio dalla sfera della libertà a quella della necessità giuridica, ovvero il sorgere di diritti e doveri reciproci, cui i coniugi non possono sottrarsi: la loro autonomia è, infatti, limitata alla decisione di contrarre matrimonio (ed alla scelta del rito), mentre gli **effetti fondamentali del matrimonio** sono disciplinati dalla legge tendenzialmente in maniera inderogabile (art. 160 c.c.).

Ecco perché i coniugi non possono esprimere un consenso condizionato o limitato nel tempo. Essi

possono, tuttavia, decidere di sciogliere il vincolo matrimoniale e far così cessare i doveri reciproci. Il discorso è diverso per quanto riguarda i **figli**, dal momento che i doveri nei confronti di questi ultimi sono ormai del tutto indipendenti dalla sussistenza o meno del rapporto coniugale tra i genitori, il quale non incide minimamente sulla potestà genitoriale né sui diritti dei figli, come riconosciuto ormai sia a livello europeo che negli ordinamenti nazionali (C. eur., 13.6.1979).

Il nostro ordinamento non prevede espressamente, tra i requisiti per contrarre matrimonio, la **differenza di sesso**, tuttavia, tale requisito è ritenuto uno di quelli minimi essenziali affinché possa ricorrere l'istituto stesso del matrimonio, come affermato dalle Corti italiane di legittimità e di merito, di cui si dirà nel prosieguo.

4. Le unioni tra omosessuali

L'evoluzione sociale e culturale degli ultimi decenni ha condotto, come si è detto, ad un ampliamento della nozione di famiglia, alla separazione di quest'ultima dal concetto di matrimonio nonché alla rivendicazione del diritto di sposarsi da parte di soggetti appartenenti allo stesso sesso, sulla base del principio di uguaglianza.

Il tema delle unioni omosessuali è emerso solo poco tempo fa, in ambito europeo, dalla sfera della irrilevanza giuridica, in quanto relativo ad un fatto privato dell'individuo, non ritenuto suscettibile di produrre effetti giuridici.

Diverso è il discorso per quanto riguarda i **transessuali operati**, i quali, avendo modificato il proprio sesso a tutti gli effetti giuridici, sono ammessi a contrarre matrimonio, secondo l'ordinamento italiano, con tutte le conseguenze di legge che ne derivano, secondo la L. 14.4.1982, n. 164, emanata a tutela della integrità psico-fisica.

A tale riguardo, la Corte europea ha ritenuto inizialmente che l'impossibilità per i transessuali di sposare una persona di sesso opposto al loro nuovo sesso (come previsto dalla legislazione inglese), non potesse considerarsi contraria all'art. 12, Conv. eur. dir. uomo, in quanto il diritto di sposarsi riguardava il matrimonio tradizionale tra due persone di sesso biologico differente (C. eur., 27.9.1990, Cossey c. R. Unito); il **riferimento a criteri biologici, per determinare il sesso** di una persona ai fini del matrimonio, rientrava, così, nel potere riconosciuto agli Stati contraenti di regolamentare con legge l'e-

esercizio del diritto di sposarsi. La Corte si fondava, altresì, sul testo dell'art. 12, Conv. eur. dir. uomo interpretato come norma che protegge il matrimonio come fondamento della famiglia.

Successivamente, invece, modificando il proprio orientamento, la Corte europea ha giudicato che «l'impossibilità per un transessuale di contrarre matrimonio con una persona del sesso al quale egli apparteneva prima dell'operazione di cambiamento di sesso, e che dipende dal fatto che, relativamente allo stato civile, essi appartengano allo stesso sesso, dato che la normativa del Regno Unito non permette il riconoscimento giuridico della sua nuova identità sessuale, costituisce una violazione del suo diritto di contrarre matrimonio ai sensi dell'art. 12, Conv. eur. dir. uomo» (C. eur., 11.7.2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*).

Quanto alle **unioni omosessuali**, la spinta propulsiva al loro riconoscimento giuridico in Europa è stata impressa dal Parlamento europeo, mediante le **Risoluzioni del 1994 e del 2000**, dal contenuto meramente programmatico e con effetto non vincolante, con le quali veniva richiesto di garantire «alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso, parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali» (Ris. CE, 16.3.2000). Successivamente, l'art. 9, Carta dei Diritti in commento, attribuendo il diritto di sposarsi senza porre un esplicito riferimento all'uomo ed alla donna, come avveniva nella analoga disposizione della Convenzione europea, ha inteso aggiornare la formulazione del diritto, per includervi i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. L'articolo, tuttavia, non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso, rimettendo ogni decisione in merito ai legislatori nazionali.

