

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

SCUOLA DI DOTTORATO

Scienze giuridiche

DIPARTIMENTO

Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

CURRICULUM / CORSO DI DOTTORATO

curriculum di diritto costituzionale

XXVI ciclo

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

Le famiglie italiane e la Costituzione repubblicana.

Storia controversa di una “società naturale”.

IUS/08

Dott.ssa Debora MIGLIUCCI

TUTOR

Chiar.ma Prof.ssa Marilisa D'AMICO

COORDINATORE DEL DOTTORATO

Chiar.ma Prof.ssa Lorenza VIOLINI

A.A. 2012/2013

Indice

<i>Introduzione</i>	<i>p.....5</i>
<i>Capitolo 1. Famiglia e matrimonio: una difficile definizione storico giuridica</i>	<i>.....9</i>
1. L'orizzonte culturale dei costituenti la famiglia come oggetto di analisi e di definizione storica	<i>.....9</i>
1.1. Le famiglie nella storia	<i>.....12</i>
1.2. Fuori dalla storia: nubili e omosessuali	<i>.....22</i>
2. Famiglia e matrimonio dalla Costituente alla riforma del 1975: la famiglia come oggetto di analisi e definizione giuridica	<i>.....24</i>
2.2. La difficile attuazione dell'art. 29 Cost.	<i>.....35</i>
2.3. Il 1975 uno spartiacque della definizione storico giuridica della famiglia?	<i>.....41</i>
<i>Capitolo 2. Diritto, società e potere: la presunta uguaglianza dei coniugi</i>	<i>.....45</i>
1. Per una parità dei coniugi: diritti del singolo o diritti della famiglia?	<i>.....46</i>
1.1. L'evoluzione dell'interpretazione costituzionale	<i>.....50</i>
2. Nel nome del marito: il caso del cognome familiare	<i>.....55</i>
2.1. La querelle sulla trasmissione del cognome tra diritto, parlamento e società	<i>.....61</i>
2.1.1. Il punto di vista del diritto: uguaglianza, unità della famiglia e identità personale	<i>.....63</i>
2.1.2. Il dibattito parlamentare e il comun sentire	<i>.....70</i>
2.2. Quale cognome? Uno sguardo transnazionale	<i>.....75</i>
3. I riflessi della famiglia diseguale sulla società: discriminazione sul lavoro e violenza domestica come profili lesivi della parità dei coniugi	<i>.....80</i>
3.1. La disuguale distribuzione delle "fatiche" familiari: il nesso famiglia-lavoro	<i>.....82</i>
3.1.1. L'evoluzione del diritto tra Legislatore e Corte costituzionale	<i>.....85</i>
3.1.2. Il dibattito culturale: moglie, marito, casalinga e casalingo, mamma e "mammo"	<i>.....88</i>
3.2. La violenza domestica come discriminazione in base al genere: il nesso famiglia-violenza	<i>.....90</i>
3.2.1. Lo scenario internazionale e comunitario	<i>.....92</i>
3.2.2. Il dibattito sul «femminicidio»: nuove ipotesi legislative	<i>.....94</i>
3.3. Per concludere: verso il raggiungimento della parità	<i>.....97</i>

<i>Capitolo 3. La famiglia nel diritto e le famiglie senza diritto: sesso, genere e dimensione affettiva</i>101
1. Famiglie nella realtà sociale e nel diritto tra libere scelte e divieti101
1.1. La società: per una definizione non mitologica della famiglia101
1.2. Gli attori del diritto: giurisprudenza costituzionale, dottrina e parlamento104
1.3. Tre quesiti alla prova dei fatti115
2. Per il “matrimonio omosessuale” in Italia116
2.1. La famiglia, un diritto ma non per tutti: il dialogo tra Corte costituzionale e corti sovranazionali116
2.2. Tra biologia e anagrafe: il “matrimonio omosessuale” nella giurisprudenza italiana (1980-2013)123
2.3. La dottrina: tra paladini dell’uguaglianza e difensori della famiglia133
2.4. La Corte costituzionale e la sentenza 138 del 2010139
2.4.1. L’interpretazione originalista145
2.4.2. La parità tra i sessi e la potenzialità riproduttiva146
2.5. Opinioni in parlamento e comun sentire148
2.5.1. Un falso universalismo148
2.5.2. L’immaginario pubblico tra “parere degli esperti” e “società civile”154
2.6. Registri civili: i diritti si fermano in città157
3. «On gay marriage, Italy increasingly alone»159
3.1. Omosessuali al di là delle Alpi162
4. Per concludere: alla ricerca di un bilanciamento tra principi da difendere e diritti da conquistare166
4.1. La prospettiva di un diritto laico166
4.2. Quali soluzioni legislative167
4.3. Possibili sviluppi giurisprudenziali169
4.4. Il matrimonio per tutti170
<i>Bibliografia</i>172

Introduzione

La famiglia è ancora oggi la cellula che organizza la compagine antropica, non è il diritto a definirla, ma l'indole e il comportamento del genere umano. Ha mutato funzione, composizione e regole interne - come si è tentato di dar conto nel primo capitolo - ma non è mai venuta meno, non si è mai estinta.

Proprio per la sua natura cangiante, la famiglia è spesso stata lo specchio dello Stato e della società in un dato momento storico: fondata su rigide leggi patrimoniali e di ceto in età moderna; basata sulla soggezione delle donne al capo famiglia fino a pochi decenni fa; dispotica o democratica a seconda dell'evoluzione civile di un popolo; interprete delle tensioni tra i sessi e tra le generazioni nel secolo da poco trascorso; è di questi tempi protagonista di una ridefinizione globale, che produce una tensione tra tradizione e modernità, tra filosofia e diritto, tra politica nazionale e panorama internazionale.

È una società naturale, poiché esiste al di là delle norme che le attribuiscono significato giuridico e che non sono sufficienti, tuttavia, a definirla¹, e, non per caso, da questo assunto prese l'abbrivio il dibattito in Assemblea costituente.

Il diritto nella sua funzione definitoria e ordinatrice delle dinamiche familiari ha giocato spesso un ruolo conservatore, traducendo in norma dinamiche sociali in atto o sancendo con ritardo mutamenti già avvenuti. È quanto si può cogliere dalle tematiche

¹ «La grammatica dei diritti è certamente povera, non ci consente di narrare tutto di noi nel mondo. E tuttavia dovremmo ormai avere appreso che i diritti, pur nella loro inevitabile parzialità quando si vuole descrivere una persona nella sua interezza, sono un nucleo duro che non può essere scalfito senza negare la nostra stessa umanità». S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 9.

analizzate nel secondo capitolo e riferibili alla sfera della parità tra i coniugi all'interno della famiglia. Parità a lungo rinviata o mal concepita dal dibattito dottrinale, dalle sentenze della Corte costituzionale e dalla lentezza con cui il parlamento ha dato attuazione ai principi costituzionali, e infine raggiunta tardivamente e non nella sua completezza, come testimoniato anche dalla recentissima sentenza della Corte di Giustizia sul cognome materno².

Scrivendo Norberto Bobbio «che i diritti dell'uomo, per fondamentali che siano, sono diritti storici, cioè nati in certe circostanze» e «che i diritti non nascono tutti in una volta. Nascono quando devono o possono nascere»³.

Questo ci porta al tema affrontato nel terzo capitolo, che prende in considerazione il rapporto tra la famiglia e l'unione omosessuale. La richiesta delle coppie omosessuali di vedere riconosciuta la propria intesa è, infatti, circostanza piuttosto recente e l'esistenza stessa di queste coppie obbliga il giurista a interrogarsi sulla loro titolarità ad avere diritti, fino ad oggi, attribuiti esclusivamente agli eterosessuali.

La comunità giuridica è in quest'ambito incaricata di discutere e suggerire la forma legislativa più consona ai principi costituzionali che ispirano l'ordinamento - e rispetto alla quale rimando per le mie convinzioni alle conclusioni del terzo capitolo - ma non può esimersi dall'ipotizzare una soluzione, per non fare della regola giuridica un «puro vincolo», anziché il «consolidamento di spazi di libertà e di opportunità»⁴.

Utile ricordare il ruolo che nella ridefinizione dell'intero catalogo dei diritti e delle discriminazioni giocano le norme internazionali, comunitarie e pure il diritto comparato, e di cui si dà conto nello svolgersi del ragionamento all'interno dei singoli capitoli.

La metodologia utilizzata in questa tesi di ricerca intende raccogliere la sfida dell'interdisciplinarietà caratteristica predominante dei *Gender Studies*, e per questo le fonti del diritto, e quella costituzionale in primis, vengono analizzate nella duplice veste di produttrici e al tempo stesso di prodotto del processo di evoluzione della famiglia. Il

² Con la sentenza Cusan e Fazzo c. Italia (77/07) del 7 gennaio 2014, la Corte di Giustizia ha condannato l'Italia per violazione del diritto di non discriminazione tra i coniugi e ha invitato il Parlamento a modificare la pratica di trasmissione del cognome, considerata «eccessivamente rigida e discriminatoria verso le donne». Il Consiglio dei ministri ha però approvato un disegno di legge (11 gennaio 2014) che sembra non andare verso la parificazione dei coniugi con lo stabilire che ci debba essere accordo tra i genitori sull'aggiunta del cognome materno, lasciando di fatto potere di veto al padre.

³ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, pp. XIII e ss.

⁴ S. Rodotà, *op.cit.*, p. 6.

presente lavoro si inserisce, pertanto in quel fronte di studi che ricerca soluzioni aperte e condivise e improntate a «un metodo laico nella tutela dei diritti»⁵.

Il testo segue un andamento cronologico e tematico, e assume come perno la cesura imposta dall'Assemblea costituente, nella scelta consapevole di dare rilievo costituzionale alla famiglia, passando per l'attuazione dei principi costituzionali, che si è compiuta attraverso l'opera di tutti gli attori del diritto (della Corte costituzionale, giurisprudenza comune, dottrina, corti europee e internazionali e legislatore) e ricostruendo infine le proposte interpretative dell'articolo 29 Cost. alla luce delle sfide della modernità.

Non essendo possibile un'analisi di tutti i temi che coinvolgono a vario titolo la materia della famiglia, il taglio di questo lavoro si concentra sugli aspetti che prendono in considerazione i rapporti orizzontali e presentano a mio avviso elementi comuni: la parità tra i coniugi e la questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Non vengono pertanto toccati altri importanti aspetti, ad esempio quello riguardante la filiazione e il rapporto a lungo intercorso tra figli naturali e legittimi⁶ – se non in subordine alla questione del genere e dell'orientamento sessuale.

La tesi di fondo di questa ricerca si basa sulla convinzione che il dibattito giuridico sulla parità tra uomini e donne e, quello più recente, sulle unioni omosessuali presenta diversi punti di connessione, spesso richiamati nel testo, e l'adesione a un medesimo paradigma che possiamo definire “maschile” ed “eterosessuale”.

Entrambi i casi prendono avvio dalla possibilità di includere in condizione di parità, chi è stato storicamente omissso o non riconosciuto come titolare di un diritto. Pure i termini con cui si è giustificata l'esclusione delle donne da alcuni diritti e si giustifica quella delle coppie omosessuali dall'accesso al matrimonio, rimandano a comuni denominatori: la natura, l'*intentio legislatoris* e una lettura combinata delle norme del codice civile.

L'esclusione delle donne dal suffragio e la loro soggezione al marito furono giustificate, fino a XX secolo inoltrato, come naturali e implicite, tanto da non essere dichiarate dallo Statuto albertino, ma solo sancite da un apparato di norme del codice

⁵ M. D'Amico, *I diritti contesi*, Franco Angeli, Milano, 2008.

⁶ Distinzione di stato giuridico non più in essere dopo la legge 219 del 2012.

civile, che interpretate congiuntamente non vietavano, ad esempio, ma non includevano le donne dal godimento dei diritti politici.

In modo analogo – seppur in un contesto costituzionale mutato – gli oppositori della regolamentazione delle unioni tra persone dello stesso sesso utilizzano il concetto di famiglia naturale, l'*intentio legislatoris*, e il codice civile per negare la possibilità di estendere agli omosessuali il diritto ad avere una famiglia. E, ancora, il richiamo all'unità familiare, all'interesse superiore della famiglia, e, non da ultimo, il benessere dei figli sono stati, prima, i grimaldelli utilizzati per mantenere la disuguaglianza di genere all'interno della famiglia e, ora, per non riconoscere una discriminazione in base all'orientamento sessuale e un privilegio a vantaggio dell'eterosessualità.

Come ho tentato di ricostruire, infatti, la famiglia nasce su un principio di complementarità dei sessi, che giustificava la sottomissione femminile e il predominio maschile. La differenza sessuale dei nubendi era implicita in tale costruzione gerarchica. Oggi, venuti meno i presupposti culturali e ideologici, che sorreggevano la teoria della complementarità, può essere, a mio avviso, superata anche quella dell'eterosessualità.

A questi temi, prendendo spunto dalla storia e dall'evoluzione del diritto, sono dedicate le riflessioni che seguono, nella consapevolezza di non poter scrivere nulla di definitivo su un tema in continua evoluzione sociale e legislativa.

Capitolo 1.

Famiglia e matrimonio: una difficile definizione storico giuridica

Sommario: 1. *L'orizzonte culturale dei costituenti: la famiglia come oggetto di analisi e di definizione storica.* 1.1. *Le famiglie nella storia.* 1.2. *Fuori dalla storia: nubi e omosessuali.* 2. *Famiglia e matrimonio dalla Costituente alla riforma del 1975: la famiglia come oggetto di analisi e definizione giuridica.* 2.2. *La difficile attuazione dell'art. 29 Cost.* 2.3. *Il 1975 uno spartiacque della definizione storico giuridica della famiglia?*

«non rinvio a un'immagine fotografica della famiglia, bensì a una visione cinematografica di essa»⁷.

1. L'orizzonte culturale dei costituenti: la famiglia come oggetto di analisi e di definizione storica

Le dottrine filosofiche e religiose ancor prima dei codici si sono preoccupate di definire la famiglia secondo criteri e finalità peculiari.

In riferimento alla tradizione Enrico Besta scriveva che «i giuristi stessi si trovarono impacciati nel definire la famiglia. Accanto a quelli che sulle tracce romane la ritenevano composta dai sottoposti al medesimo impero od alla medesima potestà, ve ne furono di quelli che la definirono come il complesso delle persone viventi nella medesima casa»⁸.

Fin dal Settecento, quando l'avanzata dello Stato moderno cominciava ad erodere il monopolio della Chiesa cattolica, il fenomeno famiglia divenne un oggetto di analisi: filosofi, teologi, statisti e giuristi delinearono i confini della famiglia rivelando differenti visioni della società. La sociologia classica, in particolare, ha proposto visioni alternative senza pervenire tuttavia a una teoria esauriente e generalizzante del fenomeno⁹.

⁷ T. Mancini, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 225.

⁸ E. Besta, *La famiglia nella storia del diritto italiano*, Giuffrè, 1962, p. 33.

⁹ M. Miano, *La famiglia nel pensiero dei sociologi classici*, Franco Angeli, Milano 2011.

Se per Hegel la famiglia era un organismo etico fondato sull'amore e finalizzato a preparare ed educare dei buoni cittadini¹⁰, per i socialisti utopisti era piuttosto un'aggregazione borghese che si reggeva sullo sfruttamento delle donne da parte degli uomini e «che vincolava la trasmissione della proprietà, cristallizzando i rapporti sociali»¹¹. Gli utopisti, prima, e le teorie marxiste, poi, presagirono quindi il superamento della famiglia con un nuovo ordine basato sull'amore, sulla liberazione delle donne e sulla fine del dispotismo paterno sui figli¹².

Alla fine dell'Ottocento, nel campo del socialismo si facevano strada due posizioni differenti e antitetiche, l'una ispirata da Fourier, paritaria e rivoluzionaria¹³, e l'altra, di origine proudhoniana, fondata sulla divisione sessuata dei ruoli all'interno della famiglia¹⁴; e la dottrina sociale della Chiesa cristallizzava la famiglia come società retta sulla patria potestà, preesistente allo Stato e basata su diritti e doveri «naturali»¹⁵.

La questione della differenza tra i sessi era posta e nella maggior parte delle riflessioni veniva risolta creando e giustificando per mezzo della "ragione" gerarchie a vantaggio maschile¹⁶.

¹⁰ «Compito dei genitori, infatti, e fine principale della famiglia, è quello di portare i figli fino all'età della ragione, ovvero l'età in cui potranno essere cittadini». (C. Mancina, *Differenze nell'eticità. Amore, famiglia, società civile in Hegel*, Guida editori, Napoli 1991).

¹¹ F. Imprenti, *Utopia e realtà della famiglia socialista*, in M. Ridolfi, a cura di, *L'orizzonte del socialismo. Tra Imola e l'Europa* (Atti del Convegno per le celebrazioni del centenario della morte di Andrea Costa, Imola, 7-8 maggio 2010), in corso di stampa.

¹² Per un approfondimento sulla famiglia nel socialismo si vedano F. Imprenti, *Utopia e realtà della famiglia socialista*, cit.; M. Casalini, *La famiglia socialista. Linguaggio di classe e identità di genere nella cultura del movimento operaio*, in «Italia contemporanea», n. 241, dicembre 2005; S. Musso, *La famiglia operaia*, in P. Melograni, a cura di, *La famiglia italiana dall'Ottocento ad oggi*, Laterza, Roma-Bari, 1988, pp. 195-213.

¹³ «Fourier avanza istanze di portata rivoluzionaria. Così la liberazione della donna dalla secolare subordinazione personale e sociale all'uomo, un'istanza che nasce anzitutto dal riconoscimento di uguaglianza di natura tra i due sessi, arditamente postulato in un momento in cui molte delle intelligenze più aperte condividevano il pregiudizio della sua inferiore natura». (A. Colombo, C. Quarta, *Il destino della famiglia nell'utopia*, Dedalo edizioni, Bari, 1991, pp. 269-270).

¹⁴ Pierre Joseph Proudhon si distinse per un pensiero ferocemente antifemminista, che separava i destini di uomini e donne e confinava quest'ultime all'interno delle mura domestiche con l'affermare che «il regno della donna e tra le mura domestiche». P. J. Proudhon, *La pornocrazia o le donne nei tempi moderni*, Dedalo edizioni, Bari, 1979, p.24. Si veda anche A. Anteghini, *P.J. Proudhon e il dibattito sul ruolo delle donne*, in G. Conti Odorisio, a cura di, *Salvatore Morelli (1824-1880). Emancipazionismo e democrazia nell'Ottocento europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1993, pp. 317-329.

¹⁵ «Per legge inviolabile di natura incombe al padre il mantenimento della prole. [...]Come la convivenza civile così la famiglia, secondo quello che abbiamo detto, è una società retta da potere proprio, che è quello paterno». (Cfr. *Enciclica Rerum Novarum*, 1891).

¹⁶ Un'analisi della costruzione filosofica della differenza sessuale è contenuta in G. Fraisse, *Dalla destinazione sociale al destino. Storia filosofica della differenza tra i sessi*, in G. Duby, M. Perrot, a cura di, *Storia delle donne. L'Ottocento*, Laterza, Roma-Bari, 1991, pp. 89-123.

Anche i regimi totalitari che si svilupparono in Europa nel XX secolo, di qualunque colore essi fossero, tentarono di controllare le relazioni familiari e le tipologie di famiglia con lo scopo principale di aumentare la natalità. Sia la Germania nazista sia l'Italia fascista adottarono misure per incoraggiare i matrimoni e le nascite¹⁷, e contemporaneamente radicalizzarono la divisione dei compiti in base al sesso favorendo l'espulsione delle donne sposate dal mercato del lavoro retribuito¹⁸. Perfino l'Unione sovietica, la cui Costituzione aveva introdotto per prima l'uguaglianza tra i sessi, conobbe negli anni Trenta la restaurazione della famiglia "tradizionale" con l'esaurirsi della spinta ideale rivoluzionaria¹⁹.

Nel disegno dei dittatori «le famiglie dovevano essere gli elementi costitutivi di una società ordinata, irreggimentata, sana e perfino gioiosa. E tuttavia non era una società civile»²⁰. Ci riusciranno solo parzialmente perché, da sempre, le famiglie nascono e prendono forme proprie nonostante le leggi.

In altre parole accanto, quando non in antitesi, alla volontà del legislatore si è sviluppato quello che Paolo Ungari ha definito il «diritto dei privati», ovvero l'emergere di pratiche, costumi e strategie che le famiglie hanno adottato nel tempo e che ci restituiscono il senso della discontinuità pur nella permanenza degli istituti giuridici²¹.

Se passiamo, infatti, dal piano delle idealità a quello della concretezza scopriamo che la famiglia nella storia non è mai stata uguale a se stessa se non per una delle finalità, che è tutt'ora presente ma non più assoluta, quella di «assicurare la riproduzione biologica e sociale della società»²².

¹⁷ Il fascismo intendeva il matrimonio come unione esclusiva ai fini della procreazione. Si veda Camera dei deputati, *Ricerca sul diritto di famiglia*, Quaderni di studi e legislazioni, 1969, pp. 85ss.

¹⁸ Servano a esempio la tassa sui celibi introdotta in Italia nel 1926 e i sussidi economici per le donne che "sceglievano" di non lavorare per dedicarsi ai figli approvati in Germania nel 1933. Nella Germania nazista il controllo del corpo delle donne si spinse verso lidi disumani collegandosi con l'antisemitismo e la teoria della purezza della razza ariana.

¹⁹ F. Navailh, *Il modello sovietico*, in G. Duby, M. Perrot, a cura di, *Storia delle donne. Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1992, pp. 270-299; A. Blume, *Famiglie socialiste?*, in M. Barbagli, D. I. Kerzer, a cura di, *Storia della famiglia in Europa. Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari 2005, pp. 290-338.

²⁰ P. Ginsborg, *Le politiche sulla famiglia dei grandi dittatori*, in M. Barbagli, D. I. Kerzer, a cura di, *Storia della famiglia*, cit., p. 286.

²¹ *Storiografia giuridica e famiglia moderna*, in P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia 1769-1975*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 33-52. Discontinuità che emerge, ad esempio, dagli studi sulla dote e sui beni femminili nell'Italia del XVII secolo, che evidenziano come le donne possedano beni ereditari oltre che dotali nonostante gli statuti delle città le escludano dalla successione. (cfr. R. Ago, *Oltre la dote: i beni femminili*, in A. Groppi, a cura di, *Il lavoro delle donne*, Laterza, 1996, pp. 164-182).

²² F. del Singly, V. Cicchelli, *La famiglia contemporanea. Riproduzione sociale e realizzazione dell'individuo*, in M. Barbagli, D. I. Kerzer, a cura di, *Storia della famiglia*, cit., p. 429.

Tutto il resto è mutato nel tempo: le definizioni, i confini, gli scopi, i modi di formazione e di scioglimento, i ruoli di padre e di madre, l'attenzione verso i figli, i metodi per riprodursi o controllare le nascite, il concetto e l'importanza attribuita al matrimonio, ed è attorno a questi dati che si sono modificate le norme giuridiche e le politiche sociali. Nessuno di questi elementi si è sviluppato in modo neutrale in rapporto al genere, alle generazioni, all'orientamento sessuale e alla struttura economica e sociale.

È utile tenere in conto la complessità e la variabilità dell'istituzione famiglia nella storia per meglio comprendere l'orizzonte culturale e giuridico dei costituenti, sovente richiamato dalle interpretazioni originaliste, e verificare il modello dal quale vollero discostarsi e la transitorietà delle tipologie di famiglia da cui trassero ispirazione.

1.1. Le famiglie nella storia

Fino alla metà del Settecento la famiglia è stata lo strumento principale di trasmissione del patrimonio e della proprietà²³, da questo concetto utilitaristico si affrancò solo con la scoperta dell'intimità e del sentimento in epoca moderna²⁴; dall'Ottocento i codici d'ispirazione napoleonica tratteggiarono invece una famiglia di tipo patriarcale²⁵, alla fine della seconda guerra mondiale, poi, prevalse la tutela costituzionale della famiglia coniugale e democratica; oggi, gli albori del nuovo secolo segnano il passaggio dalla famiglia "tradizionale" alla pluralità delle famiglie. Questo potrebbe essere il percorso storico della famiglia ricostruito per slogan e macro definizioni, un percorso però non lineare, fatto di eccezioni e continuità nei passaggi epocali tra un modello e l'altro. D'altro canto il concetto stesso di famiglia tradizionale

²³ La famiglia dal medioevo al Settecento è definita da un insieme di istituzioni di cui la più importante è la successione. Il diritto della famiglia era quello che regolava il buon passaggio e la conservazione della ricchezza tra i suoi componenti attraverso il fedecommesso (da un capo famiglia all'altro) e la dote (dalla famiglia della moglie ai figli) e così facendo influiva sulle pratiche matrimoniali e i destini alternativi al matrimonio per secondogeniti e figlie.

La famiglia fondata sul patrimonio consolidava l'ordine sociale basato sulla divisione in ceti ed fu superata solo con la fine di quell'ordine stesso. Delle strategie matrimoniali si occupa O. Hufton, *Donna, Lavoro e famiglia*, in G. Duby, M. Perrot, a cura di, *Storia delle donne. Dal Rinascimento all'Età moderna*, Laterza, Roma-Bari, 1991, pp. 15-52.

²⁴ G. Fraisse, *Dalla destinazione sociale al destino*, cit.

²⁵ La famiglia che si impone con i codici di ispirazione napoleonica si regge sulla sottomissione e l'obbedienza della moglie al marito e sull'introduzione dell'autorizzazione maritale (articoli 212, 213, 214, 215, 217 codice civile del 1804). Sul tema di veda tra gli altri, P. Ungari, *Il diritto di famiglia in Italia. Dalle costituzioni giacobine al codice civile del 1942*, Il Mulino, Bologna 1970.

non può che mutare nel tempo, tant'è che definisce sempre l'ultimo modello in via di superamento.

Se il Novecento è stato senza dubbio il secolo che ha portato le maggiori trasformazioni in ambito familiare, tanto da ridefinirne i confini, non sempre il diritto ha tenuto il passo della complessità²⁶.

Uno storico del diritto, Paolo Passaniti, scrisse a questo proposito che il «diritto di famiglia non è mai contenuto soltanto nella legge, in quanto inscindibile dal costume, dal tempo storico, come espressione di quella fattualità dell'agire umano che talvolta precede il “giuridico”, costringendolo ad adeguarsi ad essa»²⁷.

Occuparsi del tema della famiglia non permette quindi di circoscrivere il recinto dell'analisi alle definizioni giuridiche o alle sole relazioni che si instaurano tra i componenti. Lo sguardo deve essere più ampio e trarre spunto da tutte le scienze sociali, affinché si colgano gli elementi di continuità e di rottura che sovente sottintendono la separazione tra norme e realtà, e si restituisca la complessità dell'oggetto di analisi²⁸.

Le principali novità che si sono succedute nel corso di secoli ruotarono attorno alle differenti finalità attribuite al “fare famiglia” e circa le mutevoli composizioni del nucleo identificato come famiglia; novità che contribuirono come in uno specchio a definirne sia l'oggetto sia il ruolo che uomini, donne, generazioni e politiche statali hanno avuto nel perseguire obiettivi. La cultura e la prassi, in aggiunta alle regole, hanno delineato, quindi, i contorni del significato di famiglia. In tale contesto il diritto è al tempo stesso produttore e prodotto del processo storico di evoluzione della famiglia.

Le modalità di costituire una famiglia nella storia hanno trovato una maggiore continuità, almeno fino agli anni Settanta del Novecento: il matrimonio costituì, infatti, per lungo tempo - ma non dal principio²⁹ - lo strumento culturale e giuridico che

²⁶ Sul tema si veda anche M. D'Amico, *I diritti contesi*, cit.

²⁷ P. Passaniti, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della “società coniugale in Italia”*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 2.

²⁸ Analizzando questioni ancora aperte che hanno a tema la famiglia così scrive A. Spadaro «visto il carattere molto delicato e coinvolgente del tema, la *contaminazione*, o *influenza*, fra settori di studio diversi sembra invece esito quasi inevitabile e costituisce – come del resto in altri settori di confine (bioetica) e comunque socialmente sensibili (*political questions*) – un rischio accettabile». (Cfr. A. Spadaro, *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa- o serve una legge di revisione costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it, 9 settembre 2013).

²⁹ La celebrazione religiosa si impose, in verità, con il concilio di Trento, fino ad allora il matrimonio poteva dirsi valido anche senza la presenza di un sacerdote ed era sufficiente il consenso dei coniugi. Tale pratica però non è da interpretare come una laicizzazione del matrimonio ma piuttosto come «la

definiva l'esistenza di una famiglia. Tuttavia, pur nella sua persistenza, ha assunto nella storia connotati differenti, ad esempio, i Romani non lo considerarono mai perenne³⁰ e inoltre fino alle codificazioni di fine Settecento³¹ fu esclusivamente un sacramento religioso e per molto tempo ancora l'unico vincolo legittimo per formare una famiglia, tanto che i figli nati fuori da esso non avevano status ed erano bollati come illegittimi³². Per quanto le convivenze esistessero pure in passato assumevano un significato differente, non godevano innanzitutto del favore sociale e si sviluppavano tra le fasce più povere della società, braccianti e operai non per scelta ma per mancanza di mezzi economici.

In età moderna l'unione tra coniugi fu spesso combinata dalle famiglie e aveva una destinazione esclusivamente funzionale e differenziata per estrazione sociale: conservazione dinastica e patrimoniale per le classi alte³³, costruzione di un'unità produttiva per le famiglie contadine. Nel corso degli ultimi due secoli emersero, invece, importanti novità che ne trasformarono finalità e sistema di valori, tra queste: la scoperta dei sentimenti, l'irrompere delle individualità, la mobilità sociale.

Inoltre, al contrario di quanto si è portati a credere in un'epoca di "crisi" della stabilità di coppia, il mito del matrimonio lungo e duraturo fu circoscritto alle sole generazioni nate all'inizio del Novecento e fu collegato, peraltro, all'aumento delle aspettative di vita. Fino al XIX secolo i matrimoni avevano durata minore e, in assenza di divorzio, la prima causa di scioglimento era la morte di uno dei coniugi³⁴.

dimostrazione della potenza di una religiosità che si respira nell'aria [...] senza neanche avere il bisogno di materializzarsi in una cerimonia terrena». (P. Passaniti, *Diritto di famiglia e ordine sociale*, cit., pp. 46-47).

³⁰ E. Besta, *La famiglia nella storia*, cit., p. 67.

³¹ Il primo codice a introdurre il matrimonio civile sul territorio italiano fu quello emesso da Giuseppe II con l'editto matrimoniale del 1783; analoga soluzione fu adottata in Toscana da Pietro Leopoldo nel 1790. Per una ricostruzione storica, si veda A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano 2005. Pochi anni dopo fu la Francia rivoluzionaria ad abbattere l'ordine su cui si reggeva la società e specularmente quello su cui si improntava la famiglia, con l'approvare delle leggi che definivano il matrimonio solo civile, introducevano il divorzio e equiparavano figli naturali e legittimi, tuttavia non portavano all'uguaglianza tra i sessi. Sul tema si veda quanto scritto in G. Bonacchi, A. Groppi, *Il dilemma della cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari, 1993.

³² M. de Giorgio e C. Klapisch Zuber, a cura di, *Storia del matrimonio*, Laterza, Roma-Bari, 1996; D. Lombardi, *Storia del matrimonio dal Medioevo ad oggi*, Il Mulino, Bologna, 2008.

³³ Uno strumento per il passaggio del patrimonio era costituito dalla dote che le spose "trasportavano" dalla famiglia paterna a quella maritale. Si trattava di beni inalienabili che costituivano il collegamento tra casati. Sul patrimonio femminile si veda, R. Ago, *Oltre la dote: i beni femminili*, cit.

³⁴ L'aspettativa media di vita in Italia fino agli anni Trenta era di 51 anni per gli uomini e di 54 per le donne. Si vedano le analisi demografiche in *Introduzione*, in M. Barbagli, D. I. Kerzer, a cura di, *Storia della famiglia*, cit., pp. 36-37.

Perfino l'idea del matrimonio "universale" si è realizzata solo negli anni Cinquanta del secolo scorso quando le percentuali di nubili e celibi è scesa a livelli da record³⁵, fino ad allora sposarsi era una delle possibilità, non una delle certezze³⁶.

Anche la percezione del matrimonio è cambiata nel tempo; fino a quarant'anni fa si basava sul concetto di status, e non di contratto³⁷, portava con sé diritti e doveri, giuridici e morali, modellati su gerarchie di genere e di età e l'interesse superiore della famiglia era preordinato a scapito di quello dei suoi componenti.

L'autorità paterna e maritale fu l'altro elemento di continuità dal medioevo all'Ottocento, tuttavia se con i codici di ispirazione napoleonica i figli si affrancavano una volta maggiorenni, le mogli rimanevano sottoposte all'autorità dal legame matrimoniale.

I codici approvati nell'Europa continentale durante XIX secolo si conformavano all'idea della specularità tra forma di Stato e modello familiare, definendo quest'ultimo in senso patriarcale.

La rivoluzione francese aveva affermato l'uguaglianza degli individui dinanzi alla legge e individuato la famiglia come cellula basilare per la vita sociale; tuttavia l'individuo era identificato nel cittadino maschio e maggiorenne e le donne contavano solo in quanto membri della famiglia³⁸.

Il diritto di famiglia venne fondato, quindi, sul potere del marito/padre e sulla conseguente sottomissione della moglie/madre, vincolata all'autorizzazione maritale ed equiparata ai minori nella legislazione sociale³⁹.

³⁵ A. Janssens, *Trasformazione economica, lavoro delle donne e vita familiare*, in M. Barbagli, D. I. Kerzer, a cura di, *Storia della famiglia in Europa*, cit., pp. 109-176.

³⁶ Fra il XXVI e il XIX secolo, la percentuale di nubili conobbe picchi del 25%. La maggioranza delle nubili si contava tra il ceto medio e l'aristocrazia ed era influenzata dalla necessità per la sposa di avere una dote, istituto che comportava un impoverimento del patrimonio per la famiglia d'origine. Sulle possibilità di matrimonio si veda O. Hufton, *Donna, Lavoro e famiglia*, cit.

³⁷ Sul passaggio da status a contratto si veda V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

³⁸ Sul rapporto tra diritti delle donne e rivoluzione francese si veda G. Bonacchi, A. Groppi, *Il dilemma della cittadinanza*, cit.

³⁹ Il codice civile approvato dall'Italia unificata vincolava le mogli all'autorizzazione maritale e per via interpretativa escludeva le donne anche dai diritti politici. «La moglie non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, né transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, senza l'autorizzazione del marito. Il marito può con atto pubblico dare alla moglie l'autorizzazione in genere per tutti o per alcuni dei detti atti, salvo a lui il diritto di revocarla» Cfr. articolo 134, codice civile, 1895.

L'unificazione legislativa del Regno di Italia seguì la concezione più tradizionale di famiglia con la sola eccezione di introdurre la laicità del matrimonio, sottratto alla competenza religiosa e iscritto a quella civile. Tra gli elementi riformatori del primo progetto presentato, ma mai approvato, da Cassinis vi era, in realtà, il riconoscimento della piena capacità giuridica e patrimoniale delle mogli⁴⁰. E uguale indirizzo seguiva la prima bozza di codice redatto da Giuseppe Pisanelli, tuttavia le modifiche introdotte dal Senato regio ne mitigarono i tratti più innovativi e sancivano la sottomissione femminile con l'introdurre, in contrasto con la volontà del suo estensore, l'istituto dell'autorizzazione maritale, già presente nella tradizione francese per via della comunione dei beni, ma quasi sconosciuto nella penisola. Se ne lamentò, senza successo, lo stesso Pisanelli, col rimarcare che:

«Essa [l'autorizzazione maritale] non è attualmente conosciuta nelle province lombarde, e giureconsulti e magistrati insigni di quel paese attestano che la libertà lasciata alla moglie di regolare le proprie sostanze non fu mai pregiudizievole agli interessi della famiglia più di quella lasciata al marito»⁴¹.

L'autorizzazione maritale rimase in vigore fino al 1919 e fu giustificata come strumento di tutela delle mogli dai «capricci» di un marito «scialacquatore»⁴². Nondimeno per molte donne italiane questo significò perdere dei diritti acquisiti prima dell'unificazione dell'Italia in quei territori (Lombardia, Toscana e dal 1866 Veneto) in cui il codice austriaco aveva, infatti, concesso una maggiore parità tra i sessi come nel caso del diritto di partecipazione politica e di amministrazione del proprio patrimonio⁴³.

Questa privazione non passò sotto silenzio e già nel 1861 le emancipazioniste italiane chiedevano, con una petizione, l'estensione a tutte le donne dei diritti concessi dagli austriaci⁴⁴. La condizione di inferiorità delle donne all'interno della famiglia, nel lavoro e nella società era poi denunciata da Anna Maria Mozzoni nel suo saggio *La*

⁴⁰ Sui progetti presentati da Giovanni Battista Cassinis si veda S. Solimano, *Il letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del Codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Giuffrè, Milano, 2003.

⁴¹ La relazione di Giuseppe Pisanelli è riportata in A. Acquarone, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 139.

⁴² P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, cit., p. 63.

⁴³ Sulla legislazione familiare dell'Italia prima dell'unificazione si veda tra gli altri Camera dei deputati, *Ricerca sul diritto di famiglia*, cit.

⁴⁴ Sulla questione si vedano A. Bravo, *Diventare cittadine. Il voto delle donne in Italia*, Giunti, 1996.

donna e i suoi rapporti sociali e da Anna Kuliscioff che nel 1894 dava alle stampe il famoso pamphlet *Il monopolio dell'uomo*⁴⁵.

Il codice Pisanelli aveva anche qualche tratto riformatore rendendo facoltativo, ad esempio, l'istituto della dote, pur tuttavia le famiglie italiane continuarono a costituirlo in modo informale. Nei cinquant'anni successivi furono proposte invano modifiche in ordine all'introduzione del divorzio, alla capacità giuridica e politica delle donne, alla ricerca della paternità; si trattava di richieste da lungo tempo rivendicate nei programmi sia delle associazioni femminili di stampo socialista sia del partito radicale⁴⁶.

Caratteristica comune al codice del 1865 e al successivo del 1942 fu la difesa della famiglia legittima e la conseguente severa condanna dell'adulterio femminile; la separazione dei beni dei coniugi con la potestà solo del marito di amministrare il patrimonio e l'indissolubilità del vincolo matrimoniale⁴⁷. La legislazione approvata durante il periodo fascista, inoltre, radicalizzò la finalità procreativa del matrimonio e la difesa della stirpe⁴⁸ e attraverso la politica sociale e demografica portò a compimento un modello peculiare di famiglia. Patriarcato e virilismo furono i pilastri della costruzione dello stato fascista tanto che – come scrisse Victoria De Grazia – «la dittatura mussoliniana costituì un episodio particolare e distinto del dominio patriarcale»⁴⁹. Nel ventennio fascista la differenza tra i sessi fu portata ai massimi livelli e definita a vantaggio degli uomini, l'interesse superiore della famiglia coincise con la

⁴⁵ A. M. Mozzoni., *La donna e i suoi rapporti sociali* pubblicato in F. Pieroni Bortolotti, a cura di, *La liberazione della donna*, Mazzotta, Milano, 1975; A. Kuliscioff, *Il monopolio dell'uomo: conferenza tenuta nel circolo filologico milanese*, Critica sociale, Milano, 1894.

⁴⁶ G. Conti Odorisio, a cura di, *Salvatore Morelli (1824-1880)*, cit.; *Bollettino del Consiglio Nazionale delle Donne italiane*, n. 1, gennaio 1909.

⁴⁷ La famiglia patriarcale abbracciava tutta l'Europa mediterranea; differente era invece la situazione dei paesi del nord Europa, che introdussero il principio di parità tra i coniugi, già negli anni Venti del Novecento, e addirittura a fine Ottocento regolamentarono il divorzio. Sul tema si vedano P. Ronfani, *Il diritto di famiglia in Europa*, in M. Barbagli, D.I. Kerzer, a cura di, *Storia della famiglia*, cit., pp. 179-228; V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, cit.

⁴⁸ Il codice penale approvato nel 1930 compendia i delitti contro la stirpe, contro la famiglia, contro la morale familiare e il suo estensore definiva il matrimonio come un «atto di sacrificio degli individui nell'interesse della società di cui la famiglia è nucleo fondamentale». (L. Prati, a cura di, *Ricerca pedagogica ed educazione familiare. Studi in onore di Norberto Galli*, «Vita e pensiero», Milano, 2003, p. 29.

⁴⁹ V. de Grazia, *Il patriarcato fascista: come Mussolini governò le donne italiane (1922-1940)*, in G. Duby, M. Perrot, a cura di, *Storia delle donne. Il Novecento*, cit., p. 141.

sottomissione della donna e comportò il sacrificio della donna persona a vantaggio della donna moglie⁵⁰.

Fu proprio da questo modello che i Costituenti vollero discostarsi, anche se come vedremo mantennero sfere di continuità.

Il periodo delle due guerre mondiali rappresentò un momento di discontinuità nella tradizionale evoluzione della famiglia. Sconvolse i legami familiari e i rapporti tra i sessi, gli uomini erano al fronte, le donne assumevano le mansioni del capo famiglia e coglievano nuove opportunità lavorative⁵¹, spesso le generazioni venivano separate con la pratica dello sfollamento di donne giovani e bambini.

Nondimeno nei periodi appena successivi alle due guerre fu ristabilita la precedente separazione dei ruoli in base al principio di complementarità dei sessi e alla posizione di uomini e donne all'interno della famiglia; l'enfasi fu posta sulla funzione riproduttiva femminile e venne inaugurata una politica familista. Ancora una volta si plasmava il modello e la funzione della famiglia seguendo un assetto diseguale, un rifugio nella tradizione alla ricerca di ordine e sicurezza per scongiurare il caos provocato dalla guerra⁵².

Diversi fattori hanno contribuito alle trasformazioni storiche dell'istituzione famiglia nell'ultimo secolo: il passaggio dall'economia agricola, a quella industriale e, infine, a quella dei servizi ha, prima, promosso la trasformazione della famiglia da estesa a nucleare⁵³ e, poi, immesso nel mondo del lavoro formalizzato e retribuito un numero crescente di donne, cambiamento che ha prodotto riflessi sulla nuzialità e sulla

⁵⁰ Per un elenco delle leggi espulsive nel mondo del lavoro mi sia permesso rimandare al mio *Breve storia delle conquiste femminili nel lavoro e nella società*, a cura con F. Imprenti, M. Costa, Unicopli, Milano, 2012.

⁵¹ «È incontestabile che la guerra abbia costituito per le donne un'esperienza senza precedenti di libertà e responsabilità. In primo luogo attraverso la valorizzazione del lavoro femminile a servizio della patria e l'aprirsi di nuove possibilità professionali». (F. Thébaud, *La grande guerra: età della donna o trionfo della differenza sessuale?*, in in G. Duby, M. Perrot, a cura di, *Storia delle donne. Il Novecento*, cit., p.45).

⁵² «Forte del sostegno della Chiesa, si fa strada una politica "familista" che, come bersaglio favorito, sceglie il lavoro delle donne, in particolare quello delle donne sposate, come origine del male: la denatalità, la mortalità infantile, la disgregazione del focolare domestico, la degenerazione dei costumi e la resa dei genitori di fronte all'educazione dei figli». (R. Lagrave, *Un'emancipazione sotto tutela*, in G. Duby, M. Perrot, a cura di, *Storia delle donne. Il Novecento*, cit., p.487).

⁵³ Questa visione evolucionistica e unilineare non è stata condivisa da tutta la sociologia come riportato in M. Barbagli, a cura di, *Famiglia e mutamento sociale*, Il Mulino, Bologna, 1977.

fecondità⁵⁴. Inoltre, la secolarizzazione delle società ha inevitabilmente modificato la percezione simbolica del matrimonio e delle sue finalità; le politiche sociali hanno contribuito a plasmare le famiglie in un rapporto irrisolto tra tradizione e modernità.

Non solo la famiglia in quanto cellula fondamentale, ma la struttura stessa della società è stata modificata negli anni dall'aumento dell'occupazione femminile extra domestica, dalla sostanziale ridefinizione delle identità di genere, dall'invecchiamento della popolazione, dal modo in cui si formano, si dividono e si ricompongono le famiglie, dalla trasformazione di rapporti tra i suoi componenti, e dall'emergere di nuove istanze nella società, dal progresso della scienza⁵⁵.

Nel secondo dopoguerra la famiglia patriarcale, costruita cioè sul potere dell'uomo capo famiglia – come accennato - fu messa in discussione, e sostituita con una forma più democratica attraverso il processo di attuazione della Costituzione; in anni più recenti, inoltre, il matrimonio stesso ha iniziato a essere ridefinito nel suo panorama simbolico e legislativo.

I mutamenti del diritto più spesso sancirono, e raramente anticiparono, le modifiche intervenute nelle società, i codici dei paesi europei rimasero immutati per più di un secolo nella loro visione della famiglia, del matrimonio e delle relazioni tra i componenti, per, poi, venire stravolti nella seconda metà del Novecento.

I modi e i tempi con i quali i diversi paesi occidentali revisionarono il proprio diritto di famiglia furono uno specchio tangibile della cultura che li ha prodotti e trovano, ancora oggi, riscontri nell'attualità dei problemi. Tanto prima si è iniziato ad aggiornare i codici rendendoli più aderenti alla realtà sociale tanto meno si sono prodotte diseguaglianze e arroccamenti ideologici. In questo processo di modernizzazione hanno giocato un ruolo decisivo, il grado di secolarizzazione, l'appartenenza religiosa, l'area geografica e non da ultimo le costituzioni.

⁵⁴ Nel corso del XX secolo è cresciuto il numero di famiglie composte da una sola persona e l'andamento della fecondità ha seguito un tracciato discontinuo e caratterizzato da un sostanziale declino con delle punte di crescita dopo le due guerre mondiali. Si veda *Introduzione* in M. Barbagli, D. I. Kerzer, a cura di, *Storia della famiglia in Europa*, cit., pp. 3-39.

⁵⁵ I rapporti tra i coniugi sono divenuti negli ultimi cento anni più paritari non solo per effetto della legge ma soprattutto per una mutata condizione culturale supportata dalla maggiore istruzione femminile e dall'ingresso delle donne nel mondo del lavoro retribuito. Inoltre i ruoli materni e paterni si sono modificati di pari passo con il diffondersi di nuove teorie pedagogiche, del principio di "interesse del minore" e con la scoperta dell'importanza della realizzazione personale del figlio. Si sono altresì ridefiniti i rapporti con i membri della famiglia estesa: suoceri, nuore e generi. Sul tema si vedano le conclusioni in M. Barbagli, D. I. Kerzer, a cura di, *Storia della famiglia in Europa*, cit..

I primi a riformare il diritto di famiglia furono, già nei primi decenni del XX secolo, i paesi del nord Europa che non erano condizionati dalla cultura cattolica o da derive totalitarie; la seconda fase di revisione coinvolse, alla fine della seconda guerra mondiale, i paesi comunisti e la Germania occidentale; a seguire tra gli anni Settanta e gli anni Ottanta del Novecento si aggiornarono i codici dell'Europa meridionale. Divorzio, aborto e gestione del patrimonio furono i capisaldi delle riforme in senso democratico e operate dai legislatori nazionali con tempi differenti nei rispettivi paesi.

A orientare le scelte degli individui e con esse le tipologie di famiglia contribuirono pure le politiche sociali messe in atto nelle differenti nazioni. In Italia queste sono state improntate fin dalla loro comparsa sul modello patriarcale e le prime leggi di tutela del lavoro femminile e minorile, contribuirono alla divisione sessuata dei compiti e all'identificazione delle donne (e dei fanciulli) come categoria di lavoratori deboli, sulla base della loro presunta collocazione familiare.

La sociologa Chiara Saraceno ha dedicato diversi studi proprio alla segregazione delle donne nel mondo del lavoro retribuito e alle forme di dipendenza radicatesi all'interno della famiglia come effetto di politiche sociali che, da una parte, tutelavano la manodopera femminile con effetto vincolante ed espulsivo e, dall'altra, concedevano diritti e forme di assicurazione a garanzia del lavoro maschile⁵⁶.

D'altro canto questa tensione tra tutela ed emancipazione era ben presente già alle pensatrici dell'Ottocento e aveva prodotto la nota *querelle* tra Anna Kuliscioff, esponente del Partito socialista e sostenitrice delle leggi di tutela per le operaie e Anna Maria Mozzoni, democratica e patrocinatrice dell'uguaglianza come antidoto alla espulsione delle donne dal mondo del lavoro e alla subordinazione femminile⁵⁷.

La famiglia si è, così, costruita nella storia seguendo, quindi, un paradigma maschile, che vedeva le donne esistere solo in finzione del ruolo familiare e dipendere, prima, economicamente dai mariti, perché non remunerate anche se lavoravano nella fattoria di famiglia o nella bottega col marito e, in seguito, esservi sottomessa per decisione di legge, per costruzione filosofica e per indirizzo delle politiche sociali.

⁵⁶ C. Saraceno, *Women, Family and the Law 1750-1942*, in «Journal of Family History», ottobre 1990, pp. 427-442; id. *Mutamenti della famiglia e politiche sociali in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2003.

⁵⁷ A. Buttafuoco, *Questioni di cittadinanza. Donne e diritti sociali nell'Italia liberale*, Protagon Editori toscani, Siena, 1995.

Ciononostante, l'economia familiare fino ai primi anni del Novecento si sorreggeva ancora sul lavoro di uomini, donne e bambini, quello che differiva era la percezione del ruolo: mogli e fanciulli non erano individuati come produttori di reddito. In città, nelle fabbriche, erano altresì impiegati tutti i membri della famiglia, ma con salari differenziati in base al sesso e all'età, differenze che rendevano meno conveniente il lavoro femminile rispetto a quello di un figlio adolescente e che facevano del lavoro femminile un completamento di quello maschile. Anche quando le mogli degli operai uscivano momentaneamente dal mondo della produzione per allevare i figli piccoli, continuavano a lavorare a domicilio, o affittavano stanze, svolgevano un lavoro informale e seppur contribuivano al salario familiare non erano valutate né registrate nei censimenti come lavoratrici.

L'archetipo di famiglia monoreddito sostenuta dal marito *breadwinner*, che tanta eco ha avuto nella pubblicistica, si è per la verità imposta solo negli anni Cinquanta del Novecento e ha conosciuto una durata abbastanza residuale, coinvolgendo una o due generazioni. Ben presto, infatti, l'aumento del bisogno di consumi e la maggiore attenzione nei confronti del benessere e dell'istruzione dei figli riportò le donne sposate a lavorare, prima per necessità economica, e in seguito anche per realizzazione personale⁵⁸.

È da segnalare la storica contraddizione esistente tra il sentire comune, diffidente nei confronti del rapporto tra l'essere mogli e contemporaneamente lavoratrici, e la realtà che ha sempre visto l'utilizzo di manodopera femminile indipendentemente dallo status familiare; una simile contraddizione ha portato le donne/mogli ad essere considerate lavoratrici in modo complementare e di supporto agli uomini/mariti e di conseguenza non ha comportato una ridefinizione dei compiti all'interno delle famiglie.

L'evoluzione storica e giuridica della famiglia è avvenuta spesso in antitesi all'emancipazione femminile, la legge ha, infatti, sovente funzionato come agente di conservazione della sottomissione delle donne, osteggiando una loro emancipazione, che avrebbe attentato al cosiddetto "ordine domestico", che era, per l'appunto, basato sulla gerarchia di genere. Nella storia dell'evoluzione dei diritti il richiamo alla tutela dell'ordine familiare ricorre in diverse occasioni e fu alla base dell'esclusione delle

⁵⁸ Per una decostruzione del mito dell'uomo *breadwinner* si veda G. Bock, *Povertà femminile, maternità e diritti della madre nell'ascesa dello stato assistenziale (1890-1950)*, in A. Fraisse, M. Perrot, a cura di, *Storia delle donne in Occidente. Il Novecento*, cit., pp. 416-456.

donne dal suffragio fino al 1946, come emerge chiaramente dal dibattito del primo Novecento:

«Io dico ... che la pretesa emancipazione sconfinata della donna turberebbe l'avvenire della famiglia ed avvelenerebbe le placide aure del focolare domestico ... Certo è, che la missione della donna, sebbene apparentemente limitata entro le pareti della famiglia, non è perciò meno nobile e grande perché ella è custode della famigliare moralità, ed è dalla famigliare moralità che quella pubblica ne deriva⁵⁹».

1.2. Fuori dalla storia: nubili e omosessuali

Fino all'introduzione dei metodi contraccettivi, la procreazione era, inoltre, considerata la finalità prevalente del matrimonio ed era strettamente collegata al confinamento delle mogli entro le mura domestiche. Dalla funzionalizzazione procreativa della famiglia, derivavano la costruzione culturale del ruolo di madre⁶⁰ e il paradigma eterosessuale del matrimonio, con la conseguente l'espulsione di tutti i comportamenti umani non conformi al modello sociale prescrittivo. Donne che non "erano capaci" di fare figli, nubili⁶¹ e omosessuali furono denigrati, tacciati di anormalità e confinati nel "contro naturale". Non assolvevano, in verità, al dovere di procreare per garantire la continuità dinastica, di offrire braccia all'agricoltura, di sottostare a una gerarchia che garantiva ordine allo Stato.

Fino a oltre la metà del XX secolo la maternità non era una scelta, piuttosto un destino sociale e «essere madre occupava anche un ruolo centrale nella vita di quasi tutte le donne adulte»⁶². Maternità e matrimonio erano poi strettamente collegati e quando scissi rappresentavano una sventura per la "ragazza madre". Il passaggio delle donne dalla giovinezza all'età adulta era sancito dal matrimonio: signora si diventava solo con una fede al dito.

L'essere nubile o sterile era una condizione sgradita e oggetto di onta sociale, per quanto le nubili, liberate, dal codice civile del 1895, dal controllo del padre o del tutore,

⁵⁹ A. Vespucci, *Conversazioni in Famiglia*, in «il Giornale delle Donne», anno XLII, n. 2, 19 gennaio 1910, riportato nel mio, *Per il voto alle donne. Dieci anni di battaglie suffragiste in Italia (1903-1913)*, Bruno Mondadori, Milano, 2006.

⁶⁰ Per una storia del ruolo di madre si veda M. D'Amelia, *La mamma*, Il Mulino, Bologna, 2005.

⁶¹ Le nubili erano considerate un'eccezione, anche se esistevano in percentuali significative, e trattate in tutti gli ordinamenti in modo diverso dalle mogli. Per una completa descrizione storica del fenomeno delle nubili si veda il volume di M. Palazzi, *Donne sole: l'altra faccia dell'Italia tra antico regime e società contemporanea*, Milano, Bruno Mondadori 1997.

⁶² A. Janssens, *Trasformazione economica, lavoro delle donne e vita familiare*, cit. p. 149.

godessero di maggiore autonomia rispetto alle coniugate e di diritti di proprietà. La seria difficoltà che incontravano le donne non sposate era, però, il sostentamento economico, penalizzate da stipendi inferiori rispetto a quelli maschili, e la discriminazione che arrivava perfino alla loro identificazione come prostitute⁶³.

Accanto alle nubili, c'era un'altra categoria umana non descritta dalla storia fatta eccezione per quella criminale: gli omosessuali. L'omosessualità, fino a un secolo fa, era considerata una malattia, una devianza, un'anomalia da reprimere⁶⁴.

Durante il periodo fascista all'esaltazione della virilità corrisposero la misoginia e la persecuzione dell'omosessualità attraverso il confino di polizia, il carcere o il manicomio⁶⁵. Il regime decise scientemente di non reintrodurre il reato di sodomia per non destare troppa attenzione e nel silenzio avveniva la repressione. Non poteva, quindi, stupire che raramente emergessero coppie formate da persone dello stesso sesso, se non generando scandali e quindi che la "famiglia" omosessuale non trovasse collocazione e definizione nella storia. Da quanto scritto non discende che le coppie omosessuali siano state "un'invenzione" degli ultimi anni oppure una tendenza dovuta al modificarsi dei costumi, solo perché da poco registrate dalle statistiche.

Leggi sulla sodomia che, in diverse parti del mondo, ne punivano l'emergere, trattati medici che la definivano malattia deviante e precetti religiosi, l'hanno solo celata alle statistiche e discriminata; nondimeno alcune ricerche storiche ne seguono le radici e le tradizioni in un passato piuttosto lontano⁶⁶.

La coppia omosessuale era anomala, non si basava sul controllo di un sesso sull'altro, né aveva potenziale finalità procreativa, ovvero i capisaldi sui quali poggiava la famiglia patriarcale. Pertanto, secondo l'assunto che quello che non si riesce a

⁶³ «[...] bastava spesso essere trovate da sole la sera nella strada, per essere arrestate e spesso registrate come prostitute». (M. Palazzi, *Donne sole*, cit., p. 122).

⁶⁴ In Italia il reato di sodomia scomparve nel 1889, quando fu abolito definitivamente l'articolo 425 del codice penale. Vi furono nonostante questo atti persecutori durante il fascismo e proposte di reintrodurre il reato sia negli anni Trenta sia negli anni Sessanta. Per una ricostruzione storico-sociologica del fenomeno omosessuale di veda M. Barbagli, A. Colombo, *Omosessuali moderni. Gay e lesbiche in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2007.

⁶⁵ «L'omofobia e la misoginia servivano dunque a proteggere l'identità maschile e a fronteggiare la paura dell'impotenza e l'ansia di perdere la propria virilità». (cfr. L. Benadusi, *Il nemico dell'uomo nuovo. L'omosessualità nell'esperimento totalitario fascista*, Feltrinelli, Milano 2009, p. 42). Si veda anche S. Bellassai, *L'invenzione della virilità. Politica e immaginario maschile nell'Italia contemporanea*, Carocci, Roma, 2011.

⁶⁶ G. Dall'Orto, *La «tolleranza repressiva» dell'omosessualità*, in Arcigay nazionale, a cura di, *Omosessuali e stato*, Centro di documentazione Il Cassero, Bologna, 1987, pp. 37-57.

definire non esiste, le coppie omosessuali, semplicemente, non potevano esistere. Eppure l'orientamento omosessuale è antico quanto la storia dell'umanità, sia nella versione di pederastia descritta in epoca greca, sia in quella moderna di inclinazione sessuale prevalente in età contemporanea.

Il rapporto tra omosessualità e famiglia apparve, comunque, conflittuale fino a pochi lustri fa, rifiutato e osteggiato da una parte degli omosessuali, avvertito come inarrivabile o non necessario da altri. Quale che fosse la motivazione della mancata rivendicazione di un riconoscimento della coppia omosessuale, fino ad epoca recente, il destino comune di molti, uomini e donne, fu quello di celarsi dietro un matrimonio di facciata con un/a partner che accettasse la “diversità”, o in alternativa percorrere la strada del celibato e del nubilato⁶⁷.

2. Famiglia e matrimonio dalla Costituente alla riforma del 1975: la famiglia come oggetto di analisi e definizione giuridica.

Definire la famiglia è – come abbiamo visto - un compito arduo sia che lo si affronti con uno sguardo storico sia con una prospettiva giuridica; si tratta, di certo, di «una delle istituzioni sociali più controverse» e sottoposte a perenni spinte evolutive e innovative⁶⁸. Ne discende che qualsiasi definizione sia suscettibile di una rettifica dovuta alla mutazione storica dell'istituto. Per queste ragioni il compito assunto in Assemblea costituente fu particolarmente complesso sul piano della sintesi delle differenti anime culturali.

Se i Costituenti avevano come orizzonte culturale e giuridico quello descritto nelle pagine precedenti, la prima scelta da questi compiuta fu senz'altro quella di volersi distanziare dalla tradizione funzionalista e prescrittiva imposta dallo Stato fascista. Questa volontà può essere colta sia nella decisione di inserire la famiglia tra le materie costituzionali, opzione che non era stata operata nella stesura dello Statuto albertino e neppure da molte costituzioni coeve, sia nell'impronta laica che in tale occasione si impose all'istituto.

⁶⁷ M. Barbagli, A. Colombo, *Omosessuali moderni*, cit.

⁶⁸ Per una definizione si rimanda alla voce in *Enciclopedia Giuridica*, 14 vol., 1989.

Dallo studio preliminare svolto dalla commissione Forti emergeva che il tema della famiglia era in molti Paesi oggetto esclusivo della disciplina civile e in altri, invece, inserito in Costituzione. Nondimeno laddove si era data copertura costituzionale alla famiglia, le soluzioni prospettate per grado e specificità erano variegate.

Solo alcuni testi davano una definizione della famiglia qualificandola come «gruppo primordiale naturale» e investendola di diritti «anteriori e superiori ad ogni legge positiva»⁶⁹, oppure, in regimi non democratici, designandola quale «fondamento della permanenza e del progresso della Nazione»⁷⁰ e «fonte di conservazione e accrescimento della razza»⁷¹.

In qualche caso la famiglia era titolare di diritti propri ed esclusivi, che non erano concessi ai singoli, come quello, a cui faceva riferimento la costituzione portoghese del 1933, di eleggere i consigli comunali.

Certe costituzioni dedicavano, poi, uno stesso articolo alla famiglia, al matrimonio e alla filiazione, dando origine a un inscindibile trinomio⁷², più spesso, invece, i tre profili venivano differenziati. Alcuni testi si occupavano, inoltre, del divorzio o nell'atto dell'istituirlo, come nel caso del Giappone e di Cuba, oppure per vietarlo espressamente, come veniva previsto dalla costituzione Irlandese.

Il rapporto tra i coniugi era interpretato in modo eterogeneo, e se alcuni articolati, soprattutto quelli dei paesi di ispirazione socialista, enunciavano genericamente l'uguaglianza dei diritti, altri si premuravano di diversificare i compiti col riservare alle donne «i doveri domestici» e ai mariti il lavoro retribuito⁷³. Alcune costituzioni, ancora, si occupavano delle donne sia in qualità di mogli sia di lavoratrici, così era previsto, ad esempio, dal progetto francese del 1946, che garantiva, nella stessa disposizione dedicata alla famiglia, «alla donna l'esercizio delle sue funzioni di cittadina e di lavoratrice»⁷⁴.

⁶⁹ Art. 41, comma 1, Costituzione dell'Irlanda, 1937.

⁷⁰ Art. 21, Costituzione dell'Estonia, 1937.

⁷¹ Art. 12, Costituzione del Portogallo, 1933.

⁷² Era il caso, ad esempio, dell'articolo 26 della Costituzione cecoslovacca, 1920; dell'articolo 77 della Costituzione del Nicaragua, 1939; o dell'articolo 43 di quella cubana, 1940.

⁷³ Art. 41, comma 2, Costituzione dell'Irlanda, 1937.

⁷⁴ Art. 24, progetto di Costituzione francese, 1946.

Lo spettro delle posizioni offerto ai Costituenti risultava quindi ampio e potenzialmente sconfinato e le soluzioni già percorse da altri paesi potevano costituire un punto di riferimento oppure un motivo di distinzione.

La scelta di includere la famiglia nella Costituzione repubblicana non fu assunta all'unanimità dall'Assemblea, giacché alcuni esponenti sostennero fosse un'inutile e astratta dichiarazione di principio su una materia di competenza del codice civile e altri che non fosse opportuno addentrarsi in una sfera tanto personale. Opinione contraria fu espressa da personalità di diversa estrazione politica come il repubblicano Mazzei, il liberale Cortese e i socialisti Cevolotto e Rocco Gullo, che votarono assieme l'ordine del giorno proposto dall'on. Vittorio Emanuele Orlando in cui si chiedeva di abolire gli articoli riguardanti la famiglia (dal 23 al 29 del progetto di costituzione) in quanto privi di «un effettivo contenuto normativo» e di includerli eventualmente in un preambolo alla Costituzione⁷⁵.

L'ordine del giorno fu bocciato e la decisione di dare copertura costituzionale all'istituto della famiglia ebbe la meglio.

Sul tema si produssero, prima, durante i lavori della I e della III sottocommissione, e in seguito, in assemblea plenaria vivaci discussioni e si scontrarono differenti concezioni ideali ancor prima che politiche.

Il confronto si concentrò soprattutto attorno alla definizione di famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio” e al principio di “uguaglianza morale e giuridica dei coniugi”.

È utile, qui, ripercorre il dibattito per meglio comprendere i possibili contorni del concetto di famiglia e renderne, oggi, un'interpretazione evolutiva, che non lo cristallizzi nel passato, in contrasto, tra l'altro, con l'intento innovativo perseguito dai Costituenti.

Determinata la delicatezza del tema, le relazioni presentate furono di diverso orientamento: nella I sottocommissione si confrontarono i progetti sulla famiglia proposti dal democristiano Camillo Corsanego, e dall'esponente comunista Nilde Iotti; in seno alla III sottocommissione l'istituto familiare venne, invece, preso in considerazione sotto il profilo delle garanzie economiche e sociali e a tal proposito

⁷⁵ Atti A.C., seduta plenaria, 31 gennaio 1947.

furono presentate le relazioni della democristiana Maria Federici, della socialista Angelina Merlin e della comunista Teresa Noce.

La discussione sulla famiglia entrò nel vivo nell'autunno del 1946, quando si fronteggiarono le concezioni più radicate e più profonde, se non addirittura identitarie, della società italiana e si contrapposero antiche culture filosofiche con quelle più recenti, il giusnaturalismo con la filosofia marxiana. La posta in gioco era l'identità sociale dell'Italia repubblicana e pertanto ogni formazione politica voleva imprimere la propria concezione. Vennero sollevate questioni lontane dall'essere compiutamente risolte, le quali avrebbero trovato ampia eco in tutto il ventennio successivo investendo le discussioni attorno alla riforma del diritto di famiglia. L'opera dei Costituenti travalicò la semplice approvazione di un articolato, seppur il più importante tra le fonti del diritto, poiché dava l'avvio a una nuova società influenzandone il successivo sviluppo.

L'appello alla storicità della famiglia, il rapporto paritario tra i coniugi, la condizione dei figli illegittimi, il riconoscimento della maternità come funzione sociale, l'intervento dello Stato in questioni rimaste fino ad allora private, furono temi che trovando rilevanza costituzionale crearono una cesura storica e culturale tra il vecchio e il nuovo corso.

Il concetto di naturalità della famiglia, tema che fa discutere ancora oggi, ricalcava la dicotomia esistente tra interpretazioni giusnaturalistiche e interpretazioni storicistiche. Secondo la prima con naturalità della famiglia si intendeva immanenza e preesistenza, e pertanto l'impossibilità di sottoporla alla disciplina del legislatore secondo le istanze sociali. Di conseguenza il modello di famiglia e i rapporti intercorrenti tra i componenti della famiglia erano necessariamente improntati alla tradizione, astrattamente predeterminati e non subivano un'evoluzione storica o quanto meno si potevano identificare dei caratteri permanenti e immutabili.

Al contrario, la seconda interpretazione definiva la naturalità come un modello di famiglia caratterizzante in un dato momento il contesto storico-sociale, ma in costante evoluzione. In questo senso l'aggettivo naturale stava a indicare un limite di intervento

dello Stato per scongiurare l'utilizzo della famiglia per finalità politiche, demografiche come era già accaduto in regimi totalitari⁷⁶.

Alla prima impostazione faceva riferimento l'on. Corsanego con l'appellarsi alla «eredità del diritto romano e della civiltà cristiana» e delineando la famiglia come «unità naturale e fondamentale» portatrice di «diritti originari inalienabili e imprescrittibili»⁷⁷.

Nilde Iotti, al contrario, riteneva necessario operare uno «svecchiamento e rinnovamento democratico della famiglia» che superasse sia la legislazione fascista e liberale sia il vecchio costume nel perpetrare un istituto antidemocratico, nel quale l'interesse economico-patrimoniale prevaleva sul sentimento e in cui le donne venivano relegate in condizioni di inferiorità⁷⁸.

Da qui il riferimento al lavoro come mezzo di emancipazione in grado di rendere il matrimonio non più un espediente per risolvere una situazione economica difficile ma la «soddisfazione di una profonda esigenza naturale»⁷⁹. Per la deputata comunista, di conseguenza, era indispensabile inserire in Costituzione elementi di rinnovamento, che costituissero il binario sul quale avrebbe dovuto successivamente muoversi la corrispondente legislazione civile. Nilde Iotti propose, quindi, che venisse accolta una lista di principi che contemplavano sia l'aspetto materiale, vale a dire le condizioni economiche, sia quello organizzativo, ovvero il rapporto paritario tra i coniugi e la condizione della prole.

Nei confronti della richiesta di un riconoscimento della parità tra i coniugi, si accese un lungo dibattito che divise l'aula sull'opportunità di «sconvolgere il diritto della famiglia ad avere un capo»⁸⁰. Cattolici e liberali, pur dichiarandosi convinti della non inferiorità della donna, sostennero la necessità per ogni «gruppo sociale di avere un capo e un rappresentante legale per mantenere l'unità»⁸¹; qualcuno non esitò invece a chiedere la riaffermazione della preminenza del marito onde scongiurare che «una

⁷⁶ E. Mostacci, *La disciplina della famiglia nella Costituzione italiana*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, pp. 534-549.

⁷⁷ Atti Assemblea costituente (A.C.), prima sottocommissione, on. Corsanego, *Relazione sulla famiglia*.

⁷⁸ Atti A.C., prima sottocommissione, Nilde Iotti *Relazione sulla famiglia*.

⁷⁹ N. Iotti *Relazione sulla famiglia*, cit.

⁸⁰ Atti A.C., prima sottocommissione, intervento on. Corsanego, 30 ottobre 1946, p. 331.

⁸¹ Atti A.C., seduta plenaria, interventi degli on. Vittorio Emanuele Orlando, Giovanni Persico e Giuseppe Cappi, 23 aprile 1947, pp. 3244 ss.

[futura] legge [potesse] dare la direzione della famiglia e un ruolo di preminenza alla moglie»⁸².

L'on. Rodi affermava, rispetto alla previsione di uguaglianza morale e giuridica tra i coniugi:

«Io credo che si sia fatto anche qui un abuso della parola eguaglianza, poiché è chiaro che noi siamo di fronte ad una legge armonica dell'universo, e questa legge armonica ha sancito, secondo un criterio naturale, la supremazia del marito rispetto alla moglie»⁸³.

In senso opposto si esprimeva invece l'on. Nadia Gallico Spano col dichiarare:

«Nel primo comma dell'articolo 24 si afferma l'eguaglianza dei coniugi. Questa affermazione è giusta e indispensabile. Essa conferma, infatti, nell'ambito della famiglia il principio, già espresso nell'articolo 3, secondo il quale tutti i cittadini di ambo i sessi sono eguali davanti allo Stato e alla legge»⁸⁴.

La sintesi confluì nel testo finale, comunque avanzato per l'epoca, che recepiva l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi seppur nei «limiti imposti dalla legge a tutela dell'unità familiare» (art. 29.2 Cost.); la soluzione circa l'eventuale ordine gerarchico della famiglia veniva riservata al legislatore cosicché la definitiva consacrazione dell'uguaglianza venne sancita, in un secondo momento, dalla riforma del diritto di famiglia nel 1975.

Un dibattito analogo si produsse circa il ruolo delle lavoratrici in relazione alla loro posizione familiare. La preoccupazione prevalente era, da un lato, quella di garantire ai cittadini un lavoro retribuito in maniera sufficiente alle necessità familiari, dall'altro lato, di assicurare protezione alla maternità. Sul tema si confrontarono due opposte visioni: l'una, che potremmo definire complementare, ritagliava alle donne la duplice veste di madri e lavoratrici; l'altra, spintamente funzionalista, riteneva «prevalente» la funzione familiare sull'attività lavorativa. La sintesi fu trovata con la proposta di Moro di sostituire l'avverbio “prevalente” con “essenziale”, nell'intento di ribadire

⁸² Atti A.C., seduta plenaria, intervento on. Cappi, 23 aprile 1947, pp. 3267ss.

⁸³ Atti A.C., seduta plenaria, intervento on. Rodi, 31 gennaio 1947.

⁸⁴ Atti A.C., seduta plenaria, intervento on. Gallico Spano, 31 gennaio 1947.

l'importanza della maternità⁸⁵. Tale formulazione trovò collocazione nell'attuale articolo 37 Cost. laddove è stabilito che «La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione».

Su alcuni punti, che interessano questo lavoro, fu più difficoltoso pervenire a un accordo e si produsse un acceso dibattito in assemblea plenaria. La discussione riguardò, in particolare, alcuni concetti centrali, quali: l'unità della famiglia, l'espressione "società naturale", e non ultimo il principio di indissolubilità del matrimonio.

Sull'"unità della famiglia", espressione che infine fu mantenuta in Costituzione, vennero espresse riserve, dal momento che una parte dell'assemblea lo interpretò come un tentativo di abrogare l'istituto della separazione⁸⁶. In verità tale termine faceva riferimento alla necessità che il rapporto paritetico tra i coniugi preservasse l'unità del nucleo familiare e andava, quindi, a eliminare i dubbi circa la confusione che avrebbe creato la mancanza di un capo famiglia⁸⁷. Di fatto il costituente lasciava un margine di manovra per riaffermare la preminenza del marito, come puntualmente avvenne almeno fino agli anni Settanta.

Interessante, poi, fu la vicenda che portò alla definizione di "società naturale", locuzione che sollevò fin da subito dubbi e obiezioni. Diversi furono, infatti, i tentativi di emendarla e, in ogni caso, polivalenti i significati attribuibili alle definizioni sostitutive: l'on. Togliatti suggerì di descrivere la famiglia come «fondamento e prosperità materiale e morale dei cittadini e della nazione»; l'on. Gullo Lucarelli come «società di diritto naturale»; e l'on. Rodi quale «istituzione morale». Pure in seno al Comitato di coordinamento l'espressione "naturale" non venne assunta all'unanimità, e fu, infine, ratificata solo in Assemblea.

Il termine non aveva il significato, che spesso si è cercato invece di attribuirgli, di indissolubilità o di immutabilità, ma al contrario permetteva di dare della famiglia una definizione molto ampia che andasse oltre il vincolo sacramentale. Per stessa ammissione di Aldo Moro, quella formula voleva indicare «una famiglia, *comunque*

⁸⁵ Atti A.C., commissione per la costituzione, prima sottocommissione, pp. 2013 ss.,

⁸⁶ Atti A.C., seduta plenaria, intervento di Vittorio Emanuele Orlando, 23 aprile 1947, p. 3244.

⁸⁷ Atti A.C., articolo 23 del testo provvisorio di Costituzione, 23 aprile 1947, p. 3254.

costituita, come società che presentando determinati caratteri di stabilità e di funzionalità umana, po[tesse] inserirsi nella vita sociale»⁸⁸.

L'interpretazione non era quindi patrimonio dello *jus naturale*, pur scaturendo dall'opposizione alla funzionalizzazione fascista, al contrario, come ipotizzato da un allarmato deputato qualunquista, tale definizione, se non completata con il richiamo al matrimonio, avrebbe potuto aprire il campo al riconoscimento anche di quelle famiglie nate al di fuori del vincolo coniugale⁸⁹. Quello a cui Moro faceva riferimento con "comunque costituita" era, proprio, la necessità di fissare un atto (giuridico o religioso) che sancisse la formazione della famiglia escludendo implicitamente il concubinato, come chiariva l'eloquente formula «fondata sul matrimonio».

La famiglia disegnata dai costituenti era un'istituzione inedita e secolarizzata, che voleva sovvertire i canoni tradizionali e guardava al futuro, tanto è vero che non fu accolta la proposta avanzata dall'on. democristiano Zotta di inserire il richiamo alla «tradizione religiosa, sociale e giuridica del popolo italiano»⁹⁰. Dunque, dal dibattito e dai timori espressi da alcuni costituenti l'essenza dell'articolo 29 Cost., sembrava andare più nel senso di una fattispecie aperta che non in quello dell'esclusione di "nuove" forme di famiglia. Alcune dichiarazioni sembravano confortare questa supposizione col riferirsi esplicitamente a una possibile e futura evoluzione della mentalità quale limite a rigide affermazioni costituzionali⁹¹.

L'unico vincolo che i Costituenti vollero inserire riguardò i caratteri di stabilità e funzionalità morale e materiale, che vedevano garantiti dal matrimonio e che trovarono definizione nell'espressione «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio» (Art. 29.1 Cost.).

Un'ulteriore considerazione attiene, poi, al presupposto carattere eterosessuale della famiglia costituzionale, qualità che apparteneva senza dubbio all'orizzonte culturale dei costituenti – tanto che la deputata comunista Nadia Gallico Spano parlò espressamente

⁸⁸ Atti A.C., prima sottocommissione, intervento di Aldo Moro, 6 novembre 1946, pp. 339-340. Corsivo dell'autrice.

⁸⁹ Atti A.C., prima sottocommissione, intervento di Ottavio Mastroianni (Uomo qualunque), 6 novembre 1946, p. 339.

⁹⁰ Atti A.C., seduta plenaria, intervento dell'on. Zotta, 23 aprile 1947.

⁹¹ Di questo avviso era l'on Basso, si veda Camera dei deputati, *Ricerca sul diritto di famiglia*, Quaderni di studi e legislazioni, 1969, p. 123.

di «unione dell'uomo e della donna»⁹² - ma che tuttavia non fu oggetto di dibattito perché riguardante istanze non ancora definite e avanzate dal contesto sociale.

Tra i vari interventi prodotti in Assemblea pochi esplicitarono, invece, il significato da attribuire all'espressione "diritti della famiglia", dicitura strettamente legata alla definizione di "società naturale" e alla convinzione che la famiglia fosse portatrice di diritti propri ed esclusivi, configurandosi, quindi, come soggetto distinto dai singoli componenti⁹³.

Il tema della famiglia come società naturale richiamava, inoltre, quello dell'indissolubilità del matrimonio. Il dissenso tra le sinistre e gli esponenti conservatori fu su questo punto totale; durante la discussione i costituenti scesero immediatamente sul terreno politico, piuttosto che affrontare la questione dal punto di vista tecnico e decidere, pertanto, se lasciare la questione alla riforma dei codici, come proposto dalla Iotti, o interessarne la Costituzione⁹⁴. Tale condotta produsse l'esito di trasformare l'episodio in una discussione sul divorzio - che peraltro pure il Pci aveva escluso - e portò alla conseguente contrapposizione tra credenti e non credenti, contrapposizione che generò da una parte la difesa dei dogmi religiosi e dall'altra quella della laicità dello Stato.

Se il repubblicano Mazzei si dichiarava contrario a «imporre un regolamento dei rapporti matrimoniali ispirato ai principi della Chiesa cattolica a coloro che cattolici non sono», La Pira argomentava che per i democristiani si trattava di una affermazione di principio necessaria tanto da essere «la ragione stessa per cui i deputati democristiani [erano] stati eletti alla Costituente».⁹⁵

Il tema coinvolse irrimediabilmente le coscienze individuali e le convinzioni più profonde dei singoli deputati, convinzioni che in alcuni casi divergevano dalla condotta dei partiti di appartenenza. Per scongiurare crisi o ritorsioni e garantire quindi ad ognuno la massima libertà, venne chiesta e ottenuta la votazione a scrutinio segreto e l'abolizione della parola "indissolubile" passò con stupore per tre voti. La mancata

⁹² Nadia Gallico Spano, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, 1970, vol. II, p. 946.

⁹³ In questo senso si esprimeva l'on Maria Federici. Cfr. Atti A.C., Commissione per la Costituzione, Terza sottocommissione, p. 34.

⁹⁴ Atti A.C., prima sottocommissione, intervento di Nilde Iotti, 30 ottobre 1946, p.331.

⁹⁵ Atti A.C., interventi di Vincenzo Mazzei e Giorgio La Pira, 23 aprile 1947, p. 3261 e p. 3264.

inclusione del principio di indissolubilità del matrimonio avrebbe permesso anni più tardi l'introduzione del divorzio senza necessità di una difficile revisione costituzionale.

Durante la discussione in assemblea plenaria vennero poste altre importanti questioni, non previste in principio dai relatori, ma interessanti per comprendere l'orizzonte culturale su alcuni profili che ci interessano.

I socialisti, ad esempio, sollevarono il tema del lavoro domestico, tema che era già stato inserito in un primo schema di Costituzione dai deputati Basso, Moro, e Cevolotto con un articolato "ottocentesco" che introduceva «la *libertà* della donna di dedicarsi ai lavori domestici»⁹⁶.

Il socialista Tito Nobili Oro ne chiedeva la socializzazione da raggiungersi con «l'organizzazione di appropriati enti per l'industria casalinga mediante l'assegnazione di macchine artigiane e l'istituzione di addestramento, distribuzione e raccolta lavoro»; sosteneva poi la necessità di erogare un salario familiare a beneficio dei nuclei in difficoltà economica, compensazione che avrebbe evitato di «turbare l'ordine della famiglia» sottraendovi le cure materne, poiché avrebbe consentito alle madri di stare a casa coi figli e permesso alle nubili di lavorare a domicilio «sotto l'occhio vigile della madre» senza essere sottoposte ai rischi dello stabilimento⁹⁷. La proposta, tuttavia, non alimentò nessun dibattito e non fu neppure presa in considerazione, perché ritenuta troppo specifica per costituire materia costituzionale.

Una mozione simile, ma priva della componente ideologica della socializzazione, era stata avanzata anche dall'on. Corsanego nella premessa alla sua relazione sulla famiglia; il deputato democristiano vedeva nel salario familiare una tutela per lo sviluppo delle famiglie. Il concetto di salario familiare non era invece accettato dal Pci, che partiva dal presupposto che fossero gli individui i soli titolari dei diritti, in quanto membri di una famiglia o desiderosi di costituirne una, e non condivideva quindi il concetto di titolarità collettiva di un diritto. La richiesta di salario familiare si ritrovava d'altronde pure nel dibattito sociale che ha attraversato altri paesi europei e corrispondeva a un'idea di famiglia basata su una rigida differenziazione dei ruoli in base al sesso⁹⁸.

⁹⁶ Atti A.C., prima sottocommissione, 30 luglio 1946, p. 7. Corsivo dell'A.

⁹⁷ Atti A.C., intervento di Tito Nobili Oro, 23 aprile 1947, p. 3258-3259.

⁹⁸ Si veda quanto scrive del caso inglese e francese C. Saraceno, *Politiche sociali e famiglie*, in M. Barbagli, D. I. Kerzer, a cura di, *Storia della famiglia*, cit., pp. 359-376.

La ricerca della paternità fu un altro dei temi introdotti in assemblea plenaria, per mezzo di emendamenti all'articolo 25 del progetto di Costituzione. Se la legge prevedeva il dovere di mantenere, educare e istruire la prole anche illegittima, così come aveva proposto Nilde Iotti, occorreva evidentemente identificare la paternità per via volontaria o giudiziale e tale indagine avrebbe di fatto abolito anche il vile marchio di figli di "N e N". La ricerca della paternità con riserva di legge fu approvata dall'Assemblea costituente nel marzo del 1947 (art. 30.4 Cost.) portando così a compimento una richiesta che il movimento femminile aveva più volte portato all'attenzione delle istituzioni fin dall'Ottocento.

Il 23 aprile 1947 l'Assemblea costituente concludeva l'approvazione degli attuali articoli 29, 30 e 31 Cost. Riconoscendo i diritti "della" famiglia, i costituenti vollero affermare una discontinuità rispetto al ventennio fascista, quando era lo Stato il solo titolare dei diritti e colui che ne assicurava una parte agli individui, alle istituzioni e agli enti.

L'analisi dei dibattiti della Costituente ci permette in sede storica e giuridica di sfatare alcuni convincimenti, diventati luogo comune, sull'interpretazione degli articoli della nostra Costituzione; interpretazione postuma e spesso oggetto di deformazione ideologica come accadde, ad esempio, nel corso del dibattito sul divorzio circa il significato di "società naturale" o in quello che precedette la riforma del 1975 circa la parità tra i coniugi.

D'altro canto, però, l'analisi mette in luce anche la difficile mediazione politica, che portò a un articolato ancora oggi oggetto di opposte interpretazioni e che si presta a definizioni polivalenti a partire dalla definizione stessa di «società naturale», o dall'affermazione della parità dei coniugi attraverso un continuo rinvio alla responsabilità del legislatore e con l'utilizzo costante di espressioni quale "nei limiti" o "compatibile coi diritti" che «apri[va] di fatto un'ipoteca sulla parità dei coniugi e tendevano a mantenere nella sostanza, sia pure attenuandola, l'antica gerarchia familiare»⁹⁹.

Dal dibattito costituente usciva riconfermata la tensione tra emancipazione femminile e famiglia. Ed era evidente il tentativo continuo di limitare il campo d'azione femminile

⁹⁹ Cfr. N. Iotti, *Il nostro incontro coi cattolici*, in *Critica marxista*, anno IV, n. 5-6, settembre-dicembre 1966. p. 38-51.

in nome dell'ordine familiare, in continuità con la non ancora superata visione patriarcale della società.

L'articolo 29 Cost. non risolse, quindi, i problemi più scomodi legati all'organizzazione familiare e dai suoi silenzi ripresero quota le disquisizioni dottrinali, prima, nel lungo dibattito per la riforma del diritto di famiglia, condizionandone i pur innovativi esiti, e poi, nell'attuale disputa sul possibile riconoscimento di diritti alle coppie omosessuali.

2.2. *La difficile attuazione dell'art. 29 Cost.*

Proprio per la sua difficile definizione l'articolo 29 Cost. è stato considerato da alcuni una norma in bianco¹⁰⁰ e da altri l'espressione di una determinata idea di famiglia coincidente con quella conosciuta dai Costituenti. Ma poiché i rapporti tra le persone non vengono cristallizzati nell'istante in cui le norme sono approvate, l'intervento della Corte Costituzionale e del legislatore hanno negli anni aggiornato il significato dei precetti costituzionali sia in merito ai rapporti tra i componenti della famiglia, sia in rapporto a quell'idea tradizionale di famiglia e alle diverse forme di unione oggi presenti.

Il «congelamento della Costituzione»¹⁰¹ che ha contraddistinto in particolare la prima legislatura repubblicana, si è protratto per un ventennio nel caso della riforma del diritto di famiglia pervenendo all'attuazione degli articoli 29, 30, 31 Cost. solo nel 1975.

La prima proposta di legge per la modifica del primo libro del codice civile fu presentata in Parlamento nel 1955 da Nilde Iotti e altri firmatari, tuttavia le discussioni si protrassero per quattro legislature prima di trovare approdo nella riforma del diritto di famiglia.

Peraltro, a conferma dell'urgenza di un intervento legislativo giocava l'opinione prevalente tra i civilisti fino alla riforma del 1975 che gli articoli della Costituzione riguardanti la famiglia fossero generici e inconsistenti e non innovassero dunque la disciplina approvata nel 1942, con danno e beffa per quella parte della famiglia che permaneva in condizione di inferiorità¹⁰².

L'analisi del dibattito prodotto durante il lungo iter legislativo e le pronunce della

¹⁰⁰ T. Mancini, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale*, cit., p. 228.

¹⁰¹ L. Paladin, *Saggi di storia costituzionale*, a cura di, Sergio Bartole, Il Mulino, Bologna, 2008.

¹⁰² Si confronti quanto analizzato in P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, cit., 2002.

Corte costituzionale risultano interessanti al fine di comprendere l'origine di alcuni temi ancora all'ordine del giorno e per rinvenire impostazioni culturali persistenti.

La riforma dei codici civili aveva tracciato linee comuni in tutti i paesi europei tra gli anni Venti e gli anni Sessanta¹⁰³ del Novecento, seguendo i precetti della moderna giurisprudenza basati sulla privatizzazione e individualizzazione del matrimonio e delle relazioni personali, sul progressivo indebolirsi della centralità del vincolo coniugale e sul conseguente venir meno della «pervasiva giuridificazione delle relazioni familiari»¹⁰⁴.

Una cesura comune rispetto al passato era rappresentata dal diffondersi del principio di uguaglianza tra i coniugi, che aveva iniziato ad affermarsi agli inizi del Novecento, pur non andando a scalfire, come ci si sarebbe potuti aspettare, la divisione dei compiti sulla base del genere, che anzi da alcune riforme veniva istituzionalizzata¹⁰⁵.

Quello che poteva apparire un naturale e storico evolversi della legislazione si rivelò, al contrario, in Italia, un lungo e irregolare percorso caratterizzato da resistenze e consensi che trovarono arena pubblica nel Parlamento. Se già negli anni Cinquanta affioravano alcuni dei temi che avrebbero animato il dibattito politico per i successivi quindici anni (introduzione del divorzio, abolizione della potestà maritale, del divieto di propagandare anticoncezionali e del delitto di adulterio), fu solo sul finire del decennio successivo che si posero le basi per un confronto, ancora fortemente ideologizzato, che avrebbe dato i suoi frutti con la promulgazione della legge sul divorzio preludio alla successiva riforma¹⁰⁶.

Il «lento avvicinamento» alle riforme non si configurava solo come un evento cronologico, ma soprattutto come un processo politico che portava nel giro di un decennio alla convergenza su alcune soluzioni avanzate dai partiti della sinistra e da una

¹⁰³ I codici furono riformati in Norvegia (1918), in Svezia (1921), in Danimarca (1925); in URSS (1944); nella Repubblica federale tedesca (1953), e in Francia (1965); (cfr. M. Barbagli, *Storia della famiglia*, cit.).

¹⁰⁴ P. Ronfani, *Il diritto di famiglia in Europa*, in M. Barbagli, *Storia della famiglia*, cit., p. 183.

¹⁰⁵ Il codice civile svizzero del 1912 prevedeva la parità tra i coniugi, ma attribuiva alla donna il compito di occuparsi della casa e al marito l'obbligo di mantenimento; nella Repubblica federale tedesca una legge approvata nel 1957 stabiliva la responsabilità primaria della donna nelle faccende domestiche, precisando che il lavoro fuori casa non poteva essere incompatibile con i doveri di sposa e madre, lo stesso principio della divisione dei ruoli stabilita per legge era alla base della famiglia nel *common law*. (cfr. P. Ronfani, *Il diritto di famiglia in Europa*, cit., p. 183 ss.).

¹⁰⁶ Per una ricostruzione del dibattito parlamentare antecedente la riforma mi sia permesso di rimandare al mio volume, *La politica come vita. Storia di Giuseppina Re «deputato» al parlamento italiano (1913-2007)*, Unicopli, Milano, 2012.

parte della compagine democristiana.

La lunga vicenda parlamentare fu nuovamente caratterizzata dal fronteggiarsi delle due visioni della famiglia come immutabile nei suoi elementi essenziali regolati dalla legge naturale o al contrario come riconoscimento dell'esistenza di diverse ispirazioni ideali.

Tali opposte concezioni si fronteggiarono nel vivace dibattito che si sviluppò in Parlamento e sulla stampa intorno alla modifica del codice civile; esso coinvolse, ancora una volta, i differenti aspetti regolatori della famiglia "tradizionale" italiana, quali il ruolo dei coniugi, il rapporto patrimoniale, l'onore e lo scioglimento del matrimonio, riproducendo in copia aggiornata il dibattito dell'assemblea costituente.

Rispetto alla parità tra i coniugi si riscontrava ancora alla metà degli anni Sessanta una netta propensione governativa e parlamentare ad accordare al marito il potere decisionale, con una varietà di motivazioni, conformi ad una visione gerarchica della famiglia basata sulla divisione classica dei ruoli, che in taluni casi riproduceva la tradizionale separazione tra sfera pubblica e sfera privata. Così, il democristiano Migliori spiegava come la parità dei coniugi trovasse compimento nel primato che ognuno dei due possedeva: «Il marito quello del governo; la moglie quello dell'amore». Su queste posizioni convergeva il Msi che considerava «l'uguaglianza di diritti tra uomo e donna [...] un tema di moda su cui concordare in via di principio ma non quando «dalle enunciazioni generali si passa[va] alla materia dei rapporti familiari»¹⁰⁷.

Lo stesso Ministro della giustizia esprimeva peraltro la convinzione che la posizione della donna andasse rivista «senza turbare il principio dell'unità familiare»¹⁰⁸ e anche una delle democristiane più vicine alla sinistra parlamentare come Maria Eletta Martini, sosteneva la necessità di attribuire una particolare posizione al marito «al fine della garanzia dell'unità della famiglia per il funzionamento dell'unità familiare, per comporre divergenze di opinioni che possono verificarsi»¹⁰⁹. La concezione della moglie come minorenni era dura a cedere il passo.

Pure la Corte Costituzionale alla fine degli anni Sessanta concorreva a giustificare la

¹⁰⁷ Intervento del deputato Romeo, Atti parlamentari, Camera dei deputati, IV Legislatura, discussioni, seduta pomeridiana, 11 settembre 1963.

¹⁰⁸ G. Bosco, *Diritto giustizia e libertà*, in «Homo», riportato in D. Migliucci, *La politica come vita*, cit. p. 118.

¹⁰⁹ Atti parlamentari, Camera dei deputati, IV Legislatura, discussioni, seduta pomeridiana, 11 settembre 1963

disparità tra i sessi in virtù dell'interesse superiore dell'unità della famiglia con l'affermare che «la Costituzione direttamente impone che la disciplina giuridica del matrimonio - col solo limite dell'unità della famiglia - contempa obblighi e diritti eguali per il marito e per la moglie»¹¹⁰.

La questione dell'adulterio poteva essere assunta come esempio dello stretto legame che intercorreva tra riforma legislativa e progresso culturale, in una spirale che in questo caso coinvolgeva non solo il Parlamento e la società, ma anche uno degli organi più rappresentativi dello Stato italiano. La Corte costituzionale sollecitata a sentenziare in materia per due volte nel giro di pochi anni, emetteva due giudizi di segno opposto, ribaltando le motivazioni da essa stessa addotte e provocando reazioni e polemiche da parte del movimento delle donne.

La posizione della Corte era stata molto conservatrice quando nel 1961 aveva ritenuta infondata la questione di costituzionalità facendo ricorso al concetto di ambiente sociale e «agli usi e costumi» che vedevano nell'adulterio femminile un reato più grave, prova «il turbamento psichico» che poteva provocare nei figli il pensiero della madre adultera. Riflessioni che denunciavano una cultura costruita sull'immagine della donna/madre intoccabile, priva di desideri e soggettività al di fuori della famiglia, nonché riflesso di una società che basava i propri rapporti sul concetto dell'onore¹¹¹. La norma veniva giustificata anche ricorrendo alla diversa gravità delle possibili conseguenze, che nel caso di infedeltà femminile avrebbero messo in pericolo l'unità familiare (e l'onore del marito) introducendo prole illegittima.

Il timore di una gravidanza indesiderata e indecorosa era maggiormente sentito in quegli anni, essendo vietata la propaganda degli anticoncezionali, ma era evidente che ad avversare la depenalizzazione concorressero molteplici argomentazioni che,

¹¹⁰ Si vedano le sentenze della Corte costituzionale n. 127 del 1968 e n. 147 del 1969.

¹¹¹ Così la Corte costituzionale sul delitto d'onore: «D'altra parte, che la legge penale, nel disporre un dato trattamento, si sia volta per volta adeguata, a seconda dei casi, alla varietà delle situazioni, risulta ben chiaro anche dal fatto che, relativamente alla stessa delicata materia della fedeltà sessuale, il marito e la moglie sono stati trattati con criteri di piena eguaglianza là dove identica è apparsa la posizione di entrambi. Basterà a tal proposito ricordare l'art. 587 Cod. pen. (e ciò a parte ogni valutazione circa l'accettabilità o meno dei criteri che hanno ispirato questa norma), che riduce a minima misura la quantità della pena per l'omicidio e per le lesioni personali volontarie nella ipotesi in cui il delitto sia commesso nell'atto di scoprire il coniuge, la figlia e la sorella in illegittima relazione carnale: il coniuge, in genere, dunque, e non soltanto la moglie, essendosi evidentemente riconosciuto che lo stato d'ira (così espressamente qualificato dal citato articolo) che è a base di questa speciale forma di provocazione, produce un turbamento psichico di tal natura e intensità da non consentire discriminazione alcuna fra i coniugi». (Corte costituzionale, sentenza n. 64/1961).

muovendo dalla questione della rispettabilità arrivavano a quella patrimoniale.

La sentenza veniva superata, nel 1968, da un nuovo pronunciamento della Corte, che dichiarava invece incostituzionale l'articolo 559 del Codice penale, perché in contrasto con la parità e l'uguaglianza dei cittadini e dei coniugi sancita dalla Costituzione italiana, nonché discriminante e lesivo della dignità morale e personale della donna¹¹². Tra le considerazioni utilizzate dalla Corte c'era il mutamento di quella coscienza collettiva che aveva giustificato la precedente disparità di trattamento a cui si aggiungeva la negazione che l'adulterio potesse minare l'unità familiare. Il tradimento semmai era la conferma dell'avvenuta rottura del legame, sia che fosse operato dalla moglie così come dal marito.

Come si può notare le opinioni della Corte furono influenzate essenzialmente dal clima culturale, non essendo intercorsi mutamenti legislativi tra i due pronunciamenti. Il mutato clima culturale fu alla base anche dell'approvazione della legge *sui casi di scioglimento del matrimonio* in anticipo di cinque anni sulla riforma del codice familiare, quando ormai nella società si faceva lentamente strada l'idea del matrimonio come impegno revocabile.

Immutato rimaneva, invece, nonostante le pressioni esercitate dagli attori sociali, il disinteresse del governo sull'abrogazione delle norme del codice penale riguardanti gli istituti più arcaici e offensivi per le donne italiane, il matrimonio riparatore, il delitto d'onore e il divieto di propagandare gli anticoncezionali¹¹³.

Il concetto di onore aveva molte implicazioni e forniva giustificazione per la concessione di attenuanti; così, in caso di violenza carnale, lo stupratore (che, se riconosciuto reo di abuso, rischiava la detenzione da 6 mesi a 3 anni, esattamente come colui che si rendeva colpevole ad esempio di speculazione su merci) non era perseguibile se si impegnava a contrarre un matrimonio riparatore, ovvero la colpa in tal caso non sussisteva; oggetto della tutela legislativa era la reputazione sociale e non la persona. La legge non era solo lesiva della libertà sessuale e della dignità della donna, ma la esponeva al pericolo di una perpetua violenza nonché all'obbligo di sposare il

¹¹² Corte costituzionale, sentenza n. 126/1968.

¹¹³ Da una ricerca condotta dalla camera dei deputati nel 1968 risultava che le associazioni femminili laiche (Udi, Cndi, Unione Giuriste Italiane) e i partiti non confessionali condividevano, ad esempio, la necessità di abolire la potestà maritale, l'istituto della dote, il delitto d'onore e la modifica dei rapporti patrimoniali tra i codici. (Camera dei deputati, *Ricerca sul diritto di famiglia*, Quaderni di studi e legislazioni, 1969, pp. 221 ss.)

proprio violentatore¹¹⁴.

Sul fronte dei rapporti patrimoniali tra coniugi l'intervento della Corte, già prima della riforma del diritto di famiglia, servì a riequilibrare le posizioni dei coniugi per alcuni profili. L'azione si concentrò inizialmente sull'obbligo di mantenimento e sul diritto negato alle mogli di opporsi al pignoramento dei propri beni per debiti contratti dai mariti.

In una sentenza del 1966 la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 156, primo comma, c.c., nella parte in cui poneva «a carico del marito, in regime di separazione consensuale, l'obbligo di somministrare alla moglie quanto sia necessario ai bisogni di lei, senza considerazione delle sue condizioni economiche»¹¹⁵. La pronuncia, è stato notato, aveva valenza negativa per le donne che perdevano un privilegio ma rimaneva invariato il regime dei privilegi riconosciuti al marito¹¹⁶.

Al contrario l'anno successivo la Corte giustificava la disparità di trattamento economico a vantaggio della moglie in caso di mantenimento a seguito di separazione con colpa (in riferimento gli art 144, 145 e 156.1 del codice civile) facendo appello al dovere del marito di tutelare la moglie e ai «particolari poteri» che la legge gli conferisce «tali da porlo in posizione di preminenza sulla moglie»¹¹⁷. Era richiamata, in questo caso, la giustificazione della diseguaglianza in seno alla famiglia col considerare le mogli sotto la tutela dei mariti.

Ciò che queste sentenze non modificavano era la costruzione gerarchica e paternalistica, per cui l'impronta della famiglia appariva ancora maschile.

¹¹⁴ L'onore era un concetto importante e sentito soprattutto nel meridione; era elemento di controllo sia nell'ambito del gruppo familiare che fra conterranei, e la sua perdita portava al disconoscimento e all'isolamento all'interno della comunità stessa, quasi fosse una malattia contagiosa. Tale atteggiamento non era esclusivamente culturale dal momento che trovava spazio e giustificazione nei codici e non poteva, quindi, essere ragionevolmente superato se non attraverso una preliminare delegittimazione giuridica.

¹¹⁵ Diverso era il caso in cui la convivenza veniva meno per fatto imputabile ad uno dei due, sicché nella determinazione dei rapporti patrimoniali, non si può non tenere conto, rispetto al coniuge incolpevole, dei diritti da lui goduti prima della separazione; prescindere da questi significherebbe rendere possibile un inammissibile trattamento preferenziale per chi vi ha dato causa. (Sentenza Corte Costituzionale, n.144/1967).

¹¹⁶ Aa.Vv, *Il mantenimento per il coniuge e per i figli nella separazione e nel divorzio*, Milano, 2009, p.7 ss.

¹¹⁷ Corte Costituzionale, sentenza n.144/1967.

2.3. *Il 1975 uno spartiacque della definizione storico giuridica della famiglia?*

La riforma del diritto di famiglia giungeva a compimento anche grazie alle spinte di rinnovamento che giungevano dalla società; tuttavia, pur non sottovalutandone i molti aspetti innovativi, sembrava arrivare in ritardo più che orientare una visione moderna dei rapporti familiari.

Alla fine degli anni Sessanta il movimento studentesco metteva per la prima volta in discussione la famiglia evidenziandone i difetti e i lati oscuri; la nuova generazione non si riconosceva negli ideali di fedeltà coniugale e di indissolubilità del matrimonio che interpretava quali strumenti di oppressione. Nascevano nuove sperimentazioni di vita in comune, alternative alla famiglia, dove i rapporti di amicizia o la comunanza ideologica sostituivano il legame di sangue. Il movimento rimaneva, però, terreno prevalentemente maschile¹¹⁸.

Critico rispetto alla famiglia, ma con un'attenzione particolare rivolta all'oppressione che questa imprimeva alle donne fu invece il fenomeno che, a partire dal 1970, vide il nascere di numerosi gruppi femministi. Il movimento delle donne ben lungi dall'essere omogeneo, fu però compatto nel denunciare l'oppressione e il controllo della famiglia patriarcale: vedeva nella famiglia il luogo della dominazione maschile, chiedeva l'intervento dello Stato nella cura dei figli, riproponeva il salario alle casalinghe e avanzava il diritto della donna ad una maternità consapevole attraverso l'utilizzo di contraccettivi e la legalizzazione dell'aborto¹¹⁹.

Se era vero che tali richieste erano già presenti nelle piattaforme dell'Udi, quello che i gruppi femministi rappresentavano e testimoniavano era la presa di coscienza, il mutamento della mentalità da parte di donne non collegate ai partiti, anzi spesso fortemente critiche nei confronti della politica ufficiale¹²⁰.

Il diritto rispose in parte a queste istanze adeguando il codice civile al principio di uguaglianza morale e giuridica tra i coniugi riconosciuto dalla Costituzione.

Una delle maggiori conquiste fu l'abolizione delle norme che facevano del marito il

¹¹⁸ P. Ginsborg, *Storia d'Italia dal dopoguerra ad oggi. Società e politica 1943-1988*, Vol. II, pp. 412 ss.

¹¹⁹ P. Willson, *Italiane. Biografia del Novecento*, Laterza, Bari, 2011, pp. 264 ss; S. Bertilotti, A. Scattigno, a cura di, *Il femminismo degli anni Settanta*, Viella, 2005.

¹²⁰ La critica alla famiglia e un'pressione continua sul parlamento per giungere alla modifica del codice civile era esercitata anche da associazioni femminili non "radicali" o "politiche". Si veda ad esempio quanto riportato in *Ricerca sul diritto di famiglia*, Camera dei deputati, segretariato generale, 1969.

«capo della famiglia» e obbligavano la moglie a mutare cognome, quindi identità, costringendola altresì a seguire il coniuge ovunque egli ritenesse opportuno fissare la residenza (art. 144, c.c., 1942).

La questione del cognome familiare – che tornerà nel dibattito odierno in riferimento ai figli – non fu però percepita nella sua dimensione simbolica, e considerata «una formalità irrilevante»¹²¹,

La potestà sui figli, un tempo riservata al padre, diventava congiunta, anche se permaneva il diritto del padre di «adottare provvedimenti urgenti e indifferibili» in caso di incombente pericolo¹²². Veniva contestualmente rivoluzionato il trattamento dei figli naturali, prevedendone il riconoscimento, anche al di fuori del matrimonio, ed equiparandoli quasi in tutto a quelli nati da un'unione regolarizzata. Si affermava, quindi, il principio di responsabilità etica, giuridica ed economica della paternità e della maternità, non facendo pesare sul figlio naturale «colpe» che non gli appartengono e contribuendo anche ad una maggior garanzia per le donne. Risultava chiaro che i veri beneficiari della modifica del Codice erano coloro che prima subivano una discriminazione, le mogli e i figli illegittimi.

L'affermazione della parità tra i coniugi fu uno dei principi più innovatori contenuti nel progetto, ma anche quello che incontrò maggiore resistenza, il tentativo di accordare la preminenza alla decisione del marito fu costante e seguiva motivazioni, che avevano precedenti nella storia, quali la necessità di conservare l'unità e la pace familiare. Sul piano culturale l'idea di una riconosciuta parità tra i sessi non era affatto scontata.

Con il concetto di famiglia mutava anche il regime patrimoniale, la comunione dei beni andava a sostituire l'istituto della dote, già reso facoltativo dal codice civile del 1865, ma ancora in uso nelle regioni meridionali, e che per lungo tempo aveva costituito per le donne l'unico mezzo per ereditare la loro quota del patrimonio familiare.

Per la comprensione di quello che appariva come un impulso della modernità è utile analizzare cosa ciò significasse da un punto di vista simbolico, senza fermarsi solo alla superficie del dato giuridico, e quali fossero le resistenze e le obiezioni che in Parlamento trovarono accoglienza.

¹²¹ Così si era espressa Giuseppina Re, deputata del partito comunista italiano e protagonista delle discussioni sul diritto di famiglia antecedenti la riforma. Si veda D. Migliucci, *La politica come vita*, cit., p. 144.

¹²² Art. 316, c.c.

Due erano le innovazioni di maggior portata introdotte dal divieto di costituire la dote ed entrambe contribuirono all'abbattimento di alcune consuetudini e tradizioni culturali, segnando un passo avanti nel percorso di incivilimento intrapreso dal Paese: queste erano, innanzitutto, la comunione dei beni, quindi il diritto congiunto e in condizioni di parità tra i coniugi di amministrare il patrimonio familiare e, secondariamente, la definizione delle sostanze dalle quali il patrimonio era costituito (articoli 53 e 54 del testo unificato).

Con l'epilogo dell'istituto dotale si dissolvevano l'idea che il valore di una persona, la donna, potesse essere quantificato dall'entità di beni apportati alla famiglia, e altresì il concetto dell'indennizzo riconosciuto al marito per essersi fatto carico di una sposa. La moglie cessava di essere simbolicamente considerata un oggetto o un peso che gli uomini si passavano di mano, e veniva riconosciuta quale una delle due anime costitutive del matrimonio con pari dignità, diritti e doveri. Dalla medesima filosofia derivava il diritto per le donne di amministrare il patrimonio, precedentemente di esclusiva maschile, che cancellava la potestà del marito e affrancava la moglie dal ruolo di minore al quale in passato era equiparata.

Tale innovazione rappresentò, quindi, un momento cruciale di frattura con il passato, poiché scompariva, dopo la concessione del voto, il secondo limite all'agire pubblico femminile; venuta meno la preclusione alla partecipazione politica, decadevano pure i vincoli all'assunzione di un attivo ruolo in ambito economico.

La riforma del 1975 raccolse giudizi tiepidi: alcuni autori ne sottolinearono il carattere innovativo nell'equilibrio tra diritti individuali e solidarietà comunitaria¹²³; altri invece percepirono il cauto compromesso che aveva portato a normare un modello di famiglia che si apprestava già ad essere superato non recependo in tutta la loro portata le istanze provenienti dal movimento delle donne¹²⁴.

¹²³ C. Cardia, *Il diritto di famiglia in Italia*, Editori Riuniti, Roma 1975, p. 13

¹²⁴ V. Ferrari e P. P. Donati come riportato in V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, cit., p. 80.

Capitolo 2.

Diritto, società e potere: la presunta uguaglianza dei coniugi

Sommario: 1. Per una parità dei coniugi: diritti del singolo o diritti della famiglia?. 1.1. L'evoluzione dell'interpretazione costituzionale. 2. Nel nome del marito: il caso del cognome familiare. 2.1. La querelle sulla trasmissione del cognome tra diritto, parlamento e società. 2.1.1. Il punto di vista del diritto: uguaglianza, unità della famiglia e identità personale. 2.1.2. Il dibattito parlamentare e il comun sentire. 2.2. Quale cognome? Uno sguardo transnazionale. 3. I riflessi della famiglia diseguale sulla società: discriminazione sul lavoro e violenza domestica come profili lesivi della parità dei coniugi. 3.1. La disuguale distribuzione delle "fatiche" familiari: il nesso famiglia-lavoro. 3.1.1. L'evoluzione del diritto tra Legislatore e Corte costituzionale. 3.1.2. Il dibattito culturale: moglie, marito, casalinga e casalingo, mamma e "mammo". 3.2. La violenza domestica come discriminazione in base al genere: il nesso famiglia-violenza. 3.2.1. Lo scenario internazionale e comunitario. 3.2.2. Il dibattito sul «femminicidio»: nuove ipotesi legislative. 3.3. Per concludere: verso il raggiungimento della parità

*«Una donna è figlia, sorella, moglie e madre,
una semplice appendice della razza umana»¹²⁵.*

Come affrontato nel capitolo precedente, l'uguaglianza giuridica e morale tra i coniugi fu una delle novità più importanti introdotte, seppur con riserva dalla Costituzione repubblicana (art 29.2 Cost.), e recepite a fatica dal nuovo diritto di famiglia anche grazie al contributo anticipatore della Corte Costituzionale.

La poca dimestichezza con il principio di parità tra i sessi ha, tuttavia, mantenuto un'eco anche sul presente, nel permanere di discriminazioni di ordine giuridico e culturale che impediscono il pieno raggiungimento della parità tra uomo e donna in seno alla famiglia, e che compromettono il godimento di pari opportunità nella società. E spesso, dietro i profili giuridici più disparati si nascondono primigenie dinamiche di potere tra i sessi.

Sebbene gli Settanta furono uno spartiacque dal punto di vista giuridico, legislativo e sociale sotto il profilo dell'uguaglianza, il tema era tutt'altro che esaurito e già

¹²⁵ O. Hufton, *Donne, lavoro e famiglia*, cit., p. 15.

all'indomani delle riforme il bilancio del decennio sulle dinamiche familiari appariva favorevole sulla carta, ma ancora lontano nella realtà: «Partite dal cuore del focolare domestico abbiamo fatto a piedi il giro del mondo e a casa siamo tornate [...] ci siamo dovute rendere conto che i nodi del problema stanno proprio lì, nella nostra immagine materno-domestica»¹²⁶, così sentenziava una inchiesta pubblicata nel 1980 sul settimanale femminile del Corriere della Sera.

Se dal punto di vista sociale i ruoli di mogli e mariti mutavano a tal punto che «il maschio-padre-padrone»¹²⁷ era uno dei modelli che faceva naufragare i matrimoni e le istanze di libertà e realizzazione personale si affermavano sui diritti “della” famiglia, la parità giuridica dei coniugi si giocava sul bilanciamento tra il principio dell’uguaglianza, baluardo dell’articolo 3 Cost., con quello dell’unità familiare, introdotto dall’articolo 29.2.

Al di là di ogni evoluzione interpretativa, un’asimmetria di coppia si ritrova poi, non più codici ma sotto il profilo della parità sostanziale, nell’iniqua distribuzione del carico del lavoro di cura, che faceva il paio con i minori diritti riconosciuti per prassi ai padri, e nella piaga della violenza domestica degli uomini sulle donne.

Quello che qui interessa analizzare è la matrice comune che ispira le differenti disuguaglianze e che si basa su un criterio puramente tradizionale, affondando le radici nella concezione gerarchica della famiglia e nel “paradigma maschile” su cui essa si è costruita.

1. Per una parità dei coniugi: diritti del singolo o diritti della famiglia?

Il grado di attuazione della parità tra i coniugi è dipeso dalla differente combinazione che nel tempo è stata prodotta tra i principi di uguaglianza e di garanzia dell’unità familiare.

Poiché il bilanciamento era un tema sempre all’ordine del giorno, la Corte costituzionale ha dovuto chiarire più volte che «quando si tratt[ava] di questioni relative

¹²⁶ L. Bellentani, *La donna prossima ventura*, in «Amica», 19 febbraio 1980.

¹²⁷ Il tema del mutamento delle relazioni di coppia, delle aspettative e dei desideri fu affrontato in un convegno dal titolo *Crisi della coppia come crisi della progettualità*. Il resoconto è riportato in S. Cichi, *Nel futuro della coppia c’è...*, in «Amica», 29 maggio 1979.

all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, queste [andavano] esaminate non alla stregua dell'art. 3» che «prende in considerazione l'uomo e la donna come soggetti singoli, che, nei rapporti sociali, godono di eguali diritti ed eguali doveri» nella vita pubblica, sociale e lavorativa, «ma solo in riferimento all'art. 29, secondo comma, della Costituzione»¹²⁸.

Nondimeno, la sovrapposizione dei principi era tanto incalzante da essere continuamente richiamata nelle ordinanze di rimessione, nelle interpretazioni giurisprudenziali e pure in dottrina.

La ricerca di un equilibrio tra i due presupposti fece sì che laddove l'articolo 29.2 Cost. fu invocato a garanzia dell'unità familiare, assunse un carattere giustificatorio della preminenza del marito e l'argomento della tradizionale differenziazione dei ruoli all'interno della famiglia permise di aggirare l'ostacolo della parità di trattamento; al contrario, accordando inderogabilità al principio generale di uguaglianza senza distinzione di sesso espresso dall'articolo 3 Cost., e considerando l'articolo 29 Cost. non come «una mera ripetizione», ma come una «estensione»¹²⁹, si garantiva un maggior riequilibrio tra i diritti dei coniugi¹³⁰.

L'analisi storica della giurisprudenza costituzionale è utile per comprendere appieno questo sviluppo, ma per affrontare il tema della parità tra i componenti della famiglia è necessario fare riferimento a ciò che l'articolo 29 Cost. riconosce come diritti “della” famiglia¹³¹, poiché dalla tensione tra diritti “collettivi” e diritti dei singoli scaturisce la questione della parità tra i coniugi.

¹²⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 126/1968 con cui era dichiarata l'illegittimità della differenza di trattamento dei coniugi in caso di adulterio; n. 147/1969 con cui fu dichiarato incostituzionale il reato di concubinato e n. 133/1970 con cui si subordinava alle condizioni economiche della donna l'obbligo per il marito di somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni di vita.

¹²⁹ «La proclamazione dell'eguaglianza dei coniugi non costituisce una mera ripetizione o applicazione dell'art. 3 del testo costituzionale [...] ma un'estensione del disposto generico sull'uguaglianza.» (C. Esposito, *La costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1954, p.141).

¹³⁰ Così ad esempio si esprimeva la Corte nel dichiarare l'illegittimità della norma che rendeva più complicato per la moglie opporsi al pignoramento dei suoi beni da parte dei creditori del marito: «La norma impugnata ferisce il principio di eguaglianza anche perché pone una diversità di tutela in ragione di una situazione dipendente dal sesso. Non vale il richiamo all'art. 29 della costituzione, perché la norma impugnata non è a protezione della unità della famiglia, ma vuole evitare una frode ai creditori, e perché l'unità familiare non esclude la protezione integrale dei diritti patrimoniali della moglie». (Corte costituzionale, sentenza 143/1967).

¹³¹ «La Costituzione contiene bensì una clausola generale di riconoscimento dei diritti della famiglia, come società naturale fondata sul matrimonio (art. 29, primo comma)». (Corte costituzionale, sentenza n. 494/2002).

I diritti della famiglia sono, in genere, quelli che tutelano l'interesse familiare e tra questi il diritto a contrarre liberamente matrimonio, la solidarietà familiare, l'obbligo di assistenza morale e materiale, di fedeltà, la collaborazione per l'interesse familiare; nondimeno, in base all'articolo 2 Cost., esistono diritti inviolabili e fondamentali anche in capo ai suoi singoli componenti. La conciliazione tra i due principi ha delineato, pertanto, il campo d'intervento del diritto.

La Corte ha elaborato una giurisprudenza sulla famiglia intesa certamente come un'entità sovraordinata, dotata di diritti autonomi e non sovrapponibili alla somma dei suoi componenti, tuttavia ha sovente attuato una mediazione tra i profili dell'unità familiare e dei diritti dei singoli.

In passato, ad esempio, affermò - in maniera che oggi riterremmo discutibile - la legittimità della norma penale che puniva con aggravio il ratto e la violenza sulla donna coniugata poiché «attenta[va] [...] alla famiglia e alla sua unità, oltre alla libertà sessuale della donna rapita»¹³²; e più di recente ha asserito che la protezione della «tranquillità familiare» giustifica l'affievolimento della tutela del singolo componente¹³³; o ancora ha legittimato «conseguenze e misure, anche penali, nei confronti degli autori di condotte che della famiglia compromettano l'identità»¹³⁴. Ed è proprio su questa idea della famiglia come unità autonoma, che si era orientata la pregressa giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di uguaglianza tra i coniugi, portando in rilievo quei diritti che la famiglia possiede in quanto «istituzione» e che prevarrebbero sui diritti dei singoli e su quelli della collettività¹³⁵.

Nondimeno, la prevalenza dell'istituzione famiglia incontra un limite forte nel divieto di coinvolgere soggetti privi di responsabilità, fatto che «non sarebbe giustificabile se non in base a una concezione «totalitaria» della famiglia»¹³⁶. La Corte costituzionale è artefice, quindi, di una giurisprudenza che media tra la necessità di

¹³² Corte costituzionale, sentenza 523/1987 in tema di ratto e violenza ai danni della donna coniugata, prima della riforma del 1996.

¹³³ Corte costituzionale, sentenza 352/2000 con cui la Corte non estende ai conviventi la non punibilità dei reati contro il patrimonio riservata ai coniugi.

¹³⁴ Sono alcune delle considerazioni che la Corte ha richiamato in via generale nella sentenza n. 494/2002, con la quale ha, infine, dichiarato illegittimo il divieto di riconoscimento per via giudiziale e le rispettive indagini dei figli incestuosi.

¹³⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 352/2000.

¹³⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 494/2002.

garantire la famiglia come gruppo e il bisogno di non sacrificare l'autonomia e i diritti inviolabili dei singoli.

La dottrina si è divisa sul punto tratteggiando una differente definizione ontologica, ancor prima che giuridica, di famiglia. Senza qui ripercorre il dibattito affrontato nel capitolo precedente circa il significato dell'attributo "naturale", è sufficiente dar conto dei due orientamenti dottrinali: quello comunitario/neo-istituzionale e quello contrattuale/individualista¹³⁷.