In **alcuni Paesi europei**, del resto, sono state emanate, già da tempo, leggi che disciplinano le unioni omosessuali, prima fra tutte cronologicamente quella danese (L. 7.6.1989, n. 372) sulla «*rågistret partnerskab*», che consente una forma di «**registrazione delle unioni omosessuali**, alle quali vengono applicate molte disposizioni già dettate per il rapporto coniugale.

A seguire, molti Stati europei hanno dettato regole volte non solo all'equiparazione di convivenze eterosessuali e convivenze omosessuali (Belgio - 1998, Francia - 1999), ma anche a una tendenziale, più o meno accentuata, equiparazione tra gli effetti delle convivenze registrate e quelli del matrimonio, così in: Danimarca (1989), Norvegia (1983), Svezia (1994); Islanda (1996), Olanda (1998), Germania (2001), Finlandia (2001) Comunità autonome dell'Aragona, Navarra e Catalogna in Spagna, la Scozia nel Regno Unito. Più di recente, i **Paesi Bassi hanno ammesso al matrimonio civile le coppie omosessuali** (2000).

Nell'ordinamento italiano, l'unico caso giurisprudenziale che si registri è quello della richiesta di trascrizione nei registri dello stato civile, di un matrimonio contratto in Olanda, in data 1.6. 2002, da due cittadini italiani dello stesso sesso: di fronte al rifiuto dell'ufficiale dello stato civile, venivano aditi il Tribunale di Latina e, successivamente, la corte d'appello, le quali hanno ritenuto «non suscettibile di riconoscimento un atto che non presenta i caratteri essenziali propri dell'istituto matrimoniale così come disciplinato dal nostro ordinamento e garantito dall'art. 29 Cost.», considerando, pertanto, detto matrimonio radicalmente inesistente, pertanto non trascrivibile nei registri dello stato civile, dal momento che la «diversità di sesso dei nubendi costituisce elemento essenziale per l'identificazione, nel nostro ordinamento, della fattispecie naturalistica posta alla base dell'istituto matrimoniale secondo una concezione, che prima ancora che nella legge, trova il suo fondamento nel sentimento, nella cultura, nella storia della nostra comunità nazionale» (A. Latina, 13.7.2006; T. Latina, decr. 10.6.2005).

La Corte di merito ha rilevato, infatti, come si debba includere tra i requisiti dell'esistenza stessa del matrimonio, ovvero tra gli elementi costitutivi della fattispecie negoziale bilaterale, la **differenza di sesso dei nubendi**, ricavabile direttamente dall'art. 107 c.c., secondo il quale i nubendi devono dichiarare, in un determinato contesto formale, di volersi prendere rispettivamente in «marito» ed in «moglie» (v. C., Sez. I, 9.6.2000, n. 7877; C., Sez. I, 22.2.1990, n. 1304; C., 20.5.1976, n. 1808), distinzione che, del resto, risulta anche da numerose altre disposizioni (ad es., tra gli altri, artt. 108, 143, 143 bis, 143 ter, 156 bis c.c.), ivi compresa quella relativa alla trascrizione del matrimonio nei registri dello stato civile [art. 64, lett. e)].

Tale decisione è stata criticata da alcuni, con riferimento all'art. 12 preleggi, il quale, si è detto, avrebbe

be imposto un'interpretazione evolutiva, anche alla luce delle risoluzioni del Parlamento europeo nonché dell'art. 9, Carta dei Diritti in commento.

È tuttavia, da osservare, al riguardo, come il giudice, dovendosi attenere al dettato della legge, da interpretare sistematicamente, non possa non tener conto delle norme sopra richiamate, le quali pongono alla base dell'atto di matrimonio le dichiarazioni di due soggetti di sesso diverso, ovvero il marito e la moglie: compete, pertanto, al legislatore l'eventuale modifica della disciplina positiva.

I sostenitori del riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali nell'ordinamento italiano, richiamano a fondamento della propria tesi i principi costituzionali consacrati negli artt. 2 e 3 Cost. nonché il diritto inviolabile all'identità personale, affermando che, eventualmente, tali unioni potrebbero essere considerate quali «rapporti parafamiliari», al fine di superare il contrasto con l'art. 29 Cost.