La visione comunitaria si basa su una concezione della famiglia come di un'istituzione con «caratteristiche intrinseche non definibili né modificabili dall'ordinamento»¹³⁸ e fondata sul matrimonio, dal quale deriva uno status «tanto radicato nel tessuto sociale da regolare sempre e comunque la società»¹³⁹, poiché porta con sé conseguenze giuridiche e morali. Secondo questa visione le regole non scritte della famiglia sono improntate alla stabilità del gruppo e «preordinate a realizzare l'interesse comune dei membri»¹⁴⁰. Questa dottrina pur respingendo in toto la contrattualizzazione della famiglia, contempla tuttavia un'organizzazione paritaria tra i coniugi e individua nella relazione di solidarietà che lega i suoi componenti la garanzia di stabilità del gruppo¹⁴¹.

Questa tesi neo-istituzionale è soggetta a critiche poiché si fa tramite di concezioni etiche, se non religiose, e rischia di proporre una visione cristallizzata della famiglia,

¹³⁷ Sulla definizione delle due concezioni si veda A. Nicolussi *La famiglia: una concezione neo istituzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2012; AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010; F. Biondi, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, relazione tenuta al Convegno annuale del Gruppo di Pisa "La famiglia davanti ai suoi giudici", Catania, 7-8 giugno 2013.

¹³⁸ L. Violini, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in www.forumcostituzionale.it

¹³⁹ J. Halley, *Note sulla costruzione del sistema delle relazioni di coppia. Un saggio di realismo giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4/2009, p. 526.

¹⁴⁰ A. Nicolussi, *La famiglia: una concezione neo istituzionale*, in *Eur. e dir. priv.*, 1/2012, pp. 169-196, cit. p. 178; in tal senso anche V. Tondi della Mura, *La dimensione istituzionale dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quad. cost.*, 1/2008, p. 103 : «Ogni modello dipende dal ruolo riconosciuto alla volontà individuale nel rapporto familiare, per la necessaria disponibilità del singolo a conformarsi ai vincoli all'uopo fissati dall'ordinamento; così come, di rimando, esprime l'entità dei limiti da apporre ai diritti del singolo, una volta conseguito il nuovo status di componente della comunità familiare. Appena inserite nell'istituzione familiare, infatti, le libertà individuali assumono la consistenza istituzionale e le limitazioni sancite per il modello d'afferenza; di talché, per potersi affermare e sviluppare, non possono prescindere dal contenuto predisposto».

¹⁴¹ Così L. Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990: «Una struttura paritaria della quale criterio organizzativo è la relazione di solidarietà che lega gli interessi individuali in ragione della stabilità del gruppo».

«costruita su una tradizione immutabile da parte del legislatore»¹⁴² e in cui i diritti individuali si perdono, a scapito di quelli collettivi. La famiglia così interpretata porterebbe con sé, quindi, delle caratteristiche immutabili che la farebbero in ultima istanza coincidere con quella “tradizionale” e quindi eterosessuale e tendenzialmente finalizzata alla procreazione.

A questa prospettiva si contrappone la concezione individualista, che qualifica la famiglia come una delle formazioni sociali e quindi da tutelare «solo in quanto sede in cui si sviluppa la personalità individuale»¹⁴³. I diritti della famiglia assumono rilievo, in questa veste, come i diritti degli individui che la compongono e viene negata ogni tipo di funzionalizzazione o di definizione perpetua della famiglia stessa. Assume, al contrario, importanza il mutamento dei costumi sociali che renderebbe l'articolo 29 Cost. una norma elastica e conforme alle nuove sfide della modernità¹⁴⁴. Questa visione apre quindi a infiniti modelli di famiglie non vincolate da concezioni etiche, religiose o tradizionali.

Le maggiori critiche poste alla teoria individualista sono «di trascurare l'aspetto solidaristico del vincolo familiare»¹⁴⁵, e di ricomprendere potenzialmente nella definizione di famiglia situazioni eterogenee e molto distanti tra loro.

È dalle due concezioni appena richiamate che muovono le differenti interpretazioni date all'articolo 29 Cost. in tema di parità tra i coniugi, prima, e di possibile - ma non scontato - riconoscimento delle famiglie omosessuali, in seguito¹⁴⁶.

1.1. L'evoluzione dell'interpretazione costituzionale

I casi presi in esame dalla Corte costituzionale, prima che intervenisse la riforma del diritto di famiglia, erano stati sollevati per eliminare dall'ordinamento le disposizioni più apertamente discriminatorie e risalenti all'epoca fascista, con riguardo al già

¹⁴² F. Biondi, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, relazione tenuta al Convegno annuale del Gruppo di Pisa “La famiglia davanti ai suoi giudici”, Catania, 7-8 giugno 2013

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ «Va ribadito che l'approccio giusnaturalistico non può essere preso in considerazione, per il semplice motivo che non esiste un diritto naturale universalmente condiviso». (A. Manenti, *Famiglia e costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista Aic*, n. 00 del 2 luglio 2010.)

¹⁴⁵ F. Biondi, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, relazione tenuta al Convegno annuale del Gruppo di Pisa “La famiglia davanti ai suoi giudici”, Catania, 7-8 giugno 2013.

¹⁴⁶ Tema oggetto di analisi nel capitolo successivo.

menzionato reato di adulterio¹⁴⁷, all'obbligo solo maschile di mantenimento del coniuge¹⁴⁸, all'amministrazione dei beni¹⁴⁹, alla trasmissione del patrimonio¹⁵⁰, alla potestà sui figli e la cura degli stessi¹⁵¹.

In una prima fase il “giudice delle leggi” operò una sintesi tra i profili dell'uguaglianza e dell'unità familiare a sfavore della parità, facendo appello alla tradizione e basandosi sul criterio della diversa funzione dei ruoli di marito e di moglie. Così giustificava le discriminazioni ai danni delle mogli con «quella diversità di situazioni, che, secondo la interpretazione dell'articolo 3 [della Costituzione] esclude[va] che il diverso trattamento costituis[se] violazione del principio di eguaglianza»¹⁵². Nelle argomentazioni della Corte era, pertanto, ricorrente fino agli anni Settanta, il riferimento alla «diversità della distribuzione degli oneri fra i due coniugi» come «necessaria ad assicurare l'unità della famiglia»¹⁵³, unità considerata «il fine principale della famiglia stessa»¹⁵⁴.

La Corte ammetteva, sulla scorta di quanto detto, che il codice civile «senza creare alcuna inferiorità a carico della moglie, [facesse] del marito, per taluni aspetti, il punto di convergenza della unità familiare e della posizione della famiglia nella vita sociale»¹⁵⁵; e fra i limiti al principio della eguaglianza dei coniugi in aggiunta alla già ricordata garanzia dell'unità familiare, annoverava pure «le esigenze di organizzazione della famiglia»¹⁵⁶. La diversità tra le funzioni era quindi una garanzia del buon

¹⁴⁷ Corte costituzionale, sentenze n. 64/1961, n. 27/1962 sull'adulterio femminile, superate dalle nn. 126 e 127/1968 e n. 147/1969.

¹⁴⁸ Corte costituzionale, sentenze n. 46/1966, n.102/1967, n.144/1967, n. 45/1969 e, infine, la n. 171/1979.

¹⁴⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 143/1967 con cui è dichiarata illegittima il divieto in capo alla moglie di opporsi al pignoramento dei suoi beni da parte dei creditori del marito.

¹⁵⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 6/1987 sull'amministrazione della dote da parte della moglie.

¹⁵¹ Corte costituzionale, sentenze n. 9/1964 che estese il diritto di querela riservato al titolare della patria potestà anche alla madre.

¹⁵² Corte costituzionale, sentenza n. 64/1961.

¹⁵³ Corte Costituzionale, sentenza n. 144/1967.

¹⁵⁴ «non può affermarsi che nella specie tale criterio interpretativo [la parità tra i coniugi nda] sia violato quando si riconosce che l'esigenza dell'unità familiare richiede l'adozione di una disciplina unitaria del momento determinativo dell'esercizio dei poteri-doveri inerenti alla patria potestà poiché, se è vero che nel concetto di limite è insito un aspetto di eccezionalità, è anche vero che non per questo è consentito snaturare l'essenza del limite medesimo interpretandone restrittivamente la portata fino al punto da svuotarlo di contenuto, come avverrebbe ove si ritenesse prevalente il principio di parità dei coniugi sulla necessità di tutelare l'unità della famiglia attraverso l'apprestamento di norme che garantiscano, come si è detto, la concreta possibilità di perseguire quello che è il fine principale della famiglia stessa» (Corte costituzionale, sentenza n. 102/1967).

¹⁵⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 64/1961.

¹⁵⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 64/1961

funzionamento della famiglia, del quieto vivere e dell'ordine all'interno del nucleo familiare.

Il richiamo alle convinzioni culturali e sociali, e pertanto alla tradizione, era coerente con l'intenzione di privilegiare l'unità familiare rispetto all'acquisizione di diritti da parte dei singoli componenti, acquisizione che nella maggior parte dei casi era tesa a riequilibrare la posizione delle donne all'interno della famiglia¹⁵⁷. La parità tra uomini e donne era dunque avvertita come portatrice di instabilità e di rottura di un equilibrio plurisecolare.

La dottrina giuridica forniva un sostegno all'impostazione della Corte costituzionale teorizzando essa stessa la parità tra i coniugi nella diversità delle attribuzioni che per «vocazione» erano affidate a marito e moglie, coll'affermare che «la vocazione sacra della donna è quella di essere madre; che alla madre è in prima linea affidata l'educazione dei figliuoli [...] e che non v'è esempio più alto, il quale possa essere dato ai figliuoli, che non sia quello dell'obbedienza»¹⁵⁸. Il costrutto teorico alla base dell'interpretazione trattava i rapporti tra i coniugi non come rapporti tra i due sessi, ma nell'ottica specifica della famiglia con i suoi bisogni e i suoi giustificati limiti¹⁵⁹.

Così la dottrina della differenza ontologica tra i sessi giustificava la minore capacità giuridica della moglie nei confronti del marito senza, in teoria, intaccare il principio di uguaglianza previsto dalla Costituzione, anzi, per alcuni l'obbedienza, e oggi diremmo la sottomissione, della moglie erano sintomo di superiorità morale¹⁶⁰.

Questa concezione, che si richiamava all'idea di una presunta naturalità e immanenza dei ruoli del maschile e del femminile, fu oggetto di critica da parte del pensiero femminista occidentale, per divenire, in un secondo momento, patrimonio della

¹⁵⁷ Sul punto scrive Chiara Saraceno che il potere della tradizione come superiore ai diritti individuali viene più facilmente evocato e riconosciuto quando si tratta di rapporti tra uomini e donne «che non quando sono in gioco i rapporti tra uomini». (Cfr. C. Saraceno, *Cittadini a metà, come hanno rubato i diritti degli italiani*, Rizzoli, 2012, p. 58).

¹⁵⁸ F. Carnelutti, *La parità dei coniugi e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 148.

¹⁵⁹ «Senza fare esempi, per non attirare sul nostro capo le ire delle correnti femministe, ci sembra opportuno dover considerare che l'attuale concetto di famiglia, alla cui luce il principio di uguaglianza deve essere esaminato, sia ancora fondato [...] sulla, seppur attenuata, ragionevole autorità maritale. Questo non come ancestrale residuo di concezioni sorpassate, ma come esigenza della diversità di attribuzioni che il concetto stesso di società comporta» (T. Mancini, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale*, cit., p. 228.)

¹⁶⁰ «La donna non vale meno dell'uomo solo se sa essere quello che *deve* e non quello che *vuole* essere. [...] La donna che vuole fare l'uomo non solo non eleva ma abbassa la sua statura morale». (F. Carnelutti, *La parità dei coniugi e l'ordinamento giuridico italiano*, cit, p. 145.)

comunità accademica, con l'elaborazione della categoria di "genere" quale strumento di analisi storica, sociologica e giuridica¹⁶¹.

La ridefinizione giuridica della parità dei coniugi all'interno della famiglia passò attraverso fattori endogeni, come l'affermarsi di una nuova generazione di giudici e di giuristi, ed esogeni, quali l'emersione di bisogni sociali e istanze di rinnovamento da parte del movimento studentesco, prima, e femminista, poi.

Un cambio di prospettiva nell'interpretare la parità dei coniugi alla luce della garanzia dell'unità familiare si ebbe, non a caso, con la nota sentenza sull'adulterio del 1968, nelle cui pieghe la Corte chiariva che «la prevalenza dell'unità sul principio di eguaglianza» era legittima «solo se e quando un trattamento di parità tra i coniugi la pon[eva] in pericolo»¹⁶². E un anno dopo affermava la convinzione che la parità tra i coniugi fosse un *prerequisito* dell'unità familiare e non un limite, negando, da quel momento, la possibilità di dispense basate sulla differenza sessuale con l'asserire il divieto «al legislatore di dar rilievo a ragioni di differenziazione diverse da quelle concernenti la predetta unità»¹⁶³.

Veniva, inoltre, esclusa la possibilità di adottare un criterio compensativo tra i diritti dei coniugi nell'ambito di una valutazione di legittimità costituzionale, ovvero di giustificare una situazione di svantaggio della moglie o del marito a riequilibrio di una posizione di vantaggio in altro ambito¹⁶⁴.

Interveniva, poi, come già analizzato, la riforma del diritto di famiglia ad eliminare le discriminazioni più evidenti, per quanto non scomparve quel limite della garanzia

¹⁶¹ Sulla critica femminista al concetto di funzione e sulla differenziazione tra genere e sesso si vedano: J. W. Scott, *Genere, politica*, storia, Viella, 2013; S. Moller Okin, *Le donne e la giustizia*, cit.; sull'utilizzo della categoria di genere in ambito giuridico si vedano L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di, A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch, Il Mulino 2005; M. D'Amico, *I diritti contesi*, cit.; id. *La laicità è donna*, L'asino d'oro, 2013.

¹⁶² Corte Costituzionale, sentenza n. 126/1968.

¹⁶³ Corte costituzionale, sentenza n. 147/1969.

¹⁶⁴ «Si deve ritenere che le norme che siano fonte di svantaggio per un coniuge non possano essere giustificate, nell'ambito di una valutazione di legittimità costituzionale, dal fatto che altre norme conferiscano allo stesso coniuge, a proposito di altre situazioni subbietive nascenti dal matrimonio, una posizione di vantaggio (o viceversa). Ed invero, dal momento che si riconosce che la salvaguardia dell'unità familiare costituisce il solo legittimo limite dell'eguaglianza dei coniugi, bisogna convenire che l'unico accertamento rilevante è se le diversità di trattamento di volta in volta considerate trovino in quella esigenza - e solo in essa - la loro giustificazione costituzionale». (Corte costituzionale, sentenza n. 133/1970, sentenza che per la verità in questo caso eliminava una discriminazione ai danni dei mariti in materia di mantenimento).

dell'unità familiare, che permane, tuttora, inalterato in alcune disposizioni sulla tutela della prole.

Nel giro di pochi anni cadeva così il costrutto dottrinale che aveva sin a quel momento negato parità sostanziale alle donne all'interno della famiglia e si affermava lentamente la convinzione che il combinato disposto tra l'articolo 3 e l'articolo 29.2 Cost. non rendesse tollerabile «in alcun modo discriminazioni basate sulla diversità sessuale»¹⁶⁵ e che quindi l'unità familiare fosse da intendersi piuttosto come solidarietà e assunzione di reciproca responsabilità tra i coniugi.

La Corte, nelle pieghe della sua giurisprudenza, sembrò pervenire gradualmente alla conclusione che le necessarie deroghe al principio di uguaglianza a tutela dell'unità familiare non possano essere sempre o prevalentemente a vantaggio dell'uomo¹⁶⁶, e che eventuali dispense a favore di uno dei coniugi sulla base del sesso debbano essere giustificate dalla transitoria differenza delle situazioni nella realtà sociale¹⁶⁷.

Ed è da questo assunto di parità senza distinzione di sesso e di funzione che bisogna partire per analizzare criticamente le discriminazioni formali e simboliche ancora esistenti in ambito familiare e che rendono, ad oggi, imperfetta la parità all'interno della coppia.

Pure nel rinnovato diritto di famiglia sono rintracciabili infatti discriminazioni meno profonde del passato, ma altrettanto obsolete sia ai danni delle mogli, in qualità di donne e di madri, sia dei mariti, soprattutto in quanto padri.

In particolare la preminenza maschile è rintracciabile nell'attribuzione del cognome della famiglia e nell'esercizio della potestà genitoriale in caso di decisioni urgenti¹⁶⁸. Nel caso dei padri si lamenta invece una scarsa tutela della paternità nella legislazione sul lavoro e una propensione giurisprudenziale all'affido materno in caso di

¹⁶⁵ F. Prosperi, *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi e la trasmissione del cognome ai figli*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1996, p. 844.

¹⁶⁶ Ad esempio negli inviti al legislatore in materia di cognome a «sostituire la regola vi gente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, il quale concili i due principi sanciti dall'art. 29 Cost., anziché avvalersi dell'autorizzazione a limitare l'uno in funzione dell'altro» (Corte costituzionale, sentenza n. 176/1988).

¹⁶⁷ «La diversa posizione della vedova e del vedovo risponde ad una realtà sociale tutt'ora esistente perché, normalmente, il marito guadagna assai più della moglie e in misura maggiore, se non preponderante, provvede al sostentamento della famiglia, e correlativamente la donna ha sul mercato del lavoro una minore competitività rispetto all'uomo e, quindi, in definitiva, una minore capacità di guadagno» (sentenza n. 201 del 1972).

¹⁶⁸ Si veda M. Dogliotti, *L'identità personale*, in *Trattato di diritto privato*, Torino, 1982.

separazione, con conseguente usufrutto della casa familiare alla donna, sebbene negli ultimi anni sia in crescita l'affido condiviso.

Nel presente lavoro ci si concentrerà solamente sui profili che riguardano i rapporti orizzontali, tralasciando, se non per quanto attiene la trasmissione del cognome, le relazioni tra genitori e figli, che aprirebbero scenari in continua trasformazione e che esulano dal confronto tra i sessi.

La nozione stessa di famiglia restringe o allarga i propri confini a seconda dei temi analizzati, infatti, se nell'ambito del cognome maritale, la famiglia è quella costituzionalmente intesa, nel caso dei rapporti di filiazione, la definizione è allargata a tutte le realtà sociali che interessano i rapporti tra genitori e figli, così come nell'ambito della violenza domestica o della condivisione dei carichi familiari si fa potenzialmente riferimento a tutti i rapporti di coppia.

2. Nel nome del marito: il caso del cognome familiare

Un esempio del permanere di una concezione gerarchica e patriarcale della famiglia, che la riforma non ha scalfito, è costituito dall'automatica e indefettibile trasmissione del cognome per linea maschile.

Il diritto al nome, inteso come possesso di un prenome e un cognome identificativi della persona, è un'acquisizione molto recente nell'ordinamento italiano, che vede la sua comparsa con il codice civile del 1942, per quanto risalga al 1895 la previsione del mutamento del cognome della donna maritata¹⁶⁹.

La Costituzione repubblicana ha inserito il diritto al nome tra i diritti inalienabili dell'individuo ponendolo sotto la tutela degli articoli 2 e 22 Cost.

Ma poiché il diritto dei cittadini a non essere privati del nome fu introdotto come argine al potere politico e non già a garanzia o a regolamentazione della trasmissione del cognome alla famiglia¹⁷⁰, la sua applicazione è lastricata di contraddizioni e con

¹⁶⁹ Articolo 131 «Il marito è capo della famiglia: la moglie segue la condizione di lui, ne assume il cognome, ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza., identico era l'articolo 144 del codice del 1942.

¹⁷⁰ Per una analisi dell'art. 22 Cost. si rimanda a M. Cuniberti, *Commentario alla Costituzione*, a cura di, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Vol. I, Utet, 2006, p. 474 ss..

d'ombra, in gran parte dovuti alla progressiva trasformazione del diritto al nome da “garanzia di possederne uno inalienabile” a “tratto distintivo dell'identità personale”.

Dal punto di vista del diritto positivo, il nome trova menzione nel codice civile sia in linea generale¹⁷¹, sia con riferimento alla trasmissione del cognome alla moglie¹⁷² e ai figli naturali¹⁷³, e nella consuetudine per quanto concerne i figli nati da genitori sposati. Altre fonti normative si trovano nel D.P.R. n. 396 del 2000 che disciplina l'ordinamento dello stato civile e nella legge 4 maggio 1983 n. 184 sull'adozione¹⁷⁴. Alcune leggi speciali, poi, definiscono i casi in cui è obbligatorio o non necessario per le donne coniugate o vedove l'utilizzo del cognome del marito¹⁷⁵.

La Corte Costituzionale nelle sue prime pronunce ha fornito i contorni del diritto al nome, chiarendo che oggetto del diritto «non è la scelta del nome» ovvero la possibilità di trasmettere il proprio cognome ai discendenti o di scegliere il proprio nome, piuttosto la garanzia di possederne uno «per legge attribuito»¹⁷⁶.

Questa definizione del «non» diritto all'attribuzione del proprio cognome ai figli, ha dato adito alla dottrina di non occuparsi per decenni del profilo della parità tra i coniugi in questo campo, ritenendolo non rilevante e compatibile con l'idea di unità familiare.

È indubbia la valenza pubblica e privata del cognome, tratto che distingue gli individui legandoli ai componenti della propria famiglia, e nonostante la garanzia costituzionale della persona sia scandita sui temi dell'eguaglianza e della pari dignità, circostanza che sembrerebbe implicare la necessaria presenza nel momento della identificazione della famiglia sia della linea maschile sia di quella femminile, a tutt'oggi è prevalente il favore alla linea paterna.

L'appartenenza a una famiglia dipende quindi dall'utilizzo del cognome del marito e del padre, alla moglie e alla madre non è implicitamente riconosciuta autorevolezza e

¹⁷¹ «Ogni persona ha diritto al nome che le è per legge attribuito». (art. 6, c.c.).

¹⁷² «La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze». (Art. 143 bis, c.c.).

¹⁷³ «Il figlio naturale assume il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto. Se il riconoscimento è stato effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio naturale assume il cognome del padre». (Art. 262, c.c.); «Il possesso di stato risulta da una serie di fatti [...] che la persona abbia sempre portato il cognome dei padre che essa pretende di avere; che il padre l'abbia trattata come figlio [...]».(Art. 237, c.c.).

¹⁷⁴ Vedi legge luglio 2013 per verificare se le distinzioni sono venute meno.

¹⁷⁵ In senso obbligatorio: per l'iscrizione alle liste elettorali (Art, 4, legge n. 1058, del 7 ottobre 1947) e per i certificati penali (Art. 24, r.d., n. 778, del 18 giugno 1931); in senso facoltativo, ad esempio, per la candidatura alla Camera (Art. 18, legge n. 277, del 1993).

¹⁷⁶ Corte Costituzionale, ordinanza n. 176/1988.

capacità di trasmettere il lignaggio, ricompare così la gerarchia tra i sessi all'interno della famiglia.

I profili da analizzare sotto la lente della parità sono quindi due: il primo riguarda il rapporto tra marito e moglie nella definizione del cognome di famiglia; il secondo il rapporto tra padre e madre nella trasmissione del cognome ai discendenti.

La questione del cognome maritale è rimasta per lungo tempo ai margini del dibattito giuridico e politico, o comunque subordinata alla maggior attenzione dedicata ai parametri della trasmissione del cognome ai figli, e giustificata come segno distintivo dell'unità familiare.

Le motivazioni possono essere ricercate sia nell'ordine delle priorità che politica e dottrina giuridica si diedero, in anni di grande cambiamento sociale e di lenta attuazione costituzionale, sia nella poca rilevanza pubblica attribuita al cognome di famiglia.

C'è da segnalare, innanzitutto, la mancanza di attenzione al tema dell'aggiunta per le mogli del cognome maritale, fin dai dibattiti sulla riforma del diritto di famiglia; disinteresse attribuibile alla circostanza che altri e più urgenti profili erano stati modificati sul piano della parità tra i sessi e, soprattutto, su quello dell'equiparazione tra figli legittimi e naturali, avvertito come un'improrogabile priorità.

In ogni caso la riforma del 1975 introdusse una norma già superata sul nascere, dal momento che la dottrina da tempo si interrogava sul significato da attribuire al termine - presente nel codice civile ereditato dal fascismo - di "assunzione" del cognome del marito, ritenendo già superato l'atteggiamento gerarchico che aveva portato alla scrittura della norma¹⁷⁷. Tanto è vero che già nel 1961, la Cassazione aveva definito come facoltativa l'aggiunta o la sostituzione del cognome del marito da parte della moglie¹⁷⁸. Questa libertà di scelta, disponibile fin dagli anni Sessanta, si è tanto radicata nel costume sociale da contribuire al venir meno della visibilità pubblica del cognome di famiglia¹⁷⁹, pur mantenendo viva la sua dimensione simbolica.

¹⁷⁷ Parte del dibattito dottrinale pre riforma è riassunto da G. Marzio, *Il cognome della donna coniugata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, pp. 27-70.

¹⁷⁸ Secondo la Corte di Cassazione l'aggiunta del cognome del marito non va interpretata come un obbligo (sentenza del 13 luglio 1961, in *Foro it.*, vol. 85, numero 1, 1962) e il Consiglio di Stato ha stabilito che «ai fini dell'identificazione della persona vale esclusivamente il cognome da nubile». (Consiglio di Stato, parere n. 1746, del 1997).

¹⁷⁹ Se ne sono occupate marginalmente alcune proposte di legge che trovavano il focus sulla modifica della attribuzione automatica del cognome paterno. Si vedano, ad esempio, le proposte dell'on Scalia

L'attribuzione del cognome maritale, infatti, faceva riferimento all'acquisizione di uno status ritenuto vantaggioso per la moglie, la quale passava dall'essere "signorina" al divenire "signora". Tale qualifica aveva un valore solo per le donne, poiché ne definiva la «sistemazione esistenziale»¹⁸⁰, non vi era al contrario l'equivalente posizione maschile di "signorino", termine usato per identificare la giovane età e l'alta estrazione sociale di un uomo e non il suo stato civile¹⁸¹. Per i maschi il passaggio di condizione sociale era definito dall'ingresso nell'età adulta con il raggiungimento della maggiore età; per le donne, che erano equiparate nei codici ai "fanciulli" indipendentemente dall'età anagrafica, il passaggio veniva garantito dalla loro posizione all'interno della famiglia. Non a caso il matrimonio era considerato un momento fondamentale per la costruzione dell'identità femminile, tanto da creare un giudizio di valore a vantaggio delle coniugate sulle nubili (per le quali era coniato il termine dispregiativo di "zitelle")¹⁸². Sul versante maschile, l'utilizzo del cognome da parte della moglie aveva la funzione di identificare e rendere visibile il coniugio, ovvero l'appartenenza alla famiglia di lui, e a questo si aggiungeva «una sorta di compiacimento a che la donna, accolta come compagna di vita, si fregiasse del cognome maritale»¹⁸³.

D'altro canto pure la Corte costituzionale, poco prima della riforma del diritto di famiglia, ricordava come l'assunzione da parte della moglie del nome del marito significasse l'appartenenza alla di lui famiglia e «si ricollega[va] necessariamente, nell'intento del legislatore, a quella preminenza, quale manifestazione dell'unità familiare che, come si è detto, si è voluta accentrare intorno al capo»¹⁸⁴.

A partire dalla ricostruzione dei fatti, sarebbe quanto meno anacronistico far dipendere ancora oggi la definizione dell'identità femminile dal ruolo familiare e utilizzare l'apposizione del cognome del marito come un distintivo di cui le nubili/single non possono beneficiare.

(Camera dei deputati, C. 313, 9 maggio 1996) e dell'on. Pisapia(Camera dei deputati, C. 2155, 8 agosto 1996).

¹⁸⁰ G. Marzio, *Il cognome della donna coniugata*, cit., p. 49.

¹⁸¹ Sul tema dello status si veda E. Pazè, *Verso un diritto all'attribuzione del cognome materno*, in *Dir. fam.*, 1998, pp. 325-351.

¹⁸² M. Palazzi, *Donne sole*, cit., p. 30.

¹⁸³ G. Marzio, *Il cognome della donna coniugata*, cit.

¹⁸⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 128/1970, in base alla quale fu eliminato l'obbligo per la donna separata di usare cognome del marito.

Se volessimo concentrarci, poi, solo sull'aspetto giuridico lasciando da parte il significato simbolico, è d'obbligo oggi chiederci se la previsione dell'aggiunta del cognome del marito per le donne sposate, possa ancora essere giustificata come un'imprescindibile garanzia dell'unità familiare o se non costituisca invece una violazione al principio di uguaglianza morale e giuridica tra i coniugi.

Una risposta convincente al primo quesito è già arrivata dalla Corte costituzionale, che, in anticipo sui tempi, ha negato che la garanzia dell'unità familiare possa costituire un limite al principio di uguaglianza morale e giuridica¹⁸⁵.

Sul tema specifico del cognome di famiglia è poi rintracciabile un consolidato orientamento delle istituzioni comunitarie, fin dagli anni Settanta, nell'invitare i paesi membri a ispirare i loro codici civili a modelli paritetici e nell'individuare tre possibili soluzioni: la libertà per i coniugi di scegliere il cognome da dare alla famiglia, il mantenimento dei cognomi da nubile e celibe o, infine, l'indicazione per legge di un cognome familiare composto da entrambi quelli degli sposi¹⁸⁶.

La dottrina italiana fino ad anni recenti si era, tuttavia, preoccupata soprattutto di delimitare i confini dell'uso pubblico del cognome maritale e, quindi, di definire se questo fosse configurabile come un diritto o un obbligo in capo alle mogli, e di come regolarne l'utilizzo in caso di separazione o scioglimento del matrimonio. Nonostante alcune considerazioni muovessero dalla necessità di rendere meno gerarchica la famiglia, il tema della parità tra i coniugi rimaneva però sullo sfondo fino agli anni Novanta.

Da un ventennio a questa parte, invece, il dibattito si è spostato sul profilo dell'uguaglianza e le diverse posizioni concordano nel ritenere l'attuale disciplina sul cognome maritale discriminante per le mogli¹⁸⁷, nonostante qualche ironico tentativo di congedare la pratica come una rivendicazione femminista¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Si veda la sentenza n. 126/1968.

¹⁸⁶ Così il Consiglio d'Europa, risoluzione n. 37 del settembre 1978.

¹⁸⁷ «Un secondo valore coinvolto è quello dell'uguaglianza, specificato come parità tra i sessi: se il matrimonio è capace di incidere sulla denominazione delle persone coinvolte, allora entrambe dovrebbero cambiare il cognome e non soltanto la donna» (G. Marzio, *Il cognome della donna coniugata*, cit., p.29); sii vedano anche Elisa Pazè, *Verso un diritto all'attribuzione del cognome materno*, cit. e P. Palermo, *Uguaglianza e tradizione nel matrimonio: dall'adulterio alle unioni omosessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, fasc. 11, pp. 537-555.

¹⁸⁸ «Ma le rivendicazioni femministe non si arrestano di fronte a siffatti ostacoli. Esse mirano ad attuare la parità anche nell'uso del linguaggio». G. Cattaneo, *Il cognome della moglie e dei figli*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1/1997, p. 694.

Non esiste tuttavia una vasta giurisprudenza sul tema, e le decisioni dei tribunali hanno riguardato più spesso la richiesta di utilizzo del cognome del marito a seguito di una separazione, qualora questo sia divenuto un tratto distintivo della persona. L'assenza di contenzioso sottolinea la portata limitata che l'uso del cognome del marito ha assunto nella prassi sociale e consolida la percezione di volontarietà della scelta, nondimeno non risolve il problema della disparità. Si è espressa in questo senso pure la Corte di cassazione con l'asserire che:

Nonostante l'apparente incisività della nuova formulazione, essa deve considerarsi di modesto spessore [...] tenuto conto, da un lato, che anche nel vigore della precedente normativa la giurisprudenza di questa Suprema Corte aveva ravvisato il diritto della moglie a conservare il proprio cognome, aggiungendo ad esso quello del marito [...], considerato, d'altro lato, che anche la disposizione novellata evidenzia, sia pure in termini attenuati rispetto al passato, l'opzione del legislatore verso il cognome del marito come identificativo della nuova famiglia costituita, in quanto unico cognome comune, così rimarcando una posizione di evidente disparità tra i coniugi¹⁸⁹.

Arrivano, nuovamente, dal panorama internazionale le pressioni per un adeguamento della disciplina italiana ai moderni criteri di parità tra mogli e mariti. Tanto più che la Corte di Strasburgo, già in passato, si era pronunciata in tema di disparità di trattamento, giudicando la legge svizzera sulla trasmissione del cognome di famiglia discriminatoria verso gli uomini, laddove dava facoltà alla moglie di anteporre il proprio cognome a quello del marito, nel caso in cui venisse scelto come cognome familiare, ma non prevedeva analogo diritto per il marito che optasse per acquisire il cognome della moglie¹⁹⁰. In questo caso la discriminazione fu rilevata nonostante la disciplina svizzera fosse più aperta di quella italiana, nel prevedere un accordo preventivo tra i coniugi e non disponendo univocamente l'acquisizione del cognome maritale.

L'evolversi della coscienza sociale e il panorama europeo e internazionale, in cui l'Italia è inserita, lasciano aperto il campo a un ricorso di legittimità di fronte alla Corte costituzionale o a quella di Strasburgo dell'articolo 143 bis del codice civile, il cui esito può essere influenzato dal fatto che la maggior parte delle legislazioni europee ha già

¹⁸⁹ Corte di cassazione, sentenza n. 13298, 17 luglio 2004.

¹⁹⁰ Corte Edu, 22 febbraio 1994, riportata in P. Patrizia, *Uguaglianza e tradizione nel matrimonio*, cit.

risolto in senso paritetico e conciliativo la questione del cognome della moglie, seguendo le indicazioni che, come ricordato, già trentacinque anni fa provenivano dal Consiglio di Europa¹⁹¹.

2.1. *La querelle sulla trasmissione del cognome tra diritto, parlamento e società*

Differente, ma derivante da una comune matrice culturale e giuridica, è poi il profilo del cognome che si acquista per legge alla nascita e che ha una valenza giuridico-sociale, nell'identificare i componenti di una famiglia, e personale, nel definire l'identità dell'individuo.

Come anticipato il codice civile del 1975 non ha contemplato una norma sulla trasmissione del cognome per i figli nati da genitori sposati, trasmissione che viene attribuita al padre per via consuetudinaria.

La giurisprudenza ha per lungo tempo imboccato la strada dell'esclusione silenziosa delle donne, strada già peraltro percorsa nel caso – più volte menzionato - del mancato riconoscimento del suffragio femminile, quando si era giustificata l'omissione della legge con l'asserire implicita l'esclusione delle donne dal godimento del diritto.

Alla stessa soluzione si è orientata, un secolo dopo, la Corte d'appello di Milano nel sostenere che «il silenzio del legislatore della riforma del diritto di famiglia in ordine al cognome dei figli legittimi [...] consente di desumere la persistente validità di una norma consuetudinaria saldamente radicata nella coscienza della collettività»¹⁹².

Il paradosso giuridico è dato, quindi, dalla presenza di una consuetudine che regola il caso generale e di una norma che ne specifica il contenuto, senza prendere in considerazione il mutato quadro costituzionale. Poiché, se è vero che il novellato codice civile recita che «il figlio naturale assume il cognome del padre»¹⁹³, è pur vero che la ratio ispiratrice della disposizione era la necessità di non discriminare tra figli legittimi e naturali in virtù di una usanza che regolava la trasmissione in via patrilineare¹⁹⁴.

¹⁹¹ Si veda *Report on discrimination between man and women in the choice of a surname and in the passing on parents 'surname to children*, doc. 7259, 3 marzo 1995, disponibile sul sito del Parlamento europeo e consultato in data 11 luglio 2013.

¹⁹² Decisione riportata dalla Corte Costituzionale, sentenza n. 61/2006.

¹⁹³ Come previsto all'articolo 262 del Codice civile.

¹⁹⁴ Per analisi storica si continua ad utilizzare le categorie di figli naturali e legittimi, tuttavia la recente legge 219 del 2012 ha abolito la differenza di stato giuridico.

Ma qual è la genesi di questa consuetudine e che portata simbolica ha? È bene fare un breve accenno alla sua nascita, contestualizzandola nell'appropriato periodo storico¹⁹⁵.

Alcuni autori fanno risalire l'acquisizione del cognome paterno al diritto romano¹⁹⁶, in un'epoca in cui il governo della famiglia apparteneva al padre e la donna doveva sempre essere assoggettata a qualcuno¹⁹⁷. Da quel che sappiamo il cognome moderno ha origine storica nel Medioevo ed era solitamente composto parafrasando caratteristiche personali o identificative dell'individuo come il nome del feudo, la professione o il mestiere, le qualità fisiche o morali, il luogo di origine o di residenza. In alcuni luoghi, invece, si utilizzava un patronimico aggiungendo il nome del padre a quello dei figli, che solo in un secondo momento assunse carattere familiare. L'uso del cognome diventò, infine, attributo necessario, prima, con l'introduzione dei registri parrocchiali resi obbligatori dal Concilio di Trento (1564) e, in seguito, con la diffusione dei registri di stato civile.

Quindi la formazione del cognome, ancor prima che le norme per il suo passaggio, traeva origine da consuetudini diverse e da epoche distanti da noi, che avevano in comune però il riconoscimento di una gerarchia di valore tra uomini e donne e tra figli naturali e legittimi, e perciò stesso basate su diritti, doveri e valori non più condivisibili.

Dal momento che la trasmissione di consuetudini è frutto di una scelta che non è mai neutra¹⁹⁸, sul piano del simbolico compare l'idea che il cognome possa essere una garanzia di discendenza a tutela al padre, poiché quella materna appare manifesta con la gestazione e il parto (*mater semper certa est, pater numquam*). Insomma, una sorta di

¹⁹⁵ Per una ricostruzione più approfondita si veda D. Ziino, *Diritti della persona e diritto al (pre)nome. Riferimenti storico-letterari e considerazioni giuridiche*, in *Gius. Civ.*, 7/8, 2004, p. 355 -387; Spagnesi, *Nome (storia)*, in *Enciclopedia dir.*, XXVIII, 1978, p. 290 ss.

¹⁹⁶ Di questo avviso E. Pazè, *Verso un diritto all'attribuzione del cognome materno*, cit.

¹⁹⁷ «Presso i romani [l'autorità] fu incentrata nel capo-famiglia con tale pienezza e con tale rigore da non aver confronti verso altri popoli. [...] il suo potere, simboleggiato dalla mano e detto *manus*, riguardando insieme persone e cose, implicò una piena disposizione di queste e di quelle.» (E. Besta, *La famiglia nella storia del diritto italiano*, cit., p. 35).

¹⁹⁸ Le tradizioni come i «significati condivisi» di comunità e culture, si sono fondate su alcuni punti di vista molto più che su altri. [...] è molto più probabile che a dar forma alle tradizioni siano i liberi, gli istruiti, i liberi, e i maschi, piuttosto che i non liberi, gli ignoranti, i poveri e le donne. (S. Moller Okin, *Le donne e la giustizia*, cit., p. 119.)

compensazione pubblica, o di controllo, a favore degli uomini che andrebbe a bilanciare il potere di procreazione delle donne¹⁹⁹.

Dopo aver ripercorso la genesi storica e il significato culturale della trasmissione consuetudinaria del cognome paterno, occorre chiedersi se questa sia una garanzia dell'unità familiare neutrale rispetto al sesso o non piuttosto un privilegio maschile e come tale lesivo dei principi costituzionali di uguaglianza espressi dagli articoli 3 e 29.2 Cost.

La questione si pone, ancora una volta, come bilanciamento tra due enunciati costituzionali, il principio di uguaglianza dei coniugi e l'esigenza di tutelare l'unità familiare.

2.1.1. Il punto di vista del diritto: uguaglianza, unità della famiglia e identità personale

Le richieste di una norma sulla trasmissione del cognome, che tenga conto anche del versante materno fanno leva sui principi di uguaglianza tra uomini e donne e tra coniugi, sul diritto al libero sviluppo della personalità e sul mutato contesto sociale.

Le resistenze o le cautele fraposte alla revisione dello status quo giustificano l'utilizzo del cognome paterno come garanzia dell'unità familiare e come misura di favore per non discriminare tra figli legittimi e naturali.

La questione non è nuova e interessa oltre a milioni di cittadini pure i diversi attori del panorama politico e giuridico: Parlamento italiano e istituzioni comunitarie, tribunali, Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo.

Approda alle aule dei tribunali già sul finire degli anni Settanta, a riforma del diritto di famiglia fresca di approvazione, con riguardo alla condizione dei figli nati fuori dal matrimonio.

Alla richiesta delle madri di aggiungere o sostituire il proprio cognome a quello paterno, la giurisprudenza dei giudici minorili si attestò inizialmente nel giustificare la preferenza accordata al cognome del padre, non come soddisfazione di un interesse del genitore maschile contrapposto a quello della madre – circostanza che avrebbe sollevato

¹⁹⁹ A garanzia della discendenza funzionava l'istituto della presunzione di paternità: fino alla riforma del 1975 i figli "adulterini" non potevano, in nessun modo, essere riconosciuti dal padre se già sposato, ed erano invece attribuiti al marito tramite la presunzione di paternità, in caso la madre fosse sposata. Sullo stesso punto si veda S. Vegetti Finzi, *Perché non si riesce a cambiare la tradizione del cognome del padre*, «Corriere della Sera», 26 maggio 2013.

dubbi sul profilo dell'uguaglianza - ma piuttosto come tutela dell'interesse del figlio naturale a ottenere una condizione il più simile possibile a quella del figlio legittimo²⁰⁰.

Il tema in rilievo si spostava dunque dalle argomentazioni sulla parità tra i sessi e sulla garanzia dell'unità familiare all'interesse del minore, e il termine di paragone a cui riferirsi, per non creare discriminazioni tra i discendenti, era la consuetudine, retaggio di una concezione patriarcale, di trasmettere il cognome per via patrilineare ai figli legittimi.

In questa maniera la giurisprudenza non teneva in considerazione né il mutato contesto giuridico né l'invito che proprio nello stesso periodo proveniva da istituzioni internazionali²⁰¹ e comunitarie di riconoscere ai genitori «equal rights as to the family name to be given to the children»²⁰².

Solamente a metà degli anni Ottanta la giurisprudenza dei tribunali cambiava orientamento e con un decreto, che fece molto di discutere, il Tribunale di Lucca accoglieva la richiesta di aggiunta del cognome materno (al figlio legittimo) col sostenere che la consuetudine, «fondata sul regime patriarcale», di attribuire al figlio legittimo il solo cognome del padre era in contrasto con il principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi stabilito dalla Costituzione e col considerare l'attribuzione del doppio cognome la soluzione migliore, poiché evidenzia «i due rami genealogici che stanno a fondamento della costituzione ereditaria dell'individuo»²⁰³.

Tuttavia la dottrina respingeva tale impostazione giurisprudenziale asserendo che la consuetudine, per quanto frutto di una «mentalità patriarcale» era ispirata a «obiettive esigenze di ordine pubblico di certezza, di opportunità e di ragionevolezza»²⁰⁴.

Del tema fu investita, a più riprese, la Corte Costituzionale a cui si chiedeva di giudicare la legittimità di quelle disposizioni del codice civile che, presupponendo una «norma-implicita», non prevedevano la possibilità per i genitori di attribuire ai figli entrambi i cognomi. Con due ordinanze a distanza di pochi mesi la Corte salvava

²⁰⁰ In tal senso il Tribunale dei minorenni di Perugia, 8 novembre 1978, in *Dir. Fam.*, 1979, p.1206; e il Tribunale dei minorenni di Palermo, 12 agosto 1981, in *Dir. Fam.*, 1982, p.937.

²⁰¹ Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979, ma ratificata dall'Italia con legge n. 132 del 14 marzo 1985.

²⁰² Consiglio di Europa, la risoluzione n. 37 del 1978, chiedeva, in caso di coppia non sposata, «to allow the child to take the family name of the parent whose name he was not granted by law [or] to allow the family name of the children to be chosen by the common agreement of the parents».

²⁰³ F. Pacini (giudice del tribunale di Lucca), *Una consuetudine secolare da rivedere*, in *Giur. merito*, 1985, p. 1243.

²⁰⁴ A. Giusti, *Parità fra coniugi e cognome del figlio*, in *Giur. merito*, 1985, p. 293.

anch'essa la trasmissione patrilineare del cognome non ritenendola lesiva dell'uguaglianza tra i coniugi, poiché basata su «una regola radicata nel costume sociale» e posta a garanzia della «conservazione dell'unità familiare»²⁰⁵.

Tradizione e conservazione dell'unità familiare diventavano ancora una volta i grimaldelli per non parificare i diritti tra i sessi e l'antica gerarchia tra i coniugi riemergeva nuovamente cristallizzando quei rapporti che i costituenti avevano a maggioranza inteso liberare.

D'altro canto, ogni qual volta nella storia d'Italia si è voluto escludere le donne da un diritto già posseduto dagli uomini, si è sempre fatto appello alla necessità di tutelare l'unità e la pace familiare; prima l'oggetto del contendere erano i diritti politici, in questo caso l'uguaglianza tra i coniugi.

Tuttavia, la Corte, fin da queste prime sentenze, non esclude la possibilità, riservata solo al Parlamento, di adottare un «criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, il quale concili[asse] i due principi sanciti dall'art. 29 della Costituzione, anziché avvalersi dell'autorizzazione a limitare l'uno in funzione dell'altro», in virtù di una stimata «evoluzione della coscienza sociale»²⁰⁶. Anche se, tra le soluzioni disponibili al legislatore, il “giudice delle leggi” non faceva segreto di non preferire la «complicazione del doppio cognome»²⁰⁷.

E in effetti dal 1979, a soli quattro anni dalla riforma, il Parlamento aveva cominciato ad occuparsi della questione grazie a una prima iniziativa della socialista Maria Noya Magnani, la quale aveva presentato un testo di riforma del diritto di famiglia basato sulla libertà di scelta del cognome di famiglia a discrezione dei coniugi²⁰⁸.

Nel 1996 la Corte Costituzionale interveniva nuovamente sul tema e con una sentenza additiva, spezzava, invece, una lancia in favore del doppio cognome, garantendo al figlio naturale la possibilità di mantenere il cognome materno ricevuto alla nascita, antepoendolo o aggiungendolo a quello del padre che lo aveva successivamente riconosciuto, laddove questo fosse diventato un autonomo segno

²⁰⁵ Corte Costituzionale, ordinanza n. 586/1988.

²⁰⁶ Ordinanza n. 176/1988.

²⁰⁷ Ordinanza n. 586/1988.

²⁰⁸ Atti parlamentari, Camera dei Deputati, VII Legislatura, documenti, Proposta di legge n. 832, 1979.

distintivo della sua identità personale²⁰⁹. Il cognome materno si affermava pertanto non in virtù di una acquisita parità tra genitori ma piuttosto a garanzia dei diritti dei figli.

A vent'anni dalla riforma nulla era però mutato, nonostante i ripetuti inviti provenienti dall'ambito comunitario ai Paesi membri a eliminare le discriminazioni inaccettabili tra donne e uomini in materia di trasmissione del cognome²¹⁰ e non giustificabili neppure sulla base di tradizioni, usi e consuetudini locali²¹¹.

Di fronte all'inerzia del legislatore nel disciplinare compiutamente la materia, la questione ha continuato però a interessare i giudici comuni e amministrativi creando una giurisprudenza non sempre coerente e consegnando alla statistica diverse centinaia di persone che ogni anno ottengono di poter aggiungere il cognome materno a quello attribuito dalla legge²¹².

I giudici comuni, in caso di successivo riconoscimento di paternità, hanno continuato ad accordare un trattamento di favore al cognome paterno in sostituzione, e non in aggiunta, di quello materno, considerandolo maggiormente garante dell'interesse del minore e consegnando all'eccezione invece la discendenza matrilineare. Affinché il cognome materno potesse prevalere o permanere si rendeva infatti necessario il sussistere di specifiche ragioni quali la cattiva reputazione del padre o la tutela dell'identità personale del figlio²¹³. Pertanto anche per i giudici comuni l'interesse del minore non si conciliava in nessun modo con l'esigenza di parità tra i sessi.

²⁰⁹ Corte Costituzionale, sentenza n. 297/1996.

²¹⁰ «The Assembly recalls that a name is an element which determines the identity of individuals and that, for this reason, the choice of name is a matter of considerable importance. Continued discrimination between men and women in this area is therefore unacceptable». (Recommendation 1271 (1995) *on discrimination between men and women in the choice of a surname and in the passing on of parents' surnames to children*).

²¹¹ «In its reply to this recommendation, the Committee of Ministers accepts that each country has its own legal system in this area, depending on "local customs and traditions", but stresses that these legal systems should not include any discriminatory provisions». (Recommendation 1362 (1998) *on discrimination between women and men in the choice of a surname and the passing on of parents' surnames to children*).

²¹² M. L. Rodotà, *Figli e cognome materno, se il legislatore è indietro*, in «Corriere della Sera», 20 luglio 2011.

²¹³ Si vedano a proposito le decisioni del T.A.R. del Friuli Venezia Giulia che non accolse la richiesta di sostituire il cognome paterno con quello materno, perché ritenuto contrario all'interesse del figlio che sarebbe stato identificato come illegittimo. (T.A.R. del Friuli Venezia Giulia in *Giust. Civ.* 1998, I, p.1751); del Tribunale dei minorenni di Perugia, per il quale l'assunzione del cognome paterno in sostituzione di quello materno corrispondeva all'interesse del figlio naturale minore a meno che non intervenissero la cattiva reputazione del padre o il minore avesse maturato una precisa, infungibile identità individuale sociale, per il fatto di essere conosciuto con il cognome della madre. Al contrario il doppio cognome poneva il figlio naturale, nei rapporti familiari e sociali, in una posizione differenziata e peggiore rispetto agli altri figli (legittimi) del padre, aventi il solo cognome paterno. (Tribunale dei

Il Consiglio di Stato assunse, al contrario, una differente posizione e, orientando la propria giurisprudenza in senso antidiscriminatorio, accolse le richieste di aggiunta del cognome materno, bocciando l'atto ministeriale che la negava, ritenendo che «il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione di disporre o negare l'aggiunta di cognome [debba] essere esercitato tenendo conto dell'evoluzione della coscienza sociale, del costume e del contesto europeo nel quale il nostro Paese è inserito»²¹⁴.

Anche la Corte di Cassazione si è prodigata per ristabilire l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, col sollevare questione di legittimità di fronte alla Corte costituzionale, accogliendo le istanze di una coppia che si era vista negare, dal Tribunale dei minori di Milano e dalla Corte d'Appello, la possibilità di trasmettere alla propria figlia il cognome materno. La Cassazione ha, infatti, ravvisato un'anacronistica discriminazione ai danni della madre in ragione della sopraggiunta maturazione «di una diversa sensibilità nella collettività e di diversi valori di riferimento, commessi alle profonde trasformazioni sociali intervenute, non che gli impegni imposti da convenzioni internazionali e le sollecitazioni provenienti dalle istituzioni comunitarie»²¹⁵.

Sul tema si è, quindi, nuovamente pronunciata la Corte Costituzionale, che, nel 2006, ha riconosciuto che «l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistica e di una tramontata potestà maritale non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna»²¹⁶. Nonostante ciò, ha preferito non intervenire giudicando «inammissibile la questione di legittimità costituzionale» non essendo configurabile una «operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte», resa impossibile anche dalla «stessa eterogeneità delle soluzioni offerte dai diversi disegni di legge presentati in materia nel corso della XIV legislatura», che prospettano una pluralità di soluzioni possibili, «la scelta tra le quali non può che essere rimessa al legislatore».

minorenni di Perugia , 6 febbraio 1998, *Dir. fam.*, 1998, 601); e del Tribunale per i minorenni di Firenze per cui il minore poteva mantenere il cognome della madre solo se comunemente identificato e conosciuto con il solo cognome materno. (Tribunale per i minorenni di Firenze, decreto 23 dicembre 1998, *Dir. fam.*, 1998, 713).

²¹⁴ Consiglio di Stato, ordinanza 63/1999, si vedano anche le sentenze nn. 1510/1999 e 2572/2004.

²¹⁵ Corte di Cassazione, ordinanza di rimessione n. 13298 del 17 luglio 2004.

²¹⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 61/2006.

Con una motivazione ricorrente in tema di allargamento dei diritti, la Corte costituzionale, ha consegnato al libero apprezzamento del legislatore la scelta tra una pluralità di opzioni per la riscrittura di una normativa, che sia coerente con i tempi, con i principi dell'ordinamento italiano²¹⁷ e con le raccomandazioni e risoluzioni provenienti dall'Unione Europea e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo²¹⁸.

Dall'analisi della giurisprudenza sin qui compiuta, è emersa, quindi, un'evoluzione interpretativa che rende il diritto al nome non più solo una garanzia per il singolo a possederne uno ma piuttosto un tratto distintivo della persona e della sua identità personale e che permette al criterio della parità di acquisire valore e rilevanza. È sulla base di queste considerazioni che sembra essersi attestata la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale²¹⁹ ripresa, poi, dalla Corte di cassazione²²⁰.

Nonostante le implicazioni simboliche e giuridiche enunciate, la questione della trasmissione del cognome non è ancora stata risolta, per il momento a nulla sono valsi gli inviti della Corte, i numerosi progetti di legge che andavano nella direzione di concedere libertà di scelta e i richiami delle istituzioni comunitarie.

A differenza di quanto visto sul versante del cognome maritale non esiste in questo campo neppure un'omogenea posizione dottrinale nel ritenere al passo coi tempi oppure obsoleta l'attuale trasmissione del cognome.

La difesa dello status quo è espressa per lo più invocando «la prevalenza dei profili pubblicistici su quelli privatistici»²²¹ e la supremazia dei diritti della famiglia, e quindi la sua unità, su quelli dei singoli e sul principio di eguaglianza²²².

Una parte della dottrina, pertanto, non ha ravvisato nell'automatica e univoca trasmissione del cognome paterno una violazione del dettato costituzionale e ha operato un bilanciamento a solo vantaggio della tutela dell'unità familiare. Oppure si è arresa

²¹⁷ I. Nicotra, *L'attribuzione ai figli del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale: le nuove Camere colgono il suggerimento della Corte per modificare la legge*, in www.forumcostituzionale.it.

²¹⁸ Risoluzione 37 del 1978, Raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1272 del 1995 e n. 1362 del 1998. Pure l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo è in linea con la cancellazione di ogni misura discriminatoria basata sul sesso nella scelta del cognome.

²¹⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 297/1996

²²⁰ Corte di cassazione, sentenza n. 12641 del 26 maggio 2006.

²²¹ Obiezione riportata in E. Pazè, *Verso un diritto all'attribuzione del cognome materno*, cit.

²²² A. Giusti, *Parità fra coniugi*, cit., p. 293; G. Cattaneo, *Il cognome della moglie e dei figli*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1997, p.693 ss.; Santoro Passarelli, *Diritti e doveri dei coniugi*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Cian, Oppo, Trabucchi, a cura di, I, Padova, 1992, pp. 234 ss.; Dell'Ongaro, *Ancora sul nome della famiglia e sul principio di parità*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1988, pp. 1583.

all'impossibilità di garantire un identico trattamento dei cognomi preferendo il sistema attuale che avrebbe il merito «di essere semplice, chiaro e non dare luogo a controversie»²²³.

Altri autori, al contrario, sono concordi nel ritenere *contra legem* una consuetudine che accorda ai mariti un trattamento di favore²²⁴ e hanno messo in dubbio l'assunto che la trasmissione automatica del cognome paterno sia l'unica soluzione garante dell'unità familiare²²⁵. A sostegno di questa posizione, che invoca la libertà di scelta, sembra giocare pure il mutato contesto sociale, dal momento che proprio la trasmissione del cognome paterno unita all'aumento della cosiddette famiglie allargate, rischia di compromettere l'interesse dei figli nati da unioni diverse a possedere il medesimo cognome, come «unico elemento idoneo a rendere evidente la comune appartenenza dei figli alla stessa genitrice e alla di lei famiglia»²²⁶.

Le soluzioni prospettate da tale dottrina risultano quindi più convincenti nel bilanciare i principi costituzionali di uguaglianza, unità della famiglia e rispetto dell'identità personale²²⁷, e partono dall'affidare l'argomento all'accordo tra i coniugi, identificando come unico limite quello dell'esistenza di una legge che definisca preventivamente le scelte possibili a garanzia dell'unità familiare²²⁸.

I modelli teorici individuati prevedono le due macro ipotesi della trasmissione di uno solo o di entrambi i cognomi, e una serie di varianti.

La prima ipotesi si basa sulla trasmissione del solo cognome materno, con il ribaltamento della situazione attuale. A favore di questa soluzione giocherebbe l'interesse del minore non riconosciuto dal padre, che non sarebbe più oggetto di

²²³ G. Cattaneo, *Il cognome della moglie*, cit., p. 673.

²²⁴ M. Pacini, *Una consuetudine contra legem*, in *Gius. Merito*, 1985, p. 1243 ss.; F. Prospero, *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, cit., pp. 841 ss.; Cassano, *Automaticità della trasmissione del cognome versus Identità personale*, in *Familia*, 2003, pp. 897 ss.; Carbone, *Quale futuro per il cognome*, in *Fam. e dir.*, 2004, pp. 457 ss.

²²⁵ Dogliotti, *L'identità personale* in Rescigno, *Trattato di diritto privato*, 1982, p. 111 ss; si vedano anche E. Pazè, *Verso un diritto all'attribuzione del cognome materno*, cit.; I. Nicotra, *L'attribuzione ai figli del cognome paterno*, cit.; e P. Palermo, *Uguaglianza e tradizione nel matrimonio*, cit.

²²⁶ I. Nicotra, *L'attribuzione ai figli del cognome paterno*, cit.

²²⁷ «Il rispetto dell'identità prescrive, con riguardo ai figli comuni, che essi siano riconoscibili come componenti di un gruppo familiare: da qui l'esigenza di un cognome che conservi al figlio quelli di entrambi i genitori». (G. Autorino Stanzone, *Attribuzione e trasmissione del cognome. Profili comparatistici*, in www.comparazioneDirittocivile.it, p.7)

²²⁸ E. Pazè, *Verso un diritto all'attribuzione del cognome materno*, cit.; I. Nicotra, *L'attribuzione ai figli del cognome paterno*, cit.

trattamento differente²²⁹. Di fatto però non garantirebbe la parità tra i sessi, sostituendo una discriminazione con un'altra, e per questo la soluzione non ha goduto di particolare favore tra gli studiosi.

La variante più paritetica di questa prima ipotesi si configura come trasmissione di uno solo dei cognomi, secondo la libera scelta compiuta dai coniugi al momento del matrimonio. In questo caso il cognome scelto diverrebbe quello della famiglia e dei figli della coppia. Verrebbero, così, apparentemente soddisfatti entrambi i profili di uguaglianza e di garanzia dell'unità. Tuttavia, anche questo tipo di soluzione si è prestato ad alcune critiche tra le quali l'essere foriera di possibili contrasti tra gli sposi, e troppo favorevole «al *partner* più forte»²³⁰.

La seconda soluzione prevede, invece, la trasmissione di entrambi i cognomi, che, come già avviene nei paesi di lingua spagnola, garantirebbe parità e unità familiare, evidenziando i due rami della discendenza.

Nonostante questa opzione abbia ottenuto il maggior consenso in dottrina, non è stata immune da critiche. Innanzitutto uno dei due cognomi andrebbe a decadere e quindi la parità tra i genitori sopravviverebbe solo tra i discendenti prossimi. Andrebbe, poi, definito quale dei due cognomi decada e se lasciare libera scelta alla coppia o decidere *ope legis*, e ritornerebbero, pertanto, in rilievo le stesse considerazioni circa la possibilità di controversie e la sopravvivenza dello *status quo* avanzate per la prima ipotesi.

Altro tema suscettibile di contrarietà al modello, se non opportunamente corretto, sarebbe la ricomparsa della differenziazione tra figli riconosciuti da entrambi i genitori, che sarebbero dotati di due cognomi, e figli non riconosciuti, che possederebbero solo il cognome della madre.

²²⁹ In questo senso andava la proposta dell'on. Pisapia presentata negli anni Novanta.

²³⁰ «L'imposizione della scelta di un unico cognome tra quelli dei coniugi o dei genitori finisce per essere assai poco innovativa e rischia di privilegiare il cognome del coniuge più forte, anche economicamente, rientrando così nel solco della tradizione che si assicura voler abbandonare». (G. Autorino Stanzone, *Attribuzione e trasmissione del cognome*, cit., p. 20); si veda anche V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, cit., p. 142.

2.1.2. Il dibattito parlamentare e il comun sentire

Nel corso dei decenni successivi la riforma del diritto di famiglia furono più di venti le proposte di legge presentate a favore di una trasmissione del cognome più egualitaria, ma nessuna di queste trovò approvazione.

In particolare nella seconda metà degli anni Novanta, il Parlamento italiano ha ricevuto a più riprese, e sempre infruttuosamente, proposte di legge riguardanti la modifica della trasmissione del cognome, e nel corso della XIV legislatura è stata promossa, senza esito, una Commissione speciale in materia d'infanzia e minori²³¹.

Le soluzioni avanzate andavano tutte nella direzione di lasciare all'accordo dei genitori la scelta del cognome o dei cognomi da trasmettere alla prole, segno che era possibile pervenire a una soluzione in presenza di una volontà politica e di una stabilità di governo.

Una delle prime proposte, ad ampio raggio di intervento, fu quella dell'on. Scalia, la quale prevedeva che i coniugi potessero decidere quale cognome trasmettere oppure optare per il doppio cognome e, in questa seconda ipotesi, veniva accordata facoltà ai figli di scegliere quale nome di famiglia mantenere, eliminando così una discriminazione di ritorno, ai danni della linea materna²³².

Nello stesso anno fece, poi, molto scalpore la proposta, presentata dell'on. Pisapia, di ribaltamento della consuetudine, con lo stabilire per legge la trasmissione matrilineare del cognome, poiché - si legge nella relazione introduttiva - «nessuno può mettere in dubbio l'inalienabile rapporto privilegiato della madre con i figli». L'obiettivo dichiarato era quello di «riconoscere anche a livello legislativo, il rapporto particolare, diverso rispetto al padre, che la madre ha con il figlio»²³³. Contro la proposta si schierarono sia note esponenti di battaglie femministe come Tina Lagostena Bassi, che considerarono la proposta non accoglibile perché rafforzativa di un'idea immanente

²³¹ La commissione fu attiva dal 30 maggio 2001 al 27 aprile 2006 e in materia di cognome discusse i progetti presentati dai senatori Vittoria Franco (Democratici di sinistra), Semeraro (Alleanza nazionale) e Manzione (Margherita). Gli atti sono disponibili sul sito del Senato.

²³² Proposta di legge dell'on. Scalia (Camera dei deputati, C. 313, 9 maggio 1996). In questo senso andava anche la successiva proposta della senatrice Vittoria Franco, (Senato della Repubblica, S. 1454, 30 maggio 2002) con la differenza che la scelta del cognome da tenere veniva attribuita ai coniugi seguendo l'ordine di trasmissione.

²³³ Proposta di legge dell'on. Pisapia (Camera dei deputati, C. 2155, 8 agosto 1996).

della divisione sessuata dei ruoli²³⁴, sia parlamentari del mondo cattolico, tra le quali Ombretta Fumagalli Carulli, che presagirono la distruzione della famiglia²³⁵.

La proposta in questione nel suo apparire come provocatoria, ebbe il merito di far emergere pubblicamente la contraddizione insita nell'automatismo della trasmissione del cognome paterno; infatti, attirando le critiche sul ribaltamento dello *status quo*, evidenziò, di fatto, la discriminazione insita nella legislazione.

Altre proposte furono, invece, orientate alla previsione secca del doppio cognome, configurando una parità solo apparente, dovuta alla perdita del cognome materno per le seconde generazioni²³⁶, oppure prevedendo la scelta da parte dei coniugi su quello da mantenere²³⁷.

Non è stata, quasi mai, considerata la concessione di assoluta libertà ai genitori circa il modello da adottare, poiché, da un lato, la mancanza di una regola generale rischiava di produrre «confusione della popolazione futura tra cognomi doppi o singoli o variamente identificati»²³⁸ e, dall'altro lato, poteva invece far prevalere la forza della tradizione attraverso la non scelta e quindi la trasmissione del solo cognome maschile²³⁹.

A partire dal nuovo Millennio, il dibattito parlamentare sembra essersi, invece, attestato sull'attribuzione del doppio cognome, come peraltro già previsto nei paesi di lingua spagnola, soluzione sulla quale si sono espressi favorevolmente gli esponenti dei partiti maggiori²⁴⁰ con alcune significative, ma non imprevedibili, eccezioni che arrivano a considerare una legge sul doppio cognome come «il primo passo per toccare la sostanza della famiglia»²⁴¹.

Ma la discussione politica dei primi dieci anni del Duemila, assorbita soprattutto dalla più spinosa questione delle leggi sulle convivenze more uxorio e omosessuali, non ha portato a nessun risultato legislativo.

²³⁴ «Corriere della Sera», 13 agosto 1996.

²³⁵ «La Repubblica», 13 agosto 1996.

²³⁶ Proposta di legge del sen. Semeraro (Senato della Repubblica, S. 1739, 26 settembre 2002).

²³⁷ Proposta di legge del sen. Manzione (Senato della Repubblica, S. 2660, 5 ottobre 2004).

²³⁸ G. Autorino Stanzione, *Attribuzione e trasmissione del cognome*, cit., p. 20.

²³⁹ «Temo che se andremo a dire che la novità sta nel fatto che si potrà dare ai figli l'uno o l'altro cognome non cambierà niente - spiega Bongiorno -. È talmente radicata la consuetudine di usare il cognome del padre che il rischio è fare una legge che in realtà non cambia niente, perché il meccanismo sarebbe confermato». (C. Marrone, *Doppio cognome ai figli, del padre e della madre*, «Corriere della Sera», 28 maggio 2009).

²⁴⁰ Ibidem.

²⁴¹ M. Pera, *La famiglia scivola sulle parole*, in «La Stampa», 31 maggio 2007.

Accanto all'infruttuoso lavoro parlamentare e alla nuova giurisprudenza dei giudici comuni mutava pure l'attenzione e la coscienza popolare rispetto al tema della trasmissione del cognome²⁴², percezione che sempre più veniva influenzata e sollecitata dagli approfondimenti e dal dibattito ospitato sui maggiori quotidiani italiani, oltre che dal confronto con i vicini paesi europei²⁴³.

Nei giorni in cui il parlamento discuteva della possibilità per le madri di trasmettere il proprio cognome ai figli, sulle pagine de «La Stampa», la sociologa della famiglia, Chiara Saraceno, così, spiegava le implicazioni positive dell'aggiunta del cognome materno:

«La trasmissione del solo cognome paterno è un residuo simbolico di quell'atto di appropriazione unilaterale che cancella la dualità – non solo biologica, ma sociale – della generazione e delle lunghe catene generazionali. Trasmettere anche il cognome materno è anch'esso un atto simbolico, di segno opposto. Mantiene aperta e rende esplicita la dualità come garanzia della continuità nel tempo e come radice che si rinnova ogni generazione»²⁴⁴.

I commenti riportati in oltre un decennio dai quotidiani davano, invece, lo spettro delle posizioni in campo, divise tra favorevoli, contrari e indifferenti. Le opinioni favorevoli a una modifica in senso paritario della trasmissione del cognome di famiglia facevano leva sui benefici che un allargamento dei diritti porta sempre con sé e auspicavano una modernizzazione dell'ordinamento italiano in linea con quello degli altri paesi europei²⁴⁵.

Trovavano, inoltre, eco i timori di chi presagendo il caos si preoccupava per la possibile disgregazione della famiglia e per i conflitti che il disaccordo tra i coniugi avrebbe potuto generare.

Scriveva a questo proposito un lettore alla rubriche di posta di un importante quotidiano:

²⁴² C. Rimini, *Il Parlamento ne prenda atto la società cambia in meglio*, «La Stampa», 30 maggio 2006.

²⁴³ *Negli altri paesi è libertà di scelta*, La Stampa», 30 maggio 2006.

²⁴⁴ C. Saraceno, *Sul doppio cognome Pera sbaglia*, «La Stampa», 4 giugno 2007.

²⁴⁵ *All'estero funziona così*, in «La Stampa», 13 agosto 1996.

«Novello Pangloss, il legislatore italiano vuole consentire ai genitori di scegliere il cognome del figlio, da tenere fermo anche per i figli nati successivamente. Per valorizzare la parità dei genitori, coniugati o no che siano.

Approvata la legge del novello Pangloss, il legno storto dell'umanità, come sempre sinora, si ribellerà. Ci toccherà dunque di appassionarci, assistendo a qualche talk-show diretto da Vespa o dalla De Filippi, alla vicenda giudiziaria di genitori rivoltisi al giudice (a chi, se no?) perché non si sono accordati sul cognome da dare al figlio.

E, perché' no?, anche alla vicenda di nonni materni o paterni venuti alle mani con i rispettivi parenti e affini, per avere dissentito dalla scelta e avere visto scomparire il proprio cognome; e, chissà, anche a qualche ancestrale delitto.

Insomma, un bel rompicapo. Cordialmente.»²⁴⁶

Un altro lettore non molto sensibile al tema puntava, invece, l'accento sulla potenziale confusione generata dall'attribuire due cognomi ad ogni cittadini e ironizzava sul collezionismo dei cognomi:

«Apprendo che in Parlamento la “lobby rosa” starebbe affrontando il problema, se di problema si può parlare, del cognome dei figli. Si vuole dare la possibilità di scegliere se prendere il cognome materno o paterno. La cosa può essere molto sensata nel caso uno dei genitori abbia un cognome non molto presentabile. Non si pensa, invece, quali complicazioni potrebbe causare. Innanzitutto la scelta del cognome deve essere fatta dai genitori, mentre il figlio non potrebbe farla fino alla maggiore età, per cui gli si dovrebbe concedere di usare un cognome provvisorio con possibilità di passare all'altro. E' anche emersa la possibilità di mantenere il doppio cognome. Ma sarebbe ancora peggio, perché' il figlio avrebbe due cognomi, i nipoti quattro e così via, in progressione geometrica. All'ottava generazione, un individuo arriverebbe ad avere ben 64 cognomi. Anche in questo caso, arrivati a 18 anni si potrà scegliere quali tenere e quali scartare. Come accade tra i collezionisti di francobolli: quando due si incontrano inizia il confronto dei cognomi con tanto di “ce l'ho-manca”»²⁴⁷.

Per altri ancora la questione del cognome materno pur non scatenando avversioni, non era dirimente:

²⁴⁶ *Pangloss e il diritto al doppio cognome*, Posta, «La Stampa», 19 gennaio 2007; Si veda anche G. De Rienzo, *Bello il Doppio Cognome, ma scongiuriamo una Babele*, «Corriere della Sera», 29 maggio 2009.

²⁴⁷ *L'ultima follia scegliersi il cognome*, in Posta, in «La Stampa», 21 settembre 2006.

«Il cognome paterno non è una cosa che soffro o mi da' fastidio. Quindi sono abbastanza all'antica ma guardo anche al futuro e per molte famiglie che hanno un cognome importante e la cui figlia volesse far perdurare lo stesso sarebbe una buona cosa²⁴⁸».

2.2. *Quale cognome? Uno sguardo transnazionale*

Fatte salve le implicazioni simboliche e la necessità di adeguare il diritto alla mutata condizione sociale delle donne, la questione della trasmissione del cognome sembra, in apparenza, difficile da risolvere dal punto di vista tecnico, in virtù anche della consuetudine che da secoli dà un ordine alle generazioni, tuttavia non mancano esempi nelle legislazioni europee, o raccomandazioni in ambito internazionale, da cui trarre spunto.

Per non perdere di vista l'obiettivo di sanare una discriminazione è utile verificare quali dei modelli presi in considerazione dalla dottrina e dal Parlamento abbiano già trovato attuazione in diverse legislazioni europee. Sarebbe sufficiente quindi, volgere lo sguardo al resto d'Europa per valutare quale tra le soluzioni proposte possa considerarsi la più avanzata in termini di uguaglianza tra i sessi e di facilità di applicazione.

Alcuni paesi membri dell'Unione europea, infatti, hanno già adattato la loro disciplina sul cognome ai cambiamenti imposti dalla coscienza sociale, ispirandosi al principio di massima uguaglianza tra i sessi. E in alcuni di questi, la riforma legislativa è stata preceduta, come sta avvenendo pure nel nostro paese, dalla azione giurisprudenziale delle corti costituzionali²⁴⁹.

I modelli europei di trasmissione del cognome vanno dai quelli meno egalitari, che adottano l'obbligatoria trasmissione patrilineare, a quelli che prevedono una ampia libertà di scelta in capo ai coniugi, passando per l'utilizzo del doppio cognome.

La maggior parte dei Paesi europei si è orientato al concedere libera scelta ai genitori: Grecia²⁵⁰, Irlanda²⁵¹, Regno Unito²⁵², Austria²⁵³, accordano, in ogni caso, una

²⁴⁸ *NO Federica Fontana «Ma il nome del padre deve restare»*, in «La Stampa», 24 settembre 2008.

²⁴⁹ Le informazioni sulle legislazioni europee sono in gran parte tratte dal *Report on discrimination between man and women in the choice of a surname and in the passing on parents surname to children*, (doc. 7259), 3 marzo 1995, disponibile sul sito del parlamento europeo, consultato in data 11 luglio 2013.

²⁵⁰ In Grecia dal 1983 non è più obbligatorio per il bambino prendere il cognome del padre. Il cognome può essere quello di uno dei genitori, o la combinazione dei cognomi di entrambi i genitori, tuttavia, in assenza di una dichiarazione dei coniugi, al bambino viene dato il cognome del padre.

²⁵¹ In Irlanda il nome di una persona è quello utilizzato o con cui si è noti. Di solito - ma non necessariamente - corrisponde al cognome del padre. La modifica del cognome è sempre possibile.

prevalenza al cognome paterno in assenza di scelta differente; Norvegia²⁵⁴ e Svezia²⁵⁵, danno la preferenza, invece, a quello materno; e infine Finlandia²⁵⁶, Romania²⁵⁷, Germania, Francia e Islanda²⁵⁸, concedono libertà di scelta ai genitori, rimandando la decisione, in caso di disaccordo, ad autorità competenti.

Un altro modello è quello spagnolo, che bilancia parità e garanzia dell'unità familiare attraverso la trasmissione dei due cognomi, e conferisce ai coniugi la decisione dell'ordine di trasmissione e ai figli quella del cognome da trasmettere ai discendenti²⁵⁹.

Da questi sistemi si discostano, infine, i paesi slavi che utilizzano per la composizione dei nomi tre elementi: il nome, il patronimico e il nome della famiglia e poiché il patronimico deriva dal cognome del padre²⁶⁰, il bambino porta automaticamente il cognome del padre. Tuttavia, se non è stabilita l'affiliazione paterna, il bambino prende il cognome della madre e il patronimico derivante dal cognome del nonno materno.

Esempi significativi di come, in contesti costituzionalmente affini al nostro, sia avvenuta un'evoluzione legislativa della trasmissione del cognome sono rappresentati dai casi francese e tedesco.

²⁵² Nel Regno Unito un adulto può assumere un nome a sua scelta, purché questo nome venga utilizzato abitualmente e la persona sia conosciuta con questo nome. Per la donna sposata non è obbligatorio assumere il cognome del marito e il marito può prendere il nome di sua moglie. Il cognome del figlio è dichiarato al momento della nascita e registrato sul certificato di nascita. I figli legittimi di solito prendono il nome del padre, anche se non è obbligatorio. Di tanto in tanto si sono dati il cognome della madre o la combinazione di entrambi i cognomi dei genitori.

²⁵³ In Austria il figlio legittimo assume il nome di famiglia, che i coniugi hanno scelto al momento del matrimonio. E se i coniugi non dichiarano la loro scelta viene attribuito il cognome del marito. Al figlio naturale, invece, è attribuito il nome da nubile della madre.

²⁵⁴ In Norvegia, se i genitori hanno un cognome di famiglia in comune, questo viene trasmesso al figlio, se no la scelta è libera. Se le autorità non ricevono alcuna notifica, al bambino viene assegnato automaticamente il cognome della madre.

²⁵⁵ In Svezia il figlio di genitori che condividono un cognome comune acquisisce quel cognome, se no la coppia può scegliere quale dei cognomi trasmettere. Se non viene effettuata alcuna registrazione, il bambino acquisisce il cognome della madre.

²⁵⁶ In Finlandia la legislazione sancisce il principio della parità tra uomini e donne e il principio di uguaglianza tra figli legittimi e naturali. In linea di principio, il cognome del figlio può essere determinato solo di comune accordo tra i genitori.

²⁵⁷ In Romania se i genitori non hanno un nome di famiglia comune, possono scegliere quale trasmettere. Se i coniugi non sono d'accordo, la decisione è presa dall'autorità competente.

²⁵⁸ La legislazione non fa discriminazioni tra uomini e donne in questo campo, il nome della famiglia può derivare dal cognome del padre o da quello della madre. I bambini nella stessa famiglia possono avere cognomi diversi.

²⁵⁹ Si veda la ricostruzione di G. Autorino Stanzone, *Attribuzione e trasmissione del cognome*, cit., p. 17ss.

²⁶⁰ «Il figlio di un padre il cui cognome è Ivan sarà, per esempio, Anton (nome) Ivanov (patronimico) Petrov (nome di famiglia). La figlia di un padre il cui cognome è Ivan sarà, per esempio, Anna (nome) Ivanova (patronimico) Petrova (nome di famiglia)». (Cfr. *Report on discrimination*, cit.)

La Francia, che pure aveva una legislazione simile a quella del nostro paese, ha riformato il proprio codice, la prima volta introducendo come palliativo il concetto di «*nom d'usage*», che stabiliva la possibilità per i maggiorenni di aggiungere il cognome della madre, solo per finalità di utilizzo ma non nei documenti di stato civile²⁶¹. In seguito ha approvato una legge che in linea con le indicazioni europee consente ai genitori di attribuire un solo cognome a scelta o entrambi²⁶².

Pure la Germania ha una legislazione sul cognome piuttosto recente, introdotta nel 1896, quando il Codice civile regolò per la prima volta la trasmissione del cognome per via maritale e paterna, a garanzia del principio dell'unità della famiglia²⁶³.

Nel secondo dopo guerra la Corte costituzionale tedesca, analogamente alla giurisprudenza di quella italiana, confermò la compatibilità della norma con il principio di uguaglianza tra i sessi, sancito dalla nuova Costituzione del 1949, ritenendo che essa garantiva l'unità della famiglia e che il nome era segno di distinzione solo nei confronti del mondo esterno. Per la Corte, l'affermarsi della parità tra uomini e donne non significava, quindi, necessariamente rinunciare a disposizioni volte a salvaguardare la coppia e la famiglia²⁶⁴.

Tuttavia, quando nel 1976 la nuova legislazione matrimoniale accordò ai coniugi la facoltà di scelta del cognome di famiglia, fatta salva la preferenza per quello del marito in caso di disaccordo, la Corte tedesca modificò il proprio orientamento, con lo stabilire l'articolo 1355, c.c., riformulato in contrasto con la Costituzione, nella parte in cui accordava un vantaggio al marito all'interno della coppia.

Pertanto nel 1993, a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale, il *Bundestag* adottava una nuova legge, che prevedeva che in caso di disaccordo sul cognome di famiglia, i coniugi mantengano il proprio e per quanto riguarda i figli in assenza di una alcuna scelta, la decisione spetta al giudice.

Stanti i precedenti di cui sopra e alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia europea sulla trasmissione del cognome in caso di doppia cittadinanza²⁶⁵, si fa,

²⁶¹ Art. 43 della legge n. 85-1372 del 23 dicembre 1985.

²⁶² In caso di disaccordo si dà prevalenza al doppio cognome. (Leggi n. 304 del 2002 e 516 del 2003, in vigore dal 1 gennaio 2005).

²⁶³ BGB, Art. 1355,

²⁶⁴ *Report on discrimination*, cit.

²⁶⁵ G. Palmieri, *Doppia cittadinanza e diritto al nome*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2004, pp. 215 ss.; G. Autorino Stanzone, *Attribuzione e trasmissione del cognome*, cit., p. 3, note.

pertanto, urgente anche nel nostro paese una ridefinizione della trasmissione del cognome.

Nel 2003, infatti, di fronte al ricorso effettuato da due coniugi spagnoli residenti in Belgio per poter attribuire ai figli il doppio cognome come previsto dalla legge spagnola, la Corte di Giustizia ha condannato il Belgio per non aver rispettato il diritto comunitario e ha considerato quella normativa in tema di trasmissione del cognome discriminatoria in ragione della cittadinanza (art. 12 CE)²⁶⁶.

La Corte ha identificato i diritti della personalità come fondanti della cittadinanza europea e ha pertanto stabilito che, sebbene le norme in materia di cognome siano di competenza nazionale, gli Stati debbano rispettare le disposizioni comunitarie inerenti alla libertà di circolazione e di soggiorno²⁶⁷.

A seguito di questa sentenza alcuni tribunali italiani hanno disapplicato le norme interne e orientato le proprie decisioni al concedere l'apposizione del cognome materno in aggiunta a quello paterno, accogliendo quindi la trasmissione del doppio cognome, in conformità con i principi enunciati dalla Corte di Giustizia²⁶⁸.

Una spinta è nel frattempo arrivata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a discutere il ricorso di una coppia italiana, Alessandra Cusan e Luigi Fazzo, che non avendo ottenuto dalla Corte Costituzionale la possibilità di tramettere ai propri figli il cognome anche il cognome della madre, aveva presentato ricorso ai giudici di Strasburgo²⁶⁹. La corte Edu ha, infatti, condannato l'Italia per trattamento discriminatorio ingiustificato nei confronti della madre²⁷⁰.

Alla luce di quanto emerso sia dalle aule parlamentari che dalle stanze della dottrina, e seguendo le linee di sviluppo della giurisprudenza italiana e comunitaria e delle altre legislazioni europee è possibile ipotizzare una modifica della trasmissione del cognome familiare che concili la necessità di garantire unità alla famiglia, in qualunque modo questa si sia costituita, con la inderogabile uguaglianza tra i coniugi e i sessi.

La soluzione più praticabile sarebbe, a mio avviso, la trasmissione di un doppio cognome composto o da entrambi quelli dei genitori o dal doppio cognome del solo

²⁶⁶ Corte di Giustizia, sentenza Garcia Avello, 2 ottobre 2003.

²⁶⁷ Si veda G. Palmieri, *Doppia cittadinanza e diritto al nome*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2004, pp.217-230.

²⁶⁸ Si vedano le decisioni del Tribunale di Bologna, 9 giugno 2004, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 441; Tribunale di Roma, 11 ottobre 2004, in *Corr. Giur.*, 2005, p. 677.

²⁶⁹ Corte Edu, ricorso Cusan e Fazzo c. Italia, comunicato al Governo italiano il 3 febbraio 2013.

²⁷⁰ Sentenza Cusan e Fazzo c. Italia (77/07), 7 gennaio 2014.

genitore che ha riconosciuto il figlio.

Sarebbero in questo modo rintracciabili i due rami della discendenza e meglio restituita l'idea della famiglia come unità originale dei suoi componenti, di donne e di uomini accomunati nella facoltà di trasmettere il lignaggio; verrebbe, così, meno la secolare discriminazione ai danni delle madri.

La scelta di quale dei due cognomi trasmettere ai discendenti dovrebbe essere, infine, rimessa ai figli stessi, circostanza che metterebbe al riparo dalla forza della tradizione o dalla pressione del partner più forte.

I figli potrebbero, infatti, decidere svincolati da quelle tensioni che si creano invece all'interno della coppia e secondo motivazioni che traggono sostanza sia dall'affetto che da considerazioni altre, quale il gusto o la preferenza fonetica di uno dei cognomi, o anche il miglior accostamento.

Una legge che modifichi la definizione della discendenza non può certo da sola produrre un cambiamento che deve essere soprattutto culturale²⁷¹, ma sicuramente può costituire un passo avanti nella costruzione di una società paritaria, tollerante e civile. In tal senso vanno interpretate anche le parole dell'allora Presidente della Corte costituzionale Franco Gallo quando esortava il Parlamento a introdurre una legge sulla trasmissione del cognome «che [avesse] una maggiore considerazione del principio costituzionale di uguaglianza fra uomo e donna»²⁷².

Senza dimenticare che se non affrontata “in casa” la questione rischia di essere risolta nella realtà dalla giurisprudenza comunitaria facendo leva su argomentazioni laterali che hanno però incidenza sul diritto di famiglia, quali il principio di libera circolazione dei cittadini all'interno dell'Unione europea.

²⁷¹ «Come dimostra una ricerca, svolta in Francia sette anni dopo l'entrata in vigore della legge che ha liberalizzato la trasmissione del cognome, l'83% dei nati nel 2012 porta ancora il nome del padre, il 9% il doppio cognome, il 7% quello della madre». (così scrive S. Vegetti Finzi, *Perché non si riesce a cambiare la tradizione del cognome del padre*, «Corriere della Sera», 26 maggio 2013).

²⁷² Corte costituzionale, Relazione del presidente Franco Gallo, 12 aprile 2013, disponibile sul sito ufficiale della Corte costituzionale.

3. I riflessi della famiglia diseguale nella società: discriminazione sul lavoro e violenza domestica come profili connessi alla parità dei coniugi

Come abbiamo visto negli anni si è progressivamente attenuata la prevalenza dell'interesse familiare sui liberi destini delle persone e si sta volgendo verso l'affermarsi del principio personalista, il quale prevede che in caso di conflitto tra i diritti dei componenti della famiglia e la famiglia stessa, i primi dominino sui secondi²⁷³.

Per garantire agli individui il pieno sviluppo all'interno della famiglia e, pertanto, la parità reale alle donne, è necessario "liberarle" dalle limitazioni che in nome dell'appartenenza al nucleo familiare gravano ancora su di loro, investendo sulla loro crescita e sull'evoluzione dei ruoli di genere all'interno della famiglia. Questo sembra essere oggi – a trent'anni dalla ratifica della *Convention on the elimination of all Discrimination against Women* (Cedaw) e a quasi venti dalla conferenza Onu di Pechino - l'indirizzo riconosciuto dai paesi occidentali, al meno a livello teorico, e in questa direzione si spinge pure la giurisprudenza della Corte costituzionale laddove parla di superamento della «rigida concezione della diversità dei ruoli» all'interno della famiglia²⁷⁴.

Vengono, a mio avviso, in rilievo almeno due aspetti della disparità tra i coniugi che, come una reazione collaterale e concatenata, hanno ripercussioni discriminatorie ai danni delle donne nella famiglia e nella società, ovvero la mancata condivisione dei carichi della vita familiare, il cui sbilanciamento comporta una difficoltà tangibile per le donne in campo lavorativo; e la piaga della violenza domestica maschile, poiché non può esistere uguaglianza morale se c'è coercizione, privazione della libertà, offesa fisica, mentale o sessuale.

Dal punto di vista costituzionale ci si deve domandare, perché considerare la mancanza di pari opportunità sul lavoro e la violenza domestica come profili che interessano anche il principio della parità morale e giuridica dei coniugi e quindi rilevanti per il tema della famiglia.

²⁷³ S. Ceccanti, *Pari opportunità e rapporti di genere nella famiglia*, relazione del 25 maggio 2007 disponibile al sito internet www.uniroma1.it/ceccanti/famigliafinale.doc, consultato il 22 agosto 2012

²⁷⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 179/1993, con la quale viene esteso il diritto ai riposi giornalieri al padre in alternativa alla madre.

La risposta è che in entrambe le circostanze le donne sono oggetto di discriminazione in nome della posizione che occupano in famiglia, in quanto mogli/compagne o potenzialmente madri, e non solamente in quanto donne; questa circostanza rende il nesso famiglia-lavoro extradomestico e famiglia–violenza, come avrò cura di dimostrare, imprescindibile, tanto che non si possono spiegare e prevenire i due fenomeni senza chiamare in causa il rapporto tra i sessi all’interno delle relazioni affettive e familiari.

Pertanto in ambo i casi si verifica una violazione non solo del principio generale d’uguaglianza, sancito dall’articolo 3 della Costituzione, ma nello specifico della parità tra i sessi in ambito familiare, previsto dall’articolo 29.2 del testo costituzionale.

Con tale premessa non si vuole in alcun modo assumere la famiglia come luogo privilegiato o indispensabile dell’azione femminile, ma al contrario svelare le contraddizioni che ancora esistono all’interno del binomio pubblico/privato.

Va da sé che la nozione di “famiglia” sia in questo caso intesa in un’ottica allargata, e quindi costituita con vincolo matrimoniale oppure con stabile convivenza, e che il profilo della parità dei coniugi assuma un valore differente nei casi in esame: se da un lato, la paritetica suddivisione dei compiti in famiglia è il presupposto per garantire pari opportunità di impiego, di carriera e di retribuzione alle donne, ovvero la mancanza di condivisione dei compiti familiari è la causa di una discriminazione, che però non mette in relazione direttamente i due partner; dall’altro lato, la violenza dei mariti/conviventi sulle mogli/conviventi può essere analizzata proprio come una violazione del principio di parità morale in base al genere²⁷⁵ e, in questa specifica circostanza, in base alla posizione familiare²⁷⁶.

Per queste motivazioni i due profili saranno trattati separatamente per quanto frutto di una comune cultura patriarcale.

²⁷⁵ È qui opportuno parlare di “genere” e non di “sesso”, poiché si fa riferimento al ruolo che culturalmente si attribuisce alle donne in quanto mogli/compagne/partner e non genericamente alla differenza biologica.

²⁷⁶ La Corte costituzionale ha più volte ribadito che in caso di diseguaglianza in famiglia l’articolo di riferimento è il 29.2 e non il 3 Cost. Si vedano le già citate sentenze n. 126/1968, n. 147/1969 e n. 133/1970.

3.1. La disuguale distribuzione delle “fatiche” familiari: il nesso famiglia-lavoro

Dal dettato costituzionale discende per la Repubblica l'obbligo di rimozione degli ostacoli che non rendono possibile alle persone il raggiungimento l'uguaglianza sostanziale e tra questi ostacoli si segnala l'iniqua distribuzione del lavoro domestico e familiare, circostanza che ha ripercussioni sulla quantità e qualità del lavoro femminile retribuito e sull'economia nazionale. A sostenerlo è stata proprio la Corte costituzionale nel far discendere dagli «oneri del doppio lavoro» la «discriminazione di fatto della donna sul terreno professionale»²⁷⁷.

Nondimeno la partecipazione paritaria di uomini e donne ai compiti domestici e familiare è obiettivo fondamentale degli organismi internazionali fin dal programma approvato a Pechino²⁷⁸, ed è stata richiamata anche nelle risoluzioni dell'Unione europea coll'asserire che:

«La partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini sia al mercato del lavoro che alla vita familiare, che va a vantaggio sia degli uomini che delle donne, costituisce un elemento indispensabile allo sviluppo della società, e la maternità, la paternità e i diritti dei figli sono valori sociali fondamentali che devono essere protetti dalla società, dagli Stati membri e dalla Comunità europea»²⁷⁹.

A delineare il rapporto tra istituzione familiare e lavoro concorrono, poi, altre disposizioni quali gli articoli 36 e 37 della Costituzione, che riconoscono a uomini e donne il diritto a percepire una retribuzione sufficiente ad assicurare alla famiglia una esistenza libera e dignitosa e alla tutela della maternità garantendo per la madre il rispetto della sua “essenziale funzione familiare”. Quest'ultima disposizione è stata oggetto di contrapposte interpretazioni, tuttavia oggi «per essere inquadrata correttamente, deve essere letta nel senso di riservare alle donne uno speciale trattamento a fronte di un oggettivo stato fisico (la maternità) e non a fronte degli

²⁷⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 23/1991.

²⁷⁸ Uno degli obiettivi strategici della Conferenza di Pechino (F.6) riguardava la conciliazione di responsabilità familiari e responsabilità professionali.

²⁷⁹ Risoluzione del Consiglio e dei ministri incaricati dell'occupazione e della politica sociale, riuniti in sede di consiglio del 29 giugno 2000, concernente la partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini all'attività professionale e alla vita familiare, (2000/C 218/02). Si veda anche la successiva Risoluzione del Parlamento europeo sulla conciliazione della vita professionale, familiare e privata (2003/2129(INI)).

obiettivi di tale trattamento: ovverossia della presunta essenzialità delle funzioni familiare e materna della donna»²⁸⁰.

I principi costituzionali che vengono in rilievo sono, pertanto, la parità morale e giuridica dei coniugi all'interno della famiglia, la tutela della maternità e della paternità, l'autonomo interesse del minore, nonché l'uguaglianza degli uomini e delle donne in materia di lavoro.

Ma questi precetti costituzionali si scontrano con una realtà sociale in cui «gli stereotipi di genere, le relazioni di potere tra uomini e donne, le resistenze femminili e la scarsa competenza maschile nello svolgere determinate attività sono alcuni degli ostacoli alla più equa divisione dei compiti domestici e di cura»²⁸¹.

L'impegno dello Stato, pertanto, deve essere finalizzato a misure giuridiche, condizioni materiali e programmi culturali che permettano anche alle donne di non dover decidere se subordinare la propria attività lavorativa agli impegni familiari o viceversa.

Eppure, il lavoro extradomestico delle donne nel nostro paese è stato per molto tempo considerato accessorio, subordinato, di complemento a quello maschile. Le donne hanno sempre lavorato in casa e fuori casa, ma il ritmo del lavoro femminile è sempre dipeso strettamente dagli impegni familiari o dalla antica concezione della donna come soggetto debole, per tutto l'Ottocento assimilato al minore, e pertanto bisognoso di tutela. Pure gli interventi legislativi in materia di lavoro femminile hanno risentito di tale impostazione e sono stati diretti, fino ad epoca recente, ad adattare le condizioni di lavoro agli impegni familiari, avvertiti come immutabili e "naturali", al contrario le leggi non operavano nel senso di conciliare questi al lavoro extradomestico.

In quest'ottica non si teneva conto dei talenti, delle ambizioni e delle aspirazioni femminili; si dava, cioè, per scontato che il mercato del lavoro fosse destinato agli uomini e la cura della casa e della famiglia alle donne e si cristallizzava un'immagine femminile basata sul binomio moglie e madre²⁸².

²⁸⁰ S. Sassi, *La conciliazione della vita lavorativa e della vita familiare: una applicazione del principio di uguaglianza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, p. 502.

²⁸¹ F. Zajczyk, E. Ruspini, *Nuovi padri? Mutamenti della paternità in Italia e in Europa*, Castoldi e Dalai, Milano, 2008, pp. 195-196.

²⁸² Anche le politiche sociali hanno contribuito fino ad anni recenti a radicalizzare le differenze di ruolo. Sul tema si veda C. Saraceno, *Politiche sociali e famiglie*, cit.

Questo nesso tra condizione della donne lavoratrice e posizione delle donne nella famiglia ha influenzato l'intero dibattito dell'Assemblea costituente, e non a caso la formulazione dell'articolo 37 Cost. fa specifico riferimento alla maternità come «essenziale funzione familiare»²⁸³. Attraverso la speciale protezione accordata alle lavoratrici, in considerazione della loro condizione di donne e di madri, i Costituenti tentarono di definire anche quale dovesse essere il corretto ruolo della donna nella società e nella famiglia.

Si scontravano, anche allora come visto, posizioni estremamente differenti come quelle di coloro che intendevano «le funzioni che la donna d[oveva] esercitare come madre e come sposa [prevalenti] su quelli che essa p[oteva] esercitare come lavoratrice»²⁸⁴, con quelle più emancipatorie sostenute dalle sinistre per le quali, al contrario, le donne erano al pari degli uomini inserite nella vita sociale e economica²⁸⁵.

Rispetto alla legislazione ottocentesca si segnalava il passaggio dal binomio donna-madre, che definiva le donne solo in funzione del ruolo privato, al trinomio donne-madri- lavoratrici, e quindi a una visione più emancipata del femminile, da considerarsi non più una “mezza forza”, ma una nuova risorsa per il Paese. L'affermazione del trinomio non fu sicuramente un passaggio privo di ostacoli, e neppure fu semplice combinare l'uguaglianza dei diritti con la speciale protezione, senza mortificare l'una o sacrificare l'altra.

Tanto è vero che le cause che rendono ancora oggi diseguale la condizione di donne e uomini nel mondo del lavoro prendono avvio dalla storia e hanno radici culturali così radicate all'interno della “istituzione famiglia” che la legislazione da sola non riesce a rimuovere²⁸⁶.

²⁸³ Come visto, il tema venne affrontato in III Sottocommissione nel quadro delle politiche di assistenza alla famiglia e affiancato al dibattito sulla maternità.

²⁸⁴ Intervento del liberale Lucifero, Atti A.C., 8 Ottobre 1946.

²⁸⁵ Togliatti a nome de gruppo comunista: “Dichiara di accettare il principio che l'attività familiare ha una grandissima importanza nella vita della donna; di non accettare il concetto che la funzione naturale della donna è tutta nella attività familiare, mentre tutte le altre attività sono poste in seconda linea; è dell'opinione che soltanto quando la donna si sia inserita nella vita economica e sociale, riesca a garantirsi un tale sviluppo della propria persona, per cui anche l'adempimento della sua funzione familiare viene ad essere adeguato a quelle che sono le necessità personali”. Atti A.C., 8 Ottobre 1946.

²⁸⁶ Per S. Moller Okin alla base di tutte le disuguaglianze fra i sessi ci sarebbe proprio la distribuzione diseguale del lavoro non retribuito all'interno della famiglia. (S. Moller Okin, *Le donne e la giustizia*, cit., pp.51 ss. Si veda anche L. Balbo, *Time to care: politiche del tempo e diritti quotidiani*, Franco Angeli, 1987).

All'interno della famiglia, profilo che qui interessa declinare, permane quindi una disomogenea divisione dei compiti tra i partner e nella maggior parte dei casi la responsabilità della cura dei figli e il lavoro domestico ricade principalmente sulle donne, anche in presenza di un lavoro fuori casa. Le statistiche parlano mediamente di due ore e mezzo al giorno in più che le donne dedicano alla casa rispetto agli uomini e poiché il tempo a disposizione in una giornata è uguale per entrambi i sessi, questo crea uno svantaggio competitivo per le donne sul lavoro che si ripercuote sulla retribuzione e sulle prospettive di carriera.

Rispetto al passato quando l'obiettivo prioritario era permettere alle donne di svolgere una professione nonostante i compiti familiari, oggi il risultato a cui mirare dovrebbe essere al contrario il riequilibrio dei compiti familiari e domestici per sgravare le donne da un deficit competitivo.

Tutte le ricerche in questo campo segnalano pure, che il radicamento della divisione di ruoli è svantaggioso a priori per le donne, anche nel caso non si verifichi nella realtà, poiché le stesse aziende nell'assumere personale danno per scontato che il carico di lavoro in famiglia sarà maggiore per la componente femminile e quindi investono meno sulla loro carriera²⁸⁷. Il risultato è che la famiglia diseguale comporta indirettamente un vantaggio per i mariti nel mondo del lavoro.

È per questo che la condivisione dei carichi della vita lavorativa e della vita familiare può essere inteso come una delle applicazioni del principio costituzionale di uguaglianza tra i coniugi²⁸⁸, tanto più che «le disposizioni costituzionali dedicate alla famiglia vanno lette insieme a quelle in materia di tutela economica e normativa dei lavoratori e di riforma delle istituzioni scolastiche, come momento di una più generale strategia di trasformazione della società»²⁸⁹.

3.1.1. L'evoluzione del diritto tra Legislatore e Corte costituzionale

Il Parlamento italiano ha iniziato ad occuparsi in concreto dell'uguaglianza tra i sessi solo negli anni Settanta, dietro la spinta della pressione sociale e delle direttive

²⁸⁷ A. Casarico, P. Profeta, *Donne in attesa. L'Italia delle disparità di genere*, Egea, 2010.

²⁸⁸ Cfr. S. Sassi, *La conciliazione della vita lavorativa e della vita familiare: una applicazione del principio di uguaglianza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, pp.491-533.

²⁸⁹ Francesca Biondi, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, relazione tenuta al Convegno annuale del Gruppo di Pisa "La famiglia davanti ai suoi giudici", Catania, 7-8 giugno 2013, p. 4.

comunitarie, coll'introdurre le leggi sulla parità tra donne e uomini in ambito lavorativo e l'istituzione degli asili nido statali²⁹⁰, tuttavia queste prime riforme non intaccavano la divisione dei ruoli e, anzi, confermavano in capo alle donne il compito/dovere di occuparsi della vita familiare in tutte le sue declinazioni.

A fronte della lentezza del legislatore alcuni principi furono, inizialmente, tradotti in norme dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. L'intervento del giudice delle leggi è stato orientato, a partire dagli anni Ottanta, al «un riequilibrio dei compiti di cura, assistenza con riferimento alla prole».²⁹¹ Attraverso alcune decisioni che conformavano la normativa alla modernità imposta dal nuovo codice di famiglia, la Corte ha così progressivamente esteso anche ai padri il diritto a conciliare vita lavorativa e familiare inizialmente previsto solo alle madri e ha innovato il significato dall'articolo 37 includendo tra i soggetti meritevoli di tutela anche i lavoratori padri²⁹².

Constatando «paritetici diritti-doveri di entrambi i coniugi e la reciproca integrazione di essi alla cura dello sviluppo fisico e psichico del loro figlio», nel 1993 ha riconosciuto, quindi, ai papà il diritto di usufruire dei congedi giornalieri, in alternativa alle mamme, contribuendo al superamento della «rigida concezione della diversità dei ruoli dei due genitori».²⁹³

Per mezzo del principio del prevalente interesse del minore «ad appagare i bisogni affettivi» e a «realizzare il pieno sviluppo della sua personalità», la Corte costituzionale ha, quindi, sganciato «gli istituti dell'astensione dal lavoro, obbligatoria e facoltativa e quello dei riposi giornalieri dalla maternità naturale» e dalla «esclusiva funzione la protezione della salute della donna»²⁹⁴. Così facendo ha trasferito la questione del lavoro di cura dall'ambito della biologia a quello della cultura, che porta con sé la trasformazione storica dei ruoli, compiendo quindi un fondamentale passaggio dalla mistica della maternità alla condivisione della genitorialità. Il cambiamento di

²⁹⁰ Leggi n. 609 del 1977 e n. 1044 del 1971.

²⁹¹ Corte costituzionale, sentenza n. 498/1988, con cui si estese alle donne la possibilità di proseguire l'attività lavorativa fino agli stessi limiti d'età previsti per gli uomini senza dare preavviso al datore di lavoro.

²⁹² Corte costituzionale, sentenza n. 341/1991, la quale estende anche la padre affidatario l'estensione dal lavoro durante e tre mesi effettivi di ingresso del minore in famiglia, in alternativa alla moglie lavoratrice.

²⁹³ Corte costituzionale, sentenza n. 179/1993, che estende il diritto ai riposi giornalieri al padre in alternativa alla madre.

²⁹⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 104/2003 in tema di riposi giornalieri di padri e madri in caso di adozione o affidamento.

impostazione giuridica e culturale ha portato, tre anni dopo, all'approvazione in parlamento della legge sull'affido condiviso²⁹⁵.

Nell'atteggiamento della Corte si registra un profondo cambiamento circa la percezione dei compiti dei coniugi all'interno della vita familiare e nel giro di un ventennio si è passati dalla constatazione della «particolare condizione della donna che deve assumere su di sé oneri rilevanti in ordine all'assolvimento di compiti di natura domestica e familiare in sostituzione o in aggiunta al lavoro extra domestico, e dal pregiudizio che ne consegue rispetto a prospettive di autonomia economica e di affermazione professionale»²⁹⁶, alla codificazione del mutamento dei ruoli «dovendo ritenersi ormai quanto meno paritario il contributo dei coniugi, pur in costanza della crisi del loro matrimonio, alla cura ed alla responsabilità nei confronti dei figli»²⁹⁷.

Nonostante le innovazioni intervenute negli ultimi vent'anni²⁹⁸, però, non è ancora stata trovata la strada per ripartire i compiti di cura all'interno della famiglia, equilibrando le responsabilità dei genitori in senso più paritario. Questo significherebbe per le donne avere più tempo e maggiore possibilità di dedicarsi alla professione, rimuovendo l'eventualità di una discriminazione dovuta anche alla sola potenziale maternità; e per gli uomini servirebbe ad aumentare il coinvolgimento nel lavoro familiare e nella cura della prole, con i diritti ad esso connessi. Asili nido, congedi parentali non sono stati per il momento strumenti sufficienti, perché non sostenuti con convinzione: da un lato, i servizi scarsi e molto costosi uniti alla sperequazione ancora esistente tra redditi maschili e femminili hanno funzionato da incentivo per le donne ad abbandonare il lavoro; dall'altro, la legislazione sui congedi di paternità, sempre considerati alternativi a quelli della mamma, non ha comportato una modifica dell'esistente, infine, la flessibilità sul lavoro di cui usufruiscono di fatto solo le donne è stata appetibile per conciliare vita familiare e lavorativa ma è risultata di ostacolo alla carriera.

²⁹⁵ Legge n. 54 del 2006 in materia di affido condiviso dei figli.

²⁹⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 23/1991 con cui la Corte ha legittimato il diritto del coniuge separato e titolare di un assegno divorzile a ottenere una percentuale sull'indennità di fine rapporto.

²⁹⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 261/2009 in tema di diritto del coniuge separato a una percentuale dell'indennità di fine rapporto.

²⁹⁸ La legge n. 53 del 2000 introdusse il congedo parentale, ampliando i diritti e i tempi per la cura dei figli estendendoli per la prima volta senza vincoli anche al padre lavoratore dipendente.

A poco serve pure la cosiddetta legge Fornero, approvata nel giugno 2012, che nell'introdurre un giorno di congedo paternità obbligatorio, ha ottenuto una vittoria simbolica più che paritaria²⁹⁹.

3.1.2. *Il dibattito culturale: moglie, marito, casalinga e casalingo, mamma e "mammo"*

Se si possono discutere gli effetti di una legislazione che concede pari doveri e diritti ai coniugi in costanza di una non ancora raggiunta condivisione dei carichi di lavoro familiare, come avvenuto, peraltro, all'indomani dell'approvazione della legge sull'affido condiviso, non si può però negare la portata innovativa sul piano culturale della ratio ispiratrice di quelle norme che non giustificano più un differente trattamento in virtù di una diversa funzione "naturale".

Ed effettivamente il dibattito culturale sulla famiglia è ancora attraversato da stereotipi di genere, che identificano come immanenti comportamenti soggetti, invece, a revisione storica e che consegnano alla rigidità della tradizione i destini delle persone, uomini o donne che siano³⁰⁰.

Per molto tempo, infatti, la cura dei figli e della casa mal si conciliavano con il concetto predominante di mascolinità e gli uomini "casalinghi" venivano mistificati, da ambo i sessi, come perdenti o diversi. Così scriveva, ad esempio, una moglie del proprio marito negli anni Settanta:

«Ho un grosso problema di coscienza. Da otto anni sono sposata con un uomo che ormai sopporto solo per pietà. Sono una dottoressa affermata e mio marito da 7 anni ha smesso di lavorare. Certo, quello che guadagno io può bastare anche per 10. Non è di questo che mi lamento. Sono invece sempre più nauseata dal suo costante abbruttimento. Sì, perché è diventato uno squallido casalingo senza interessi di alcun tipo.[...] In sintesi: comincio a fare il casalingo per gioco. Poi comincio a prenderci gusto, a trovarsi a suo agio per ruolo. Da quel momento finì il mio interesse per lui»³⁰¹.

E ancora oggi, di fronte a un uomo che si dedica alla casa e alla famiglia sono forti le perplessità e le resistenze che arrivano fin alla messa in discussione della virilità con la

²⁹⁹ Art. 4, legge n. 92 del 2012, contenente disposizioni in materia di mercato del lavoro.

³⁰⁰ E. Ruspini, a cura di, *Donne e uomini che cambiano. Relazioni di genere, identità sessuali e mutamento sociale*, Guerini, Milano 2005.

³⁰¹ *Un marito casalingo*, in «Amica», 12 giugno 1979.

creazione del neologismo “mammo”³⁰². Il superamento della connotazione di genere del lavoro di cura non è ancora socialmente accettato e porta con sé inevitabili paure e drammatizzazioni circa la «maternalizzazione»³⁰³ della figura paterna e le sue nocive ripercussioni sulla stabilità della coppia, che ricalcano stereotipi sulla “natura” maschile e femminile.

«L'uomo diventa sempre più sensibile e finisce per sviluppare alcune qualità tipicamente femminili. Alcuni uomini arrivano a voler dedicare una parte consistente della propria vita alla famiglia e ai figli. Si prendono cura dei bimbi, scelgono gli abiti per loro, cucinano, stirano, puliscono, accantonando la spinta interiore all'affermazione personale e alla carriera. Quando questo succede vuol dire che l'uomo ha invaso il campo di *biologica* pertinenza femminile, sostituendosi alla figura della madre»³⁰⁴.

Le ricerche sociologiche segnalano il permanere in Italia, più che altrove, di sacche tradizionali e, pur registrando un flebile mutamento nell'identità del genere maschile, quali la maggior partecipazione emotiva degli uomini all'esperienza della genitorialità, non rivelano ancora una più equa distribuzione dei ruoli all'interno della coppia, soprattutto con riferimento alla cura della casa, attività che la maggior parte delle persone ritiene ancora di competenza femminile. Il lento cambiamento si registra nelle generazioni più giovani, le quali però non trovano né adeguate politiche sociali né uno scenario culturale in grado di favorire una generalizzata ed equa condivisione dei compiti domestici³⁰⁵.

Il confronto con le normative vigenti nei paesi europei segnalano alcune soluzioni praticabili al fine di riequilibrare i compiti tra i partner e tra queste la possibilità di un aumento consistente del periodo di congedo, se usufruito da entrambi i genitori, come

³⁰² «Il mammo è un uomo serio e affidabile, con uno spiccato senso della famiglia, che, pur senza rinunciare all'immagine sociale di maschio e di lavoratore, dopo la nascita dei figli dedica ad essi la quasi totalità del suo tempo extra-lavoro, dando presenza, affettività e gesti concreti che di solito sono di competenza femminile. Con la dedizione, la pazienza e la resistenza alla fatica tipici di una brava madre». La definizione si trova sul sito dell'Istituto Riza di medicina psicosomatica. Per un'analisi sociologica si veda anche E. Dell'Agnese, E. Ruspini E., a cura di, *Mascolinità all'italiana. Costruzioni, narrazioni, mutamenti*, Utet Libreria, Torino, pp.285ss.

³⁰³ M. Quilici, *Storia della paternità. Dal pater familias al mammo*, Fazi, 2013.

³⁰⁴ È quello che si legge in rete digitando Mammo nella barra di ricerca. È qui riportato solo per testimoniare la solidità di alcuni stereotipi sui ruoli familiari.

³⁰⁵ F. Zajczyk, E. Ruspini, *Nuovi padri?*, cit.; C. Saraceno, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Feltrinelli, 2012.

succede, ad esempio, nei paesi scandinavi o in Germania, oppure aiuti alle famiglie proporzionali al tempo dedicato dal padre alla cura dei figli, o ancora la trasformazione degli strumenti conciliativi (congedi, permessi e indennità) da diritto familiare, usufruibile da uno dei genitori, a diritto individuale, che viene perso se non utilizzato³⁰⁶.

Soluzioni di questo tipo, unite a un programma di rieducazione culturale dei ruoli di genere, potrebbero ingenerare un circolo virtuoso anche nella ripartizione di quelle attività che sono ricomprese della cura della casa, nella preparazione dei pasti, etc., e che non sono oggetto di normazione né di controllo di legittimità.

3.2. *La violenza domestica come discriminazione in base al genere*

Altro tema che ha rilevanza in materia di uguaglianza tra i coniugi all'interno della famiglia, riguarda il fenomeno della violenza domestica³⁰⁷, reato che le convenzioni internazionali, in passato, e la Corte europea dei diritti dell'uomo, recentemente, hanno catalogato come discriminazione in base al genere³⁰⁸. Non è, quindi, un fenomeno che riguarda la sola differenza sessuale ma nello specifico l'identità di genere e nel caso della violenza domestica, il ruolo assegnato culturalmente alle donne nella famiglia. La domesticità non fa dunque riferimento solo al luogo dove viene commessa violenza, bensì alla reazione di tipo familiare esistente tra vittima e oppressore. Similmente la definizione della violenza domestica nelle famiglie omosessuali fa riferimento non più al genere quanto alla violenza del/la partner prevalente sull'altro/a³⁰⁹.

Come violenza domestica si intendono pertanto atti violenti o minacce che provocano un danno fisico, sessuale, economico o psicologico, di cui l'uccisione è solo una delle estreme conseguenze e che vengono perpetrati da soggetti all'interno di un nucleo familiare più o meno allargato³¹⁰.

³⁰⁶ Sul panorama europeo si vedano S. Sassi, *La conciliazione della vita lavorativa e della vita familiare: una applicazione del principio di uguaglianza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, p.526. G. Ferrina Cerroni, T. E. Frosini, *La tutela della famiglia nelle democrazie contemporanee: tra pluralismo dei modelli e multiculturalismo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, pp. 391-395, F. Zajczyk, E. Ruspini, *Nuovi padri?*, cit.

³⁰⁷ Normato dal art. 572, c.p. tra i reati contro la famiglia.

³⁰⁸ Corte Edu, sentenza Opuz vs Turchia, (33401/02), 9 settembre 2009.

³⁰⁹ Ogni forma di violenza fisica, psicologica o sessuale e riguarda tanto soggetti che hanno, hanno avuto o si propongono di avere una relazione intima di coppia, quanto soggetti che all'interno di un nucleo familiare più o meno allargato hanno relazioni di carattere parentale o affettivo tra cui anche tre le coppie omosessuali. (Oms, 1996).

³¹⁰ La violenza di genere è genericamente definita come «any act of gender-based violence that results in, or is likely to result in, physical, sexual or psychological harm or suffering to women and girls,

Nel 2010 in Italia su 127 omicidi di donne, 114 erano stati commessi da un familiare, che nella maggioranza dei casi coincideva con il partner o l'ex partner; nel 2011 si erano registrate 137 uccisioni di donne da parte dei partner, nel 2012, 124 e nei primi mesi del 2013 erano già alcune decine.

L'Istat ha, inoltre, rilevato che non solo nella diminuzione generale degli omicidi, che si è verificata nell'ultimo ventennio, quelli commessi dagli uomini sulle donne sono rimasti invece costanti, ma anche che la violenza sulle donne più diffusa in Italia è proprio quella domestica, circostanza che fa emergere l'esistenza di uno specifico profilo che chiama in causa, accanto alla differenza sessuale, la posizione che le donne ricoprono all'interno della famiglia.

E poiché la Corte costituzionale ha più volte ribadito che in caso di disuguaglianza tra coniugi l'articolo di riferimento è il 29.2 e non il 3 Cost, ritengo che sia necessario in questa fattispecie riferirsi non solo al principio generale di uguaglianza, ma anche al suo svolgimento all'interno del nucleo familiare, senza nulla togliere alla gravità delle violenze compiute da sconosciuti o conoscenti.

Il fenomeno è emerso in Italia con l'attuale gravità da una decina d'anni, da quando l'Organizzazione mondiale della sanità, prima, e una ricerca commissionata all'Istituto di statistica dal Ministro delle pari opportunità, in seguito, resero noto che la prima causa di morte delle donne tra i 16 e i 44 anni era dovuta all'omicidio da partner di partner o ex partner, e nel nostro Paese la violenza sulle donne mieteva più vittime degli incidenti stradali³¹¹

La situazione italiana ha recentemente destato preoccupazione anche in seno al Comitato per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione ai danni delle donne (*Cedaw Committee*), che periodicamente analizza i dati sulla condizione femminile, proprio in ordine «all'elevato numero di donne uccise dai propri partner o ex-partner»³¹².

including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life». (United Nation, Commission on the Status of Women, *Report on the fifty-seventh session*, 4-15 March 2013)

³¹¹ *La violenza e i maltrattamenti contro le donne dentro e fuori la famiglia*, Anno 2006, Report Istat, il 21 febbraio 2007 e disponibile sul sito www3.istat.it; *Tre donne su 10 hanno subito violenza, indagine Istat: più di 14 milioni le vittime*, in «la Repubblica», 21 febbraio 2007.

³¹² Disegno di legge n. 724, *Per la promozione della soggettività e per il contrasto al femminicidio*, Senato della Repubblica, Atti parlamentari, VXII legislatura, disegni di legge e relazioni, documenti, p. 7.

Il nesso tra maltrattamenti sulle donne e ruoli familiari sembra non lasciare scampo, tanto che la criminologia ha interpretato la violenza come lo «specchio dei processi che investono la società [...] che perciò ricadono sulla famiglia, sottoponendola ad un forte stress evolutivo»³¹³, sarebbe ovvero la reazione maschile al comportamento di mogli, fidanzate, conviventi che trasgrediscono dal modello tradizionale.

Pure le convenzioni comunitarie hanno definito la violenza di genere come il manifestarsi delle relazioni di potere storicamente ineguali fra donne e uomini³¹⁴, ovvero il tentativo maschile di riappropriarsi di un «ruolo gerarchicamente dominante a cui sono connessi privilegi»³¹⁵.

E uno studio dell'Unicef imputa tra i fattori che rendono le donne vulnerabili alla violenza, proprio i rapporti tra i coniugi all'interno dell'istituzione familiare, «where power relations are enforced, fear of and control over female sexuality, belief in the inherent superiority of males, and legislation and cultural sanctions that have traditionally denied women and children an independent legal and social status»³¹⁶.

3.2.1. *Lo scenario internazionale e comunitario*

Gli organismi internazionali e comunitari si sono occupati della violenza sulle donne inquadrandola tra le lesioni dei diritti umani e hanno agito da gruppi di pressione sulle agende politiche nazionali e sull'opinione pubblica, adottando convenzioni, programmi e risoluzioni che impegnassero gli Stati ad affrontare direttamente il problema³¹⁷.

³¹³ Atti del convegno *Violenza in famiglia, quotidiana emergenza*, Verona 5 novembre 2010. Disponibile sul sito internet www.onvd.org.

³¹⁴ Così la Convenzione di Istanbul, 2011: «Recognising that violence against women is a manifestation of historically unequal power relations between women and men, which have led to domination over, and discrimination against, women by men and to the prevention of the full advancement of women».

³¹⁵ Le parole sono riportate nella relazione introduttiva al disegno di legge n. 724, *Per la promozione della soggettività e per il contrasto al femminicidio*, presentato al Senato il 29 maggio 2013, Senato della Repubblica, Atti parlamentari, VXII legislatura, disegni di legge e relazioni, documenti, p. 3.

³¹⁶ *Domestic violence against woman and girls*, in *Innocenti Digest*, 6/2000, p.7. Disponibile sul sito www.unicef.irc.org.

³¹⁷ Si fa riferimento a differenti strumenti quali: la Cedaw (1979), la Conferenza Onu di Pechino (1995), la Conferenza di Stoccolma contro lo sfruttamento sessuale dei minori (1996), la risoluzione del Parlamento europeo sulla violenza contro le donne (1999) e il programma Daphne (2000-2003), la raccomandazione Rec (2002) 5 del Comitato dei ministri agli stati membri sulla protezione delle donne dalla violenza (2002), inoltre, una delle priorità strategiche adottate dalla Commissione europea per il quinquennio 2010-2015 è il contrasto alla violenza di genere.