Essi si chiedono se il divieto di ingresso nell'ordinamento ai legami gay sia giustificabile sulla base di principi razionali o dell'utilità sociale oppure sia sorretto da «ragioni particolarmente gravi», atte a giustificare la violazione *prima facie* di un diritto garantito, come affermato anche dalla Corte di Strasburgo (C. eur., 27.9.1999, *Smith and Grady c. Regno Unito*, in *RJD*, 1999-VI; C. eur., 22.10.1981), la quale ha ricollegato tale argomento al rispetto della vita privata e familiare, tutelato nell'art. 8, Conv. eur. dir. uomo, nonché nell'art. 7, Carta dei Diritti (C. eur., 9.10.2003, *Slivenko c. Lettonia*, in *RJD*, 2003-X, § 96).

5. Il diritto di costituire una famiglia

■ Sotto altra prospettiva, si deve rilevare come le vicende della vita incidano sulla composizione del gruppo familiare, dando origine a nuove figure di «famiglia».

Morte, separazione, divorzio, annullamento del matrimonio, nascite fuori dal matrimonio possono condurre alla c.d. famiglia monoparentale, mentre successive unioni generano le c.d. famiglie ricomposte, il cui numero è in costante aumento, a seguito dell'incremento dei divorzi, oltre alle famiglie di fatto, generate da convivenze stabili e durature.

Vi è allora da chiedersi se tali modelli possano considerarsi «famiglie» e possano costituire fattispecie produttive di effetti giuridici, tenendo conto che l'art. 9, Carta dei Diritti in commento attribuisce «il diritto di costituire una famiglia secondo le leggi nazionali che ne regolano l'esercizio» e che la Co-

stituzione italiana «riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio».

Vero è che, anche sulla scorta dei principi affermati nella Convenzione europea e ribaditi nella Carta dei Diritti, la nozione di «famiglia» accolta dal diritto è sempre più ampia ed anzi, **la famiglia c.d. "di fatto"** si è avviata a costituire un vero e proprio istituto giuridico (art. 4, D.P.R. 30.5.1989, n. 223), parallelo a quello della famiglia coniugale e rilevante ad ogni livello della gerarchia delle fonti, dalle norme costituzionali (artt. 2 e 31 Cost.) fino a quelle regolamentari: non possono tacersi, tra le altre, le norme in materia di adozione e affidamento dei minori (art. 6, L. 28.3.2001, n. 149), consultori familiari (art. 1, L. 29.7.1975, n. 405), interdizione ed inabilitazione (art. 5, L. 9.1.2004, n. 6), ordinamento penitenziario (art. 28, L. 26.7.1975, n. 354) e reati commessi all'interno della famiglia (art. 572 c.p.). La convivenza assurge, pertanto, a fattispecie di (sia pur limitati) effetti giuridici, laddove sia dimostrato che essa si fonda su di un'*affectio*, intesa come **serio intendimento di costituire una comunità familiare** a tempo indeterminato, con caratteristiche, quindi, di stabilità.

Pertanto, nell'ambito della tripartizione tra convivenze «provvisorie, forzose, calcolate», come affermato in dottrina, soltanto queste ultime possono rivestire i caratteri della convivenza giuridicamente rilevante, dovendosi considerare «calcolate» anche le convivenze che danno luogo alle c.d. **famiglie ricomposte**, ovvero quelle i cui componenti provengano da altre esperienze familiari.

Nei confronti della «famiglia di fatto» la dottrina ha assunto diversi orientamenti: dalla proposta di estendere ad essa la disciplina prevista per la famiglia coniugale, alla tesi secondo cui essa dovrebbe essere lasciata totalmente alla privata autonomia dei conviventi, passando per molte soluzioni intermedie.

Del resto, non può tacersi che la convivenza (tra eterosessuali non parenti) sia il frutto di una scelta ben precisa, ovvero il rifiuto della produzione degli effetti giuridici che la legge ricollega all'atto del matrimonio, desiderando che essa resti in quella zona di irrilevanza giuridica, di cui fanno parte generalmente gli aspetti privati della vita degli individui, i quali, sol che lo vogliano, possono conferire giuridicità alla loro unione mediante la celebrazione del matrimonio.

MARIA BARELA