Il primo atto vincolante è stato il programma d'azione adottato alla conferenza mondiale Onu sulle donne di Pechino (1995), il quale prevedeva delle misure specifiche contro la violenza domestica e che fu sottoscritto da tutti i paesi europei.

In ambito comunitario, la violenza contro le donne è considerata dall'Unione europea come una violazione dei diritti e delle libertà fondamentali garantite dalla Carta di Nizza. Vista la rilevanza del fenomeno, la Commissione europea ha inserito il suo contrasto tra le priorità strategiche del quinquennio 2010-2015 e ha invitato gli stati membri a sviluppare strategie nazionali finalizzate alla prevenzione della violenza, alla persecuzione dei colpevoli e alla protezione delle vittime. È stato altresì chiesto di armonizzare i propri codici penali, per introdurre un minimo di regole comuni sui reati di violenza contro le donne, vista la portata transnazionale del fenomeno. Il contrasto alla violenza domestica è stato inserito pure nel Programma di Stoccolma (2010-2014) per la libertà, la sicurezza e la giustizia, con la richiesta stavolta agli stati di promuovere una legislazione minima e comune per la protezione delle vittime³¹⁸.

Come ultimo atto nel 2011, il Consiglio d'Europa ha approvato la Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, che è in attesa di essere sottoscritta da almeno dieci paesi per entrare in vigore.

La Convenzione ha posto dei paletti importanti sull'interpretazione del fenomeno riconoscendo «che la violenza contro le donne è uno dei meccanismi sociali cruciali per mezzo dei quali le donne sono costrette in una posizione subordinata rispetto agli uomini»³¹⁹, e ha inserito nuove tipologie di reato, quali le mutilazioni genitali femminili, il matrimonio forzato, gli atti persecutori (stalking), l'aborto forzato e la sterilizzazione forzata. Gli obiettivi del trattato sono la prevenzione della violenza attraverso strumenti culturali e di sensibilizzazione che decostruiscano gli stereotipi di genere, la protezione delle vittime, la repressione della violenza grazie anche all'accertamento che «la cultura, le tradizioni e i costumi, la religione o il cosiddetto

³¹⁸ Per una sintesi delle misure adottate dall'Unione europea si veda European Institute for Gender Equality, *Review of the implementation of the Beijing Platform for Action in the Eu Member States: Violence against Women-Victim Support*, disponibile al sito: eige.europa.eu/content/document/violence-against-women-victim-support-report.

³¹⁹ Il testo della convenzione è disponibile sul sito www.coe.int., consultato il 7 agosto 2013.

“onore” non possano giustificare nessun atto di violenza» e infine il monitoraggio dell’applicazione della convenzione stessa.

La convenzione è un trattato particolarmente importante perché dalla sua ratifica ne consegue che gli Stati sono ritenuti responsabili se non garantiscono risposte adeguate per prevenire tale violenza.

L’Italia l’ha ratificata nel giugno 2013 e il Parlamento ha contestualmente iniziato a discutere l’approvazione di leggi capaci di contrastare la violenza sulle donne coll’inserire il reato specifico di «femminicidio».

3.2.2. *Il dibattito sul «femminicidio»: nuove ipotesi legislative*

Il termine «femicide» altro non è che la declinazione al femminile di «omicide», e fu coniato per dare un nome alla specificità degli omicidi volontari commessi ai danni delle donne che, a differenza di quelli con vittima maschile per lo più commessi da sconosciuti nell’ambito della criminalità, sono perpetrati da familiari.

Il termine è assurto alle cronache nel 2009, in seguito alla sentenza emessa dalla Corte interamericana per i diritti umani contro lo Stato messicano ritenuto colpevole dagli innumerevoli episodi di violenza ai danni delle donne avvenuti impunemente nella cittadina messicana di *Ciudad Juarez*³²⁰. Da quel momento il *femicide* divenne il termine giuridico per indicare il reato di omicidio volontario che colpiva le donne in maniera specifica nell’ambito familiare, spesso accompagnato da una cultura discriminatoria di tipo patriarcale. Dalla sentenza *Campo Algodonero* il reato di femminicidio è stato inserito nei codici penali della maggior parte dei paesi del continente centro e sud americano e a quella realtà facevano riferimento pure i tre disegni di legge, per il contrasto al femminicidio, presentati al Parlamento italiano nel primo semestre del 2013³²¹.

Una delle proposte qualificava la violenza domestica come «atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all’interno della famiglia o del nucleo familiare o tra coniugi o *partner*, indipendentemente dal fatto che l’autore di tali

³²⁰ La sentenza è consultabile sul sito internet della Corte Interamericana dei diritti umani, www.corteidh.or.cr.

³²¹ Si tratta dei disegni di legge: n.724, *Per la promozione della soggettività e per il contrasto al femminicidio*, presentato al Senato il 29 maggio 2013; n.764 *Introduzione del reato di femminicidio*, comunicato alla presidenza il 4 giugno 2013; n.860 *Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno dei femmicidi e femminicidi*, comunicato alla presidenza il 20 giugno 2013.

atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima e che tra l'autore e la vittima sia cessata la relazione o sia intervenuta separazione, ancorché solo di fatto»³²². Il disegno di legge si proponeva, pertanto, di contrastare anche quelle forme sottili di violenza domestica consistenti nel rendere le mogli/partner economicamente dipendenti o prive di risorse necessarie per l'indipendenza coll'introdurre il reato di «occultamento doloso delle risorse patrimoniali»³²³.

Le altre misure previste per il contrasto alla violenza configuravano un'azione multidisciplinare che comprendeva: il piano culturale attraverso un programma promozione della soggettività femminile e l'azione educativa della scuola e dei media; il versante penale con la codificazione di un'aggravante specifica per il reato di maltrattamenti commesso da «persona di famiglia» anche se non convivente, e, infine, la tutela delle vittime.

Dal dibattito parlamentare emergeva la peculiarità della cultura italiana, con la denuncia di una violenza domestica raccontata dai media come frutto della passione o della gelosia, circostanza che aveva portato a una sottovalutazione se non addirittura alla “nobilitazione” del problema. Contro l'inopportuna definizione di delitto passionale si scagliava, pertanto, una senatrice ricordando che l'omicidio di donne da parte del partner era al contrario «l'epilogo di un crescendo di violenza a senso unico, causati dall'incapacità di accettare le separazioni, dalle gelosie, da un sentimento di orgoglio ferito, dalla volontà di vendetta e punizione nei confronti di una donna che ha trasgredito ad un modello di comportamento tradizionale. Un ruolo che in Italia è ancora relegato a quello di madre e di moglie, oppure di oggetto di desiderio sessuale»³²⁴.

La vice presidente del Senato chiamava in causa direttamente il rapporto tra coniugi coll'affermare che «[era] proprio nei modelli di famiglia, in concezioni del rapporto di coppia fondati sulla gerarchia, in un'idea dell'amore come possesso che si nascond[evano], spesso subdolamente, non riconosciute, le ragioni culturali che

³²² Disegno di legge n.724, *Per la promozione della soggettività e per il contrasto al femminicidio*, presentato al Senato il 29 maggio 2013, Senato della Repubblica, Atti parlamentari, XVII legislatura, disegni di legge e relazioni, documenti, p. 12.

³²³ Art. 26, disegno di legge n.724.

³²⁴ Senatrice F. Puglisi, Senato della Repubblica, seduta 7 maggio 2013.

porta[va]no alle violenze verso le donne, spesso - anzi, quasi sempre - verso le donne amate»³²⁵.

A pochi mesi dalla presentazione dei disegni di legge, nell'agosto 2013, il Governo Letta ha, infine, approvato un decreto – convertito con legge n. 119 del 15 ottobre 2013 - che «mira rendere più incisivi gli strumenti della repressione penale dei fenomeni di maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale e di atti persecutori»³²⁶ e che tocca esplicitamente il tema della violenza domestica come riflesso della disparità tra i coniugi. Si prevedono una serie di «azioni strutturate e condivise in ambito sociale, educativo, formativo e informativo per garantire una maggiore e piena tutela alle vittime»³²⁷.

Tra le misure adottate si segnalano, ad esempio, l'ammonizione pure in assenza di querela (art. 3), l'impossibilità per la vittima di ritirare la denuncia per metterla al riparo da atti intimidatori; si riconosce l'arresto in flagranza e l'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare, viene garantita l'assistenza legale gratuita alle vittime dei maltrattamenti in famiglia e particolari tutele sono, infine, previste per gli stranieri vittime di violenza (art. 4).

Come misura di prevenzione della violenza la legge prevede un piano straordinario per promuovere una sensibilizzazione al problema tra uomini e ragazzi anche attraverso i programmi scolastici; potenziare l'assistenza a sostegno delle vittime con il rafforzamento «della rete dei servizi territoriali e dei centri antiviolenza; iniziare una raccolta dei dati per monitorare il fenomeno e, infine, rafforzare la collaborazione tra tutte le istituzioni coinvolte.

La legge stata oggetto di plausi e di altrettante forti critiche nei giorni successivi alla sua emanazione da parte di organizzazioni sociali, commentatori e di alcuni studiosi.

I punti di forza sono stati individuati nella valenza simbolica dell'atto, quindi nella volontà politica e istituzionale di farsi carico di un problema non più rimandabile, nel significato culturale che veicola col rimuovere qualsiasi attenuante o giustificazione basata sulla pretesa intimità dei rapporti tra coniugi o familiari, e infine, nella presenza di misure repressive e di azioni di tutela delle vittime di violenza.

³²⁵ Senatrice V. Fedeli, Senato della Repubblica, seduta 19 giugno 2013.

³²⁶ Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri, 8 agosto 2013.

³²⁷ Decreto legge n. 93 del 14 agosto 2013, convertito con legge n. 119 del 15 ottobre 2013.

I biasimi nascono invece dalla mancanza di un adeguato finanziamento legato alla prevenzione e, quindi, dalla assenza di misure concrete di sostegno economico al centro antiviolenza³²⁸ e dalla trattazione del problema come questione di ordine pubblico e non culturale. Sul piano culturale, invece, è riscontrabile il timore di una riproposizione delle donne come soggetti deboli e bisognosi di tutela, invece che un'azione anche culturale forte e coordinata sui potenziali reati e quindi sugli uomini³²⁹. In secondo luogo, è stato criticato l'accento posto sulle vittime all'interno della famiglia, che pur sostenuto dai dati statistici, è stato inteso da alcune come una riedizione della maggiore importanza attribuita alle donne in qualità di madri o di mogli³³⁰.

Oggetto di critiche è stata, pure, la previsione dell'impossibilità del ritiro della denuncia che secondo alcuni priverebbe la vittima di un diritto personale e non porterebbe a una maggior tutela da possibili inasprimenti degli abusi³³¹.

Il provvedimento non ha incassato, infine, il *placet* dei penalisti che hanno considerato demagogiche le norme proposte e potenzialmente contrarie al principio costituzionale della presunzione di innocenza.

3.3. Per concludere: verso il raggiungimento della parità

La famiglia appartiene alla sfera privata o a quella pubblica? I rapporti tra i coniugi sono oggetto di contrattazione tra singoli o di interesse per la comunità?

La famiglia può essere definita come un luogo privato in quanto culla dell'intimità e degli affetti, nondimeno non è esclusivamente privato tanto che gli stati (e le ideologie) intervengono con le loro politiche fino a definirne i confini. È, di certo, un luogo protetto dall'influenza statale per espresso volere delle costituzioni e delle convenzioni internazionali, tuttavia la concezione della famiglia come istituzione strettamente

³²⁸ Si veda, ad esempio, il commento della Cgil disponibile sul sito www.cgil.it, consultato il 18 settembre 2013.

³²⁹ Valga ad esempio l'intervento di L. Betti al convegno "Convenzione di Istanbul e media" tenutosi a Palazzo Giustiniani, Roma 24 maggio 2014.

³³⁰ Di questo avviso, ad esempio, C. De Gregorio, *Prevenire è educare*, in «la Repubblica», 9 agosto 2013.

³³¹ È quanto espresso in un comunicato stampa della Rete dei centri anti violenza (D.I.Re), 25 agosto 2013. Di questa stessa opinione anche scrittrice M. Murgia su «Vanity Fair», 18 agosto 2013.

privata è stata sovente utilizzata per negare le libertà individuali, affermando invece quelle “collettive”, mantenendo così una gerarchia tra i sessi o il controllo sociale³³².

Si tratta quindi di un dilemma non facilmente risolvibile, sul quale si sono interrogati e continuano a discutere illustri studiosi e che reifica la contrapposizione tra famiglia-contratto e famiglia-istituzione.

È ancora possibile oggi individuare, ad esempio, i diritti “della” famiglia, spesso coincidenti con l’aspetto patrimoniale o fiscale? In tal senso è utile richiamare l’ordinanza di rimessione che pende di fronte alla Corte costituzionale circa la presunta l’illegittimità della norma sull’assegno divorzile (art. 10, legge 74/1987) nella parte in cui, secondo il diritto vivente, si stabilisce la garanzia «al coniuge economicamente più debole il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio»³³³. Un eventuale accoglimento della questione andrebbe, forse, ad incidere sull’idea di famiglia come nucleo solidale di affetti, dal momento che verrebbe meno la sua “convenienza” patrimoniale e forse costituirebbe un aggravio, se non una discriminazione, nei confronti di quella parte della coppia che, in costanza del legame solidale e di reciproco aiuto, per effetto dei maggiori carichi familiari ha dedicato meno tempo all’attività lavorativa.

Qualunque sia l’orientamento circa la natura della famiglia, la garanzia di una parità morale e giuridica tra i coniugi rimane uno dei prerequisiti per una società moderna, libera e «laica»³³⁴, e l’obiettivo, alla luce di quanto esaminato nelle pagine precedenti, lo si può raggiungere solo agendo organicamente su diversi fronti: all’interno della famiglia eliminando le tracce, anche simboliche, di un’antica gerarchia e ripartendo il lavoro di cura tra uomini e donne; nel lavoro valorizzando talenti e competenze senza vincoli derivanti dalla posizione tradizionale tramandata tra i sessi nella famiglia; e

³³² Martha Nussbaum coglie la contraddizione insita in una politica liberale che da un lato ha il compito di «dare alle persone considerevole latitudine nel formare famiglie come scelgono di farlo» e dall’altra ha una finalità di giustizia contro ogni gerarchia di tipo sessuale e ogni negazione dell’uguaglianza per cui lo Stato liberale «deve limitare la famiglia proprio in nome della giustizia». (M. Nussbaum, *The future of feminist liberalism*, in *Proceeding and Adresses of the American Philosophical Association*, 74/2000, p. 59, riportato da M. Ricciardi, *Liberalismo, eguaglianza e famiglia*, in *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Donzelli, Roma, 2012, pp. 147-177).

³³³ Ordinanza del Tribunale di Firenze, 22 maggio 2013, reg. ord. 239/2013.

³³⁴ Per una contestualizzazione del termine si veda M. D’Amico, *Laicità per tutti*, Franco Angeli, 2009.

nella società favorendo una visione non stereotipata del maschile e del femminile, visione che è spesso alla base della violenza degli uomini sulle donne³³⁵.

Di conseguenza, la soluzione al problema della non completa uguaglianza morale e giuridica, prevede alcuni interventi attuabili sul piano normativo, e altri che, esulando dalla competenza del giurista, guardano all'ambito più strettamente "morale", culturale ed educativo. Interventi che possono essere concepiti in materia integrata come avvenuto con la legge organica spagnola nel 2007³³⁶, ma che hanno nella famiglia uno snodo fondamentale.

³³⁵ Così si legge nel report prodotto delle Nazioni Unite sulla condizione delle donne: «Violence against women and girls is characterized by the use and abuse of power and control in public and private spheres, and is intrinsically linked with gender stereotypes that underlie and perpetuate such violence, as well as other factors that can increase women's and girls' vulnerability to such violence». (United Nation, Commission on the Status of Women, *Report*, cit.)

³³⁶ M.T. Carballeira Rivera, *La legge spagnola per le parità effettive tra donne e uomini*, www.formuncostituzionale.it, consultato il 30 settembre 2013.

Capitolo 3.

La famiglia nel diritto e le famiglie senza diritto: sesso, genere e dimensione affettiva

Sommario: 1. Famiglie nella realtà sociale e nel diritto tra libere scelte e divieti. 1.1. La società: per una definizione non mitologica della famiglia. 1.2. Gli attori del diritto: giurisprudenza costituzionale, dottrina e parlamento. 1.3. Tre quesiti alla prova dei fatti. 2. Per il “matrimonio omosessuale” in Italia. 2.1. La famiglia, un diritto ma non per tutti: il dialogo tra Corte costituzionale e corti sovranazionali. 2.2. Tra biologia e anagrafe: il “matrimonio omosessuale” nella giurisprudenza italiana (1980-2013). 2.3. La dottrina: tra paladini dell’uguaglianza e difensori della famiglia. 2.4. La Corte costituzionale e la sentenza 138 del 2010. 2.4.1. L’interpretazione originalista. 2.4.2. La parità tra i sessi e la potenzialità procreativa. 2.5. Opinioni in parlamento e comun sentire. 2.5.1. Un falso universalismo. 2.5.2. L’immaginario pubblico tra “parere degli esperti” e “società civile”. 2.6. Registri civili: i diritti si fermano in città. 3. «On gay marriage, Italy increasingly alone». 3.1. Omosessuali al di là delle Alpi. 4. Per concludere: alla ricerca di un bilanciamento tra principi da difendere e diritti da conquistare. 4.1. La prospettiva di un diritto laico. 4.2. Quali soluzioni legislative. 4.3. Possibili sviluppi giurisprudenziali. 4.4. Il matrimonio per tutti.

*«I tempi possono occultare certe verità,
ma le generazioni successive possono constatare come
leggi prima ritenute necessarie e appropriate
siano di fatto servite solo a opprimere»³³⁷.*

1. Famiglie nella realtà sociale e nel diritto tra libere scelte e divieti

1.1. La società: per una definizione non mitologica della famiglia.

La Costituzione italiana definisce la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio», dando luogo quindi a un legame che appare inscindibile tra relazione intima-familiare e atto giuridico³³⁸.

Eppure dal 1948 ad oggi le scelte di vita individuali, la morale pubblica e gli operatori del diritto hanno costruito un’idea di famiglia che poco ha in comune con l’unicità di un modello.

³³⁷ Corte suprema statunitense, *Lawrence vs Texas*, 26 giugno 2003.

³³⁸ Per un’analisi della disposizione costituzionale sulla famiglia si rinvia ai commenti di M. Bessone, *Art. 29 Cost.* in G. Branca, a cura di, *Commentario della Costituzione*, 1976; G. Salerno, *Art. 29 Cost.*, in V. Crisafulli, L. Paladin, a cura di, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova 1990; F. Caggia, A. Zoppini, *Art. 29 Cost.* in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

La definizione di famiglia è da decenni al centro di attenzioni e polemiche, spesso amplificate in modo più o meno consapevole dalle dichiarazioni rese da personaggi noti o influenti e riprese puntualmente dalla stampa e dai mass media; una delle ultime ha riguardato l'affermazione del titolare di una industria produttrice di pasta, fiore all'occhiello del *made in Italy*, che ha sostenuto di non gradire coppie omosessuali per reclamizzare i suoi prodotti in quanto difensore della «famiglia tradizionale»³³⁹.

Dando per scontato che in una società democratica ogni convinzione alimenta legittimamente il dibattito, quel che interessa rilevare è la persistente e irriducibile contrapposizione tra un'ipotetica forma tradizionale di famiglia e tutte le altre, contrapposizione che alimenta il mito della famiglia italiana.

Il discorso pubblico, al cui interno trovano posto le posizioni politiche, il dibattito scientifico e pure gli spot e i programmi televisivi o radiofonici, tende a polarizzare la questione proponendo due modelli antitetici: da un lato, l'archetipo di famiglia italiana, così come veniva fotografata dai dati statistici degli anni Settanta e quindi composta dai coniugi e dai loro (preferibilmente due) figli; dall'altro lato, il fallimento della famiglia e del matrimonio e la conseguente fine dei legami tradizionali.

Ciò nonostante, i dati forniti dagli studi sociologici e dalla statistica³⁴⁰ delineano una situazione ben differente, seppur tuttora viziata da rilevazioni ancorate a una visione «tradizionale» delle formazioni familiari³⁴¹.

I dati statistici confermano che la definizione di famiglia dipende dalle scelte affettive che compiono gli individui, non siamo quindi di fronte alla fine della famiglia o al declino del matrimonio, ma piuttosto al capolinea del diritto che di tale istituzione si occupa. Vi è, in altre parole, una divergenza sempre più marcata tra società e diritto e tra discorso pubblico e realtà sociale³⁴².

³³⁹ «Non metterei mai in una nostra pubblicità una famiglia gay, perché noi siamo per la famiglia tradizionale», affermazione rilasciata alla trasmissione radiofonica *La Zanzara* da Guido Barilla, 26 settembre 2013.

³⁴⁰ Si vedano M. Barbagli, A. Colombo, *Omosessuali moderni*, cit.; G. Della Zuanna, G. Webber, *Cose da non credere. Il senso comune alla prova dei numeri*, Laterza, 2012; Istat, *Annuario Statistico Italiano 2012*.

³⁴¹ Si intende far riferimento alle novità introdotte solo di recente nella raccolta dei dati dall'Istat, che fino agli anni Novanta non rilevava le famiglie di fatto e fino al 2011 non includeva le coppie omosessuali. Inoltre ancora oggi alcune forme di unione non sono rilevate come tali, è il caso delle coppie con residenze diverse (Lat). Sulle definizioni delle differenti forme familiari si veda V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, cit., pp. 241ss.

³⁴² Sul rapporto tra legislazione, famiglia e società civile si veda la ricostruzione storica fatta in Q. Skinner, a cura di, *Families and States in western Europe*, Cambridge University Press, 2011.

Già dalla fine del XX secolo i modelli familiari riscontrati in Italia sono almeno quattro, ovvero la forma “tradizionale” composta da coppie eterosessuali sposate; le libere unioni o famiglie “di fatto” eterosessuali, alla cui base vi è una scelta di rimandare il matrimonio o di non sposarsi affatto e per le quali l’ordinamento ha di recente eliminato ogni forma di discriminazione nei confronti dei figli; le famiglie ricostituite dopo la fine di matrimoni precedenti, che non hanno né una regolamentazione tra i legami familiari che si vengono a instaurare né una definizione terminologica di tali “parentele” - se non quelle, con accezione negativa, di matrigne/patrigni, sorellastre/fratellastri-; e, infine, le coppie omosessuali impossibilitate ad accedere a un qualsiasi riconoscimento della propria unione³⁴³.

Da quando l’Istat ha ampliato le rilevazioni anche alle cosiddette “unioni di fatto”, si è potuta misurare la progressiva de-istituzionalizzazione della famiglia e le sue cospicue differenze su base regionale, fenomeno comune a tutto il mondo occidentale e che verosimilmente porterà al superamento delle coppie conviventi su quelle sposate per la generazione dei nati negli anni Ottanta³⁴⁴.

L'ultimo censimento disponibile accerta infatti che nel giro di soli 10 anni sono raddoppiate le famiglie non matrimoniali e sono aumentate le coppie senza figli³⁴⁵, ma accanto a queste nuove tendenze, che evidenziano una trasformazione dei costumi e della percezione sociale di cosa sia una famiglia, permangono elementi di continuità nella prevalenza della natalità tra coppie sposate³⁴⁶ e nel fascino che il matrimonio, seppur secolarizzato³⁴⁷, continua ad avere sia per molte coppie eterosessuali, che

³⁴³ Sul tema si vedano gli studi di M. Barbagli, A. Colombo, *Omosessuali moderni*, cit., pp. 24-32.

³⁴⁴ Previsione di L. Mencarini, *Le famiglie in Italia: un'istantanea demografica*, in *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Donzelli, Roma, 2012, pp. 29-67.

³⁴⁵ Se nel 1994 le famiglie di fatto e ricostituite erano circa il 6%, nel 2009 superavano l'11%. Si registra inoltre un costante calo della nuzialità: i matrimoni erano 230.613 nel 2009 e 208.702 nel 2011. I dati sono tratti dal Dossier famiglia del 2010 e dai relativi aggiornamenti, disponibili sul sito www.istat.it.

³⁴⁶ Sempre secondo i dati Istat, nel 2011 sono stati 396.999 i figli nati all'interno del matrimonio e 143.911 quello nati da coppie non sposate. Un dato percentuale discontinuo si riscontra nel centro Italia dove più di 3 bambini su 10 nascono fuori del matrimonio. Cfr. Istat, *Annuario Statistico Italiano 2012*.

³⁴⁷ «Nel 2011 i matrimoni civili crescono, passando dai circa 79 mila del 2010 ai circa 83 mila del 2011. I matrimoni religiosi calano (dai circa 138 mila del 2010 si passa ai quasi 126 mila del 2011), ma continuano ad essere la scelta privilegiata dagli sposi (60,2 per cento). Come per il anni passati la situazione non è omogenea a livello territoriale: al Nord i matrimoni civili sono sempre quelli prevalenti (51,7 per cento contro il 38,8 per cento della media nazionale). al centro sono praticamente equi distribuiti, mentre nelle regioni meridionali oltre tre matrimoni su quattro (76,6 per cento) vengono ancora celebrati con rito religioso. Cfr. Istat, *Annuario Statistico Italiano 2012*.

convogliano comunque a nozze dopo un periodo di convivenza, sia per le coppie omosessuali che avanzano la richiesta di potervi accedere³⁴⁸.

Nel guardare alla famiglia dal punto di vista giuridico bisognerebbe tenere conto, io credo, anche di queste mutate prospettive di costume, identità e abitudini tra le relazioni personali e affettive, che fanno della famiglia una formazione che prescinde da inclinazioni morali, fino a pochi anni fa date per scontate. Il caso delle unioni more uxorio è ancora una volta emblematico del passaggio da un comportamento ritenuto deviante a un fenomeno oggi considerato normale tanto nella forma transitoria quanto in quella permanente.

Negli ultimi dieci anni, inoltre, in conseguenza dell'evoluzione dei costumi e dell'emergere di fenomeni sociali prima sopiti, la definizione di convivenza more uxorio ha finito per includere non solo le coppie eterosessuali, ma anche quelle formate da persone dello stesso sesso. Pur tuttavia, le aspirazioni e le motivazioni della convivenza nei due casi sono ben differenti, dal momento che per le unioni omosessuali "di fatto" manca l'ingrediente della libera scelta del modello familiare da perseguire, essendo al momento impossibilitate a contrarre matrimonio.

La questione più originale è, infatti, oggi rappresentata proprio dalla richiesta di riconoscimento che proviene dalle famiglie omosessuali e che pone una sfida all'ordinamento perché – come è stato notato - per il solo fatto di esistere, mettono in discussione la tradizione giuridica del «paradigma eterosessuale del matrimonio»³⁴⁹.

1.2. Gli attori del diritto: giurisprudenza, dottrina e parlamento

Da quanto detto, emergono cruciali questioni, che investono, oggi, la stessa concezione giuridica di famiglia e tra queste la sensazione che sia le disposizioni costituzionali sia il diritto di famiglia abbiano perso la loro spinta innovativa³⁵⁰, nell'essere carenti di fronte all'affermarsi di nuovi principi e di nuovi modelli sociali

³⁴⁸ G. Dalla Zuanna, G. Webber, *Cose da non credere*, cit.

³⁴⁹ B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 2-23.

³⁵⁰ Sulla ridefinizione del diritto di famiglia in Europa si veda anche F. Rigaux, *Same-gender marriage: a european view*, in *Journal of Family History*, 1/2003, pp.199-207.

quali le convivenze e le coppie omosessuali³⁵¹; così come di fronte alle nuove conquiste della scienza rappresentate, *in primis*, dalla procreazione medicalmente assistita³⁵².

La dottrina giuridica è, oggi, abbastanza concorde nel sostenere che la Costituzione conferisca alla famiglia coniugale una «dignità superiore»³⁵³ rispetto alle altre formazioni sociali. Il matrimonio diventa pertanto l'atto fondativo e inequivocabile dell'esistenza di una famiglia, l'atto che crea una gerarchia tra le formazioni sociali «si che rimane estraneo al contenuto delle garanzie ivi offerte ogni altro aggregato pur socialmente apprezzabile, divergente tuttavia dal modello che si radica nel rapporto coniugale»³⁵⁴. E' utile osservare come il privilegio accordato alla famiglia non sia però dato dalla sua naturalità, ma al contrario dal vincolo giuridico sulla quale si fonda. In quest'ottica l'espressione "naturale" sembra indicare non una neutralità dello Stato quanto una scelta politica a favore del matrimonio³⁵⁵. Tanto è vero che in dottrina qualcuno ha considerato come un ossimoro la circostanza che una società naturale quale è definita la famiglia in Costituzione sia costituita dalla presenza di un istituto giuridico³⁵⁶.

La qualifica di "naturale" appare, pertanto, di difficile definizione poiché fa riferimento al «richiamo e il riconoscimento del tradizionale concetto della famiglia, quale tuttora vive nella coscienza del popolo»³⁵⁷, ma non impedisce un intervento della legislazione sociale³⁵⁸.

³⁵¹ «Nell'epoca contemporanea lo specchio della Costituzione, per lo meno se la relativa superficie venga limitata alle norme di cui agli articoli 29 ss., non è più in grado di riflettere in maniera esaustiva l'intera gamma delle relazioni affettive di interessi meritevoli di tutela». (L. Balestra, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4/2010, p. 1109.)

³⁵² Sulla questione della Procreazione medicalmente assistita si veda: M. D'Amico, M. Clara, I. Alesso, *La Cicogna e il codice. Fecondazione assistita, riflessioni e prospettive*, Franco Angeli, 2010; M. D'Amico, I. Pellizzone, a cura di, *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Franco Angeli, 2010.

³⁵³ Sentenza 352/2000 astensione a testimoniare per convivente

³⁵⁴ 237/1986 favoreggiamento, prossimo congiunto solo parenti e non convivente

³⁵⁵ E. Mostacci, *La disciplina della famiglia nella Costituzione italiana*, cit., p. 537.

³⁵⁶ R. Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 10/2000, pp. 1066 e seg.; G. Brunelli, *Famiglia e Costituzione*, cit., p. 88; P. Calamandrei parlò invece di contraddizione in termini in Atti A.C., 23 aprile 1947.

³⁵⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 64/1961.

³⁵⁸ La Corte ha, infatti, chiarito che «il riconoscimento dei diritti della famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio" non conduce a ritenere che nel nostro ordinamento giuridico l'istituto familiare sia stato considerato avulso dall'ordinamento statale, di talché il legislatore ordinario sia tenuto a disinteressarsi del suo funzionamento. [...] è da escludere che gli interventi autoritativi in ordine alla sua gestione siano consentiti solo ai fini di assicurare l'unità del nucleo familiare». (Corte costituzionale, sentenza n. 46/1970).

Inoltre le cosiddette unioni non matrimoniali sono in continua espansione e pur includendo fenomeni differenti per composizione e aspirazione³⁵⁹, riguardano, in ogni caso, persone legate da affetto, che si comportano esternamente come se fossero coniugate, sebbene prive di un vincolo giuridico³⁶⁰. Lo stesso matrimonio ha d'altro canto assunto un grado di flessibilità tale, da rendere complicata la sua riduzione a un unico modello, cosicché secondo alcuni «altro non fornisce se non un indice di legame affettivo»³⁶¹.

La domanda epistemologica attorno alla quale gira la definizione della famiglia moderna riguarda proprio il rapporto che è venuto a crearsi tra la forma giuridica e l'evoluzione sociale del luogo degli affetti³⁶².

Il richiamo alle origini e alle intenzioni più profonde dei costituenti non è in questo caso di alcun aiuto, poiché essi, dato il momento storico, non si occuparono delle convivenze more uxorio, fenomeno da sempre presente, quanto piuttosto di conferire un'adeguata tutela ai figli nati da relazioni extra coniugali. Né si occuparono altresì di unioni tra persone dello stesso sesso, giacché l'omosessualità, per quanto esistente e conosciuta, non era socialmente accettata, né se ne conosceva l'indice di diffusione³⁶³.

Nondimeno, poiché i rapporti tra le persone non rimangono cristallizzati nell'istante di approvazione delle norme, l'intervento giurisprudenziale della Corte Costituzionale e l'ausilio ermeneutico della dottrina hanno negli anni aggiornato il significato dei precetti costituzionali, in rapporto all'idea tradizionale di famiglia e alle diverse forme di unione oggi presenti.

In assenza di un intervento organico da parte del legislatore in materia di convivenze, la Corte costituzionale è stata chiamata, fin dagli anni Settanta, a pronunciarsi sulla

³⁵⁹ Sulle motivazioni della scelta di convivere si veda V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, cit., pp. 146ss.

³⁶⁰ È stato notato come il termine stesso di famiglia derivi da casa (*famel* in italico) e quindi contenga in sé l'idea di convivenza che è alla base anche delle unioni di fatto, per quanto nell'ordinamento italiano la nozione giuridica di famiglia si modifichi nel tempo (cfr. L. Conte, *Le unioni matrimoniali*, relazione al convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Catania, 7-8 giugno 2013).

³⁶¹ Si veda L. Balestra, *L'evoluzione del diritto di famiglia*, cit., p. 1117-1118.

³⁶² Così scrive M. D'Amico «ma per famiglia oggi si deve intendere una "istituzione sociale" basata sulla forma, oppure andando alla sostanza, un luogo di "affetti"? Cfr. M. D'Amico, *I diritti contesi*, cit., p. 87.

³⁶³ Di questo avviso P. Veronesi, *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, in *Quad. cost.*, 3/2008, pp. 577-602, Si consideri che fino agli anni Ottanta l'omosessualità era annoverata tra le malattie. (Cfr. G. dall'Orto, *La "tolleranza repressiva" dell'omosessualità*, cit.).

legittimità di quelle disposizioni normative, che escludevano i conviventi *more uxorio* dal godimento dei diritti spettanti ai coniugi.

Nell'arco di quasi quarant'anni, la giurisprudenza costituzionale ha costantemente rifiutato ogni possibilità di estendere, per via interpretativa, i diritti propri della famiglia matrimoniale alle unioni di fatto, e lo ha stabilito basandosi sulle disposizioni contenute all'articolo 29 della Costituzione, fissate a tutela del matrimonio, «sì che rimane estraneo al contenuto delle garanzie ivi offerte ogni altro aggregato pur socialmente apprezzabile, divergente tuttavia dal modello che si radica nel rapporto coniugale»³⁶⁴. Così facendo, il «giudice delle leggi» ha riconosciuto «alla famiglia legittima una dignità superiore»³⁶⁵, in ragione «dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività di diritti e doveri, che nascono soltanto dal matrimonio»³⁶⁶.

In altra pronuncia, ha definito, invece, la convivenza *more uxorio* come «l'espressione di una scelta di libertà dalle regole, che il legislatore ha sancito in dipendenza dal matrimonio»³⁶⁷. In considerazione dell'incertezza del rapporto di convivenza e, quindi, dell'impossibilità di provarne l'esistenza o la cessazione se non attraverso un'indagine³⁶⁸, ha quindi negato ai conviventi - una prima volta nel 1977 e successivamente nel 1986 - la definizione di «prossimi congiunti» e, con essa, le garanzie che ne discendevano in ambito penale, circa la possibilità di astensione dal deporre e di impunità per favoreggiamento personale³⁶⁹.

Se in un primo momento la giurisprudenza costituzionale è stata diretta a separare i destini dei coniugi da quelli dei conviventi, in nome dell'inscindibile binomio famiglia-matrimonio, col tempo ha, invece, ritenuto necessario attribuirgli una rilevanza

³⁶⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 237/1986.

³⁶⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 310/1989.

³⁶⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 45/1980. I caratteri che differenziano matrimonio e convivenza sono ribadite pure in altre pronunce e tra queste le n. 404/1988, n. 310/1989, n. 352/2000.

³⁶⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 166/1998. Con nota di Ferrando, in *Giur.it*, 1998, p.1783.

³⁶⁸ «Per accertare se la situazione presenti i caratteri per cui in fatto possa essere accostata al rapporto di coniugio, e se in essa in concreto ricorra il sopraddetto interesse privato, con il relativo sentimento familiare, occorre, invece, una indagine che può anche non essere breve né facile. Ed allora per tale caso affiora in modo prevalente l'esigenza pubblicistica che il corso del processo non subisca ingiustificate remore in contrasto con il carattere inquisitorio e con i principi della oralità e della concentrazione». (Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 6/1977, con note di G. Ferrando, *Famiglia legittima e famiglia di fatto nella disciplina costituzionale*, M. Bargis, *Testimonianza dei conviventi «more uxorio» e diritto di astensione*, in *Giur. Cost.*, 1977, 930).

³⁶⁹ Con la sentenza 6/1977 la Corte non riconobbe al convivente il diritto di astensione a deporre previsto invece per i coniugi; analogamente nelle sentenza n. 237/1986 e n. 8/1996 la Corte non incluse il convivente tra i soggetti non punibili per favoreggiamento personale nel tentativo di «salvare da grave ed inevitabile nocimento l'altro coniuge», come era, invece, previsto dal codice penale per il coniuge.

costituzionale, in ragione del mutamento dei costumi e del continuo aumento del fenomeno.

La tutela delle unioni “more uxorio”, però, è garantita, non dell’articolo 29 Cost., ma dell’articolo 2 Cost., disposizione che assicura i diritti inviolabili dell’uomo come singolo e nelle formazioni sociali e non crea, quindi, un’identificazione con la famiglia³⁷⁰. È sulla base della tutela dei diritti inviolabili e della non ragionevolezza del trattamento differenziato, che la Corte costituzionale ha esteso negli anni, pure ai conviventi, alcuni diritti riservati inizialmente ai coniugi, al contrario ha sempre escluso di poter attribuire alle libere unioni le prerogative proprie della famiglia, in quanto soggetto collettivo e costituzionalmente tutelato.

Al primo caso appartengono, ad esempio, il diritto di successione nel contratto di locazione per decesso del convivente o per cessata convivenza in presenza di prole³⁷¹. La Corte, che, inizialmente, aveva negato al convivente la possibilità di subentro, ritenendo «la situazione del convivente more uxorio con il conduttore defunto [...] nettamente diversa da quella del coniuge»³⁷², con due pronunce risalenti agli anni Ottanta, ha sconfessato la precedente giurisprudenza in materia, ragionando attorno al tema dell’abitazione come «bene primario»³⁷³ e ha pertanto riscontrato una violazione irragionevole del «diritto sociale all’abitazione»³⁷⁴. Ha, quindi, invocato l’articolo 3 Cost. non per la sua portata eguagliatrice «restando comunque diversificata la condizione del coniuge da quella del convivente more uxorio, ma per la contraddittorietà logica della esclusione di un convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare «un diritto fondamentale che nella privazione del tetto è direttamente leso»³⁷⁵.

Ha invece negato l’estensione alle coppie di fatto della pensione di reversibilità e dei diritti di successione, così come il riconoscimento della convivenza prematrimoniale

³⁷⁰ «In effetti, un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare - anche a sommaria indagine - costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.)». Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 237/1986 in tema di favoreggiamento personale nei confronti del convivente.

³⁷¹ Si vedano le sentenze 45/1980; 404/1988 e 559/1989.

³⁷² Corte costituzionale, sentenza n. 45/1980.

³⁷³ Corte costituzionale, sentenza n. 404/1988. Con note di A. Pace, *Il convivente more uxorio, il «separato in casa» e il c.d. diritto «fondamentale» all’abitazione*; R. Lenzi, *La famiglia di fatto e la locazione della casa di abitazione*, in *Giur. cost.*, 1988, 1801.

³⁷⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 559/1989.

³⁷⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 404/1988.

quale requisito per l'adozione³⁷⁶, circostanze che non rientrano – per la Corte Costituzionale - tra i diritti fondamentali, ma che prevedono l'esistenza di diritti e obblighi reciproci propri “della famiglia” oppure una presa di posizione da parte del legislatore.

Il giudice costituzionale tenendo distinte le due forme «di vita comune» ha inteso, inoltre, tutelare le libere scelte delle persone coinvolte, col riconoscere «a entrambe [le forme] la loro propria specifica dignità; [evitando] di configurare la convivenza come forma minore del rapporto coniugale, riprovata o appena tollerata e non [innescando] alcuna impropria “rincorsa” verso la disciplina del matrimonio da parte di coloro che abbiano scelto di liberamente convivere»³⁷⁷.

In questo senso ha sempre rifiutato di vedere lesa art. 3 Cost. come parametro di uguaglianza, sostenendo la legittimità di diritti garantiti solo ai coniugi e coperti dall'articolo 29 Cost. e includendo le convivenze tra le formazioni sociali, tutelate dall'art. 2 Cost.

La Corte nel segnare una linea di demarcazione tra la famiglia costituzionale e le altre forme di convivenza, ha tuttavia mantenuto distinti i rapporti tra i componenti della coppia da quelli riguardanti i figli, estendendo di volta in volta alla prole, nata da una convivenza, le tutele previste per quella generata nel matrimonio e coll'affermare esplicitamente che «la condizione giuridica dei genitori tra di loro, in relazione al vincolo coniugale, non può determinare una condizione deteriore per i figli»³⁷⁸.

Infine, nel riconoscere rilevanza sociale e giuridica alle convivenze more uxorio la Corte costituzionale ha in più occasioni richiamato il Parlamento a prevedere una disciplina che tuteli anche gli interessi della famiglia di fatto³⁷⁹.

³⁷⁶ In tema di pensione di reversibilità si veda la sentenza n. 461/2000, per i diritti di successione si veda, invece, la sentenza 310/1989.

³⁷⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 8/1996, con note di A. Manna, *L'art. 394 c.p.c. e la «famiglia di fatto»: ancora un ingiustificato «diniego di giustizia» dal parte della Corte costituzionale?*, M. Zanotti, *Una questione di costituzionalità mal posta: la facoltà di astensione dal dovere testimoniale del convivente di fatto e l'art. 29 Cost.*, *Giur. Cost.*, 1996, 90.

³⁷⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 166/1998 in tema di assegnazione della casa familiare al convivente affidatario del figlio minore. Sul tema del rapporto tra convivenza e prole si veda anche S. Sassi, *La conciliazione della vita lavorativa e della vita familiare: una applicazione del principio di uguaglianza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, pp.491-533. La disciplina è stata innovata dalla legge n. 219 del 10 dicembre 2012 che ha equiparato le condizioni dei figli indipendentemente dal vincolo che lega i genitori.

³⁷⁹ Si vedano le già citate sentenze n.6/1977, n. 237/1986 e, n. 281/1994, e in fine, la 138/2010 sulle convivenze omosessuali.

Le esortazioni della Corte sono state accolte dal legislatore e dai giudici comuni nei casi specifici dell'astensione dal deporre e della validità della convivenza prematrimoniale per l'adozione³⁸⁰, al contrario è mancato un intervento organico e razionale da parte del Parlamento su un tema che anche in dottrina trova distinguo e resistenze.

Tra i costituzionalisti si è infatti, da tempo, aperto un dibattito sulla possibilità di un riconoscimento legislativo delle forme di convivenza, alternativo a quello tradizionale del matrimonio, riconoscimento che non sarebbe posto sotto la tutela dell'articolo 29 Cost., ma piuttosto sotto quella dell'art. 2, come da indicazioni della Corte costituzionale, e che quindi non garantirebbe alle convivenze lo status di famiglia.

Sul tema si scontrano ormai da decenni due differenti posizioni dottrinali, l'una, sostenitrice della forma tradizionale di famiglia fondata sul matrimonio, come unica legittimata dalla Costituzione; l'altra, paladina dei diritti dei singoli componenti e della libertà di scelta dell'indirizzo familiare.

A monte di ogni ragionamento giuridico vi è una diversa concezione circa il ruolo da attribuire a un ordinamento giuridico: da una parte, si sostiene la necessità civile, quasi didattica, di difendere il principio dell'esclusività del rapporto tra famiglia e matrimonio; dall'altra, al contrario, si ritiene necessario un intervento, per adattare la legge all'evoluzione sociale, come già volte avvenuto, ad esempio con l'introduzione del divorzio³⁸¹.

La dottrina contraria a una regolamentazione delle convivenze ha sottolineato come questa finirebbe per depotenziare la famiglia matrimoniale, dando origine a una forma parallela e di rango inferiore, che da un lato pregiudicherebbe la distinzione tra famiglia legittima e formazioni sociali e, dall'altro lato, contrarrebbe l'autonomia insita nella scelta individuale di non contrarre matrimonio³⁸². La soluzione ideale sarebbe, per molti

³⁸⁰ Nel 1988 il nuovo codice di procedura penale ha accolto l'invito della Corte inserendo anche i conviventi tra i prossimi congiunti che possono astenersi dalla testimonianza (art. 199 c.p.p.) e il tribunale di Torino ha esteso tale facoltà anche alle coppie more uxorio omosessuali (Corte d'Assise di Torino, 19 novembre 1993 in *Cass. Pen.*, 1994, p. 777 ss). La nuova legge sull'adozione, n. 149 del 28 marzo 2001, ha, in ultimo, riconosciuto come validi gli anni di convivenza stabile e continuativa prima del matrimonio (art. 6, comma 4).

³⁸¹ M. D'Amico, *I diritti contesi*, cit., pp. 88ss.

³⁸² Tra gli autori contrari alla regolamentazione delle forme di convivenza si vedano A. Trabucchi, *Famiglia e diritti nell'orizzonte degli anni '80*, in Aa. Vv., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Padova, Cedam 1986; E. Quadri, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1998, pp.36ss; P. Rescigno, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998; G. Giacobbe, *Il*

di questi autori, quella di non intervenire con una disciplina organica, ma solo attraverso l'estensione di alcune specifiche tutele «in riferimento alle varie condizioni in cui possono trovarsi» i conviventi³⁸³.

Il punto debole di questa tesi è stato identificato nell'ignorare la situazione di quelle coppie (omosessuali) a cui non è data la possibilità di scelta su come regolare la propria unione e che, in assenza di un riconoscimento, resterebbero escluse dal godimento dei diritti e delle tutele previste invece per i coniugi eterosessuali³⁸⁴.

L'ipotesi di un intervento legislativo è sostenuta, al contrario, da chi ritiene indispensabile non escludere dalla tutela una parte sempre più consistente della popolazione e ne è avvertita l'importanza soprattutto per gestire la crisi del rapporto di coppia, e non tanto la sua costituzione, con il fine di tutelare il soggetto più debole³⁸⁵.

Inoltre, si potrebbe sostenere, che il mancato aggiornamento in chiave moderna della definizione di famiglia, rischia di svuotarne il significato giuridico a fronte di un chiaro e accettato significato sociale. Si fa riferimento, in questo caso, anche la rilevanza giuridica già acquisita dalla famiglia di fatto, che farebbe propendere – per questa parte della dottrina - verso la necessità di regolamentazione organica e ordinata della materia³⁸⁶.

Pure in assenza di una legge, infatti, le forme familiari alternative al matrimonio hanno acquisito una rilevanza giuridica, sia grazie all'estensione di alcuni diritti da parte della Corte costituzionale, sia per l'intervento della giurisprudenza comune³⁸⁷, sia, infine, per la presenza di norme che le prendono in considerazione al pari del

modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, p. 487ss e Id, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam.*, 3/2006, 1219; L. Violini, *Il riconoscimento delle coppie di fatto*, cit.

³⁸³ In tal senso, S. Troilo, *I progetti di legge in materia di unioni di fatto: alla ricerca di una difficile coerenza con i principi costituzionali*, in B. Pezzini, a cura di, *Tra famiglie*, cit.

³⁸⁴ Si veda sul punto M. D'Amico, *I diritti contesi*, cit., pp. 99ss.

³⁸⁵ E. Roppo, *Come tutelare la famiglia di fatto*, in *Pol. Dir.*, 1980, p. 20ss; G. Alpa, *La famiglia di fatto: profili attuali*, in *Giur. it.*, 1989; V. Scalisi, *La «famiglia» e le «famiglie»*, in Aa. Vv., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*, cit., p. 280ss; N. Lipari, *Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza (note a margine di un iter legislativo)*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2010; L. Balestra, *L'evoluzione del diritto di famiglia*, cit.; M. Sessa, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, in *Famiglia*, 1/2003, p. 123ss; M. Astone, *Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzione e prospettive*, in *Dir. Fam.*, 4/1999, p. 1462ss.

³⁸⁶ Sulla rilevanza giuridica delle convivenze si veda la ricostruzione fatta da A. Lorenzetti, *La giurisprudenza di merito: acquisizioni recenti e possibili sviluppi*, in R. Torino, *Le coppie dello stesso sesso. La prima volta in Cassazione*, Romatre Press, 2013, 121.

³⁸⁷ Sull'attenzione riservata dai giudici comuni alle convivenze, anche nella variante omosessuale, si veda M. D'Amico, *I diritti contesi*, cit., pp. 96ss.

matrimonio. È sufficiente richiamare alcuni dei provvedimenti che tengono conto dello status di convivente³⁸⁸ e tra questi: la legge che regola l'interruzione volontaria di gravidanza³⁸⁹, i permessi retribuiti per malattia o decesso *convivente*³⁹⁰, l'accesso alla procreazione medicalmente assistita³⁹¹, le recenti norme di contrasto alla violenza sulle donne³⁹², alcune norme regionali sull'edilizia popolare³⁹³.

La convivenza è, inoltre, richiamata in alcuni statuti regionali e nonostante la Corte costituzionale abbia precisato il «carattere non prescrittivo e non vincolante delle enunciazioni statutarie», col considerarle «di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa»³⁹⁴, tuttavia tali «enunciazioni» sono una testimonianza del mutamento culturale in atto.

Gli strumenti normativi da predisporre a livello nazionale, per una legge che disciplini organicamente la materia, vengono per lo più individuati in norme a intrusione leggera, per garantire l'autonomia della coppia, quali: l'utilizzo di contratti o di accordi di convivenza, peraltro presenti in altre realtà europee, che prevedano una

³⁸⁸ Per una ricostruzione più puntuale dei provvedimenti legislativi si veda la ricostruzione cronologica operata da L. Conte, cit.

³⁸⁹ «Quando la donna si rivolge al medico di sua fiducia questi compie gli accertamenti sanitari necessari, nel rispetto della dignità e della libertà della donna; valuta con la donna stessa e *con il padre del concepito, ove la donna lo consenta*, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, anche sulla base dell'esito degli accertamenti di cui sopra, le circostanze che la determinano a chiedere l'interruzione della gravidanza; la informa sui diritti a lei spettanti e sugli interventi di carattere sociale cui può fare ricorso, nonché sui consultori e le strutture socio-sanitarie». (Art. 5 della legge 194/1978, corsivo dell'A.)

³⁹⁰ «La lavoratrice e il lavoratore hanno diritto ad un permesso retribuito di tre giorni lavorativi all'anno in caso di decesso o di documentata grave infermità del coniuge o di un parente entro il secondo grado *o del convivente, purché la stabile convivenza con il lavoratore o la lavoratrice risulti da certificazione anagrafica*. In alternativa, nei casi di documentata grave infermità, il lavoratore e la lavoratrice possono concordare con il datore di lavoro diverse modalità di espletamento dell'attività lavorativa». (Art. 4 della legge 53/2000, corsivo dell'A.)

³⁹¹ «Possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, *coniugate o conviventi*, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» (Art. 5 della legge 40/2004, corsivo dell'A.)

³⁹² L'articolo 3 della legge 119/2013 include il convivente tra le persone incriminabili con aggravante per violenza domestica.

³⁹³ Si fa riferimento ai casi del Piemonte, della Liguria e dell'Emilia Romagna. Per una analisi più puntuale di provvedimenti che hanno conferito rilevanza alla convivenza more uxorio si rimanda a S. Rossi, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in B. Pezzini, a cura di, *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, Jovene, Napoli 2008, pp. 135-172. Si veda anche la sentenza della Corte costituzionale n. 8/2011 in tema di legislazione regionale per la fruizione dei servizi pubblici e privati, con nota di A. M. Benedetti, *Quali spazi per un diritto regionale della famiglia?*, disponibile sul sito www.giurcost.org.

³⁹⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 378/2004.

ristretta gamma di doveri e di interessi da tutelare³⁹⁵ e la cui definizione è stata discussa in diverse occasioni dal Parlamento, senza mai giungere ad approvazione.

L'*iter legis* per la regolamentazione delle convivenze iniziò già negli anni Novanta³⁹⁶, ma è nel corso della XV legislatura che il dibattito parlamentare alimentava aspettative e reazioni dottrinali.

In particolare furono due i progetti di legge che attirarono maggiormente l'attenzione, l'uno governativo sui cosiddetti *Dico* e l'altro parlamentare ed elaborato in seno alla Commissione giustizia del Senato, per i cosiddetti *Cus*³⁹⁷. Entrambi prevedevano la regolamentazione delle forme di convivenza con la previsione di connessi diritti, in materia di accesso alle strutture ospedaliere, di salute e di successione e di reciproci doveri di assistenza in caso di crisi della coppia o necessità di uno dei componenti³⁹⁸. Gli strumenti giuridici ipotizzati erano però differenti.

Il progetto sui *Dico* utilizzava le risultanze anagrafiche³⁹⁹ per dare rilievo alla coabitazione tra «due persone maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso, unite da reciproci vincoli affettivi, che *convivono stabilmente* e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale, non legate da vincoli di matrimonio, parentela in linea retta entro il primo grado, affinità in linea retta entro il secondo grado, adozione, affiliazione, tutela, curatela o amministrazione di sostegno»⁴⁰⁰.

Il progetto ebbe il risultato di scontentare tutti, considerato eccessivamente compromissorio da parte dei sostenitori del matrimonio omosessuale, lesivo dell'esclusività della famiglia costituzionale per i suoi detrattori⁴⁰¹, e sollevando

³⁹⁵ Per una ricostruzione sul tema si veda Balestra, *L'evoluzione del diritto di famiglia*, cit.

³⁹⁶ Camera dei deputati, X legislatura, disegno di legge n. 2340 presentato dalla deputata socialista Alma Agata Capiello, 12 febbraio 1988. Il testo non venne mai esaminato.

³⁹⁷ Si tratta del disegno di legge governativo n. 1399 sui cosiddetti diritti e doveri delle persone conviventi (*Dico*), e del disegno di legge n. 2266 per i contratti di solidarietà (*Cus*), entrambi presentati al Parlamento nel 2007.

³⁹⁸ Art. 12 del disegno di legge sui *Dico*.

³⁹⁹ Il disegno di legge prevede che la convivenza sia provata da risultanze anagrafiche «in conformità degli artt. 4, 13, comma 1, lettera b), 21 e 33 del d.P.R. 30 maggio 1989, n.223, secondo le modalità stabilite nel medesimo decreto per l'iscrizione, il mutamento o la cancellazione. È fatta salva la prova contraria sulla sussistenza degli elementi di cui al comma 1 e delle cause di esclusione di cui all'articolo 2. Chiunque ne abbia interesse può fornire la prova che la convivenza è iniziata successivamente o è terminata in data diversa rispetto alle risultanze anagrafiche.» (art 1, 2 co)».

⁴⁰⁰ È quanto di si legge all'art. 1 del disegno di legge governativo n. 1399, 2007. Corsivo dell'A.

⁴⁰¹ «La regolamentazione dei "dico", contraddicendo le sue premesse, giunge ad attribuire un vero e proprio status, quello di "convivente registrato" [...] riempito di contenuti soltanto quantitativamente distinti da alcuni – pur se non tutti – quelli tipici della condizione di coniuge, con il rischio di violazione

perplexità tra i giuristi per la ampia congerie di “unioni atipiche” che intendeva regolarizzare⁴⁰².

Al contrario, la proposta sui *Cus* prevedeva la stipula di un vero e proprio contratto da trascrivere in un apposito registro presso gli uffici del giudice di pace, da cui restavano però esclusi i parenti in linea diretta o entro il secondo grado. Inoltre nel testo sui *Cus* venivano meno i richiami, presenti invece nel disegno governativo, ai vincoli affettivi e alla stabile convivenza, che ricordavano fortemente i vincoli coniugali.

Entrambe le proposte furono oggetto di critiche politiche e ideologiche e accusate, *in primis*, di depotenziare la famiglia tradizionale pure da un punto di vista economico, col sottrarle le già scarse risorse che le vengono destinate a beneficio di forme familiari alternative a quella legittima⁴⁰³. Era, poi, presente anche una obiezione di stampo “liberale”, che muoveva dal considerare l’approvazione di una legge regolatrice delle convivenze come un’indebita intrusione nella libertà di scelta di quelle coppie che non intendono accedere al matrimonio, per legittimare con diritti e doveri la propria unione.

Durante legislatura successiva, frutto di una maggioranza di centro destra, la questione fu riproposta, con meno slancio, con i cosiddetti Di.Do.Re., per la disciplina dei diritti e dei doveri di reciprocità dei conviventi. In questo caso la matrice della regolamentazione era essenzialmente diversa, esaltava la difesa dell’esclusività della famiglia fondata sul matrimonio e restringeva pertanto, rispetto a quanto previsto precedentemente, lo spettro dei diritti da concedere ai conviventi⁴⁰⁴.

Nondimeno, come verrà analizzato più avanti, lo scoglio principale all’approvazione di una legge in Parlamento era non tanto, o non soltanto, la regolazione della convivenza in sé, quanto piuttosto il riconoscimento di tutele e di status alle coppie omosessuali, conseguenza che a detta di molti avrebbe costituito un aggiramento dell’articolo 29 Cost.⁴⁰⁵

tanto dell’art. 29[...], quanto dell’art. 3 Cost.»). (Cfr. S. Troilo, *I progetti di legge in materia di unioni di fatto*, cit.)

⁴⁰² G. Grasso, “Dico” sì “Dico” no: prime impressioni sul disegno di legge Pollastrini-Bindi, www.forumcostituzionale.it, consultato in data 28 agosto 2013.

⁴⁰³ Per un’analisi dei progetti di legge e dei punti critici si rimanda a R. Balduzzi, *Il d.d.l. sui diritti e sui doveri delle persone stabilmente conviventi: modello originale o escamotage compromissorio?*, in *Quad. reg.*, 2007, p. 39ss.; G. Grasso, “Dico” sì, “dico” no, cit.

⁴⁰⁴ Atti parlamentari, Camera dei deputati, progetto di legge n. 1756, presentato da Barani ed altri, 8 ottobre 2008.

⁴⁰⁵ L. Violini, *Il riconoscimento delle coppie di fatto*, cit.

1.3. Tre quesiti alla prova dei fatti

Nel 2013 sono stati nuovamente depositati al Senato alcuni testi per la regolamentazione delle convivenze, che ben raffigurano il dibattito, le tendenze e le istanze presenti sul tema nella competizione politica e nella società italiana.

Alcuni di questi testi si propongono di allargare l'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso e fanno leva sui principi di uguaglianza e non discriminazione. L'intento è manifesto fin dai titoli: «Norme contro la discriminazione matrimoniale»⁴⁰⁶ e disposizioni «in materia di eguaglianza nell'accesso al matrimonio»⁴⁰⁷.

Altre proposte, invece, puntano su una disciplina giuridica della convivenza (anche omosessuale) non equiparabile al matrimonio, ma da attuarsi con contratti di solidarietà e di convivenza⁴⁰⁸ oppure con una semplice estensione di principi di reciprocità⁴⁰⁹.

La questione delle coppie omosessuali è di nuovo l'ago della bilancia e il punto di divergenza tra i testi presentati al Senato; pur tuttavia la vita in comune tra persone dello stesso sesso è posta esplicitamente all'ordine del giorno e non più celata dietro il velo generalista delle convivenze *more uxorio*.

Il legislatore, se vorrà disciplinare la materia, potrà quindi scegliere tra la strada più progressista o massimalista – già percorsa in numerose realtà europee – dell'approvazione del matrimonio, oppure quella più moderata e graduale dei patti di convivenza, come attuazione di un programma minimo per il riconoscimento dei diritti delle persone omosessuali.

A seconda della scelta legislativa che verrà fatta, si aprono alcuni quesiti giuridici: il primo riguarda la legittimità costituzionale di un allargamento del matrimonio alle

⁴⁰⁶ Atti Parlamentari, Senato della Repubblica, disegno di legge n. 15, presentato da Lo Giudice ed altri, «Norme contro la discriminazione matrimoniale». Si veda il resoconto n. 13, 18 giugno 2013, in cui sono raccolti tutti i disegni di legge presentati in materia di convivenza.

⁴⁰⁷ Atti Parlamentari, Senato della Repubblica, disegno di legge n. 204, presentato da De Petris ed altri, «Disposizioni in materia di eguaglianza nell'accesso al matrimonio da parte delle coppie formate da persone dello stesso sesso», e disegno di legge n. 393, presentato da Orellana ed altri, «Modifiche al codice civile in materia di eguaglianza nell'accesso al matrimonio in favore delle coppie formate da persone dello stesso sesso», in resoconto n. 13, 18 giugno 2013, cit.

⁴⁰⁸ Atti Parlamentari, Senato della Repubblica, disegno di legge n. 197, presentato da Alberti Casellati ed altri, «Modifiche al codice civile in materia di disciplina del patto di convivenza», e disegno di legge n. 239, presentato da Giovanardi, «Introduzione nel codice civile del contratto di convivenza e solidarietà», resoconto n. 13, 18 giugno 2013, cit.

⁴⁰⁹ Atti Parlamentari, Senato della Repubblica, disegno di legge n. 314, presentato da Barani e Mussolini, «Disciplina dei diritti e dei doveri di reciprocità dei conviventi», resoconto n. 13, 18 giugno 2013, cit.

persone dello stesso sesso, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010; il secondo prende a tema il panorama comunitario, il confronto con le realtà europee e la necessità, sempre più avvertita, di garantire a tutti i cittadini dell'unione quell'uniformità dei diritti, che ne permette la libera circolazione⁴¹⁰; il terzo interrogativo attiene più in generale alla funzione che l'ordinamento giuridico può o deve avere nei confronti della libertà personale e della realtà sociale e quindi all'esclusione o all'inclusione dal recinto dei diritti delle nuove istanze provenienti dalla società.

All'analisi e all'argomentazione di questi interrogativi sono affidate le pagine che seguono.

2. Per il “matrimonio omosessuale” in Italia

2.1. La famiglia, un diritto ma non per tutti: il dialogo tra Corte costituzionale e corti sovranazionali

La richiesta di riconoscimento del matrimonio omosessuale allude all'esistenza di un diritto costituzionalmente garantito (o universale) ad avere una famiglia, in presenza del quale l'esclusione dal suo godimento di alcuni soggetti in base all'orientamento sessuale risulterebbe lesiva della libertà e dell'autodeterminazione dei singoli e contraria a una società democratica basata sui principi dell'uguaglianza e del rispetto della persona.

Ma, avere una famiglia e accedere al matrimonio sono diritti fondamentale per tutti? La Corte costituzionale ha toccato il tema in alcune sentenze classificando la famiglia tra i «diritti fondamentali della persona»⁴¹¹ nella doppia veste di «diritto alla formazione della famiglia»⁴¹² e di «libertà matrimoniale»⁴¹³. Dalla tutela costituzionale accordata alla famiglia fondata sul matrimonio discenderebbe, pertanto, l'impossibilità dello Stato

⁴¹⁰ A. J. Jr. Bellia, *Federalismo e matrimonio omosessuale nell'Unione europea: una prospettiva americana*, in *Quad. cost.*, 1/2009, pp. 131-140.

⁴¹¹ Corte costituzionale, sentenza n. 27/1969 in tema di licenziamenti delle lavoratrici a causa di matrimonio e n. 445/2002, in tema di accesso ai pubblici uffici.

⁴¹² Corte costituzionale, sentenza n.123/1990.

⁴¹³ Corte costituzionale, sentenza n.187/2000.

di impedire a un soggetto di sposarsi⁴¹⁴ o di discriminarlo in virtù del suo essere coniugato⁴¹⁵.

Così, già nel 1987 la Corte asseriva l'impossibilità di intrusione nella «sfera personale di chi si sia risolto a contrarre il vincolo familiare al quale si riconnettono, tra l'altro, valori costituzionalmente protetti»⁴¹⁶ e nel 2011 qualificava il matrimonio come «espressione della libertà e dell'autonomia della persona, sicché il diritto a contrarlo liberamente [era] oggetto della tutela primaria assicurata dagli artt. 2, 3 e 29 Cost., in quanto rientra[n]te nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo»⁴¹⁷.

Tuttavia, in diverse pronunce il “giudice” delle leggi introdusse una restrizione della sfera personale nel prevedere «regole, anche limitative, proprie dell'istituto»⁴¹⁸ e spostando, quindi, il discorso dal “diritto” al matrimonio alla “configurazione” dell'istituto matrimoniale. Limiti che sono stati recentemente esplicitati nel «carattere eterosessuale del matrimonio»⁴¹⁹ suscitando, come vedremo, qualche critica e discordi interpretazioni.

Se muoviamo, quindi, dalla questione in generale e introduciamo la variabile particolare dell'appartenenza dei nubendi al medesimo sesso, allora il diritto al matrimonio delineato dalla Corte sembra rientrare tra quei diritti che la Costituzione «consente» di realizzare, ma di cui non impone la realizzazione, lasciando ampio margine al Parlamento⁴²⁰.

Ma poiché il legislatore italiano è inserito in un contesto giuridico più ampio ed è tenuto, comunque, a rispettare i principi dell'ordinamento comunitario e delle norme internazionali, è necessario chiedersi in che misura le corti e le norme sovranazionali

⁴¹⁴ Ad esempio, Corte costituzionale, sentenza n. 445/2002 sulla illegittimità della clausola di celibato per intraprendere la carriera militare.

⁴¹⁵ Si vedano la sentenza 27/1969 sul licenziamento delle lavoratrici madri, e l'ordinanza 252/2011 sull'obbligatorietà del permesso di soggiorno per accedere al matrimonio.

⁴¹⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 73/1987.

⁴¹⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 245/2011. Nota di M. Di Bari, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e 245/2011 della Corte costituzionale: una breve riflessione*, in www.forumcostituzionale.it, 13 settembre 2011.

⁴¹⁸ Corte costituzionale, sentenza n.189 del 1991.

⁴¹⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 138/2010, si veda il punto 9 del “considerato in diritto”.

⁴²⁰ Così Romboli: «in proposito potremmo distinguere quelle ipotesi in cui la costituzione “consente” una certa soluzione e disciplina, dettata come attuazione di un diritto previsto dalla stessa Carta costituzionale e quelle per le quali invece la Costituzione “impone” la realizzazione, quanto meno nel suo contenuto minimo, di un determinato diritto fondamentale». (R. Romboli, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la corte dice “troppo” o “troppo poco”*, in *Riv. Aic*, 2 luglio 2010).

possano influire su una materia tanto delicata come quella della famiglia e, di norma, riservata alle legislazioni nazionali⁴²¹.

Nel corso del processo di integrazione dell'Unione europea, che ha avuto un'importante tappa nel 2009 con l'approvazione del Trattato di Lisbona, hanno assunto un valore sostanziale sia la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (Cedu) sia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nota come Carta di Nizza⁴²².

La Cedu fu firmata a Roma nel 1950 e venne ratificata dall'Italia cinque anni dopo, e considerata la genesi risalente nel tempo, risente del clima culturale dell'epoca in cui venne stipulata; pur tuttavia ha costituito per un lungo periodo l'unica solida e condivisa base valoriale sulla quale si è distinta l'identità europea rispetto al resto del mondo⁴²³. Tra i diritti da tutelare, nell'ambito che qui interessa approfondire, la Convenzione ha previsto sia il rispetto alla vita privata e familiare (articolo 8) sia il diritto al matrimonio garantito all'uomo e alla donna (articolo 12), nonché un generale principio di non discriminazione (articolo 14)⁴²⁴.

La Carta di Nizza ha una genesi più recente e ha, in parte, ripreso e, in parte, aggiornato la Convenzione: tutela anch'essa la vita privata e familiare (articolo 7), il diritto di sposarsi - eliminando il riferimento all'uomo e alla donna presente invece nella Cedu -, il diritto a costituire una famiglia (articolo 9) e alla tutela della stessa (articolo 33), e infine integra il catalogo delle discriminazioni coll'includere le «tendenze sessuali» (articolo 21)⁴²⁵.

⁴²¹ Per una prospettiva sovranazionale della tutela dei diritti si veda tra gli altri, S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004.

⁴²² «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. [...] I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». (Trattato di Lisbona, articolo 6).

⁴²³ Nel caso che qui interessa ad, esempio, basti fare riferimento alla tutela di tipo individuale dei singoli componenti della famiglia a cui è improntata la Cedu; non è così, invece, per le carte elaborate nel mondo arabo e africano che seguono una visione comunitarista della famiglia. Si veda sul tema quanto scritto da L. Tommasi, *Famiglia e standard internazionali di protezione dei diritti fondamentali, con particolare riguardo alla Cedu*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, pp. 427 – 456

⁴²⁴ Per un'analisi degli articoli della Convenzione europea si rimanda a S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2012, *ad vocem*.

⁴²⁵ Per un'analisi degli articoli della Carta dei diritti dell'Unione europea si rimanda a R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, a cura di, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali*

Il diritto al matrimonio è, quindi, garantito e tutelato anche da norme sovranazionali e l'aggiornamento prodotto dalla Carta di Nizza sembra estendere tale diritto alle persone omosessuali. Non va inoltre sottovalutata la crescente attenzione accordata dagli organi comunitari, a partire dagli anni Novanta, alla necessità di riconoscere forme di convivenza indipendentemente dalle inclinazioni sessuali⁴²⁶.

Pur tuttavia la disciplina della famiglia è materia di competenza dei singoli stati⁴²⁷, circostanza confermata sia dalla presenza della dicitura «secondo le leggi nazionali» a completamento degli articoli sul matrimonio⁴²⁸ sia dalla precisazione che né l'adesione alla Cedu, né il riconoscimento della Carta modificano «le competenze dell'Unione definite nei trattati»⁴²⁹.

Nondimeno negli anni le Corti sovranazionali hanno riorientato la propria giurisprudenza, andando ad incidere su alcuni profili del diritto di famiglia nazionale e includendo, nel novero delle definizioni, modelli familiari differenti da quelli tradizionalmente fondati sul matrimonio. Questo cambio di impostazione è stato reso possibile (e necessario) dall'evoluzione delle leggi interne dei paesi europei, che sempre con maggior frequenza riconoscono forme di convivenza o matrimonio alle unioni omosessuali⁴³⁰.

La Corte dei diritti dell'uomo nei suoi quasi sessant'anni di attività ha utilizzato diverse tecniche argomentative, per allargare o restringere la propria influenza, e tra queste si è appellata al cosiddetto "margine di apprezzamento", per concedere facoltà a ogni Stato di bilanciare la tutela degli obblighi europei con le esigenze nazionali, dando così preminenza alla normativa interna; oppure è ricorsa all'"interpretazione evolutiva" per

dell'Unione Europea, Il Mulino, Bologna 2001, *ad vocem*; P. Gianniti, a cura di, *I diritti fondamentali dell'unione europea. La Carta di Nizza dopo il trattato di Lisbona*, Zanichelli, Bologna, 2013.

⁴²⁶ Si fa riferimento alle risoluzioni del parlamento europeo del 14 gennaio 1994 sulla situazione dei diritti fondamentali dell'Unione europea 2004-2008 (2007/2145(INI)), del 18 gennaio 2006 e del 24 maggio 2012 sull'omofobia; e alla Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 31 marzo 2010 sulle misure per combattere le discriminazioni in base all'orientamento sessuale.

⁴²⁷ Fatto salvo un margine di manovra a livello comunitario e internazionale dal momento che le limitazioni nell'esercizio dei diritti e delle libertà introdotte dagli devono essere, in ogni caso rispettose del «contenuto essenziale di detti diritti e libertà» e proporzionali all'interesse perseguito, come recita l'articolo 52, primo comma della Carta di Nizza.

⁴²⁸ Si veda Cedu, articolo 12 e Carta di Nizza, articolo 9.

⁴²⁹ Trattato di Lisbona, articolo 6.

⁴³⁰ Tra i lavori che approfondiscono il tema segnalò S. Ninatti, *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2012; M. Winkler, *Le coppie dello stesso sesso tra vita privata e familiare nelle giurisprudenza di Strasburgo*, in R. Torino, *Le coppie dello stesso sesso*, cit., 75.

garantire copertura a nuovi diritti⁴³¹ e, infine, all'elaborazione del concetto di "diritti addizionali"⁴³², per obbligare quegli Stati che hanno scelto autonomamente di riconoscere un diritto, a garantirne il godimento senza restrizioni irragionevoli o discriminatorie⁴³³.

La Corte Edu ha evitato di pronunciarsi direttamente su temi che non incontrano un consenso europeo, utilizzando piuttosto «tematiche laterali»⁴³⁴, come le condizioni economiche o l'interesse prevalente del minore, per incidere sulla regolamentazione della famiglia.

L'evoluzione delle pronunce della Corte in tema di unioni omosessuali ha, pertanto, seguito lo sviluppo della coscienza sociale degli stati membri ed è, quindi, passata, nel giro di una generazione, dall'esplicita affermazione dell'eterosessualità del matrimonio⁴³⁵ e dalla conseguente esclusione delle unioni tra persone dello stesso sesso dalla "vita familiare"⁴³⁶, alla loro definitiva inclusione e al riconoscimento (non obbligato) del diritto al matrimonio, in virtù anche della rapida evoluzione che ha interessato molti paesi, nel riconoscere legalmente le coppie omosessuali⁴³⁷. Tuttavia la

⁴³¹ «The Court recognizes that support and encouragement of the traditional family is in itself legitimate or even praiseworthy. However, in the achievement of this end recourse must not be had to measures whose object or result is, as in the present case, to prejudice the "illegitimate" family; the members of the "illegitimate" family enjoy the guarantees of Article 8 (art. 8) on an equal footing with the members of the traditional family». (Corte Edu, sentenza Marckx c. Belgio (6833/74) 13 giugno 1979).

⁴³² «Il divieto di discriminazione, che l'articolo 14 consacra, va dunque al di là del godimento dei diritti e delle libertà, che la Convenzione e i suoi Protocolli impongono a ciascuno Stato di garantire. Il divieto si applica anche agli ulteriori diritti, rientranti nel campo di applicazione generale di ogni articolo della Convenzione, che lo Stato ha liberamente deciso di tutelare.» (Corte Edu, sentenza E.B. c. France (43546/02), 22 gennaio 2008).

⁴³³ Nel caso di comparazione tra coppie eterosessuali e omosessuali la Corte Edu ha escluso la possibilità di disparità nel trattamento in situazioni assimilabili ad esempio, in tema di locazione (Karner c. Austria (4016/98), 23 luglio 2003 e Kozak c. Polonia (13102/02), 2 marzo 2010). Lo stesso approccio è stato tenuto in tema di adozioni per scongiurare discriminazioni, ad esempio in base all'orientamento sessuale in materia di adozione (E.B. c. Francia, cit., X e altri c. Austria (1901/07), 19 febbraio 2013).

⁴³⁴ Locuzione utilizzata da S. Ninatti, *Ai confini dell'identità costituzionale*, cit.

⁴³⁵ «In the Court's opinion, the right to marry guaranteed by Article 12 (art. 12) refers to the traditional marriage between persons of opposite biological sex. This appears also from the wording of the Article which makes it clear that Article 12 (art. 12) is mainly concerned to protect marriage as the basis of the family». (Corte Edu, Rees c. Uk (9532/81), 17 ottobre 1986).

⁴³⁶ «Long-term homosexual relationships between two men do not fall within the scope of the right to respect for family life». (Corte Edu, Mata Estevez c. Spagna (5650/00), 10 maggio 2001).

⁴³⁷ «In view of this evolution the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy "family life" for the purposes of Article 8. Consequently the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of "family life", just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would. [...]The Court therefore concludes that the facts of the present case fall within the notion of "private life" as well as "family life" within the meaning of Article 8». (Corte Edu, Schalk and Kopf c. Austria (30141/04), 24 giugno 2010)

Corte ha rifiutato di far discendere un vincolo per gli Stati membri di adottare una disciplina per il “matrimonio” omosessuale, separando, di fatto, il riconoscimento del diritto ad opera delle carte sovranazionali, dalla sua garanzia attribuita alla discrezionalità degli Stati. Ha, pertanto, riconosciuto l'autorità dei parlamenti quale limite non valicabile delle sue competenze, col dichiarare che:

«Non costituisce violazione dell'articolo 12 (diritto al matrimonio) da parte di uno Stato membro la mancata estensione dell'accesso al matrimonio alle coppie costituite da individui dello stesso sesso. Ciò perché, si tratta di un istituto giuridico profondamente connesso alle radici storiche e culturali di una determinata società e rispetto al quale non è ravvisabile un'univoca tendenza negli ordinamenti interni degli Stati membri. Pertanto, rientra nell'ambito della discrezionalità proprio di uno Stato la scelta in merito all'introduzione di una normativa in tal senso, secondo le ragioni di opportunità politica e sociale che ritenga preponderanti⁴³⁸».

Analogo processo è stato compiuto dalla Corte di Giustizia, la quale è passata dall'ecumenico rispetto del legislatore nazionale, al riconoscimento di alcuni diritti in capo alle coppie omosessuali, per tramite del principio di non discriminazione.

Fino al 2008 infatti i giudici di Lussemburgo negarono ogni possibile equiparazione sia tra le libere convivenze eterosessuali e quelle omosessuali⁴³⁹, sia tra le partnership registrate e il matrimonio⁴⁴⁰, argomentando che in tal senso non esisteva un consenso maggioritario nelle legislazioni europee⁴⁴¹.

La giurisprudenza progredì a seguito dell'approvazione della direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (n. 2000/78), la quale proibendo le discriminazioni in base alle «tendenze sessuali» in campo occupazionale e

⁴³⁸ Si veda Corte Edu, sentenza Scalk e Kopf c. Austria, cit.

⁴³⁹ Corte di Giustizia, sentenza Grant (c. 249/96), 17 febbraio 1998.

⁴⁴⁰ Corte di Giustizia, sentenza D. e Regno di Svezia (riunite c. 122/99 – c. 125/99), 31 maggio 2001.

⁴⁴¹ Nel caso Grant si legge che «nella maggior parte degli Stati membri essa [la convivenza omosessuale] non viene considerata equivalente alle relazioni eterosessuali stabili fuori del matrimonio». Nel caso D. e Regno di Svezia si legge che: «l'equiparazione, del resto incompleta, dell'unione stabile registrata al matrimonio in un numero limitato di Stati membri non può avere quale conseguenza di ricomprendere, per via semplicemente interpretativa, nella nozione statutaria di «funzionario coniugato» persone soggette a un regime di diritto distinto dal matrimonio». Si veda anche M. Bonini Baraldi, *La pensione di reversibilità al convivente registrato dello stesso sesso: prima applicazione positiva della direttiva 2000/78/CE*, in *Fam. dir.*, 7/2008.

delle condizioni di lavoro, lasciava spazio al sindacato della Corte⁴⁴². Con due sentenze simili a breve distanza, la Corte di Giustizia ha riconosciuto, infine, l'equivalenza tra matrimonio e unione registrata, abbandonando il riferimento alle tradizioni nazionali e basandosi sull'evoluzione legislativa in atto⁴⁴³.

Dall'analisi delle sentenze emerge, quindi, come anche la Corte di Lussemburgo, impossibilitata a decidere direttamente su materie riservate all'ordinamento interno, abbia innovato alcuni profili del diritto di famiglia attraverso campi limitrofi, quali il principio di non discriminazione in ambito lavorativo e la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione europea⁴⁴⁴.

Tuttavia, neppure la Corte di Giustizia può garantire il diritto al matrimonio per le coppie omosessuali, può, infatti, creare le condizioni culturali e agire da strumento di pressione sugli Stati membri, per contribuire a scardinare le resistenze nei confronti di modelli di famiglia differenti dai tradizionali, può equiparare istituti laddove esiste già un riconoscimento delle coppie omosessuali, ma non può imporre modelli legislativi non supportati dalla volontà e dal protagonismo dei parlamenti nazionali.

È la stessa Corte di Giustizia a delimitare il proprio campo di influenza, ricordando anche nelle recenti pronunce che:

«allo stato attuale del diritto dell'Unione, la legislazione in materia di stato civile delle persone rientra nella competenza degli Stati membri. Tuttavia, come risulta dal suo art.1, la direttiva

⁴⁴² Direttiva europea n. 2000/78, si vedano i punti 11 e 12. Per una analisi della direttiva si veda *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie*, in *Dir. relaz. ind.*, 4/2004, p. 775ss.

⁴⁴³ Le due sentenze riguardavano la materia pensionistica che è appunto intesa come parte delle retribuzione e pertanto di competenza comunitaria. «Il giudice a quo ritiene che, tenuto conto di tale ravvicinamento tra matrimonio e unione solidale, che esso considera come un'equiparazione progressiva e che risulta, a suo avviso, dal regime stabilito dal LPartG, in particolare dalle modifiche intervenute con la legge 15 dicembre 2004, l'unione solidale, senza essere identica al matrimonio, ponga le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto concerne la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale». (Corte di Giustizia, sentenza Maruko (c. 267/06), 1 aprile 2008); «Secondo il detto giudice, non esiste più alcuna differenza giuridica di rilievo tra questi due status personali così come sono concepiti nell'ordinamento giuridico tedesco. La principale differenza che permane consiste nel fatto che il matrimonio presuppone che i coniugi siano di sesso diverso, mentre l'unione civile registrata esige che i partner abbiano il medesimo sesso». (Corte di Giustizia, sentenza Römer, (c. 147/08), 10 maggio 2011). Su tema si vedano anche i commenti di S. Ninatti, *Ai confini dell'identità costituzionale*, cit., Giappichelli, Torino, 2012.

⁴⁴⁴ Si pensi quindi alle sentenze già ricordate sui trattamenti pensionistici oppure a quelle sul cognome da trasmettere ai figli, analizzate nel capitolo precedente, o ancora alla questione, che sarà affrontata più avanti, del ricongiungimento familiare delle coppie omosessuali, sposate in paesi in cui l'unione non ha valore giuridico.

2000/78 si prefigge l'obiettivo di combattere, in materia di occupazione e di lavoro, alcuni tipi di discriminazioni, tra cui quelle fondate sulle tendenze sessuali, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento»⁴⁴⁵.

La questione inizialmente posta rimane, pertanto, aperta: sia la Corte costituzionale sia le corti sovranazionali riconoscono di massima l'esistenza di un diritto fondamentale alla famiglia e al matrimonio, ma ben diversa è l'inclusione al godimento di tale diritto delle coppie omosessuali: se sul piano nazionale è stato – come vedremo – tutto rimandato alla volontà del legislatore, il livello sovranazionale è decisamente orientato all'allargamento del diritto di matrimonio anche alle coppie dello stesso sesso⁴⁴⁶. Pur tuttavia, per quanto sia costante lo spostamento del «potere di governo della famiglia dal livello nazionale verso i livelli sovranazionali»⁴⁴⁷, al momento il diritto al matrimonio può dirsi consentito, ma non obbligatorio per tutti.

2.2. Tra biologia e anagrafe: il “matrimonio omosessuale” nella giurisprudenza italiana (1980-2013)

I tribunali italiani sono chiamati a confrontarsi col tema delle unioni omosessuali da più di trent'anni, inizialmente, per decidere sulla possibilità di procedere con le pubblicazioni di matrimonio; in seguito, per deliberare sulle trascrizioni dei vincoli contratti all'estero, originate all'evoluzione legislativa dei diversi paesi europei; e, infine, per affrontare i casi di rettifica del sesso di uno dei coniugi.

La giurisprudenza si è, fin qui, orientata per la negazione sia della pubblicazione sia della trascrizione del matrimonio omosessuale, rifiutando alle coppie che ne facevano richiesta anche i benefit conseguenti dall'unione⁴⁴⁸, eppure proprio in quest'ambito qualcosa va lentamente modificandosi per via giurisprudenziale.

⁴⁴⁵ Corte di Giustizia, sentenza Römer, cit.

⁴⁴⁶ Si veda anche G. di Rosa, *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria*, in *Eur. dir. priv.*, 3/2009, pp. 755-771.

⁴⁴⁷ S. Ninatti, L. Violini, *Nel labirinto del principio di non discriminazione: adozione, fecondazione eterologa e coppia omosessuale davanti alla Corte di Strasburgo*, in www.forumcostituzionale.it, 24 aprile 2012.

⁴⁴⁸ La Cassazione ha negato, ad esempio, il permesso di soggiorno al partner di fatto di un cittadino italiano (Corte di Cassazione 6441/2009). Sul rapporto tra le fonti anche A. Santosuosso, *Costituzione italiana, Carta di Nizza e Cedu: a proposito di same-sex marriage*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 333-337.

Fino al 2009 le decisioni dei giudici comuni si basavano unanimemente sull'assunto che la legislazione italiana in materia di matrimonio presupponesse l'eterosessualità quale requisito implicito, non esisteva quindi un esplicito divieto né l'orientamento sessuale era posto tra i requisiti per la validità del matrimonio⁴⁴⁹ o tra i limiti alla sua celebrazione⁴⁵⁰, tuttavia l'esistenza di alcuni articoli del codice civile che si riferivano esplicitamente a "marito" e "moglie" era considerata condizione sufficiente ad escludere l'unione tra persone dello stesso sesso, senza incappare in dubbi di costituzionalità.

Così il Tribunale di Roma nel 1980 rifiutava il ricorso di due uomini che si erano visti negare l'autorizzazione alla pubblicazione del loro matrimonio, poiché «nel nostro ordinamento giuridico per "matrimonio" s'intende l'unione durevole tra un uomo e una donna regolata dalle leggi»⁴⁵¹. Il tribunale basava la sua analisi a conferma dell'eterosessualità del matrimonio, riprendendo alcune tesi dottrinali tuttora presenti tra i commentatori, ovvero l'etimologia della parola richiamante il ruolo della madre; l'esistenza di una tradizione e di una coscienza popolare e, da ultimo, la potenziale finalità procreativa del matrimonio, desumibile dalla collocazione consequenziale degli articoli della Costituzione in tema di famiglia (articolo 29) e di filiazione (articoli 30 e 31)⁴⁵².

Dello stesso avviso era, trent'anni dopo, il tribunale di Firenze, laddove sosteneva che «dall'ordinamento si desume chiaramente e inequivocabilmente una nozione di matrimonio implicante la diversità di sesso dei nubendi [...] così che non assume di per sé alcun significato la mancata previsione di un divieto espresso di matrimonio tra persone dello stesso sesso»⁴⁵³. Nondimeno, i giudici fiorentini non negavano affatto la possibilità di un'evoluzione sociale del termine, ma rimettevano la scelta al legislatore, non ritenendo quindi, implicitamente, incostituzionale l'allargamento del diritto di matrimonio alle coppie omosessuali. Il richiamo al legislatore fu condiviso anche dal tribunale di Torino, nel ritenere che «esclusivamente il legislatore e non il Giudice

⁴⁴⁹ Ai sensi dell'articolo 87 del codice civile.

⁴⁵⁰ Si vedano gli articoli 84-89 del codice civile.

⁴⁵¹ *Decreto del Tribunale di Roma*, 28 giugno 1980, in *Giur. cost. civ.*, 1980, p. 870-871.

⁴⁵² Così in dottrina: A. Ruggieri, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 307-317; A. Nicolussi, *La famiglia: una concezione neo istituzionale*, cit.

⁴⁵³ *Decreto del Tribunale di Firenze*, 31 ottobre 2007. La sentenza fu confermata anche dalla Corte d'Appello nel 2008. Per un commento si veda M. Montalti, *Sulla necessità di allargare gli orizzonti in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso: alcuni spunti tratti da una pronuncia fiorentina troppo poco lungimirante...*, in *Giur. it.*, 2009, pp. 1417-1424.

[potesse] scegliere, prendendo atto, dell'evoluzione dei costumi e del cambiamento della società, se attribuire e in quale forma alle convivenze omosessuali»⁴⁵⁴.

Proprio il modificarsi della realtà sociale e l'emergere pubblicamente della richiesta di riconoscimento da parte delle coppie omosessuali, ha portato, però, al mutamento di sensibilità da parte di alcuni giudici, i quali, rinvenendo un possibile contrasto del codice civile con i principi di uguaglianza, di rispetto della persona umana, e con il diritto ad avere una famiglia, hanno portato la questione all'attenzione della Corte costituzionale, con un esito che sarà successivamente analizzato⁴⁵⁵.

La ricostruzione dell'exkursus storico porta a ritenere che, in ogni caso, la questione del riconoscimento del matrimonio omosessuale abbia fatto breccia nella giurisprudenza di merito, smantellando quella che fino a pochi anni fa sembrava una certezza graniticamente accettata. Inoltre, la sempre maggiore richiesta di pubblicazioni di matrimonio da parte di coppie omosessuali, ha spinto il Ministero dell'Interno ad emanare nel 2007 una circolare, con l'obiettivo rendere uniforme sul territorio nazionale almeno l'operato degli ufficiali di stato civile, in cui si precisava che «in mancanza di modifiche legislative in materia, il nostro ordinamento non ammette il matrimonio omosessuale»⁴⁵⁶.

Tuttavia la questione delle unioni omosessuali non è, come già accennato, completamente circoscrivibile all'ambito nazionale, poiché collegata al processo di integrazione europea e, di conseguenza, all'evoluzione legislativa del diritto di famiglia nei diversi paesi con l'aumento degli Stati che hanno aperto al matrimonio *same sex*.

L'integrazione europea presuppone, infatti, la libera circolazione dei cittadini e con essi pure delle loro famiglie⁴⁵⁷, e proprio il diritto di libera circolazione, più che l'esempio proveniente dai paesi comunitari, sta diventando, non senza incognite come vedremo, il grimaldello per scardinare alcuni "privilegi" concessi dal legislatore nazionale solo agli eterosessuali⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ Decreto del Tribunale civile e penale di Torino, sezione settima civile, 4 giugno 2009.

⁴⁵⁵ Si è trattato del Tribunale di Venezia e della Corte d'Appello di Trento, seguiti dal Tribunale di Ferrara nel febbraio 2009.

⁴⁵⁶ Circolare del Ministero dell'Interno, n. 55, 18 ottobre 2007.

⁴⁵⁷ Ai sensi della Direttiva europea 38/2004, convertita con Decreto legislativo 30/2007.

⁴⁵⁸ Sul tema si vedano, tra gli altri, S. Ninatti, *Ai confini dell'identità costituzionale*, cit., pp. 41ss.; R. De Felice, *La libertà di circolazione delle persone e libertà di circolazione degli status dell'unione europea*, in R. Torino, *Le coppie dello stesso sesso*, cit., 95.

Le tematiche che ne derivano riguardano, da un lato, la trascrizione dei matrimoni *same sex* contratti all'estero da cittadini italiani⁴⁵⁹, dall'altro, lo status dei cittadini stranieri sposati (all'estero) con un cittadino italiano e che con questi vogliono ricongiungersi in Italia.

La giurisprudenza ha considerato fino ad oggi non trascrivibile il matrimonio omosessuale celebrato in un altro paese, adducendo però motivazioni differenti, quali: il contrasto «con la storia, la tradizione, la cultura italiana»⁴⁶⁰ e con l'ordine pubblico internazionale⁴⁶¹; sancendo l'inesistenza del matrimonio stesso per l'«assenza dei requisiti minimi essenziali, costituiti dal fatto che due persone di sesso diverso abbiano manifestato la volontà matrimoniale davanti a un ufficiale celebrante»⁴⁶², fino a una recente sentenza della Corte di cassazione (4185/2012) che, come affronteremo, ha innovato la materia.

Alla categoria dell'inesistenza si richiamava la Corte d'Appello di Roma nel 2006, confermando quanto già deciso dal Tribunale di Latina, nel ribadire l'impossibilità della trascrizione di un matrimonio contratto in Olanda da due uomini «non potendo attuarsi attraverso la forzosa esportazione delle scelte operate in altre comunità nazionali il riconoscimento di nuove realtà di tipo familiare»⁴⁶³.

Analogamente il tribunale di Treviso negava la trascrizione di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto in California perché «non si conform[ava] alla nozione di matrimonio riconosciuta dall'ordinamento italiano»⁴⁶⁴.

Il matrimonio contratto all'estero veniva, invece, considerato nullo (e non inesistente) per «contrasto con l'ordine pubblico interno» dal Ministero dell'Interno⁴⁶⁵.

⁴⁵⁹ L'articolo 115 del codice civile subordina il riconoscimento del matrimonio contratto all'estero alle stesse condizioni necessarie per i matrimoni contratti in Italia.

⁴⁶⁰ Così, il Tribunale di Latina, 31 maggio 2005.

⁴⁶¹ Il contrasto con l'ordine pubblico internazionale costituisce infatti un limite per l'applicazione della legge straniera.

⁴⁶² Corte di Cassazione, sentenza n. 7877/2000. Già prima del caso concreto delle trascrizioni di matrimonio omosessuale contratto all'estero la dottrina già disquisiva sulla insistenza o sulla invalidità del matrimonio riferito ai casi di matrimonio concordatario e putativo, senza tuttavia pervenire a unanime soluzione (Per una sintetica ricostruzione delle posizioni dottrinali si veda il commento al decreto del Tribunale di Roma, 28 giugno 1980, in *Giur. cost. e civ.*, 1980, p. 870).

⁴⁶³ Decreto della Corte d'Appello di Roma, 13 luglio 2006.

⁴⁶⁴ Decreto della Corte d'Appello di Roma, 13 luglio 2006.

⁴⁶⁵ Decreto del Tribunale di Treviso, 19 maggio 2010. Si veda in commento di M. W. Winkler, *Ancora sul rifiuto di trascrizione in Italia di same sex marriage straniero: l'ennesima occasione mancata*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 3/2011, pp.1239-1243.

⁴⁶⁵ *Circolare del Ministero dell'Interno*, n. 55, 18 ottobre 2007.

Quale che fosse la motivazione, la questione dirimente era ovviamente la disparità di trattamento che si sarebbe venuta a creare tra quelle coppie che recandosi all'estero per vedere riconosciuta la propria unione la "importavano" poi in Italia e quelle coppie che non potendo o non volendo celebrare le nozze in un altro paese sarebbero rimaste prive di ogni riconoscimento.

In dottrina, prima del 2012, si rilevava la contraddizione delle motivazioni variamente adoperate contro la trascrizione, dal momento che nullità e inesistenza non potevano sussistere assieme giacché un atto inesistente e quindi privo di effetti giuridici, non può essere contemporaneamente anche "esistente" e contrario all'ordine pubblico⁴⁶⁶. Inoltre, è stato rilevato che il matrimonio tra persone dello stesso non può essere ricompreso tra i profili lesivi dell'ordine pubblico, poiché tutelato da norme internazionali (articolo 12 Cedu) e comunitarie (articolo 9 Carta di Nizza)⁴⁶⁷.

Perplessità circa l'inesistenza del matrimonio contratto all'estero sono state, poi, avanzate in ordine alla presunzione di eterosessualità del matrimonio, poiché la diversità di sesso non è citata dalle condizioni necessarie alla trascrizione sia nella definizione di chi non può contrarre matrimonio (il minorenni, l'interdetto per infermità mentale, chi è già sposato...) sia nell'indicazione di chi un soggetto non può sposare (parenti prossimi...)⁴⁶⁸.

Una parte della dottrina, quindi, propendeva per indicare il matrimonio contratto all'estero come esistente ma invalidabile a seguito di accertamento come avviene già per le unioni poligamiche, ma non certo inesistente, tanto più che l'atto di trascrizione non riguardava la sua celebrazione bensì la sola certificazione di un atto avvenuto all'estero⁴⁶⁹. Oltretutto, si rilevava, la dichiarazione di inesistenza del matrimonio avrebbe comportato alcuni problemi relativi alla possibilità per il cittadino italiano di

⁴⁶⁶ M. Bonini Baraldi, *Il matrimonio tra i cittadini dello stesso sesso contratto all'estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all'ordine pubblico?*, in *Fam. dir.*, 4/2005, pp. 419-

⁴⁶⁷ Si veda sul punto, B. Pezzini, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in www.forumcostituzionale.it, consultato il 31 agosto 2013, id. *La sentenza 4184 della Corte di cassazione in una prospettiva costituzionale: il paradigma eterosessuale incrinato e la faticosa rielaborazione di categorie concettuali*, in R. Torino, *Le coppie dello stesso sesso. La prima volta in Cassazione*, Roma tre Press, 2013, disponibile sul sito www.articolo29.it.

⁴⁶⁸ Per le condizioni necessarie a contrarre matrimonio cfr artt. 84- 89, Codice civile.

⁴⁶⁹ Si vedano i commenti di M. W. Winkler, *Ancora sul rifiuto di trascrizione in Italia di same sex marriage straniero*, cit; F. dal Canto, *Persone dello stesso sesso: a distanza di ventotto anni dalla prima pronuncia, ancora chiuse le porte alle pubblicazioni matrimoniali*, in *Giur. cost. civ.*, pp.3697-3701.

contrarre validamente un nuovo vincolo in aggiunta alla già citata garanzia di libertà di circolazione per i cittadini europei.

Tuttavia, alcune di queste disquisizioni appaiono superate dalla recente evoluzione della giurisprudenza comune e, in maniera determinante, dal nuovo orientamento della Corte di Cassazione, la quale nella sentenza n. 4185/2012, ha innovato il paradigma col considerare il matrimonio omosessuale contratto all'estero non nullo, e “non insistente”, ma solamente “inidoneo” a produrre gli effetti giuridici del matrimonio⁴⁷⁰.

La Cassazione ha, infatti, interpretato le norme dell'ordinamento nazionale alla luce della più recente giurisprudenza della Corte europea, che ha «fatto cadere il postulato implicito, il requisito minimo e indispensabile a fondamento dell'istituto matrimoniale, costituito dalla diversità di sesso dei nubendi»⁴⁷¹ e pertanto ha giudicato che «l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende – non più dalla loro “inesistenza” [...] e neppure dalla loro “invalidità” ma – dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano».⁴⁷²

La novità più rilevante consiste, per autorevole dottrina, nell'abbandono del paradigma eterosessuale del matrimonio, col dichiarare «radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile»⁴⁷³. Al contrario dell'inesistenza, la condizione di inidoneità del matrimonio omosessuale, ai fini della trascrizione, richiama, come è stato coerentemente commentato, la scelta “culturale” in capo al legislatore di allargare l'istituto anche alle unioni tra persone dello stesso sesso, abbandonando ogni freno al superamento di una tradizione⁴⁷⁴. Infatti, il matrimonio omosessuale configurandosi

⁴⁷⁰ Corte di Cassazione, sentenza 4184/2012, 15 marzo 2012. La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti in dottrina e tra questi M. di Bari, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Riv. Aic*, 1/2012; I. Massa Pinto, “*Fiat matrimonio!*” *L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di cassazione: può una sentenza della corte di cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultra millenaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale)?*, in *Riv. Aic*, 2/2012; L. Lorello, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale (Cassazione I sez.civ. 15/3/2012, n. 4184)*, in *Riv. Aic*, 2/2012; M. Gattuso, “*Matrimonio*”, “*famiglia*” e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la “doppia svolta” della Corte europea dei diritti dell'uomo”, in www.articolo29.it, consultato 8 settembre 2013;

⁴⁷¹ Corte di cassazione, sentenza 4184/2012, al punto 4.1.

⁴⁷² Corte di cassazione, sentenza 4184/2012, al punto 4.3.

⁴⁷³ Si veda B. Pezzini, *Un paradigma incrinato*, cit., pp. 16ss.

⁴⁷⁴ *Ibidem*. Contra I. Massa Pinto, “*Fiat matrimonio!*”, cit.

come “non inesistente”, risulterebbe quindi, per effetto della doppia negazione, esistente.

Un’ulteriore apertura alla parificazione dei diritti delle coppie omosessuali proviene, infine, dalla giurisprudenza comune in tema di ricongiungimento familiare e di affido familiare di minori.

In una recente decisione il Tribunale di Reggio Emilia ha, infatti, riconosciuto il diritto alla carta di soggiorno al partner omosessuale di un cittadino italiano coniugato in Spagna, diritto che era stato, invece, precedentemente negato dal Ministero dell’Interno, per l’impossibilità di riconoscere al partner lo status di coniuge e, quindi, i diritti previsti per i familiari.

Il Tribunale emiliano ha motivato la decisione in base alla riconosciuta libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari (ai sensi della direttiva europea 38/2004, recepita dal decreto legislativo 30/2007). Il giudice ha quindi ricompreso tra i parenti prossimi anche il coniuge omosessuale, interpretando l’utilizzo del sostantivo “coniuge”, presente nella direttiva, in senso ampio, non quale sinonimo di «membri sposati di diverso genere» e neppure quale «implicito rimando alla normativa interna del Paese ospitante», ma piuttosto come intenzione di tutelare «la conservazione dell’unione familiare così come si è formata nel paese di provenienza»⁴⁷⁵. Così facendo il Tribunale di Reggio Emilia, con una sentenza che ha fatto scuola⁴⁷⁶, ha concretamente individuato un’altra possibile breccia, se non nel monopolio eterosessuale del matrimonio, quanto meno nei benefici ad esso connessi.

Nell’ottobre 2013 sembra essersi aggiunto un ulteriore tassello vero l’equiparazione delle coppie omosessuali e eterosessuali, con la decisione del tribunale per i minorenni dell’Emilia Romagna di affidare una minore a una coppia di fatto composta da due uomini. Le motivazioni giuridiche addotte nel decreto sono indice di una visione avanzata e sempre meno prevenuta sull’omosessualità, nel sostenere che «si deve ritenere che la circostanza per cui i due componenti della coppia affidataria abbiano lo stesso sesso non possa considerarsi ostativo all’affidamento del minore» e che

⁴⁷⁵ Tribunale di Reggio Emilia, 15 febbraio 2012.

⁴⁷⁶ Orientamento che è stato seguito anche dalla Questura di Milano, si veda la notizia riportata in «la Repubblica», 31 agosto 2012.

«costituisce mero pregiudizio la convinzione che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale»⁴⁷⁷.

Diverso, ma non meno interessante è, infine, il caso del matrimonio di una persona transessuale⁴⁷⁸, questione che pone inevitabilmente delle sfide all'eterosessualità dell'istituto: innanzitutto per la possibilità concessa al transessuale di sposare una persona dello stesso sesso biologico, una volta avvenuto il cambio di sesso anagrafico⁴⁷⁹; circostanza che, già da sola, indebolisce qualsivoglia richiamo alla potenzialità procreativa insita nell'unione coniugale. In secondo luogo, per l'eventualità che rimanga valido il matrimonio contratto in precedenza con persona (divenuta) dello stesso sesso anagrafico, condizione che dà origine a un matrimonio omosessuale, e ipotesi concreta su cui la comunità giuridica si sta dividendo.

Non è un caso che i dubbi di costituzionalità sulla legge per la rettifica di attribuzione di sesso (n. 164 del 1982) furono fin dall'inizio avanzati proprio in merito alle sue conseguenze sul vincolo coniugale e in particolare sulla possibilità di legittimare «la celebrazione di un matrimonio inesistente per mancanza del requisito della diversità di sesso»⁴⁸⁰.

La Corte costituzionale nel respingere le questioni di illegittimità della legge fece alcune significative affermazioni, la cui portata va ben al di là della questione transessuale. Innanzitutto diede un'aggiornata definizione dell'identità sessuale quale «“naturale” modo di essere» e definita «non più esclusivamente dagli organi genitali esterni [...] ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale», pervenendo alla «concezione di sesso come dato complesso della personalità»⁴⁸¹.

In secondo luogo, la Corte scardinò, in quell'occasione, una delle maggiori obiezioni odierne al riconoscimento del matrimonio tra omosessuali, col dichiarare arbitrario attribuire «alla capacità generativa il carattere di requisito essenziale per la validità e l'esistenza» del coniugio.

⁴⁷⁷ Tribunale per i minorenni dell'Emilia Romagna, decreto 31 ottobre 2013.

⁴⁷⁸ Il transessuale fu, in tale occasione, definito dalla Corte come «il soggetto, che, presentando i caratteri genotipici e fenotipici di un determinato sesso sente in modo profondo di appartenere all'altro sesso, del quale ha assunto l'aspetto esteriore ed adottato i comportamenti e nel quale, pertanto, vuole essere assunto a tutti gli effetti ed a prezzo di qualsiasi sacrificio. (Corte costituzionale, sentenza n. 161/1985).

⁴⁷⁹ Ai sensi della legge sulla rettificazione del sesso anagrafico, n. 164 del 1982.

⁴⁸⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 161/1985, in ritenuto in fatto.

⁴⁸¹ Corte costituzionale, sentenza n. 161/1985, in ritenuto in diritto.

Tuttavia, la sentenza in oggetto sembrò confermare il carattere eterosessuale della famiglia costituzionale col prevedere uno scioglimento automatico del matrimonio precedentemente contratto con persona divenuta nel frattempo del medesimo sesso anagrafico⁴⁸².

Sul tema dello scioglimento automatico, però, si sono confrontate due tesi contrapposte: da un lato, quella che ha sostenuto la sopravvivenza del vincolo coniugale in assenza di una richiesta di una delle parti, tesi supportata dalla riforma della legge sul divorzio che ha introdotto come presupposto per lo scioglimento il passaggio in giudicato di una sentenza⁴⁸³; dall'altro lato, quella che ha sostenuto lo scioglimento automatico considerandolo come «un effetto estintivo già verificatosi con la sentenza di rettificazione del sesso»⁴⁸⁴.

Questa seconda ipotesi è risultata prevalente in giurisprudenza fino all'ottobre 2010, quando il Tribunale di Modena ha riconosciuto come valido un matrimonio celebrato con rito cattolico tra un uomo e una donna residenti a Bologna, precedentemente annullato dall'anagrafe, per l'avvenuto cambio di sesso di uno dei coniugi. I giudici modenesi hanno interpretato come facoltativo lo scioglimento del matrimonio per rettifica del sesso, considerando il vincolo sussistente in mancanza di una esplicita richiesta di scioglimento da parte uno dei coniugi⁴⁸⁵. La vicenda non è ancora giunta a conclusione, poiché la sentenza modenese fu, prima, ribaltata dalla Corte d'Appello di Bologna, poi, approdata, in Cassazione e, infine, rimessa alla Corte Costituzionale e in attesa di essere discussa.

Sono interessanti, in sede di analisi, le motivazioni con le quali la Cassazione ha ritenuto di investire direttamente la Corte costituzionale per sospetta illegittimità della

⁴⁸² La dottrina si divide tra chi ritiene la sentenza una conferma del paradigma eterosessuale, seppur apparente. In questo senso B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 2-23; S. Scagliarini, *Un'opportuna sollevazione di questioni infondate*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 345-349; M. La Torre, *Transessualismo, omosessualità e matrimonio*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 201-206; e chi, invece, la interpreta come la fine del paradigma L. Conte, *Il matrimonio omosessuale: crepuscolo di un paradigma*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 61-62; P. Veronesi, *Matrimonio omosessuale ovvero: «è sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza, di fronte a certe cose»*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 377-390; B. Liberali, *Eterosessualità e funzione procreativa del matrimonio: un argomento superabile dalla corte costituzionale*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 207-213.

⁴⁸³ Si tratta della legge n. 74 del 1987 e quindi successiva alla sentenza della Corte costituzionale n. 161/1985.

⁴⁸⁴ M. La Torre, *Transessualismo, omosessualità e matrimonio*, cit., p. 205.

⁴⁸⁵ Decreto del Tribunale di Modena, 3 ottobre 2010.

legge sulla rettifica del sesso proprio nella parte in cui prevenderebbe secondo il “diritto vivente” l’automatico scioglimento del matrimonio per mutamento di sesso di uno dei due coniugi⁴⁸⁶. La Corte di Cassazione ben attenta a non sovrapporre il tema in oggetto con il riconoscimento del matrimonio omosessuale⁴⁸⁷, ha motivato la richiesta con l’affermare che «il mancato riconoscimento del diritto di sposarsi non può essere equiparato alla soppressione di uno status già acquisito», tuttavia è ricorsa al tema dell’autodeterminazione della persona e delle sue scelte affettive per attestare l’esistenza di un «contesto costituzionale nel quale è largamente condivisa l’esigenza di riconoscere alle unioni di fatto, anche tra persone dello stesso sesso, uno statuto giuridico di diritti e obblighi»⁴⁸⁸.

Per la Cassazione lo scioglimento automatico del matrimonio potrebbe configurarsi, quindi, come un’indebita ingerenza dello Stato nella sfera della libertà personale e lesiva, pertanto, degli articoli 2 e 29 della Costituzione italiana e 8 e 12 della Cedu⁴⁸⁹.

Nel caso del transessualismo biologia e anagrafe si intrecciano tra loro e l’orientamento omosessuale si confonde con l’identità di genere. Essere o apparire? Su questo quesito che sa di filosofico, si gioca la questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso biologico. Nel transessuale è il suo «naturale modo di essere» appartenente al sesso poi ratificato all’anagrafe a rendere possibile il matrimonio con una persona di uguale sesso biologico oppure è l’apparire anagrafico della coppia come eterosessuale a consentirne il matrimonio?

Non è una questione da poco, poiché nel primo caso il transessuale in mancanza di una operazione chirurgica o di una sentenza del tribunale sarebbe apparso omosessuale pur sentendosi eterosessuale⁴⁹⁰; nel secondo caso, invece, l’eterosessualità viene

⁴⁸⁶ La norma impugnata è, quindi, l’articolo 4 della legge n. 164 del 1982.

⁴⁸⁷ Anche nel richiamare la giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca, la Cassazione ha precisato che «la decisione non incide in alcun modo sul contenuto tradizionale del matrimonio né determina l’apertura verso l’instaurazione di matrimoni con persone dello stesso sesso». (Corte di Cassazione, ordinanza 14329, 6 giugno 2013).

⁴⁸⁸ Corte di Cassazione, ordinanza 14329, 6 giugno 2013.

⁴⁸⁹ La Corte di Cassazione ha fatto riferimento alla recente sentenza della Corte Edu nel caso H. c. Finlandia (37359/09), nella quale veniva affrontata la questione della trasformazione, a seguito della rettifica del sesso, di un matrimonio in un’unione registrata. La norma finlandese non è stata considerata lesiva, in prima istanza, poiché esiste in Finlandia la possibilità per le coppie omosessuali di accedere a una tutela equivalente al matrimonio. Si tratterebbe quindi di una violazione proporzionata dal momento che non viene imposto il divorzio. La questione è in attesa di giudizio davanti alla Grande Camera dal 29 aprile 2013.

⁴⁹⁰ Si veda sul punto, M. La Torre, *Transessualismo*, cit. pp. 202ss.

decretata da un tribunale ma non dai cromosomi. È quindi, l'orientamento sessuale stabilito dalla natura o dalla legge?

Si tratta certamente di due questioni differenti essendo quella del transessuale una questione riferibile all'identità di genere e quella dell'omosessuale una questione relativa orientamento sessuale⁴⁹¹, ma non può sfuggire che se la potenzialità procreativa e la distinzione del sesso biologico dei nubendi non hanno valore nel negare il diritto di sposarsi a un transessuale, non si comprende perché debbano averlo per una coppia omosessuale⁴⁹². Inoltre non si può forse ignorare l'evoluzione interpretativa della dottrina civile che va verso la piena affermazione della persona e la tutela dei diritti fondamentali, sebbene la dottrina costituzionale sia lontana da trovare unanimità.

2.3. La dottrina: tra paladini dell'uguaglianza e difensori della famiglia

La questione dell'ammissibilità del matrimonio omosessuale ha prodotto un appassionante dibattito in dottrina⁴⁹³, che per quanto si mantenga in superficie sul dato strettamente costituzionale risente, in realtà, delle profonde differenze morali ed etiche degli autori⁴⁹⁴. Una così marcata abdicazione del diritto è dovuta sia alla particolarità del tema che è riconducibile alla sfera dell'eros, dell'affetto e del «mestiere di vivere»⁴⁹⁵; sia alla ripercussione che il riconoscimento del matrimonio omosessuale avrebbe sulla società- da sempre l'allargamento dei diritti ha creato tensione tra chi impone e chi subisce un'esclusione⁴⁹⁶-; e, infine, all'impressione che gli articoli della Costituzione sulla famiglia non siano mai riusciti a prescrivere norme giuridiche

⁴⁹¹ In tal senso, M. Cartabia, *Le avventure giuridiche della differenza sessuale*, in F. D'Agostino, a cura di, *Identità sessuale e identità di genere*, in *Quad. Iustitia*, 6/2011, pp. 43-64.

⁴⁹² Sul tema si legga quanto scritto da M. D'Amico, *Una decisione ambigua*, in *Notizie di Politeia*, 100/2010, pp. 85-92.

⁴⁹³ Al tema sono stati dedicate diverse occasioni di dibattito e approfondimento tra i quali si ricordano il seminario ferrarese *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, del 2010, e il più recente convegno organizzato dall'Associazione gruppo di Pisa a Catania *La famiglia davanti ai suoi giudici*, nel giugno 2013.

⁴⁹⁴ In tal senso C. Fusaro: «il problema esula da verità tecnico giuridiche ma è morale: non è possibile non avere un "pre-orientamento"». (C. Fusaro, *Non è la costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale*, in *La «società naturale»*, cit. p. 151).

⁴⁹⁵ B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 1-23.

⁴⁹⁶ M. Baraldi Bonini, *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazioni personale*, in *Quad. cost.*, 4/2009, pp. 871-900.

fondamentali e inequivocabili⁴⁹⁷, ma siano, al contrario, stati piegati a interpretazioni opposte in base al clima culturale e al periodo storico⁴⁹⁸.

Anche in questo caso come in quelli affrontati nel precedente capitolo, le teorie che si contrappongono ripercorrono i confini delle visioni “neo-istituzionale” e “individualista” e si basano sulla diversa centralità attribuita ai concetti di “famiglia” e “matrimonio”, sulle loro definizioni e, non ultimo, sulla scelta del punto di vista dal quale affrontare la questione.

Basterebbe riprendere i sostantivi più ricorrenti in dottrina, per delineare i punti salienti del disaccordo: “libertà”, “ragione”, “diritti”, “realtà sociale”, “tolleranza”, vengono maggiormente utilizzati dai sostenitori di un allargamento del matrimonio alle coppie dello stesso sesso; “tradizione”, “difesa”, “filiazione”, “costo collettivo”, invece, quelli che compaiono tra i suoi oppositori.

Gli uni si autorappresentano come i paladini dell’uguaglianza e del mutamento sociale, gli altri come i difensori della famiglia e della «mitezza giuridica»⁴⁹⁹; entrambi fanno discendere le proprie convinzioni dalle disposizioni costituzionali.

Per districarsi tra le opposte conclusioni a cui pervengono gli autori pur sotto il medesimo “ombrello costituzionale” è necessario addentrarsi nelle pieghe del ragionamento dei due schieramenti dottrinali e scorgere il differente e inconciliabile punto di vista con cui guardano alla questione.

Per i sostenitori della “causa omosessuale”, il matrimonio, vero oggetto della tutela dell’articolo 29 Cost.⁵⁰⁰, è inquadrato tra i diritti soggettivi per lo sviluppo della personalità e pertanto chiama in causa direttamente il principio di uguaglianza come parametro per verificare la ragionevolezza di una diversità di trattamento tra orientamenti sessuali.

⁴⁹⁷ Sul tema si veda E. Lamarque, *Gli articoli costituzionali sulla famiglia: travolti da un insolito (e inesorabile) destino*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 191-194.

⁴⁹⁸ Come si è visto l’articolo 29 della Costituzione è servito per giustificare, prima, il differente trattamento tra i coniugi a danno delle mogli e, in seguito, a stabilirne l’uguaglianza.

⁴⁹⁹ A. Giorgis, *Talvolta la costituzione non dice (ancora) tutto ciò che vorremmo dicesse*, in *La «società naturale»*, cit., p.179.

⁵⁰⁰ Di questo avviso R. Bin, *Per una lettura non svalutativa dell’articolo 29*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 41-44.

Per i difensori dello status quo, al contrario, non è il matrimonio, istituto che esiste solo nelle forme imposte dall'ordinamento giuridico⁵⁰¹, a costituire il nodo centrale della questione, quanto piuttosto la definizione di famiglia come luogo in cui abitualmente si trasmette la specie⁵⁰² e che, di conseguenza, è "naturalmente" eterosessuale⁵⁰³. Se per alcuni si tratta semplicemente di allargare i soggetti titolari di un diritto, per altri si tratta, invece, di modificare e ridefinire un istituto millenario.

Da questo discordante punto di partenza discendono a cascata tutti gli altri, infatti, se da un lato, ci si concentra sul matrimonio come istituto giuridico definito dal legislatore e pertanto plasmabile e conformabile secondo evoluzione del costume sociale e delle spinte culturali⁵⁰⁴, dall'altro, è l'immutabile paradigma eterosessuale della famiglia a riflettersi sulla normativa del matrimonio⁵⁰⁵.

Il matrimonio "non cristallizzato", garantito dalla Costituzione come diritto soggettivo, chiama in causa, attraverso un'interpretazione evolutiva dell'articolo 29 condotta con una sensibilità, «sganciata dalla morale e dai pregiudizi di una società eterosessuale»⁵⁰⁶, alcuni argomenti a sostegno del suo allargamento alle coppie omosessuali e tra questi la «pari dignità»⁵⁰⁷, la «realizzazione personale»⁵⁰⁸ e la «libertà di scelta del partner»⁵⁰⁹.

⁵⁰¹ C. Tripodina, *Costituzione e matrimonio omosessuale: Quis interpretabitur?*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 357-361.

⁵⁰² In questo senso A. Ruggeri, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso*, cit., pp. 307-317.

⁵⁰³ Il matrimonio avrebbe un carattere eterosessuale latente per S. Rossi, *Circumnavigando l'arcipelago familiare: scoperte o illusioni?*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 299-303.

⁵⁰⁴ Si vedano, tra gli altri, A. D'Aloia, *Omosessualità e costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 101-107; A. Benedetti, *Tutto ciò che è reale è... naturale? Riflessioni sull'art. 29, 1°, Cost.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, pp. 589-599.

⁵⁰⁵ L. Violini, *Il riconoscimento delle coppie di fatto*, cit.

⁵⁰⁶ C. Manassero, *Lettura degli istituti "famiglia" e "matrimonio" sganciata dalle garanzie costituzionali*, in *Giur. merito*, 5/2009, p.1229.

⁵⁰⁷ Il tema della pari dignità è da ricondurre a quello dell'uguaglianza senza distinzioni di orientamento sessuale, distinzioni che secondo alcuni autori trovano fondamento solo nella tradizionale esclusione delle minoranze. In tal senso M. Winkler, G. Romeo, «*Yet footnotes matter*». *Osservazioni a margine di una tradizione*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 391-395. A questo proposito si ricorda che il principio fu accolto nel 2005 dalla Corte costituzionale del Sud africa proprio nell'atto di allargare il matrimonio alle coppie omosessuali. (M. Montalti, *Il felice epilogo del same sex marriage in Sudafrica*, in *Quad. cost.*, 2006; e più recentemente R. Zuchinali, *La soluzione sudafricana: una via percorribile?*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 357-361).

⁵⁰⁸ La realizzazione personale come «diritto ad essere se stesso» è stata richiamata dalla corte costituzionale nella sentenza n. 13/1994. (M. Baraldi Bonini, *Le famiglie omosessuali*, cit., p.881).

⁵⁰⁹ La libertà di scelta del partner si configura come corollario della libertà di matrimonio sancita quale diritto fondamentale dalla corte costituzionale nella sentenza n. 445/2002. (P. Veronesi, *Matrimonio*

Il paradigma eterosessuale non è quindi supportato, da questa parte della dottrina giuridica che, favorendo la cultura sulla “natura”⁵¹⁰, ritiene l’esistenza stessa di una rivendicazione da parte di soggetti, gli omosessuali, fino a questo momento esclusi dall’istituto, condizione sufficiente a mettere in crisi la tradizionale differenza tra i sessi⁵¹¹. Il matrimonio omosessuale è quindi inteso, da questi autori, alla stregua di un “nuovo” diritto del XXI secolo⁵¹² al pari di altri concessi a seguito dell’emersione di una domanda sociale. Si andrebbe quindi a configurare quale garanzia di una parità di trattamento sulla base «dell’inclusione», e non «della somiglianza»⁵¹³, come già accaduto in precedenza con il suffragio femminile e con la fine della discriminazione razziale⁵¹⁴.

La questione così impostata renderebbe irragionevole l’esclusione di una minoranza dal godimento di un diritto. Esclusione che avverrebbe non in virtù del bilanciamento tra istanze contrapposte, quali possono essere considerate quelle delle coppie eterosessuali a conservare la tradizionale esclusività del matrimonio e quelle degli omosessuali a reclamare al contrario l’uguaglianza, quanto in base a una discriminazione dovuta all’orientamento sessuale, dal momento che, anche in caso di approvazione del matrimonio omosessuale, le coppie di diverso sesso non vedrebbero lesa o diminuito il proprio diritto a sposarsi⁵¹⁵.

Le critiche che vengono opposte a queste tesi sono l’approdo a un eccessivo relativismo, capace di ricomprendere in Costituzione tutto ciò che accade nella società,

omosessuale ovvero: «è sorprendente per quanto tempo si può negare l’evidenza, di fronte a certe cose», in La «società naturale», cit., pp. 386 ss).

⁵¹⁰ «Ogni cultura costituisce il proprio modello normativo di natura». (P. Tincani, *Natura, cultura, diritto*, in *La «società naturale»*, cit., p. 355).

⁵¹¹ In questo senso B. Pezzini «cosa risponde il diritto quando ad una tradizione che ha a lungo accettato il paradigma eterosessuale come elemento proprio del matrimonio, senza neppure averne una vera consapevolezza, si contrappongono soggetti che mettono in discussione il paradigma nelle loro vite e, di conseguenza, per il diritto stesso?». (B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in *La «società naturale»*, cit., p. 23).

⁵¹² S. Lariccia, *Il diritto dell’individuo omosessuale di contrarre matrimonio con persona del proprio sesso: un diritto costituzionale del XXI secolo?*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 195-200.

⁵¹³ M. Baraldi Bonini, *Le famiglie omosessuali nel prisma*, cit., pp. 871-900.

⁵¹⁴ Il paragone tra l’acquisizione dei diritti della minoranza omosessuale e della minoranza nera è tracciato da G. Marzulli, *Right to Marry e Same-sex Couples: spunti di riflessione comparatistica*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 247-254; M. C. Nussbaum, *Disgusto e umanità. L’orientamento sessuale di fronte alla legge*, Il Saggiatore, Milano, 2011.

⁵¹⁵ R. Pinaroli, *Matrimonio, coppie omosessuali, principio di uguaglianza: per una lettura contestualizzata dell’art. 29, 1° comma, Cost.*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 273-278; I. Ruggiu, *Summa Constitutio, summa Iniuria? Per una sentenza interpretativa che individui correttamente l’essenza della “pratica culturale” del matrimonio, supportata dall’“argomento della minoranza”*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 319-324.

da cui discenderebbe il rischio di svuotare di ogni significato le nozioni di famiglia e matrimonio⁵¹⁶. Da questo proviene pure il timore – forse eccessivo- dell’assunzione di ogni egoistico desiderio come richiesta legittima di libertà e autodeterminazione dell’individuo fino all’abbandono di ogni rispetto dell’umanità⁵¹⁷. Si rimprovera, infine, alla sopra citata dottrina, di sottovalutare la relazione esistente tra famiglia e filiazione, che in caso di matrimonio tra omosessuali aprirebbe scenari non coralmente condivisi e comporterebbe una «artificiale dissociazione tra biologia e biografia»⁵¹⁸.

A sostegno della eterosessualità della famiglia vengono, invece, portati argomenti che escludono ogni possibile equiparazione con le coppie dello stesso sesso, quali la tradizione millenaria del matrimonio come unione tra uomo e donna, che sarebbe di per sé sufficiente a connotare in questo senso l’intento dei Costituenti⁵¹⁹. Non esiste in Costituzione una nozione di matrimonio – si sostiene – perché implicita e condivisa dai più⁵²⁰.

Si rintracciano, poi, dati testuali a sostegno dell’esclusione delle unioni omosessuali dall’alveo della famiglia costituzionale, come la previsione di parità morale e giuridica tra i coniugi, che lascia intendere il superamento della tradizionale subordinazione della moglie al marito e quindi la diversità sessuale dei nubendi. Assume un’importanza centrale, per questa parte della dottrina, il rapporto tra matrimonio e potenzialità procreativa, rapporto che pur non essendo l’unico presupposto per la costruzione della famiglia sarebbe, tuttavia, «il preferito dal costituente»⁵²¹ e al cui sostegno concorrerebbe anche l’etimologia della parola stessa nel riferirsi a un’unione solidale per la cura dei figli⁵²².

⁵¹⁶ «La formidabile duttilità degli enunciati (specie di quelli della Carta) si arresta pur sempre ad un certo punto, superato il quale è la rottura dell’elastico costituzionale». (A. Ruggeri, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso*, cit., p. 312).

⁵¹⁷ Monetti Buccelli, *Natura, cultura ed etica nel diritto europeo della famiglia*. Un filosofo e un giurista a confronto, in *Rass. dir. civ.*, 3/2010, pp.759-776.

⁵¹⁸ A. Nicolussi, *La famiglia: una concezione neo istituzionale*, cit.

⁵¹⁹ Contra, R. Bin, *Per una lettura non svalutativa dell’articolo 29*, cit., pp. 41-44, Veronesi, *Matrimonio omosessuale ovvero: «è sorprendente per quanto tempo si può negare l’evidenza, di fronte a certe cose»*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 377-390.

⁵²⁰ C. Tripodina, *Costituzione e matrimonio omosessuale: Quis interpretabitur?*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 357-361.

⁵²¹ M. Manetti, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e filiazione*, in *La «società naturale»*, cit., p. 231.

⁵²² A. Nicolussi, *La famiglia: una concezione neo istituzionale*, cit.

Infine, la famiglia eterosessuale fondata sul matrimonio proprio in virtù della sua capacità riproduttiva sarebbe portatrice di diritti esclusivi e dedicati (ad esempio, la reversibilità della pensione o il permesso di soggiorno)⁵²³.

Il portato di queste tesi non si traduce nel negare agli omosessuali la garanzia di diritti, i quali però sarebbero ricompresi nell'alveo di quelli spettanti all'individuo e garantiti dall'articolo 2 della Costituzione e, pertanto, non configurabili come diritti della famiglia⁵²⁴.

Le obiezioni che vengono mosse a queste argomentazioni sono, principalmente, di voler tradurre in norme una convinzione morale soggettiva⁵²⁵, nel tentativo di scongiurare il diffondersi di un costume alternativo all'idea di famiglia tradizionale e d'ispirazione cristiana⁵²⁶.

Non sono ritenute valide come considerazioni a sostegno dell'eterosessualità del matrimonio, né l'esistenza di una tradizione, che di per sé non è sufficiente a giustificare una discriminazione⁵²⁷, né l'accento posto sulla "potenzialità riproduttiva", che non è condizione necessaria per la celebrazione delle nozze⁵²⁸.

Inoltre tra le motivazioni contrarie al matrimonio omosessuale, l'argomento della possibile disapprovazione sociale da parte della maggioranza⁵²⁹, qualora verificata, è apparso ad alcuni studiosi in contrasto con la vocazione costituzionale di garantire le minoranze⁵³⁰.

Tale contesa, lungi dall'essere risolta, è approdata nel campo della giustizia costituzionale facendo nuovamente leva sugli articoli 2, 3 e 29 della Costituzione e rievocando parte degli argomenti invocati dalla dottrina, come appare anche dalle motivazioni della sentenza n. 138 del 2010.

⁵²³ L. Violini, *Il riconoscimento delle coppie di fatto*, cit., p. 395.

⁵²⁴ L. Violini, *Il riconoscimento delle coppie di fatto*, cit.

⁵²⁵ M. Baraldi Bonini, *Le famiglie omosessuali nel prisma*, cit.

⁵²⁶ A. Pugiotto, *L'altra faccia dell'uguaglianza (e dell'amore)*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 279-284.

⁵²⁷ Ad esempio, Gattuso nel fare accenno al caso di Rosa Parks nel 1954 scrive che «Servire la tradizione per mero riguardo verso la tradizione stessa non rientra certamente tra gli scopi del diritto». (M. Gattuso, *La Costituzione e il matrimonio tra omosessuali*, in «Il Mulino», 2008, pp. 452-461).

⁵²⁸ In tal senso R. Bin, *Per una lettura non svalutativa dell'articolo 29*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 41-44; B. Liberali, *Eterosessualità e funzione procreativa del matrimonio: un argomento superabile dalla corte costituzionale*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 207-213.

⁵²⁹ M. Moneti, A. Bucelli, *Natura, cultura ed etica nel diritto europeo della famiglia. Un filosofo e un giurista a confronto*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2010, pp.759-776.

⁵³⁰ In tal senso, P. Faraguna, *Alla ricerca di un «oggetto positivamente non identificato»*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 127-131.

2.4. La Corte costituzionale e la sentenza 138 del 2010

Era il 2009 quando due tribunali italiani, quello di Venezia e la Corte d'appello di Trento, chiamarono in causa la Corte Costituzionale.

Si trovarono a dover affrontare i casi di due coppie di soli uomini, che si erano viste rifiutare dagli ufficiali di stato civile la richiesta di pubblicazione di matrimonio, in quanto nel nostro ordinamento il matrimonio «è inequivocabilmente incentrato sulla diversità di sesso dei coniugi»⁵³¹. Secondo i giudici *a quo* alcune disposizioni del codice civile (artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis, 156 bis) erano lesive degli articoli 2, 3, 29 e 117.1 della Costituzione «nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consent[ivano] che le persone di orientamento omosessuale po[tessero] contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso»⁵³².

Pertanto, trovandosi impossibilitati ad accogliere la richiesta ma dubitando della costituzionalità dell'esclusione degli omosessuali, sollevarono la questione di legittimità di fronte alla Corte costituzionale.

In verità le richieste di pubblicazione di matrimonio provenivano da coppie che avevano aderito alla campagna nazionale *Affermazione Civile*, lanciata dall'associazione radicale *Certi diritti* e dalla rete *Lendford* proprio con l'intento di dare visibilità sociale al tema. Si è trattato, cioè, di un tipico caso di provocazione civile per l'ottenimento per via giurisdizionale quei diritti di cui il legislatore non dà segno di occuparsi⁵³³.

Il tribunale veneziano rilevava che nell'ordinamento italiano erano assenti sia una nozione di matrimonio sia un divieto espresso di matrimonio tra persone dello stesso sesso, pur tuttavia in base alle disposizioni vigenti non gli era possibile procedere d'autorità all'estensione dell'istituto, poiché si sarebbe profilata una forzatura non consentita ai giudici comuni. Rimarcava, inoltre, che il requisito della necessaria eterosessualità del matrimonio era stato inclinato proprio da una sentenza della Corte

⁵³¹ Ordinanza del tribunale di Venezia, riportata in Corte costituzionale, sentenza n. 138/2010, ritenuto in fatto.

⁵³² Ordinanza del tribunale di Venezia, riportata in Corte costituzionale, sentenza n. 138/2010, ritenuto in fatto.

⁵³³ Allo stesso modo nel 1906 i Comitati pro voto femminile avevano promosso la “provocatoria” iscrizione delle donne alle liste elettorali, persuasi che la loro esclusione non fosse sancita per legge. Sulla vicenda si veda M. Severini, *Dieci donne. Storia delle prime elettrici italiane*, Liberilibri, 2012; e volendo, il mio, *Per il voto alle donne. Dieci anni di battaglia suffragiste in Italia (1903-1903)*, Bruno Mondadori, Milano, 2006.

Costituzionale che garantiva ai transessuali il diritto a sposarsi, a seguito della ratifica del mutamento di sesso, con persone dello stesso sesso biologico⁵³⁴.

I giudici rimettenti chiedevano alla Corte di operare, come già in altri casi era successo, l'allargamento di un diritto con una sentenza di tipo additivo in linea con «l'inarrestabile trasformazione della società e dei costumi che ha portato al superamento del monopolio detenuto dalla famiglia tradizionale ed al contestuale spontaneo sorgere di forme diverse di convivenza che chiedono (talora a gran voce) di essere tutela e disciplinate»⁵³⁵.

Attorno alle scelte del “giudice delle leggi” si creò, come comprensibile, un certo fermento alimentato dai timori dei difensori della famiglia eterosessuale e dalle speranze dei paladini dei diritti civili. Il clima politico che aleggiava era quello che abitualmente si respira quando ci sono in gioco decisioni culturalmente sensibili; le posizioni che attraversavano gli schieramenti davano origine a una sorta di referendum sul tema non solo del matrimonio, ma dell'omosessualità in genere, in cui il discrimine non sempre era riconducibile all'ambito del progressismo o a quello della tradizione, né alla condizione di professare o meno una fede. Nondimeno la controversia che si produsse aveva le sembianze di uno scontro tra laicità e confessionalismo.

In questo contesto, e al contrario di quanto stava avvenendo nelle stanze della Consulta, non era ad ogni modo la Costituzione il parametro di riferimento dell'accesso dibattito, quanto le convinzioni morali dei singoli e il clima di diffidenza alimentato da alcuni nei confronti dell'ordine “giudiziario” in senso lato⁵³⁶. Non mancarono, infatti, prese di posizione contro l'intervento della Corte⁵³⁷ e anatemi di immoralità nei confronti di chi avesse riconosciuto il diritto alle nozze gay⁵³⁸

⁵³⁴ Il Tribunale richiamava la sentenza n. 165/1985, con cui la Corte ha ritenuto legittima la legge n. 164 del 1982 sulla rettificazione dell'attribuzione del sesso.

⁵³⁵ Ordinanza della Corte d'appello di Trento, riportata in Corte costituzionale, sentenza n. 138/2010, ritenuto in fatto.

⁵³⁶ In tal senso C. Bergonzini: «reazioni ad una sentenza favorevole, che sarebbe immediatamente bollata come indebita interferenza nel campo del Parlamento: anticipazione non difficile, se solo si pensa a cosa si è scatenato dopo la sentenza sul c.d. Lodo Alfano, che oltretutto non aveva alcuna relazione con concezioni culturali anche di carattere religioso». (C. Bergonzini, *Il convitato di pietra. Le posizioni del Parlamento sulle unioni omosessuali*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 35-40).

⁵³⁷ Ad esempio, *Si vuole scavalcare il Parlamento*, in «Liberio», 29 aprile 2009, *I giudici che invadono il campo fanno le leggi a colpi di sentenze*, in «il Giornale», 6 novembre 2009.

⁵³⁸ Si fa riferimento all'intervento del cardinale di Bologna, monsignor Caffarra, come riportato in «Corriere.it», 14 febbraio 2010.

La Corte Costituzionale rendeva nota, nell'aprile 2010, la sua decisione in merito alla questione del matrimonio *same sex* o meglio in merito alla possibilità di estendere in via additiva il diritto di sposarsi alle coppie omosessuali.

La sentenza non accoglieva le richieste dei giudici *a quo* e rigettava la questione per come era stata posta dai rimettenti, offrendo tuttavia spazi di riflessione e di dibattito sia nel merito delle decisioni sia sul metodo interpretativo utilizzato dalla Corte.

La Corte dichiarava inammissibile la questione di legittimità costituzionale in riferimento al riconoscimento delle unioni omosessuali come formazioni sociali tutelate dall'articolo 2 della Costituzione, perché volta «ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata». A questo proposito, indicava il Parlamento come unico possibile risolutore della questione, in qualità di titolare del potere di individuare forme di garanzia e di riconoscimento delle unioni omosessuali che – sostenne la Corte - non per forza devono essere equiparate al matrimonio. A riprova della sua affermazione la Consulta portava le disparate soluzioni introdotte dalle legislazioni di quei Paesi che si erano già occupati della questione.

In un passaggio concettuale, che a prima vista apparve ispirato a una estrema cautela, in realtà, si possono cogliere due innovative affermazioni: la Corte ha dichiarato, innanzitutto che le coppie omosessuali sono titolari del «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone [...] il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»⁵³⁹. E così facendo ha riconosciuto il legame di coppia e i diritti dell'unione e non, quindi, solamente quelli dei singoli, cosicché sarebbe, forse, impossibile per il legislatore ricorrere a soluzioni di compromesso come quelle che erano state prospettate con i Dico⁵⁴⁰.

Inoltre ha ammesso, implicitamente, anche se non in via esclusiva, che le coppie omosessuali possano accedere al matrimonio, ritenendo quest'ultimo una delle diverse scelte in capo al legislatore. Ma come vedremo questa affermazione non è unanimemente accettata dalla dottrina.

⁵³⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 138/2010, considerato in diritto, punto 8.

⁵⁴⁰ In questo senso R. Pinardi, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno) della tradizione*, in nuova giur. civ. comm., 11/2010, pp. 527-536; A. Melani, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, in www.forumcostituzionale.it, consultato 28 agosto 2012; F. Calzaretto, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*, in www.forumcostituzionale.it, 13 maggio 2010.

La parte della sentenza che, come sarà analizzato in seguito, ha generato le maggiori critiche attiene alla dichiarazione di infondatezza del paramento individuato nell'art. 29 Cost. La Corte pur ammettendo che «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere “cristallizzati” con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore»⁵⁴¹, tuttavia ha sostenuto che l'orizzonte culturale e giuridico dei costituenti riguardava il solo matrimonio tra uomo e donna, ne sarebbe prova il fatto che la questione omosessuale non fu oggetto di dibattito e, pertanto, – ha concluso la Corte – non era possibile dare un'interpretazione così estensiva della famiglia costituzionale da ricomprendere unioni che l'Assemblea costituente non aveva considerato. A sottolineare il carattere eterosessuale del matrimonio “costituzionale” concorrerebbero pure il riferimento all'uguaglianza giuridica dei coniugi, che farebbe accenno alla posizione storicamente discriminata delle donne all'interno della famiglia; e, infine, l'accostamento con la successiva norma sulla filiazione (art. 30 Cost.) che attribuirebbe rilievo costituzionale alla potenziale finalità procreativa.

La questione transessuale, utilizzata dai giudici rimettenti a sostegno di un allargamento dell'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso, è utilizzata, al contrario, dalla Corte come argomento confermativo dell'eterosessualità del matrimonio, poiché vede nel cambiamento anagrafico di sesso e quindi nella diversità di sesso tra i nubendi il fattore dirimente per contrarre matrimonio.

Come conseguenza logica, quindi, è stata dichiarata non fondata la lesione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), dal momento che le norme del codice civile “incriminate” trovano fondamento nella definizione della famiglia come fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.), e che «le unioni omosessuali» - ha chiarito la Corte nella sentenza - «non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»⁵⁴², quindi non essendo le due situazioni comparabili possono essere trattate legittimamente in modo differente.

Tuttavia pure in questo caso la Corte non ha escluso una possibile equiparazione e si è riservata la possibilità di sindacare in futuro la ragionevolezza della diversità

⁵⁴¹ Corte costituzionale, sentenza n. 138/2010, considerato in diritto, punto 9.

⁵⁴² Corte costituzionale, sentenza n. 138/2010, considerato in diritto, punto 9.

trattamento riservato alle coppie omosessuali, rispetto a quello previsto per le coppie coniugate⁵⁴³.

Il giudice costituzionale, infine, non ha ritenuto ammissibile la questione di legittimità in riferimento all'articolo 117.1 Cost. poiché né la Cedu né la Carta di Nizza impongono «la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso»⁵⁴⁴.

La sentenza ha provocato reazioni tutt'altro che unanimi: ha rassicurato i detrattori del matrimonio omosessuale, che hanno visto la questione definitivamente risolta, o tutt'al più procrastinata all'intervento eventuale del legislatore; e scontentato i suoi sostenitori, che non hanno ottenuto quella sentenza additiva, che avrebbe ancorato il Paese alle legislazioni più recenti in ambito europeo.

Nondimeno, poiché le argomentazioni addotte dalla Corte sono sembrate, a parte della dottrina, fragili e in alcuni passaggi perfino contraddittorie⁵⁴⁵, la sentenza ha, di fatto, lasciato gli studiosi ancorati alle precedenti convinzioni facendo «gravare sulla comunità degli interpreti l'onere di un'incerta ricostruzione»⁵⁴⁶.

Sulle conseguenze della sentenza si sono confrontate teorie discordi: la prima ha sostenuto che alla luce delle argomentazioni della Corte un'eventuale legge sul matrimonio omosessuale sarebbe illegittima⁵⁴⁷ e che, addirittura, potrebbe considerarsi lesiva del dettato costituzionale ogni altra forma di riconoscimento che conegni alle

⁵⁴³ Si veda il commento che ne fa P. Veronesi, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 10/2010, pp. 997-1008.

⁵⁴⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 138/2010, considerato in diritto, punto 10.

⁵⁴⁵ Di questo avviso A. Melani, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, www.forumcostituzionale.it, consultato 28 agosto 2012; F. Mastromattino, *Il matrimonio conteso: le unioni omosessuali in una eclettica pronuncia della Corte costituzionale italiana*, *Dir. fam.*, 1/2011, pp. 439-469.

⁵⁴⁶ I. Massa Pinto, C. Tripodina, *“Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”*. *Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010*, in *Dir. Pubbl.*, 1-2/2010, pp. 471-494.

⁵⁴⁷ Di questo avviso Ruggeri, *“Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo corte costituzionale n. 138 del 2010?*, in *Riv. Aic.*, 4/2011; D'Angelo, *La consulta al legislatore: questo matrimonio nun s'ha da fare*, in www.forumcostituzionale.it, 15 aprile 2011; Dal Canto, *Le coppie omosessuali davanti alla corte costituzionale: dalla “aspirazione al matrimonio al “diritto” alla convivenza*, in *Riv. Aic.*, 2 luglio 2010; 2007; I. Massa Pinto, C. Tripodina, *“Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”*. *Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010*, in *Dir. Pubbl.*, 1-2/2010, pp. 471-494; M. Cartabia, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, cit.; S. Bordonali, *Il matrimonio tra conservazione, evoluzione e fughe in avanti*, in *Dir. fam.*, 2/2011, pp. 555-574; e di recente A. Spadaro, *Matrimonio “fra gay”*, cit.; tra i sostenitori della necessità di una riforma dell'art. 29 Cost., pure, S. Troilo, *La nozione di famiglia tra regole costituzionali e Status personali*, contributo al Convegno annuale del Gruppo di Pisa *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania, 7-8 giugno 2013.

coppie dello stesso sesso diritti simili a quelle sposate, giacché si verrebbe a creare di fatto un'altra forma di famiglia, differente e alternativa a quella costituzionalmente tutelata⁵⁴⁸.

La seconda visione, al contrario, ha continuato a ritenere che l'articolo 29 Cost. non vieti affatto l'introduzione per via legislativa del matrimonio *same sex* e ha ancorato la propria argomentazione alla constatazione, che oggetto del giudizio di costituzionalità non era la legittimità del matrimonio omosessuale, ma solo la sua possibile estensione per via giurisprudenziale⁵⁴⁹. Il "giudici delle leggi" dichiarando infondata la questione avrebbe, quindi, solamente ritenuto di non invadere la sfera di competenza del legislatore, al quale si prospettano tutte le soluzioni possibili⁵⁵⁰.

Una posizione intermedia è sostenuta, infine, da coloro che hanno ritenuto la sentenza n. 138/2010 come un'effettiva chiusura al matrimonio⁵⁵¹ - ma non ad altre forme di regolamentazione delle unioni tra persone dello stesso sesso - e in ogni caso momentanea e superabile da un "non inusuale" cambio di orientamento con decisione *overruling*⁵⁵². A sostegno di un superamento gioca il richiamo all'argomento della tradizione, apparso incoerente e anacronistico e pertanto superabile, come altre volte è già avvenuto.

⁵⁴⁸ V. Tondi della Mura, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della "libertà"*, in *Dir. fam.*, 1/2011, pp. 4-23; S. Spinelli, *Il matrimonio non è un'opinione*, www.forumcostituzionale.it, 27 aprile 2010.

⁵⁴⁹ F. Saitto, *La giurisprudenza tedesca in materia di Eingetragene Lebenspartnerschaft tra garanzie d'istituto e Abstandsgebot. Spunti di comparazione con la sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana*, in www.forumcostituzionale.it, 17 marzo 2011; A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it, consultato 28 agosto 2012, A. Melani, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, www.forumcostituzionale.it, consultato 28 agosto 2012; F. Biondi, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, relazione tenuta al Convegno annuale del Gruppo di Pisa *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania, 7-8 giugno 2013.

⁵⁵⁰ A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010*, cit. M. D'Amico, *Una decisione ambigua*, cit. In questa direzione sembra andare anche la sentenza della Corte di Cassazione 4184 del 2012, che interpretando le parole della "Consulta" sostiene che «La sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010 ha negato fondamento costituzionale al diritto al matrimonio tra due persone dello stesso sesso. Dunque, il suo riconoscimento e la sua garanzia [...] in quanto non costituzionalmente obbligati, sono rimessi alla libera scelta del Parlamento».

⁵⁵¹ P. Veronesi, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio*, cit.

⁵⁵² A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010*, cit.; Francesca Biondi, *Famiglia e matrimonio*, cit. F. Calzaretti, *Coppie di persone dello stesso sesso*, cit. Tra coloro che ritengono possibile ma comunque difficile una sentenza *overruling* Veronesi, *Il paradigma eterosessuale*, cit.

2.4.1. *L'interpretazione originalista*

A destare le maggiori critiche alla sentenza sono stati; il riferimento all'originale intento dei costituenti e alla tradizione, l'esaltazione di alcuni caratteri della famiglia, la sottovalutazione del principio di uguaglianza e, infine, la delega al legislatore di un diritto interpretato come fondamentale.

L'interpretazione originalista è persa, innanzitutto, in contrasto con i recenti orientamenti della Corte costituzionale, che l'aveva abbandonata a vantaggio di quella evolutiva, per dare cittadinanza ai cosiddetti diritti di seconda e terza generazione⁵⁵³. E il richiamo all'intento dei costituenti non è stato considerato convincente rispetto alle finalità della sentenza per almeno tre motivazioni.

Prima di tutto, alcuni autori hanno ritenuto contraria all'intenzione dei costituenti la pretesa della Corte costituzionale di fare dell'art. 29 Cost. il baluardo di un predeterminato archetipo di famiglia, considerata, invece, la preoccupazione dell'Assemblea costituente di sottrarre la famiglia all'ingerenza dello Stato tanto da inserire la locuzione di «società naturale»⁵⁵⁴.

Non è valso a persuadere alcuni commentatori neppure la supposizione che dietro l'omissione in Assemblea costituente della questione omosessuale, fosse rintracciabile una volontà di escludere l'unione tra persone dello stesso sesso dal novero della famiglia definita all'articolo 29, poiché, il silenzio verso un fenomeno non ancora emerso non equivale a contrarietà⁵⁵⁵:

«Proprio l'argomento "originalista" – i costituenti certo non pensavano, scrivendo la parola "matrimonio", all'ipotesi che i coniugi potessero essere anche persone dello stesso sesso – si rivolge contro il superamento di questa contraddizione: siccome i costituenti neppure immaginavano che un giorno coppie omosessuali avrebbero avanzato la pretesa che il diritto

⁵⁵³ Sulle tecniche interpretative della Corte Costituzionale in materia di diritti si veda lo studio di C. Tripodina, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale italiana in materia di diritti fondamentali*, disponibile nella sezione "studi e tecniche interpretative" dell'Archivio di diritto e storia costituzionali dell'Università di Torino.

⁵⁵⁴ P. Veronesi, *Il paradigma eterosessuale*, cit., pp. 1002 ss. Per una ricostruzione delle interpretazioni data alla «società naturale» si rimanda a quanto già scritto.

⁵⁵⁵ Romboli ricorda, a questo proposito, la decisione del Tribunale costituzionale portoghese che pur constatando l'intenzione del costituente non era quella di introdurre il matrimonio tra persone dello stesso sesso ha ritenuto che questo non fosse sufficiente a impedire lo sviluppo dell'istituzione. (R. Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la corte dice "troppo" o "troppo poco"*, in *Riv. aic.*, 2 luglio 2010).

riconosca in qualche modo la loro relazione, non si può neppure sostenere che l'art. 29.1 Cost. sia stato scritto proprio per impedire che le coppie omosessuali forzino il divieto di discriminare in base al sesso sino al punto di pretendere di contrarre matrimonio allo stesso modo in cui lo contraggono le coppie eterosessuali»⁵⁵⁶.

In secondo luogo, la stessa argomentazione varrebbe anche per le altre formazioni sociali, ricomprese dall'art. 2 Cost., che la Corte richiama, invece, a tutela delle copie omosessuali⁵⁵⁷.

Parimenti è sembrato incoerente il richiamo, in sostegno all'eterosessualità del matrimonio, alla tradizione e al codice civile precedente, in contrasto con la dichiarata volontà della Costituzione di discostarsi da quel modello autoritario e patriarcale, disegnato proprio dal canone del 1942⁵⁵⁸. Tale argomentazione finirebbe, inoltre, per invertire la gerarchia delle fonti, nel far discendere i caratteri costituzionali della famiglia dalla disciplina legislativa⁵⁵⁹.

Infine, la tesi dell'orizzonte culturale dei costituenti non reggerebbe a fronte delle modifiche già introdotte in tema di famiglia (divorzio, aborto, adozione e procreazione medicalmente assistita)⁵⁶⁰. Tuttavia la Corte stessa sembra alimentare un po' di confusione e infatti nella sentenza prima ammette che i concetti di famiglia e di matrimonio non possano dirsi cristallizzati, poi nega la possibilità di un'interpretazione evolutiva.

2.4.2. *La parità tra i sessi e la potenzialità riproduttiva*

Oggetto di critiche è stata, poi, l'ipotesi che l'eterosessualità del matrimonio sia prescritta nella parità tra i coniugi, introdotta a decostruzione della tradizionale gerarchia tra i sessi, poiché – hanno sostenuto autorevoli studiosi – nulla vieta che il

⁵⁵⁶ R. Bin, *Per una lettura non svalutativa dell'articolo 29*, cit., p. 43.

⁵⁵⁷ F. Mastromattino, *Il matrimonio conteso*, cit.; concetto già espresso anche da R. Bin, *Per una lettura non svalutativa*, cit. Favorevoli invece all'interpretazione originalista, tra gli altri, Spinelli, *Il matrimonio non è un'opinione*, www.forumcostituzionale.it, consultato 25 agosto 2013.

⁵⁵⁸ Di questo avviso Pugiotto, per il quale la scelta di ricorrere alla tradizione è una «strategia argomentativa debolissima» (A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010*, cit., p.7).

⁵⁵⁹ In tal senso: F. Mastromattino, *Il matrimonio conteso*, cit.;

⁵⁶⁰ In tal senso R. Romboli, *Il diritto "consentito"*, cit.

principio paritario possa applicarsi a discriminazioni differenti da quelle basate sul sesso quali l'età, la disponibilità economica o la fede religiosa⁵⁶¹, e, al contrario, il riferimento al concetto neutro di “coniugi” permetterebbe di includervi anche la coppia omosessuale⁵⁶².

Un altro punto dibattuto ha riguardato la potenziale funzione riproduttiva, che la Corte ha portato a sostegno sempre della famiglia eterosessuale e che ha permesso al “giudice delle leggi” di escludere l'equiparazione tra unione omosessuale e matrimonio. In un passaggio la Corte ha, infatti, ravvisato che l'accostamento dell'articolo 29 Cost., dedicato alla famiglia, all'articolo 30 Cost., dedicato alla filiazione, non sia dovuto solo a un'affinità tematica, ma piuttosto all'intenzionalità di creare un legame tra matrimonio e riproduzione. Questa affermazione è stata criticata dai commentatori e considerata come una concessione all'etica cattolica⁵⁶³, dal momento che nel codice civile, diversamente da quanto avviene, appunto, nel diritto canonico, la capacità procreativa non è un requisito per contrarre matrimonio (si possono sposare, in effetti, coppie sterili, coppie anziane e pure coppie formate da un coniuge transessuale)⁵⁶⁴.

Infine, i critici hanno “rimproverato” alla Corte di avere assunto alcuni caratteri della famiglia lasciandone in ombra altri, e soprattutto di avere sottovalutato il principio di uguaglianza, per sottrarsi a un'equiparazione tra coppie omosessuali e eterosessuali, violazione che molti davano per evidente, alla luce della definizione neutra (coniugi) dei componenti della coppia proposta dall'art. 29 Cost.⁵⁶⁵.

Ad alcuni commentatori è apparso, poi, incoerente il delegare alla discrezionalità del legislatore l'esigibilità di un diritto fondamentale, che al contrario dovrebbe trovare attuazione attraverso istituti giuridici già esistenti⁵⁶⁶.

⁵⁶¹ A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010*, cit.

⁵⁶² R. Romboli, *Il diritto “consentito” al matrimonio*, cit.

⁵⁶³ F. Mastromattino, *Il matrimonio conteso*, cit.; A. Melani, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, www.forumcostituzionale.it, consultato 28 agosto 2012. Tra gli autori che fanno derivare la definizione del matrimonio civile a quello religioso canonico S. Bordonali, *Il matrimonio tra conservazione*, cit., p. 559ss.

⁵⁶⁴ Si veda, ad esempio, quanto scrivono: R. Pinardi, *La Corte, il matrimonio omosessuale*, cit. M. Croce, *Diritti fondamentali e programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte costituzionale un deciso stop al matrimonio omosessuale*, www.formuncostituzionale.it, 23 aprile 2010

⁵⁶⁵ Si veda quanto scrivono a proposito F. Biondi, *Famiglia e matrimonio*, cit.; Romboli, *Il diritto consentito al matrimonio*, cit.

⁵⁶⁶ Di questo avviso C. Silvis, *Il matrimonio omosessuale tra il “non s'ha da fare” dell'art. 29 e del “si può fare” dell'art. 2 della Costituzione*, in www.formuncostituzionale.it; M. Croce, *Diritti fondamentali e programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio*:

La sentenza, alla luce di quanto affrontato, è stata considerata “eclettica” e non definitiva. Si è fatta strada l’idea che la Corte, accogliendo di fatto l’indicazione della avvocatura di Stato circa la prevalente competenza del legislatore, non abbia voluto attirare critiche politiche o increspare le acque già molto agitate su un tema delicato come quello della famiglia,⁵⁶⁷ per ritagliarsi un ruolo neutrale e operare su singoli profili.

Nonostante le critiche e i presentimenti di un superamento della decisione, al momento la Corte costituzionale ha, invece, confermato interamente la sua interpretazione con altre due ordinanze emesse, su casi analoghi, a pochi mesi di distanza⁵⁶⁸.

In mancanza dell’azione della Corte costituzionale, le richieste di migliaia di cittadini di vedere riconosciuta la propria unione possono essere esaudite da altri due soggetti: il Parlamento, attraverso l’approvazione di una legge, come suggerito dalla Suprema corte, e i giudici comuni, tramite l’estensione, per via interpretativa, alle coppie omosessuali di alcuni diritti già goduti dai conviventi eterosessuali.

Il vulnus di legislazione potrebbe, inoltre, essere in contrasto con il diritto fondamentale di contrarre matrimonio previsto anche dalla Cedu (art.12), diritto che oltretutto la Corte ha riconosciuto, solo pochi mesi dopo, allo straniero⁵⁶⁹.

2.5. Opinioni in parlamento e comun sentire

2.5.1. Un falso universalismo

Il clima politico attorno alla questione delle unioni omosessuali è da oltre un decennio molto vivace. Il parlamento italiano non ha dibattuto, fino ad epoca molto recente, specificamente del “matrimonio gay”, ma la questione è sempre stata affrontata

dalla Corte costituzionale un deciso stop al matrimonio omosessuale, www.formuncostituzionale.it, 23 aprile 2010; R. Romboli, *Il diritto “consentito” al matrimonio*, cit.; G. Brunelli, *Famiglia e Costituzione*, cit.

⁵⁶⁷ In tal senso, I. J. Patrone, *Il matrimonio tra persone omosessuali davanti alla Corte costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4/2009, pp. 147ss; Mastromattino, *Il matrimonio conteso*, cit.

⁵⁶⁸ Si tratta delle ordinanze n. 276/2010 e n. 4/2011. Con nota di G. Cosco, *Le unioni omosessuali e l’orientamento della Corte costituzionale*, in *Giust. Civ.*, 2011, pp. 845-853.

⁵⁶⁹ Corte costituzionale, ordinanza n. 245/2011. La corte ha dichiarato illegittima la norma (art. 1, comma 15 della legge 94/2009) che in materia di sicurezza pubblica limitava l’accesso al matrimonio dello straniero al possesso del permesso di soggiorno, ritenendo irragionevole la limitazione di un diritto fondamentale come quello al matrimonio.

nel quadro più generale del riconoscimento delle unioni di fatto. Nondimeno ogni proposito riformatore si è sempre arenato sui diritti delle unioni tra persone dello stesso sesso e, in particolare, sull'eventualità che un loro riconoscimento giuridico possa aprire la strada alle adozioni.

Prendendo spunto dalle legislazioni europee, ma ben attento a non promuovere modelli di convivenze che fossero un'alternativa istituzionalizzata del matrimonio, il Parlamento italiano ha discusso come già accennato, a partire dagli anni Ottanta, delle forme di regolamentazione dei diritti dei conviventi.

Al di là delle considerazioni sul merito dei progetti di legge presentati, e già in parte analizzati, appare interessante, qui, ripercorre il dibattito parlamentare e pubblico che ne scaturì al fine di sondare le opinioni dei rappresentanti politici e di quel cosiddetto "comune sentire" spesso evocato a contrarietà delle unioni omosessuali.

Accanto al richiamo di laicità, per scelte che riguardavano milioni di cittadini, al mutamento dei costumi sociali, che rendono necessario un aggiornamento dei canoni normativi, e al riconoscimento dei diritti degli omosessuali come tramite per combattere la cultura omofobica, troviamo, pure, posizioni di netta contrarietà alle unioni tra persone dello stesso sesso.

Tra i favorevoli alla regolamentazione delle unioni omosessuali l'opinione maggiormente diffusa fa riferimento a quello che l'on Del Pennino espresse, qualche anno fa, in commissione giustizia del Senato:

«Pur comprendendo, ma non condividendo, le ragioni di quanti ritengono che la regolamentazione delle convivenze costituisca un *vulnus* all'istituto matrimoniale e pur riconoscendo alla Chiesa cattolica il diritto di richiamare i credenti agli irrinunciabili principi etici della dottrina cristiana, l'oratore ritiene che compito del legislatore sia quello di offrire una risposta adeguata ad una società nella quale il fenomeno della convivenza appare tutt'altro che minoritario⁵⁷⁰».

Nell'altro campo delle opinioni, invece, il richiamo più ricorrente è all'idea di famiglia quale società finalizzata alla procreazione e, quindi, formata da una donna e da un

⁵⁷⁰ Senato, Commissione giustizia, Del Pennino (Dc-Repubblicani-Movimento autonomia), resoconto n. 66 del 27 marzo 2007.

uomo, come efficacemente riassunto dal resoconto dell'intervento dell'on. Rocco Buttiglione:

«Ciò che costituisce invece, ad avviso dell'oratore, il vero scopo del disegno di legge è rispondere alla domanda di riconoscimento che proviene da una particolare categoria di persone, gli omosessuali, i quali chiedono allo Stato di assicurare alla loro unione la medesima dignità giuridica riservata alla famiglia. Ciò non può essere ammesso in ragione della esplicita configurazione di matrimonio che la Carta costituzionale offre all'articolo 29. Il matrimonio, centrato sulla figura della madre e del bambino, è ordinato naturalmente alla procreazione e alla educazione della prole, tanto che le stesse provvidenze che lo Stato dispone a favore della famiglia si giustificano in ragione dell'obbligo che i genitori assumono davanti allo Stato, di mantenere, istruire ed educare i figli, sacrificando spesso a tal fine gran parte della propria vita professionale. Quindi, considerando la naturale sterilità della coppia omosessuale, l'estensione degli stessi diritti a quest'ultima categoria di persone si configura come una violazione del principio di uguaglianza che, correttamente inteso, implica anche il dovere di non trattare allo stesso modo situazioni del tutto diverse»⁵⁷¹.

La maggior parte dei parlamentari contrari alla regolamentazione delle convivenze omosessuali si rifaceva, quindi, all'idea di una contrapposizione tra le unioni dello stesso sesso e la salvaguardia della famiglia, tanto che dall'approvazione di una legge sulle convivenze veniva fatta discendere la distruzione della famiglia stessa⁵⁷² e la possibile apertura al riconoscimento di «fenomeni come quelli della poligamia»⁵⁷³, della pedofilia e dell'incesto⁵⁷⁴.

Altre volte, dietro al rifiuto si cela un vero e proprio timore dell'omosessualità, pratica da non incentivare poiché «in contrasto con il bene comune»⁵⁷⁵. O ancora, perché la sua diffusione avrebbe portato a «un processo di isterilimento e decadenza, tanto da indurre alcuni studiosi ad ipotizzare una relazione fra la decadenza ed il crollo di alcune società storiche, come l'impero romano, e la diffusione dell'omosessualità»⁵⁷⁶.

In altri casi ancora l'omosessualità era ridotta a una scelta o ad una aspirazione personale, che non doveva per forza trovare cittadinanza giuridica «determinando una

⁵⁷¹ Senato, commissione giustizia, Buttiglione (Udc), resoconto n. 62 del 14 marzo 2007.

⁵⁷² Senato, Pirovano (Leganord), resoconto n. 89, 15 dicembre 2006.

⁵⁷³ Senato, De Poli (Udc), resoconto n. 83, 12 dicembre 2006.

⁵⁷⁴ Senato, commissione giustizia, D'Onofrio (Udc) resoconto n. 73 del 2 maggio 2007.

⁵⁷⁵ Senato, commissione giustizia, Bianconi (Fi) resoconto n. 74 del 8 maggio 2007.

⁵⁷⁶ Senato, commissione giustizia, Castelli (Leganord) resoconto n. 66 del 27 marzo 2007.

dittatura dei desideri che trasforma[va] capricci personali in diritti umani fondamentali»⁵⁷⁷. Si riscontrava, ovvero, un tentativo di vanificare la richiesta di diritti e di rispettabilità, attraverso un falso universalismo eterosessuale, che porta alla neutralizzazione dell'orientamento sessuale riconducendolo ad ambito privato e, quindi, non rilevante giuridicamente.

Altre argomentazioni contrarie al riconoscimento delle coppie omosessuali riguardavano, poi, il costo maggiore per la collettività che l'allargamento dei diritti avrebbe comportato su pensioni di reversibilità o assegni familiari⁵⁷⁸. Altra preoccupazione, ben più rilevante, comprendeva il tema delle adozioni che, tra convinzioni retrive e non meglio specificati studi psicologici, avrebbe portato all'aumento dell'omosessualità tra gli adottati⁵⁷⁹ o addirittura al commercio di bambini⁵⁸⁰.

In aggiunta a quanto sopra descritto è rintracciabile, infine, una posizione definita "liberale", che ritiene semplicemente indebita l'ingerenza dello Stato nel campo delle unioni di fatto, eterosessuali o omosessuali. Di questo avviso il senatore Malan, che definì i progetti di legge in materia di convivenza ispirati a:

«una ideologia profondamente statalista, in base alla quale qualsiasi fenomeno sociale, se non è riconosciuto dallo Stato, non esiste o non è lecito. Tale visione appare profondamente contraria ad una coerente laicità, perché pretende che qualsiasi legame di carattere affettivo, sia

⁵⁷⁷ Senato, commissione giustizia, Bianconi (Fi) resoconto n. 74 del 8 maggio 2007.

⁵⁷⁸ Così l'on. Valditarà: «Non appare quindi razionale che l'intera comunità si faccia carico di costi aggiuntivi per favorire persone, quali i membri di una coppia omosessuale, che non hanno dovuto fare rinunce nell'interesse dei figli». Atti parlamentari, Senato della Repubblica, commissione giustizia, resoconto n. 79 del 16 maggio 2007. E l'onorevole Bobba (Ulivo) «l'oratore ritiene che in gioco non sia tanto la difesa di una visione cattolica della società, quanto piuttosto la necessità di tutelare un istituto fondamentale per la tenuta del corpo sociale - la famiglia appunto - le cui politiche ormai non riescono a rispondere alle esigenze e le aspettative dei cittadini italiani. Al riguardo egli rileva come la scelta di concepire un figlio sia spesso frustrata dagli aggravati economici che ciò determina, anche in considerazione degli altissimi canoni di locazione, della precarietà del lavoro e della difficoltà di reinserimento nel mercato da parte di chi ha scelto - per un determinato periodo - di occuparsi esclusivamente della prole». Atti parlamentari, Senato della Repubblica, commissione giustizia, resoconto n. 80 del 17 maggio 2007.

⁵⁷⁹ Il senatore Burani Procaccini (Forza Italia) ha sostenuto «che qualificati studi psicologici hanno valutato nella misura del trenta per cento *l'imprinting* nel senso di una preferenza verso la tendenza omosessuale determinata nello sviluppo del bambino, dalla circostanza di crescere in una famiglia omosessuale in quei paesi in cui la legge consente questo tipo di adozione». Atti parlamentari, Senato della Repubblica, commissione giustizia, resoconto n. 74 del 8 maggio 2007.

⁵⁸⁰ È quanto espresso dal sottosegretario alla Famiglia Carlo Giovanardi. Si veda, Marco Pasqua, *Giovanardi shock sulle adozioni gay: «Esploderebbe il commercio di bimbi»*, «La Repubblica», 20 settembre 2010.

tra persone di sesso diverso sia tra persone dello stesso sesso, acquisisca carattere di liceità solo nell'ipotesi in cui l'ordinamento statale lo riconosce, laddove invece, in uno Stato liberale, qualsiasi comportamento è lecito finché non viola norme di legge»⁵⁸¹.

Ancora una volta il tema divideva, travalicando gli schieramenti di partito, cosicché all'interno delle formazioni coesistevano posizioni favorevoli e contrarie, difficilmente riducibili a sintesi. Era il caso delle contrapposte visioni nel Partito democratico, pur nell'orizzonte di una regolamentazione delle unioni di fatto, tra la presidente Rosi Bindi, che più volte si era detta contraria al matrimonio tra omosessuali⁵⁸² e il vice presidente Ivan Scalfarotto attivo sostenitore dei diritti dei gay⁵⁸³. Così come, nel campo opposto convivevano aperture laiche e tra queste quelle compiute dall'onorevole Chiara Moroni⁵⁸⁴, con ferventi sostenitori della famiglia tradizione contrari a qualsiasi legge che regolamenti le unioni di fatto, capeggiati dal già ricordato Giovanardi. E pure, in una piccola formazione come era Futuro e Libertà, di fronte alle aperture promosse da alcuni esponenti, era stato stilato un manifesto dei «laici-credenti» per la difesa della famiglia «naturale costituita da un uomo e una donna»⁵⁸⁵.

La frattura andava consumandosi tra il campo laico e quello cattolico e d'altro canto il peso delle ingerenze vaticane fu, in alcuni frangenti, inequivocabile, come quando il cardinal Ruini nel 2007 sconsigliò i parlamentari cattolici dall'approvare una legge sulle unioni di fatto, segnando l'inizio del tramonto del governo Prodi⁵⁸⁶.

Al di fuori del dibattito parlamentare, delineano l'immaginario comune pure alcune esternazioni pronunciate da rappresentanti delle istituzioni, sebbene al di fuori delle proprie funzioni, come quelle di Gianfranco Fini, il quale sostenne che una persona

⁵⁸¹ On Lucio Malan (FI), Atti parlamentari, Senato della Repubblica, commissione giustizia, resoconto n. 66 del 27 marzo 2007.

⁵⁸² Nico di Giuseppe, *Bindi: «Matrimonio? I gay si inventino un altro istituto*, in «Il Giornale», 7 settembre 2012.

⁵⁸³ Alessandro Trocino, *Scalfarotto: Rosy capisca noi gay. Sì ai matrimoni*, in «Corriere della Sera», 9 novembre 2019.

⁵⁸⁴ Monica Guerzoni, *La sfida della Moroni «Sì alle nozze gay»*, in «Corriere della Sera», 21 dicembre 2010.

⁵⁸⁵ Maria Antonietta Calabrò, *Famiglia e valori. Il «manifesto» dei laici-credenti di Futuro e Libertà*, in «Il Corriere della sera», 28 novembre 2010.

⁵⁸⁶ «Nessun politico che si proclami cattolico può appellarsi al principio del pluralismo e dell'autonomia dei laici in politica, favorendo soluzioni che compromettano o che attenuino la salvaguardia delle esigenze etiche fondamentali per il bene comune della società». Si parlava, inoltre, di «dovere morale [del parlamentare cattolico] di esprimere chiaramente e pubblicamente il suo disaccordo e votare contro qualsiasi progetto di legge che possa dare un riconoscimento alle unioni gay». (tratto da una nota della Conferenza episcopale, 27 marzo 2007).

omosessuale non avrebbe potuto fare il maestro perché diseducativo per i bambini⁵⁸⁷ e ancora quelle dell'allora presidente del Consiglio Silvio Berlusconi, che accusato di prostituzione minorile, dichiarò che era meglio essere appassionati di belle ragazze che gay⁵⁸⁸.

Nell'attuale legislatura, il dibattito sulla questione omosessuale in senso generale è stato nuovamente alimentato dalla discussione alla Camera di un disegno di legge sull'omofobia. Il provvedimento al di là dei suoi contenuti, estratti dal Trattato di Amsterdam, offre l'occasione per uno sguardo aggiornato sulle resistenze ancora persistenti, tra alcuni politici cattolici, nei confronti del matrimonio omosessuale. Il testo mira a introdurre un'aggravante per i reati nei confronti di persone omosessuali ed è già stato bocciato ben tre volte negli ultimi anni⁵⁸⁹.

Ora come allora, perdurano continui riferimenti alla dottrina cattolica e alla libertà di coscienza: nel 2007 fu l'onorevole Francesco Cossiga a tuonare contro l'inserimento di norme contro l'omofobia:

«Se la sinistra radicale crede che una norma siffatta possa abilitare i giudici a condannare chi, come me, aderisce all'insegnamento della Chiesa e oltre al peccato contro natura (e quindi all'unione tra non eterosessuali) crede nei dieci Comandamenti per violazione del Trattato di Amsterdam commette un atto di colossale ignoranza e presunzione».

Nel dibattito odierno le stesse posizioni sono assunte da una parte del movimento cattolico che definisce la legge «pericolosa»⁵⁹⁰ e dall'on Giovanardi per il quale la violenza sugli omosessuali non esiste⁵⁹¹ e taccia la legge in discussione come «liberticida ed eterofoba», poiché «vuol colpire con il carcere chi non è d'accordo per esempio con il matrimonio o l'adozione di bambini da parte di coppie gay»⁵⁹².

⁵⁸⁷ Felice Saulini, Giulio Benedetti, *Fini: un gay non può fare il maestro*, in «Corriere della Sera», 9 aprile 1998.

⁵⁸⁸ *Berlusconi attacca gay e stampa*, «Corriere della Sera», 3 novembre 2010.

⁵⁸⁹ Si confronti, S. Agosta, *Uno sguardo sulle unioni omosessuali dalla prospettiva comparatistica: una lezione che stenta ancora ad essere imparata*, in www.forumcostituzionale.it, 21 settembre 2011, p. 17.

⁵⁹⁰ Angelo Piccariello, *Omofobia, 5 giorni in più per non sbandare*, in «Avvenire», 26 luglio 2013; Giulia Foschi, *Il popolo di CL raccoglie firme contro la legge anti-omofobia*, «La Repubblica», cronaca di Bologna, 21 agosto 2013.

⁵⁹¹ Sonia Oranges, *La violenza sugli omosessuali? Non esiste*, in «Il Secolo XIX», 12 agosto 2013.

⁵⁹² Dichiarazione dell'on. Giovanardi, Ansa, 11 agosto 2013.

Questo richiamo al tradimento della libertà di coscienza, intesa non come possibilità di agire secondo le proprie convinzioni, ma come accusa di voler neutralizzare le posizioni di chi si oppone ai matrimoni gay in nome di una convinzione religiosa, era peraltro, stata già avanzata dal pontefice Benedetto XVI nei confronti dell'*Equality Bill*, che nel Regno Unito aveva riconosciuto i diritti delle coppie omosessuali⁵⁹³. Identica argomentazione è stata recentemente utilizzata in Francia nell'avanzare la richiesta (non accolta) di far valere l'obiezione di coscienza da parte degli ufficiali di diritto civile, per non celebrare i matrimoni tra persone dello stesso sesso.

Nonostante il cauto cambio di rotta sull'omosessualità, che sembra avere intrapreso il nuovo pontefice Francesco (senza però aperture sui matrimoni omosessuali)⁵⁹⁴, la spaccatura tra credenti e non credenti non sembra, ad oggi, essersi assottigliata.

2.5.2. *L'immaginario pubblico tra "parere degli esperti" e società civile*

Ampio spazio al tema dei matrimoni gay è stato dato nell'ultimo anno sulla stampa dove il "parere degli esperti" ha scandagliato la questione spinosa, anche se non all'ordine del giorno, della possibilità di adozione per le coppie omosessuali.

Il dibattito ha mostrato sia le divergenze all'interno di una disciplina quale la psicologia, spesso chiamata in causa per calcolare i possibili rischi sui minori dati in adozione⁵⁹⁵, sia il radicamento di alcune sorpassate posizioni sull'omosessualità, come la convinzione che si tratti di una libera scelta e non di un naturale orientamento sessuale⁵⁹⁶.

⁵⁹³ F. Cavallera, *Un caso a Londra l'attacco del Papa alle leggi pro gay*, «Corriere della Sera», 3 febbraio 2010.

⁵⁹⁴ *Quando Papa Francesco era favorevole alle unioni civili omosessuali*, in «Liberò», 20 marzo 2013; A. Grana, *Papà Francesco: «Chi sono io per giudicare gli omosessuali*, in «Il Fatto quotidiano», 29 luglio 2013.

⁵⁹⁵ Silvia Vigetti Finzi si è detta contraria all'adozione per le coppie omosessuali spiegando l'importanza per i bambini di crescere con entrambe le figure genitoriali (S. Vigetti Finzi, *Freud e il senso della divisione dei ruoli. «Ai bambini servono entrambe le figure*, in 27esimaora.corriere.it, 2 gennaio 2013); al contrario Fulvio Scaparro ha posto l'accento sulla costruzione dell'identità attraverso una rete di persone e di riferimenti ben più ampio di quello genitoriale (L. Pronzato, *Scaparro: L'identità si costruisce su una rete di persone*, «Corriere della Sera», 3 gennaio 2013); l'American Psychological Association, invece, ha sostenuto che non ci sono differenze tra i figli di coppie omosessuali e eterosessuali. (M. Mazzotto, *Lasciate che i gay si sposino. Anche la psicologia ha detto sì*, in «La Stampa», 1 maggio 2013).

⁵⁹⁶ Così il filosofo Adriano Pessina sul tema delle adozioni omosessuali. (D. Monti, *Si ai diritti per le coppie gay. Ma si nasce da uomo e donna*, in «Corriere della Sera», 4 gennaio 2013).

Come gruppi di pressione sul Parlamento agiscono, invece, sia le associazioni di natura confessionale per la difesa della famiglia sia il movimento per i diritti dei gay e delle persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender (Lgbt).

Le prime guardano con preoccupazione alle richieste di matrimonio omosessuale e si pongono, in accordo con la dottrina cattolica, a difesa dei valori e dei diritti della famiglia come “società naturale” fondata sul matrimonio. A questo scopo nacque nel 1992 il Forum delle associazioni familiari, organizzazione assunta agli onori della cronaca per avere organizzato nel 2007 il primo Family Day, proprio nei mesi in cui il Parlamento stava discutendo della regolamentazione delle convivenze. La posizione del Forum sulle unioni omosessuali può essere sintetizzata dalle parole del portavoce di commento alla sentenza della Corte suprema americana che ha rotto il monopolio eterosessuale del matrimonio: «Dopo tre millenni in cui la famiglia è sempre stata quella tra un uomo ed una donna, oggi è in corso una battaglia su scala mondiale per scardinare questo fondamento antropologico della società»⁵⁹⁷.

Sul versante del riconoscimento delle unioni omosessuali operano invece l’Arcigay, l’associazione delle Famiglie Arcobaleno, e le numerosi gruppi per i diritti Lgbt, formazioni nate per denunciare il clima culturale omofobico, promuovere un’immagine positiva dell’omosessualità e rivendicare uguali diritti civili in campo familiare.

All’interno dello stesso mondo omosessuale vi sono posizioni diversificate nei confronti dell’allargamento dei diritti, come è normale che sia in ogni “gruppo” sociale. Sul tema del matrimonio, la cerchia dei favorevoli, dei contrari o degli indifferenti è mutata nel tempo: se negli anni Cinquanta sembrava impossibile anche solo ipotizzare il matrimonio tra persone dello stesso sesso, e negli anni Settanta le organizzazioni omosessuali preferivano parlare di convivenza, considerando il matrimonio un istituto “borghese”, è indubbio che oggi la maggior parte delle associazioni chiede, invece, un’equiparazione dei diritti familiari pur nella libertà di scelta di ciascuno⁵⁹⁸.

Sul tema delle adozioni, pietra della discordia o pretesto utilizzato per confondere le acque, la posizione dei militanti dell’Arcigay sembra essere orientata, inoltre, al più sensato riformismo nel non rivendicare il diritto «fino a quando la coppia omosessuale

⁵⁹⁷ Comunicato del Forum delle associazioni familiari, *La congiura contro la famiglia ha scavalcato l’Atlantico*, in «Avvenire», 26 giugno 2013.

⁵⁹⁸ Sulle opinioni del “mondo omosessuale” si veda M. Barbagli, A. Colombo, *Omosessuali moderni*, cit., pp. 286ss.

sarà bersaglio di preconcetti e di uno stigma sociale»⁵⁹⁹. Altri problemi vengono posti all'ordine del giorno e assunti come più importanti e tra questi la custodia della prole in caso di divorzio e la tutela dei figli delle cosiddette famiglie arcobaleno, già formate da genitori omosessuali.

Nel campo associativo, lo scontro si alimenta della mancanza di basi su cui confrontarsi poiché da parte dei difensori della famiglia di ispirazione cattolica il tema è affrontato come una contrapposizione tra verità inconciliabili, invece, dal lato dei sostenitori del matrimonio omosessuale è inteso come un semplice allargamento dei diritti.

D'altronde, le divergenze sono il riflesso delle posizioni della Chiesa cattolica, che da sempre ha ritenuto la morale e la famiglia come di sua specifica se non esclusiva competenza, certo è che valutando le opinioni in campo risulta al momento difficile promuovere una legge che muovendosi sui valori della tolleranza, della libertà e della non discriminazione dia risposte alle esigenze di vita di donne e uomini nell'ambito delle relazioni affettive, se ci si imbatte nella continua pretesa di una verità indiscussa.

È pur tuttavia, il dibattito è vivace anche all'interno del variegato mondo cattolico⁶⁰⁰ dove si fronteggiano le posizioni di chi come il precedente pontefice⁶⁰¹, ha sostenuto una continuità nelle interpretazioni della dottrina e chi, al contrario sostiene la necessità di una discontinuità per non trovarsi isolata da i suoi fedeli più giovani⁶⁰² e indica un punto di incontro tra cultura laica e cultura cristiana nel rispetto della diversità degli individui⁶⁰³.

La cosiddetta “coscienza sociale” sembra mutare più in fretta dei suoi rappresentanti, e stando a una rilevazione del 2006 la metà dei cittadini sotto i 54 anni sarebbe

⁵⁹⁹ G. dall'Orto, *La “tolleranza repressiva” dell'omosessualità*, cit., p. 51.

⁶⁰⁰ È utile ricordare che l'Arcigay ha tra i suoi fondatori proprio un prete don Marco Bisceglia.

⁶⁰¹ Nel 1986 l'allora cardinale Joseph Ratzinger scriveva che l'omosessualità «costituisce una tendenza [...] verso un comportamento cattivo dal punto di vista morale. Per questo motivo l'inclinazione stessa deve essere considerata come oggettivamente disordinata». (Riportato in *Omosessuali e Stato. Quaderni di critica omosessuale*, n. 3, 1987, p. 20 n.).

⁶⁰² Alberto Melloni, uno dei massimi studiosi di Storia della Chiesa non condividendo l'attacco di Papa Benedetto XVI ai matrimoni gay, esprimeva preoccupazione per una Chiesa che «si troverà isolata dai suoi fedeli [che] guardano con delusa indulgenza a una chiesa che ha dimenticato che la vita è fatta di percorso tortuosi e cerca di presidiare un punto del confine fra il pubblico e l'intimo dove non passa nessuno». (*Il messaggio del Papa per il 2013 e l'insidia dei matrimoni gay*, «Il Corriere della sera», 16 dicembre 2012).

⁶⁰³ G.e Caputo, *Omosessualità e diritto canonico*, in *Omosessuali e Stato. Quaderni di critica omosessuale*, n. 3, 1987, p. 66.

disponibile al riconoscimento di alcuni diritti agli omosessuali e la porzione più giovane, quella sotto i 34 anni, si è detta favorevole al riconoscimento del matrimonio omosessuale⁶⁰⁴.

2.6. Registri civili: i diritti si fermano in città

Negli ultimi quindici anni in assenza di una normativa statale sulle convivenze, alcune città italiane si sono dotate di registri civili dedicati alle coppie non sposate indipendentemente dall'orientamento sessuale, introducendo uno strumento amministrativo altamente simbolico⁶⁰⁵.

I registri nascono, infatti, con il duplice intento di garantire pari considerazione a tutte le famiglie nel campo dei servizi comunali e di far emergere, nel contempo, un bisogno sociale rimasto inascoltato.

Le prime città a dotarsi dello strumento comunale furono Empoli, nel 1993, e Firenze, nel 1998, ma in ambo i casi le delibere istitutive dei registri furono annullate dal Comitato regionale di controllo, per incompetenza comunale a intervenire su una materia riservata al legislatore statale. Tuttavia, il Tar della Toscana chiamato, in seconda analisi, a pronunciarsi sul tema dal Comune di Firenze, interpretava come legittimo il registro fiorentino, poiché la sua compilazione non avrebbe implicato il riconoscimento di uno status giuridico, interferendo così con l'anagrafe, ma avrebbe prodotto solo uno strumento utile all'esercizio delle funzioni proprie del comune.

Allo stesso modo, il Tar del Veneto convalidava, anni dopo, il registro adottato dal comune di Padova col confermare la funzione amministrativa del provvedimento, che sottintendeva non un'illegittima equiparazione quanto una distinzione tra la famiglia costituzionale fondata sul matrimonio eterosessuale e altre forme di convivenza, rilevanti solo in tema di servizi municipali⁶⁰⁶.

Altri comuni, nel tempo, hanno seguito le orme dei capoluoghi citati e tra questi, Napoli, Torino, Bologna, Bari, Milano e, di recente, Palermo, e hanno differenziato le modalità di costituzione del registro scegliendo tra una lista autonoma da quella

⁶⁰⁴ Le rilevazioni sono riportate in M. Barbagli, A. Colombo, *Omosessuali moderni*, cit., pp. 310-311.

⁶⁰⁵ Si veda M. R. Allegri, Rimedi palliativi all'inerzia del legislatore: i registri comunali delle unioni civili e i loro censori, in *Riv.Aic.*, 2012.

⁶⁰⁶ Per una ricostruzione delle prime esperienze si veda, tra gli altri, L. Imarisio, *Il registro delle unioni civili*, relazione tenuta al Convegno annuale del Gruppo di Pisa "La famiglia davanti ai suoi giudici", Catania, 7-8 giugno 2013.

dell'anagrafe (così ad esempio, Milano) oppure il riconoscimento di un attestato di famiglia basato sul registro anagrafico (soluzione praticata, ad esempio, a Torino).

Nella maggioranza dei casi, con l'eccezione di Torino, posso iscriversi ai registri due persone conviventi e la cancellazione avviene per cessata coabitazione, cambio di residenza comunale o richiesta congiunta dei conviventi o anche di uno dei due.

Gli effetti della registrazione civile sono, pertanto confinati all'ambito amministrativo e riguardano le aree di competenza comunale (casa, servizi sociali, politiche attive, formazione e scuola, trasporti) e l'accesso alle stesse condizioni riservate alle coppie coniugate ai servizi municipali.

Le critiche mosse a questa forma di riconoscimento hanno riguardato il disequilibrio esistente tra i pochi diritti che ne derivano, dai quali rimangono escluse però importanti misure quali le agevolazioni per l'accesso al mutuo o gli assegni di mantenimento, e i doveri e le conseguenze non sempre vantaggiose che ne discendono e tra queste ad esempio il cumulo dei redditi dei soggetti conviventi e il conseguente aumento della fiscalità⁶⁰⁷.

È facilmente immaginabile, invece, la portata simbolica dell'istituzione di un registro comunale, escamotage politico per dare riconoscimento sociale e pari dignità alle coppie omosessuali, che non possono vedere altrimenti soddisfatto il proprio bisogno di tutela e di pubblica identificazione.

Per questo motivo, in alcune realtà il registri sono stati approvati a seguito di una battaglia politica condotta nelle aule del Consiglio comunale, che ha visto fronteggiarsi sostenitori del riconoscimento delle coppie di fatto con difensori della famiglia tradizionale e che ha ripercorso dibattiti e tesi già analizzate in ambito parlamentare.

È stato, questo, il caso milanese, dove alla concretizzazione di una proposta, già annunciata dall'attuale sindaco Giuliano Pisapia fin dalla campagna elettorale, si è arrivati dopo un anno di discussioni e mediazioni tra maggioranza di centro sinistra e opposizione.

Per enfatizzare la finalità emancipatrice e di sensibilizzazione della pubblica opinione, che si cela dietro ai registri delle unioni civili, alcune municipalità hanno incentivato l'elemento rituale e pubblico della registrazione, elemento cavalcato dalla

⁶⁰⁷ G. La Delfa, *Sessualità e diritti Lgtb*, riportato in L. Imarisio, *Il registro delle unioni civili*, cit.

stampa locale e che ha dato risalto alle prime coppie registrate suscitando interesse e discussione.

L'approvazione dei registri ha prodotto commenti contrastanti e accanto alle opinioni di chi ha ritenuto antistorica l'opposizione alle unioni civili identificandole, invece, come grande sintomo di progresso⁶⁰⁸, si è registrato il dissenso di coloro che presagivano il danneggiamento della famiglia.

Da segnalarsi a Milano l'iscrizione nel registro delle Unioni civili della *civil partnership* contratta all'estero da una coppia omosessuale italiana, a dimostrazione della portata simbolica e innovativa dei registri.

I registri comunali delle unioni civili di certo non risolvono il problema dell'esclusione dal matrimonio delle coppie omosessuali, anzi lo amplificano, confermando la discriminazione di una parte di cittadini che vorrebbero sposarsi ma non possono. Ma così facendo rendono visibile una realtà vivente e impossibile la sua negazione.

In sostanza sono un palliativo in attesa della medicina, che è rappresentata da quel «riconoscimento giuridico» richiesto dalla Corte costituzionale nella famigerata sentenza del 2010.

3. «On gay marriage, Italy increasingly alone»⁶⁰⁹: uno sguardo comparator

Nel giro di un decennio sono aumentati esponenzialmente i paesi occidentali che riconoscono il matrimonio omosessuale⁶¹⁰, ribaltando una situazione che fino a pochi anni fa veniva giustificata con il richiamo al rispetto delle differenti tradizioni giuridico-culturali. Gli ultimi in ordine di tempo, ad introdurre il matrimonio tra persone dello

⁶⁰⁸ U. Veronesi, *Bene discuterne, ma opporsi alle unioni civili è antistorico*, in «Corriere delle Sera», 29 luglio 2012.

⁶⁰⁹ E. Povoledo, *On gay marriage, Italy increasingly alone*, in «International Herald Tribune», 28 Maggio 2013.

⁶¹⁰ Si tratta in ordine di approvazione di Olanda (2001), Belgio (2003), Spagna (2005), Norvegia (2008), Svezia (2009), Portogallo e Islanda (2010), Danimarca (2012), Francia e Inghilterra e Galles (2013). A questi si aggiungono in altri contesti giuridici: gli Stati Uniti, il Canada, l'Argentina, il Brasile, la Nuova Zelanda, lo stato di Città del Messico, il Sudafrica e l'Uruguay. Per una cronologia aggiornata al 2011 si veda S. Agosta, *Uno sguardo sulle unioni omosessuali*, cit.

stesso sesso, sono stati i Parlamenti di Francia e Gran Bretagna, e contemporaneamente la situazione è mutata anche oltreoceano, negli Stati Uniti⁶¹¹.

Di pari passo con l'evoluzione legislativa, molto è cambiato, negli ultimi anni, anche sul versante politico-culturale, come testimoniano sia la risoluzione dell'Onu contro le discriminazioni in base all'orientamento sessuale⁶¹², sia le prese di posizione di tre tra i più importati leader del mondo occidentale (Obama⁶¹³, Hollande⁶¹⁴ e Cameron⁶¹⁵) improntate al riconoscimento del matrimonio omosessuale come promessa di governo.

Una breccia a favore dell'omosessualità sembra essersi aperta perfino in ambito religioso, con la benedizione conferita dalla Chiesa valdese alle unioni tra persone dello stesso sesso e con l'apertura del nuovo pontefice, Francesco I, alla condizione di gay e lesbiche⁶¹⁶.

Lo scenario culturale e il rapido mutamento legislativo, hanno acuito la solitudine dell'Italia, che in tema di tutela delle coppie omosessuali è rimasta fanalino di coda europeo in compagnia della sola Grecia.

Gli studiosi di diritto costituzionale nel tratteggiare le linee di sviluppo della legislazione sul matrimonio omosessuale, erano soliti fare riferimento alle differenze esistenti tra quei paesi dotati di disposizioni costituzionali in tema di famiglia e di matrimonio e che incontravano perciò limiti rigorosi imposti dal dettato; e quelli che al contrario disponevano di ampio spazio di intervento non trovando vincoli costituzionali.

In effetti le costituzioni europee non si occupano tutte e allo stesso modo del rapporto tra famiglia e Stato: se la maggior parte dei testi considera la famiglia quale struttura portante della società, diversificati sono, invece, i livelli di tutela e soprattutto differente risulta il rapporto tra questa e il matrimonio. Alla luce dei mutamenti, non

⁶¹¹ Il matrimonio tra omosessuali è stato introdotto in Francia con legge del 18 maggio 2013; in Inghilterra con il Marriage (same sex couples) Act 2013, convalidato dalla regina il 17 luglio 2013; negli U.S.A. con l'intervento della Corte Suprema, che con la sentenza del 26 giugno 2013 (U.S. v. Windsor), ha abolito l'atto (Doma) che definiva il matrimonio a livello federale esclusivamente eterosessuale.

⁶¹² Risoluzione approvata il 17 giugno 2011 con il voto contrario dei paesi di religione islamica e dei paesi africani ad esclusione del Sudafrica. Per un commento sulla portata della risoluzione si veda M. C. Vitucci, *La tutela dell'orientamento sessuale. Dall'incriminazione delle condotte omosessuali all'emersione del diritto a non essere discriminati*, in *Riv. Aic*, 4/2012.

⁶¹³ La presa di posizione del presidente degli Usa ha avuto parecchia eco sui media italiani, si veda per tutti *Sposa chi ami*, in «Corriere della Sera», 8 settembre 2012.

⁶¹⁴ Si consulti, ad esempio, lo *Speciale elezioni presidenziali, Francia 2012*, 6 maggio 2012, in www.corriere.it.

⁶¹⁵ Ad esempio, S. Hoggart, *David Cameron puts us straight on gay marriage*, in «The Guardian», 20 dicembre 2012.

⁶¹⁶ Per il mutato contesto si veda S. Agosta, *Uno sguardo sulle unioni omosessuali*, cit.

sembra però essere più questa la chiave di lettura per comprendere appieno l'evoluzione normativa del matrimonio, e per quanto rimanga valida la divisione tripartita delle forme di tutela per le coppie omosessuali in matrimonio, unione registrata, e convivenza di fatto, sono radicalmente mutate le proporzioni del loro utilizzo⁶¹⁷.

L'evoluzione europea del diritto di famiglia sembra, infatti, portare dalla tutela della famiglia come soggetto collettivo, al riconoscimento dei diritti dei singoli componenti. Tale mutamento conduce alla trasformazione della concezione stessa di famiglia, non più vista quale espressione di interessi patrimoniali e sovraordinati ma bensì come formazione in cui gli individui svolgono la propria personalità.

Nel diritto di famiglia italiano questa parabola risulta ancora incompleta, bloccata da strascichi di tradizione che hanno creato un modello «che a tratti denota finanche vaghi accetti paternalistici» e non hanno ancora «condotto all'abbandono dell'archetipo» dell'unione tra uomo e donna nonostante la realtà sociale sia ben più complessa e in continua evoluzione⁶¹⁸. In effetti, come già analizzato non esiste neppure in dottrina un accordo sull'evoluzione che il diritto dovrebbe compiere: verso un comun denominatore identificato nella tutela dei diritti umani e nel conseguente riconoscimento dei diritti dei singoli, oppure nella salvaguardia della tradizionale tutela di diritti sovraordinati.

Senza voler avallare una dittatura della maggioranza, in base alla quale conformarsi per sola emulazione a quanto avvenuto in Europa, è indubbio che un confronto con i diversi modelli di tutela della famiglia presenti nelle legislazioni europee può essere d'ausilio, per rintracciare utili soluzioni a problemi comuni e per superare quegli ostacoli di natura politica e sociale, oltre che giuridica, che ancora ostano all'approvazione di una anche minimale disciplina a favore delle convivenze omosessuali in Italia.

Al fine di rendere efficace una sempre difficile comparazione, nelle pagine che seguono si prenderà in considerazione l'evoluzione normativa dei paesi più affini al

⁶¹⁷ Solo tre anni fa, nel marzo 2010 erano un'esigua minoranza i paesi che prevedevano il matrimonio omosessuale (Belgio, Olanda, Norvegia e Svezia); la maggioranza quelli che regolamentavano le unioni registrate e tra questi una buona parte riservandole solo alle coppie omosessuali (Portogallo, Germania, Danimarca, Finlandia, Francia, Regno Unito, Irlanda, Repubblica Ceca, Slovenia e Ungheria); e, infine, Italia, Grecia, Austria erano privi di disciplina per la convivenza di fatto. Si confronti *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, P. Passaglia, a cura di, marzo 2010, disponibile sul sito della Corte costituzionale nella sezione "Studi di diritto comparato".

⁶¹⁸ V. Zambrano, *La famiglia e l'insostenibile leggerezza dell'essere. Un itinerario tra diritto privato e Chaos naturale delle relazioni umane*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, p. 399 e 400.

nostro: per cultura, come nel caso dei paesi mediterranei di tradizione cattolica (Spagna, Portogallo e Francia) che hanno di recente aperto al matrimonio omosessuale; o per contesto costituzionale, in riferimento alla Germania, che tutela in altro modo le unioni tra persone dello stesso sesso⁶¹⁹.

3.1. Omosessuali al di là delle Alpi

Il caso spagnolo presenta caratteri interessanti per le vicende italiane, sia per le modalità con le quali si è giunti all'approvazione di una legge sia per il contesto costituzionale in cui è maturato, sebbene la carta iberica tenga separate l'istituzione della famiglia dal matrimonio⁶²⁰.

Innanzitutto, i modi con i quali è avvenuto il riconoscimento presentano caratteri di gradualità: l'introduzione del matrimonio *same sex*, avvenuta con legge nel 2005, è stata, infatti, anticipata dalla diffusione di norme (regionali), che attribuivano rilevanza anche alle stabili convivenze omosessuali, ovvero si è giunti al riconoscimento dopo una preventiva "sensibilizzazione normativa" al tema. È da rilevare, a questo proposito, come un processo analogo sia in atto pure in Italia, attraverso la menzionata disciplina regionale e comunale⁶²¹.

Il secondo ambito di interesse è quello costituzionale, poiché la Costituzione spagnola, contrariamente al nostro art. 29 Cost., chiama in causa direttamente la diversità di sesso dei nubendi nell'affermare il diritto dell'uomo e della donna di contrarre matrimonio e, tuttavia, questo non ha impedito al Tribunale costituzionale di procedere a una lettura evolutiva della disposizione. Lettura più rispondente, per ammissione stessa del giudice costituzionale spagnolo, sia alla realtà sociale sia a quella rinnovata definizione di matrimonio, che emerge dal confronto con altri ordinamenti

⁶¹⁹ All'analisi comparata dei modelli europei, seppur non aggiornata, è dedicato il numero monografico di *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010; inoltre, C. Saracino, *Le unioni civili in Europa: modelli a confronto*, in *Dir. fam.*, 3/2011, pp. 1471-1501.

⁶²⁰ «L'uomo e la donna hanno il diritto di contrarre matrimonio in piena eguaglianza giuridica. La legge regolerà le forme di matrimonio [...]» (Art. 32 Cost. spagnola).

⁶²¹ Sulle vicende spagnole si vedano M. Iacometti, *La tutela della famiglia in Spagna*, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, pp. 613-643; C. Guerrero Picò, *Spagna*, in *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit.

europei e con le recenti indicazioni provenienti dall'Unione europea e delle corti comunitarie e internazionali⁶²².

Altrettanto interessante risulta, poi, l'esempio portoghese che parte, analogamente al caso italiano, da una disposizione costituzionale neutra rispetto al sesso dei nubendi⁶²³ e da un codice civile che fino al 2009 prescriveva l'eterosessualità del matrimonio⁶²⁴.

Il tribunale costituzionale portoghese chiamato a pronunciarsi sul tema una prima volta nel 2009, ha ritenuto che le disposizioni costituzionali non costituivano ostacolo a un'eventuale scelta del legislatore di introdurre nell'ordinamento il matrimonio tra persone dello stesso sesso, cosa che è puntualmente avvenuta nel dicembre dello stesso anno⁶²⁵. Interpellato una seconda volta, per decidere preventivamente circa la legittimità della legge, il giudice costituzionale portoghese ha dato parere positivo al matrimonio omosessuale, ricorrendo ad argomentazioni forti, quali: la necessaria connessione tra il diritto e la realtà sociale, ed esprimendo, quindi, un netto rifiuto per la pietrificazione del matrimonio; e, non da ultimo, indentificando il nucleo essenziale dell'istituto nella «realizzazione di comunione di vita», nella «condivisione» e nella «mutua assistenza», elementi ritenuti «naturalmente anche alla portata di due persone dello stesso sesso che vogliano in tal modo vincolarsi una con l'altra e dinnanzi allo Stato ed essere come tali riconosciute dalla comunità»⁶²⁶.

È interessante notare come sia il tribunale spagnolo sia quello portoghese pervengano a una rinnovata definizione dell'istituto matrimoniale, che trae origine dall'affetto, dalla solidarietà e dalla volontà dei coniugi e non dal loro orientamento sessuale, sottraendo dall'alveo delle priorità la potenziale capacità procreativa.

Differente, ma non meno importante, è il paragone con la vicenda tedesca, caratterizzata da un contesto costituzionale affine al nostro nella tutela del binomio

⁶²² Tra i commenti alla sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo si vedano, E. Azcano, *La Corte costituzionale spagnola dice sì al matrimonio omosessuale*, in www.personaedanno.it; L. Conte, *Matrimonio omosessuale e giustizia costituzionale; la posizione del Tribunale costituzionale portoghese (sentenza n. 121/2010) e del Tribunale costituzionale spagnolo (sentenza n. 198/2012)*, in www.forumcostituzionale.it.

⁶²³ «Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei». (Art. 36 Cost. portoghese).

⁶²⁴ Per una ricostruzione commentata della vicenda portoghese sino al 2009 si veda A. Ciammariconi, *Le dinamiche evolutive della tutela giuridica della famiglia e del matrimonio nell'ordinamento portoghese*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, pp. 676-697.

⁶²⁵ Sulla vicenda si veda V. Valenti, *Lezioni dall'Europa*, in *La «società naturale»*, cit., pp. 369-376.

⁶²⁶ Sentenza del tribunale costituzionale portoghese n. 121/2010, nella traduzione italiana a cura di Rete Lendford-Avvocatura per i diritti LGBTI, disponibile in www.forumcostituzionale.it.

famiglia e matrimonio, e da una simile giurisprudenza costituzionale, nel considerare il matrimonio solo come l'unione tra uomo e donna⁶²⁷.

Proprio per salvaguardare l'eterosessualità del matrimonio, il legislatore tedesco ha adottato nel 2001 un istituto riservato alle sole coppie omosessuali, il *Lebensgemeinschaft*, che concede diritti e impone doveri simili, ma non identici, a quelli riservati ai coniugi.

Tuttavia la differenza tra matrimonio e *Lebensgemeinschaft* è andata assottigliandosi nel tempo per effetto delle sentenze del tribunale costituzionale tedesco che, prima, hanno attribuito ai partner omosessuali diritti simili a quelli di marito e moglie⁶²⁸, e, in un secondo momento, hanno depotenziato la diversificazione dei due istituti in base all'orientamento sessuale nel giudicare due casi riguardanti i diritti dei transessuali.

Nel 2008 il Tribunale di Karlsruhe ha giudicato incostituzionali le disposizioni che imponevano ai transessuali il prerequisito del nubilato o del celibato per il mutamento di sesso, ammettendo quindi la possibile sussistenza di un matrimonio diventato omosessuale.

Con una seconda sentenza, del 2011, ha riconosciuto, invece, il diritto di accedere alla *Lebensgemeinschaft* per un transessuale in caso di cambio di sesso anagrafico, ma in assenza di intervento chirurgico, consentendo in questo caso la registrazione di un'unione biologicamente eterosessuale.

La vicenda tedesca appare, pertanto, in via di evoluzione per effetto delle vicende testé richiamate e delle aperture della Corte sulle adozioni individuali e considerata l'affinità costituzionale con l'Italia potrebbe rappresentare la strada, per un primo grado di riconoscimento delle unioni omosessuali anche nel nostro Paese, fermo restando la possibile incostituzionalità di un istituto simile al matrimonio ma riservato per orientamento sessuale.

⁶²⁷ Sulla vicenda si veda F. Saitto, *La giurisprudenza tedesca in materia di Eingetragene Lebenspartnerschaft*, cit.; M. T. Rörig, *Germania, in Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit.

⁶²⁸ Si fa riferimento alla sentenza del 2002 con la quale il tribunale costituzionale tedesco ha riconosciuto alle coppie dello stesso sesso *diritti simili* a quelle coniugate, eccetto la possibilità di adottare congiuntamente, chiarendo che la tutela costituzionale accordata al matrimonio non si traduce in una supremazia rispetto ad altre soluzioni giuridiche. (E. Betolini, *La tutela della famiglia nell'ordinamento tedesco*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, p. 578-594). Nel febbraio 2013, il giudice costituzionale ha accolto il ricorso di una donna che chiedeva di adottare il figlio della partner, allargando anche alle coppie omosessuali il diritto di adottare, ma non congiuntamente (BvR 3247/09, 19 febbraio 2013).

L'ultimo paese ad avere consentito, ad oggi, alle coppie omosessuali di convogliare a nozze è stata la Francia con l'approvazione di una legge nell'aprile 2013, che è stata preceduta e seguita da proteste e manifestazioni organizzate dalle associazioni cattoliche in difesa della famiglia tradizionale⁶²⁹. Fino a quella data le unioni tra persone dello stesso sesso venivano riconosciute dai Pacs, ovvero da patti solidali che comportavano alcuni doveri e alcuni diritti indipendentemente dall'orientamento sessuale, senza però influire sullo stato civile.

Dal 2013 la famiglia francese non è più concepita come un modello prescritto dalla tradizione, ma come una scelta di libertà. In tal senso si è espresso pure il Consiglio costituzionale, chiamato a giudizio preventivo di costituzionalità sulla legge sul matrimonio omosessuale, nell'affermare che l'apertura del matrimonio alle coppie omosessuali non intacca né lede il diritto a sposarsi degli eterosessuali, e pertanto ha rigettato ogni supposta lesione di libertà⁶³⁰ e, pure, la possibilità di obiezione di coscienza da parte degli ufficiali di diritto civile⁶³¹.

Da questa breve analisi delle vicende comparate si possono trarre alcuni spunti generali da riportare all'attenzione dei professionisti del diritto: in primo luogo, sembra ormai prevalere una ridefinizione dell'istituto matrimoniale che non contempli più l'eterosessualità e la potenziale capacità riproduttiva tra le caratteristiche fondanti. Da considerazione complessiva fa, in parte, eccezione il caso tedesco, tuttavia la questione transessuale ha aperto una breccia nella diversificazione dei due istituti, che regge solo all'anagrafe.

In secondo luogo, viene a cadere uno dei principali motivi in sostegno della differenziazione dei diritti tra coppie eterosessuali e non: l'adozione omosessuale non è più un tabù, è prevista anche congiuntamente dalla legislazione francese e spagnola e implicita nella possibilità di adottare i figli del partner in Germania e in Portogallo.

Infine, il riconoscimento del matrimonio omosessuale si sta imponendo come libertà di scegliere la forma familiare e poggia sull'assunto che non vi siano diritti da

⁶²⁹ Si veda la cronaca sui quotidiani, ad esempio, S. Montefiori, *Nozze gay, la grande marcia per il no*, in «Corriere della Sera», 14 gennaio 2013; A. Mattioli, *Paternità, maternità, égalité*, in «La Stampa», 14 gennaio 2013.

⁶³⁰ «L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe ne porte aucune atteinte aux droits acquis nés de mariages antérieurs. Par suite, le grief tiré de l'atteinte à la liberté du mariage [...] doit être écarté». (Decisione n. 2013-669 DC, 17 maggio 2013,).

⁶³¹ Decisione n. 2013-853, 18 ottobre 2013.

bilanciare, poiché le unioni tra persone dello stesso sesso non ledono la definizione dei matrimoni già celebrati e neppure i diritti degli eterosessuali. Questa ultima considerazione giuridica, ma anche di buon senso, potrebbe essere il punto di svolta della condizione omosessuale anche in Italia. La libertà d'altro canto consiste nel non imporre una dottrina o una convinzione morale a coloro che non la condividono.

4. Per concludere: alla ricerca di un bilanciamento laico tra principi da difendere e diritti da conquistare

4.1. La prospettiva di un diritto laico

La divaricazione tra la realtà giuridica e la realtà sociale fin qui analizzata ha, a mio avviso, come unica matrice la difficoltà di costruire un diritto laico attorno all'istituto della famiglia e alla realizzazione della persona. Sul tema del matrimonio si stanno, via via, scaricando le tensioni che precedono l'avverarsi della secolarizzazione di un istituto creato e ancora molto influenzato dal diritto canonico⁶³².

Il bilanciamento dei diritti e non l'imposizione di valori o la scelta di una morale è compito richiesto a un ordinamento pluralista e non confessionale come il nostro, infatti se la morale è cristallizzata nelle convinzioni religiose e invece mutante nelle società terrene. È necessario allora chiedersi quali siano i diritti (e non le convinzioni morali) che devono essere bilanciati per assolvere all'istanza di riconoscimento che proviene dalle coppie di persone dello stesso sesso.

Se mettiamo sui due piatti della bilancia giuridica la libertà degli eterosessuali a contrarre matrimonio e il diritto degli omosessuali ad accedervi, non sembra esservi nulla da bilanciare, poiché come già affermato dalle corti costituzionali francese e portoghese «l'attribuzione del diritto al matrimonio a persone dello stesso sesso non intacca la libertà di contrarre matrimonio delle persone di sesso diverso, ne modifica i

⁶³² In tal senso «La scienza giuridica contemporanea si trova a dover ricostruire in chiave laica e secolarizzata un istituto, il matrimonio, che si è evoluto lungo i binari del diritto canonico e che è tributario di una certa precisa tradizione culturale» (E. Mostacci, *La disciplina della famiglia nella Costituzione italiana*, cit., p. 549).

doveri e i diritti che per esse ne derivano ne la rappresentazione o immagine che esse o la comunità possano attribuire al loro *status* matrimoniale»⁶³³.

Se, invece, intendiamo operare un bilanciamento tra il principio della conservazione dell'istituto matrimoniale e il diritto alla piena affermazione alla dignità della persona, siamo di fronte, io credo, a principi e diritti che non pesano allo stesso modo. Se la famiglia matrimoniale è la formazione sociale in cui i singoli esprimono la propria personalità, l'esito è scontato ed è quello del riconoscimento delle unioni omosessuali, esito verso il quale stanno confluendo tutte le legislazioni del mondo occidentale.

Tuttavia l'evoluzione giuridica per il riconoscimento delle famiglie omosessuali può compiersi in diverse tappe e coinvolgere differenti attori (Corti supreme, giudici comuni, legislatore statale e regionale). Se prendiamo spunto dalla storia occidentale e dall'analisi fin qui svolta possiamo identificare un percorso progressivo che parte dalla depenalizzazione degli atti di sodomia (dal XVIII secolo agli anni '70 del Novecento), passando, poi, alle prime norme antidiscriminatorie sul lavoro (anni Ottanta), per arrivare al riconoscimento delle convivenze e alla parificazione di alcuni profili (dalla seconda metà degli anni Ottanta) e, infine al riconoscimento pieno delle unioni omosessuali attraverso un istituto ad hoc o il matrimonio (dal 2001 ad oggi)⁶³⁴.

4.2. *Quali soluzioni legislative*

Dove si posiziona oggi l'Italia all'interno di questo percorso?

Il nostro paese è stato per lungo tempo un anticipatore di riforme, come per l'abolizione del reato di sodomia⁶³⁵, ma è ad oggi tra gli ultimi a negare un riconoscimento alle unioni omosessuali, tanto da avere attirato, per questo, il plauso della Russia, nazione non certo all'avanguardia sul versante dei diritti umani⁶³⁶.

⁶³³ Sentenza del tribunale costituzionale portoghese n. 121/2010, cit., motivazione n. 25, corsivo dell'A. Analogamente la Corte costituzionale francese «L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe ne porte aucune atteinte aux droits acquis nés de mariages antérieurs. Par suite, le grief tiré de l'atteinte à la liberté du mariage [...] doit être écarté». (2013-669 DC, 17 mai 2013, JORF du 18 mai 2013 page 8281, texte n°10, cons. 23).

⁶³⁴ Una ricostruzione dell'evoluzione legislativa nel mondo è contenuta anche in R. Torino, *Le coppie dello stesso sesso*, cit.

⁶³⁵ F. Bilotta, *Il matrimonio per le coppie dello stesso sesso: le ragioni del sì*, in R. Torino, *Le coppie dello stesso sesso*, cit., 173.

⁶³⁶ Si fa riferimento all'annuncio di sospendere le adozioni internazionali di bambini russi verso tutti i paesi europei meno che verso l'Italia, unica nazione "virtuosa" nel non riconoscere diritti alle unioni omosessuali.

La necessità di una legge che regolamenti le unioni tra persone dello stesso sesso «con i connessi diritti e doveri»⁶³⁷ è stata ricordata dalla Corte costituzionale nel 2010, e ribadita, con peso e autorevolezza diversa, dall'allora presidente della Consulta, Franco Gallo, nel discorso del 2012.

Il legislatore, se vorrà disciplinare la materia, potrà scegliere quale modello adottare, e quindi se provvedere a un iniziale e generico riconoscimento delle convivenze ed equiparare coniugi e partner registrati per alcuni specifici profili; oppure introdurre un istituto simile a quello matrimoniale, ma riservato alle sole unioni *same sex* sul modello tedesco; o ancora optare fin da subito per l'allargamento del matrimonio alle coppie omosessuali, sull'esempio di quanto avvenuto in realtà affini alla nostra come quella portoghese.

Ognuna di queste ipotesi, laddove introdotte per via legislativa potrebbe incontrare obiezioni o presentare carenze. Ad esempio, un riconoscimento generico della convivenza attraverso la parificazione di alcuni diritti potrebbe non essere sufficiente, alla luce delle affermazioni fatte dalla Corte costituzionale nel richiamare i «caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività di diritti e doveri, che nascono soltanto dal matrimonio»⁶³⁸.

Tuttavia anche la scelta di un istituto *ad hoc*, che escluda magari alcuni profili più controversi come l'adozione, se è sufficiente *verso l'estero* per «ottenere gli stessi effetti di visibilità, legittimazione e riconoscimento nonché le stesse garanzie di tutela di cui godono marito e moglie in virtù dello status coniugale»⁶³⁹, potrebbe non passare a un vaglio di ragionevolezza del diverso trattamento, come già avvenuto in Germania per le *Lebensgemeinschaft*, o essere interpretato dalla Corte costituzionale come una forma minore del rapporto coniugale⁶⁴⁰.

Nondimeno l'introduzione del matrimonio per tutti, che però appare ad oggi l'ipotesi meno probabile per mancanza di condivisione politica e sociale, potrebbe sollevare dubbi di costituzionalità interpretando la sentenza 138/2010, come una affermazione del carattere eterosessuale del matrimonio.

⁶³⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 138/2010, considerato in diritto, punto 8.

⁶³⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 45/1980. I caratteri che differenziano matrimonio e convivenza sono ribadite pure in altre pronunce e tra queste le n. 404/1988, n. 310/1989, n. 352/2000.

⁶³⁹ Così, B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere*, cit., p. 21.

⁶⁴⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 8/1996.

4.3. Possibili sviluppi giurisprudenziali

Negli ultimi due anni ci sono, per la verità, alcuni segnali che provengono da attori diversi (Cassazione, Regioni, Comuni, e Tribunali) e che sembrano protendere verso il riconoscimento della forma più ugualitaria, il matrimonio, avvalorando l'idea del riconoscimento delle famiglie omosessuali come diritto che preme dal basso e che traccia un panorama di riferimento in rapida evoluzione.

Basta richiamare brevemente, tra gli esempi più significativi, la definizione data dalla Cassazione del matrimonio omosessuale celebrato all'estero come non inesistente, ma inidoneo *al momento* a produrre effetti giuridici; la decisione del Tribunale di Reggio Emilia di riconoscere il permesso di soggiorno al partner omosessuale a tutela dell'*unione familiare*, e quella del Tribunale dei Minori dell'Emilia Romagna di *affidare* un minore a una coppia omosessuale. Pende, infine, davanti alla Corte costituzionale la questione dello scioglimento automatico del matrimonio "transessuale", questione dagli sviluppi incerti. In aggiunta a queste novità giurisprudenziali, vi è inoltre una prolifica e già ricordata azione normativa promossa da Regioni e Comuni all'avanguardia.

Quel che sembra difficile negare è che il perdurare di una lacuna legislativa alimenterebbe il caos producendo un'azione a spot, da parte dei giudici comuni su singoli casi, e probabilmente un intervento più deciso della Corte costituzionale, se non addirittura del diritto comunitario⁶⁴¹.

Due sembrano essere, fin qui, le questioni in sospeso su cui il diritto si interroga, e che possono incrinare l'archetipo del matrimonio eterosessuale: la trascrizione di un'unione contratta all'estero e l'esistenza di un matrimonio omosessuale a seguito della ratifica del sesso di uno dei nubendi.

Nel primo caso si aprono alcuni scenari possibili: il primo riguarda un nuovo ricorso alla Corte Costituzionale per illegittimità delle norme del codice civile rispetto alla nuova interpretazione di "vita familiare" che la sentenza Schalk and Kopf ha dato dell'art. 8 Cedu⁶⁴².

La seconda possibilità riguarda, invece, un intervento del diritto comunitario nell'imporre un riconoscimento dei matrimonio *same sex* contratti all'estero a tutela

⁶⁴¹ Di questo avviso P. Moreschini, *La formazione del giurista e il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali*, in R. Torino, *Le coppie dello stesso sesso*, cit., 139.

⁶⁴² Di questo avviso S. Ninatti, *Ai confini dell'identità costituzionale*, cit.

della libertà di circolazione dei cittadini dell'unione, aprendo una discriminazione ai danni dei cittadini omosessuali italiani.

Infine, è ipotizzabile un intervento dei giudici di Strasburgo per violazione della convenzione, ed è utile menzionare a questo proposito che pendono proprio davanti alla Corte Edu alcuni ricorsi presentati da coppie omosessuali italiane che chiedono il riconoscimento del proprio diritto alla “vita familiare” attraverso la possibilità di contrarre matrimonio o di vedere trascritta la cerimonia celebrata all'estero⁶⁴³.

Pure la questione transessuale sottoposta per la terza volta alla Corte costituzionale⁶⁴⁴, potrebbe aprire scenari nuovi. In effetti, un'eventuale continuità dell'unione precedentemente stipulata, aprirebbe un varco al matrimonio omosessuale pur configurandolo come eccezione. Chiamerebbe, innanzitutto, in causa il bilanciamento di principi e valori identici a quelli del matrimonio omosessuale ovvero da una parte la salvaguardia dell'istituto matrimoniale e dall'altra l'identità di genere e l'autodeterminazione della persona. In secondo luogo, traccerebbe una azzardata diversità di trattamento tra persone transessuali nel concedere lo status di coniuge a colui che ha contratto matrimonio prima del cambio di sesso e vietandolo chi non potrà contrarlo in seguito al mutamento.

4.4. Il matrimonio per tutti

A giudizio di chi scrive la scelta giuridicamente e civilmente più corretta porterebbe all'allargamento del matrimonio alle coppie dello stesso sesso, non ci si trova, infatti, di fronte alla realizzazione di un nuovo diritto o di una categoria di matrimonio differente, quanto alla domanda di allargare un istituto già esistente a soggetti fino ad oggi esclusi, per questioni culturali più che giuridiche, come sembra suggerire il confronto con altre realtà europee⁶⁴⁵.

Il passaggio dal matrimonio eterosessuale al matrimonio per tutti, si configura quindi come l'ultimo in ordine di tempo dei cambiamenti, che già hanno interessato la famiglia nell'arco della storia in generale e della vita repubblicana, in particolare.

⁶⁴³ Si tratta dei ricorsi n. 36030/2011 di Felicetti et altri, n. 26413/2012 di Orlandi et altri; n. 26742/2012 di Isita e Bray.

⁶⁴⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 98/1979.

⁶⁴⁵ In tal senso si veda anche M. Montalti, *Sulla necessità di allargare gli orizzonti*, cit.

I diritti della famiglia, prima intesi come preordinati alla volontà dei singoli e freno all'uguaglianza tra i sessi, poi assunti come garanzia del trattamento di favore riservato all'unione coniugale, oggi possono essere individuati nella libertà di realizzare e autodeterminare la propria unione, in continuità con quel nucleo duro e identificativo del matrimonio rintracciabile non nell'eterosessualità, ma nell'affetto, nella solidarietà reciproca e nella prospettiva di costruire una vita assieme. Il profilo della filiazione, spesso assunto a sostegno dell'eterosessualità del matrimonio non appare sufficiente, dal momento che la Corte costituzionale, prima, e legislazione, in seguito, hanno tenuto separati l'istituto del matrimonio e il rapporto tra genitori e figli.

A sostegno dell'inclusione delle persone omosessuali tra i soggetti titolari del diritto al matrimonio concorre, inoltre, la necessità di eliminare stereotipi pericolosi e offensivi della dignità umana come quelli che si nascondono dietro il «messaggio [...] che i gay e le lesbiche non abbiamo la necessaria umanità per avere famiglia e vita familiare»⁶⁴⁶.

Pur tuttavia in un contesto democratico è necessario arrivare a una soluzione condivisa attraverso l'ascolto e il dialogo reciproco delle posizioni in campo, per evitare incomprensioni e soluzioni avvertite come prevaricanti. Per superare le obiezioni di chi continua a intendere il matrimonio come vicolo mutuato dal diritto canonico, e quindi eterosessuale, o di chi solleva dubbi sull'adozione di coppie omosessuali, può allora essere opportuno procedere con gradualità approvando una disciplina sulle unioni civili che escluda inizialmente il diritto di adozione, ma che inneschi quel processo storico-giuridico che può ragionevolmente portare, nel giro di qualche anno, a una parificazione dei diritti.

⁶⁴⁶ Decisione della Corte costituzionale Sudafricana, 1 dicembre 2005, testo disponibile sul sito dell'Aic.

Bibliografia

- Aa. Vv., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Cedam, Padova, 1986.
- Aa.Vv, *Il mantenimento per il coniuge e per i figli nella separazione e nel divorzio*, Milano, 2009.
- AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010.
- Acquarone A., *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Giuffrè, Milano, 1960.
- Ago R., *Oltre la dote: i beni femminili*, in A. Groppi, a cura di, *Il lavoro delle donne*, Laterza, Roma-Bari, 1996, 164.
- Agosta S., *Uno sguardo sulle unioni omosessuali dalla prospettiva comparatistica: una lezione che stenta ancora ad essere imparata*, in www.forumcostituzionale.it, 21 settembre 2011.
- Allegri M. R., *Rimedi palliativi all'inerzia del legislatore: i registri comunali delle unioni civili e i loro censori*, in *Riv. Aic.*, 2012.
- Alpa G., *La famiglia di fatto: profili attuali*, in *Giur. it.*, 1989.
- Anteghini A., *P.J. Proudhon e il dibattito sul ruolo delle donne*, in G. Conti Odorisio, a cura di, *Salvatore Morelli (1824-1880). Emancipazionismo e democrazia nell'Ottocento europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1993, 317.
- Astone M., *Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzione e prospettive*, in *Dir. Fam.*, 4/1999, 1462.
- Atti Assemblea costituente*, disponibili sul sito www.camera.it
- Atti del convegno, *Violenza in famiglia, quotidiana emergenza*, Verona 5 novembre 2010. Disponibile sul sito internet www.onvd.org.
- Autorino Stanzone G., *Attribuzione e trasmissione del cognome. Profili comparatistici*, in www.comparazionedirittocivile.it.
- Azcano E., *La Corte costituzionale spagnola dice sì al matrimonio omosessuale*, in www.personaedanno.it.
- Balbo L., *Time to care: politiche del tempo e diritti quotidiani*, Franco Angeli, 1987.
- Balduzzi R., *Il d.d.l. sui diritti e sui doveri delle persone stabilmente conviventi: modello originale o escamotage compromissorio?*, in *Quad. reg.*, 2007, 39.
- Balestra L., *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4/2010, 1109.
- Baraldi Bonini M., *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazioni personale*, in *Quad. cost.*, 4/2009, 871.
- Barbagli M., a cura di, *Famiglia e mutamento sociale*, Il Mulino, Bologna, 1977.
- Barbagli M., Colombo A., *Omosessuali moderni. Gay e lesbiche in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2007.

- Barbagli M., Kerzer D., a cura di, *Storia della famiglia in Europa. Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 2005.
- Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012.
- Bartole S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- Bellassai S., *L'invenzione della virilità. Politica e immaginario maschile nell'Italia contemporanea*, Carocci, Roma, 2011.
- Bellia A. J. Jr., *Federalismo e matrimonio omosessuale nell'Unione europea: una prospettiva americana*, in *Quad. cost.*, 1/2009, 131.
- Benadusi L., *Il nemico dell'uomo nuovo. L'omosessualità nell'esperimento totalitario fascista*, Feltrinelli, Milano, 2009.
- Benedetti A. M., *Quali spazi per un diritto regionale della famiglia?*, disponibile sul sito www.giurcost.org.
- Benedetti A., *Tutto ciò che è reale è... naturale? Riflessioni sull'art. 29, 1°, Cost.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 589.
- Bergonzini C., *Il convitato di pietra. Le posizioni del Parlamento sulle unioni omosessuali*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 35.
- Bertilotti S., Scattigno A., a cura di, *Il femminismo degli anni Settanta*, Viella, 2005.
- Bessone M., *Art. 29 Cost.* in G. Branca, a cura di, *Commentario della Costituzione*, 1976.
- Besta E., *La famiglia nella storia del diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1962.
- Betolini E., *La tutela della famiglia nell'ordinamento tedesco*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, 578.
- Bifulco R., Cartabia M., Celotto A., a cura di, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna 2001.
- Bilotta F., *Il matrimonio per le coppie dello stesso sesso: le ragioni del sì*, in R. Torino, *Le coppie dello stesso sesso. La prima volta in Cassazione*, Romatre Press, 2013.
- Bin R., *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 10/2000, 1066.
- Bin R., *Per una lettura non svalutativa dell'articolo 29*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010.
- Biondi F., *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, relazione tenuta al Convegno annuale del Gruppo di Pisa "La famiglia davanti ai suoi giudici", Catania, 7-8 giugno 2013.
- Blume A., *Famiglie socialiste?*, in M. Barbagli, D. I. Kerzer, a cura di, *Storia della famiglia in Europa. Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari 2005, 290.
- Bobbio N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.
- Bock G., *Povertà femminile, maternità e diritti della madre nell'ascesa dello stato assistenziale (1890-1950)*, in A. Fraisse, M. Perrot, a cura di, *Storia delle donne. Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1992, 416.
- Bonini Baraldi M., *Il matrimonio tra i cittadini dello stesso sesso contratto all'estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all'ordine pubblico?*, in *Fam. dir.*, 4/2005, 419.

- Bonini Baraldi M., *La pensione di reversibilità al convivente registrato dello stesso sesso: prima applicazione positiva della direttiva 2000/78/CE*, in *Fam. dir.*, 7/2008.
- Bordonali S., *Il matrimonio tra conservazione, evoluzione e fughe in avanti*, in *Dir. fam.*, 2/2011, 555.
- Bravo A., *Diventare cittadine. Il voto delle donne in Italia*, Giunti, Milano, 1996.
- Brunelli G., *Famiglia e Costituzione: un rapporto in continuo divenire*, in *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Donzelli, Roma, 2012.
- Buttafuoco A., *Questioni di cittadinanza. Donne e diritti sociali nell'Italia liberale*, Protagon Editori toscani, Siena, 1995.
- Caggia F., Zoppini A., *Art. 29 Cost.* in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.
- Calzaretti F., *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*, in www.forumcostituzionale.it, 13 maggio 2010.
- Camera dei deputati, *Ricerca sul diritto di famiglia*, Quaderni di studi e legislazioni, 1969.
- Caputo G., *Omosessualità e diritto canonico*, in *Omosessuali e Stato. Quaderni di critica omosessuale*, n. 3, 1987, 66.
- Carballeira Rivera M. T., *La legge spagnola per le parità effettive tra donne e uomini*, www.formuncostituzionale.it, consultato il 30 settembre 2013.
- Carbone, *Quale futuro per il cognome*, in *Fam. e dir.*, 2004, 457.
- Cardia C., *Il diritto di famiglia in Italia*, Editori Riuniti, Roma, 1975.
- Carnelutti F., *La parità dei coniugi e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, 148.
- Cartabia M., *Le avventure giuridiche della differenza sessuale*, in F. D'Agostino, a cura di, *Identità sessuale e identità di genere*, in *Quad. Iustitia*, 6/2011, 43.
- Casalini M., *La famiglia socialista. Linguaggio di classe e identità di genere nella cultura del movimento operaio*, in «Italia contemporanea», n. 241, dicembre 2005.
- Casarico A., Profeta P., *Donne in attesa. L'Italia delle disparità di genere*, Egea, 2010.
- Cassano, *Automaticità della trasmissione del cognome versus Identità personale*, in *Famiglia*, 2003, 897.
- Cattaneo G., *Il cognome della moglie e dei figli*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1997, 693.
- Cavanna A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano 2005. G. Bonacchi M., Groppi A., *Il dilemma della cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari, 1993.
- Ciammariconi A., *Le dinamiche evolutive della tutela giuridica della famiglia e del matrimonio nell'ordinamento portoghese*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, 676.
- Colombo A., Quarta C., *Il destino della famiglia nell'utopia*, Dedalo edizioni, Bari, 1991, 269.
- Conte L., *Il matrimonio omosessuale: crepuscolo di un paradigma*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 61.
- Conte L., *Le unioni matrimoniali*, relazione al convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Catania, 7-8 giugno 2013.
- Conte L., *Matrimonio omosessuale e giustizia costituzionale; la posizione del Tribunale costituzionale portoghese (sentenza n. 121/2010) e del Tribunale costituzionale spagnolo (sentenza n. 198/2012)*, in www.forumcostituzionale.it.

Conti Odorisio G., a cura di, *Salvatore Morelli (1824-1880). Emancipazionismo e democrazia nell'Ottocento europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

Cosco G., *Le unioni omosessuali e l'orientamento della Corte costituzionale*, in *Giust. Civ.*, 2011, 845.

Croce M., *Diritti fondamentali e programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte costituzionale un deciso stop al matrimonio omosessuale*, www.formuncostituzionale.it, 23 aprile 2010

Cuniberti M., *Commentario alla Costituzione*, a cura di, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Vol. I, Utet, 2006, 474.

D'Aloia A., *Omosessualità e costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010.

D'Amelia M., *La mamma*, Il Mulino, Bologna, 2005.

D'Amico M., Clara M., Alesso I., *La Cicogna e il codice. Fecondazione assistita, riflessioni e prospettive*, Franco Angeli, Milano, 2010.

D'Amico M., *I diritti contesi*, Franco Angeli, Milano, 2008.

D'Amico M., *La laicità è donna*, L'asino d'oro, Milano, 2013.

D'Amico M., *Laicità per tutti*, Franco Angeli, Milano, 2009.

D'Amico M., Pellizzone, I. a cura di, *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2010.

D'Amico M., *Una decisione ambigua*, in *Notizie di Politeia*, 100/2010, 85.

D'Angelo, *La consulta al legislatore: questo matrimonio nun s'ha da fare*", in www.forumcostituzionale.it, 15 aprile 2011.

Dal Canto F., *Persone dello stesso sesso: a distanza di ventotto anni dalla prima pronuncia, ancora chiuse le porte alle pubblicazioni matrimoniali*, in *Giur. cost. civ.*, 3697.

Dal Canto, *Le coppie omosessuali davanti alla corte costituzionale: dalla "aspirazione al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, in *Riv. Aic.*, 2 luglio 2010.

Dall'Orto G., *La «tolleranza repressiva» dell'omosessualità*, in *Arcigay nazionale*, a cura di, *Omosessuali e stato*, Centro di documentazione Il Cassero, Bologna, 1987, 37.

De Felice R., *La libertà di circolazione delle persone e libertà di circolazione degli status dell'unione europea*, in R. Torino, *Le coppie dello stesso sesso. La prima volta in Cassazione*, Romatre Press, 2013.

De Giorgio M, Klapisch Zuber C., a cura di, *Storia del matrimonio*, Laterza, Roma-Bari, 1996;

De Grazia V., *Il patriarcato fascista: come Mussolini governò le donne italiane (1922-1940)*, in G. Duby, M. Perrot, a cura di, *Storia delle donne. Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 141.

Del Singly F., Cicchelli V., *La famiglia contemporanea. Riproduzione sociale e realizzazione dell'individuo*, in M. Barbagli, D. I. Kerzer, a cura di, *Storia della famiglia in Europa. Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari 2005, 429.

Dell'Ongaro, *Ancora sul nome della famiglia e sul principio di parità*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1988, pp. 1583.

Della Zuanna G., Webber G., *Cose da non credere. Il senso comune alla prova dei numeri*, Laterza, 2012;

Dell'Agnesse E., Ruspini E., a cura di, *Mascolinità all'italiana. Costruzioni, narrazioni, mutamenti*, Utet Libreria, Torino.

Di Bari M., *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Riv. Aic*, 1/2012

Di Bari M., *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e 245/2011 della Corte costituzionale: una breve riflessione*, in www.forumcostituzionale.it, 13 settembre 2011.

Di Rosa G., *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria*, in *Eur. dir. priv.*, 3/2009, 755.

Dogliotti M., *L'identità personale*, in *Trattato di diritto privato*, Torino, 1982.

Domestic violence against woman and girls, in *Innocenti Digest*, 6/2000. Disponibile sul sito www.unicef.irc.org.

Dossier famiglia del 2010 e dai relativi aggiornamenti, disponibili sul sito www.istat.it.

Duby G., Perrot M., a cura di, *Storia delle donne. Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1992

Enciclopedia Giuridica, 14 vol., 1989.

Esposito C., *La costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1954.

European Institute for Gender Equality, *Review of the implementation of the Beijing Platform for Action in the Eu Member States: Violence against Women-Victim Support*, disponibile al sito: eige.europa.eu/content/document/violence-against-women-victim-support-report.

Faraguna P., *Alla ricerca di un «oggetto positivamente non identificato»*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 127.

Ferrando G., *Famiglia legittima e famiglia di fatto nella disciplina costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1977, 930.

Bargis M., *Testimonianza dei conviventi «more uxorio» e diritto di astensione*, in *Giur. Cost.*, 1977, 930.

Ferrina Cerroni G., Frosini T. E., *La tutela della famiglia nelle democrazie contemporanee: tra pluralismo dei modelli e multiculturalismo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, 391.

Fraisse G., *Dalla destinazione sociale al destino. Storia filosofica della differenza tra i sessi*, in G. Duby, M. Perrot, a cura di, *Storia delle donne. L'Ottocento*, Laterza, Roma-Bari, 1991, 89.

Fusaro C., *Non è la costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 151.

Gattuso M., *“Matrimonio”, “famiglia” e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la “doppia svolta” della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.articolo29.it, consultato 8 settembre 2013.

Gattuso M., *La Costituzione e il matrimonio tra omosessuali*, in «Il Mulino», 2008, 452.

Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, 487.

Giacobbe G., *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam.*, 3/2006, 1219.

Gianformaggio L., *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di, A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch, Il Mulino 2005.

Gianniti P., a cura di, *I diritti fondamentali dell'unione europea. La Carta di Nizza dopo il trattato di Lisbona*, Zanichelli, Bologna, 2013.

Ginsborg P., *Storia d'Italia dal dopoguerra ad oggi. Società e politica 1943-1988*, Vol. II, Einaudi, Torino, 1989.

Ginsborg, P., *Le politiche sulla famiglia dei grandi dittatori*, in M. Barbagli, D. I. Kerzer, a cura di, *Storia della famiglia in Europa. Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari 2005, 286.

Giorgis A., *Talvolta la costituzione non dice (ancora) tutto ciò che vorremmo dicesse*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 179.

Giusti A., *Parità fra coniugi e cognome del figlio*, in *Giur. merito*, 1985, 293.

Grasso G., *“Dico” si “Dico” no: prime impressioni sul disegno di legge Pollastrini-Bindi*, www.forumcostituzionale.it, consultato in data 28 agosto 2013.

Groppi A., a cura di, *Il lavoro delle donne*, Laterza, Roma-Bari, 1996.

Halley J., *Note sulla costruzione del sistema delle relazioni di coppia. Un saggio di realismo giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4/2009, 526.

Hufton O., *Donna, Lavoro e famiglia*, in G. Duby, M. Perrot, a cura di, *Storia delle donne. Dal Rinascimento all'Età moderna*, Laterza, Roma-Bari, 1991, 15.

Iacometti M., *La tutela della famiglia in Spagna*, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, 613.

Guerrero Picò C., *Spagna*, in *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, marzo 2010, disponibile sul sito della Corte costituzionale nella sezione “Studi di diritto comparato”.

Imarisio L., *Il registro delle unioni civili*, relazione tenuta al Convegno annuale del Gruppo di Pisa “La famiglia davanti ai suoi giudici”, Catania, 7-8 giugno 2013.

Imprenti F., *Utopia e realtà della famiglia socialista*, in M. Ridolfi, a cura di, *L'orizzonte del socialismo. Tra Imola e l'Europa* (Atti del Convegno per le celebrazioni del centenario della morte di Andrea Costa, Imola, 7-8 maggio 2010), in corso di stampa.

Iotti N., *Il nostro incontro coi cattolici*, in *Critica marxista*, anno IV, n. 5-6, settembre-dicembre 1966, 38.

Istat, *Annuario Statistico Italiano 2012*.

Istat, *La violenza e i maltrattamenti contro le donne dentro e fuori la famiglia*, Anno 2006.

Janssens A., *Trasformazione economica, lavoro delle donne e vita familiare*, in M. Barbagli, D. I. Kerzer, a cura di, M. Barbagli, D. I. Kerzer, a cura di, *Storia della famiglia in Europa. Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari 2005, 109.

Janssens A., *Trasformazione economica, lavoro delle donne e vita familiare*, 149.

Kuliscioff A., *Il monopolio dell'uomo: conferenza tenuta nel circolo filologico milanese*, Critica sociale, Milano, 1894.

La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie, in *Dir. relaz. ind.*, 4/2004, 775.

La Torre M., *Transessualismo, omosessualità e matrimonio*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 201.

Lagrave R., *Un'emancipazione sotto tutela*, in G. Duby, M. Perrot, a cura di, *Storia delle donne. Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 487.

Lamarque E., *Gli articoli costituzionali sulla famiglia: travolti da un insolito (e inesorabile) destino*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 191.

Lariccia S., *Il diritto dell'individuo omosessuale di contrarre matrimonio con persona del proprio sesso: un diritto costituzionale del XXI secolo?*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 195.

Liberali B., *Eterosessualità e funzione procreativa del matrimonio: un argomento superabile dalla corte costituzionale*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, cit., 207.

Lipari N., *Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza (note a margine di un iter legislativo)*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2010.

Lombardi D., *Storia del matrimonio dal Medioevo ad oggi*, Il Mulino, Bologna, 2008.

Lorello L., *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale (Cassazione I sez.civ. 15/3/2012, n. 4184)*, in *Riv. Aic*, 2/2012.

Lorenzetti A., *La giurisprudenza di merito: acquisizioni recenti e possibili sviluppi*, in R. Torino, *Le coppie dello stesso sesso. La prima volta in Cassazione*, Romatre Press, 2013.

Manassero C., *Lettura degli istituti «famiglia» e «matrimonio» sganciata dalle garanzie costituzionali*, in *Giur. merito*, 5/2009, 1229.

Mancina, C. *Differenze nell'eticità. Amore, famiglia, società civile in Hegel*, Guida editori, Napoli 1991.

Mancini T., *Uguaglianza tra coniugi e società naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, 228.

Manenti A., *Famiglia e costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista Aic*, n. 00 del 2 luglio 2010

Manetti M., *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e filiazione*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 231.

Manna A., *L'art. 394 c.p.c. e la «famiglia di fatto»: ancora un ingiustificato «diniego di giustizia» dal parte della Corte costituzionale?*, in *Giur. Cost.*, 1996, 90.

Zanotti M., *Una questione di costituzionalità mal posta: la facoltà di astensione dal dovere testimoniale del convivente di fatto e l'art. 29 Cost.*, *Giur. Cost.*, 1996, 90.

Marzio G., *Il cognome della donna coniugata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 27.

Marzulli G., *Right to Marry e Same-sex Couples: spunti di riflessione comparatistica*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 247.

Massa Pinto I., *«Fiat matrimonio!» L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di cassazione: può una sentenza della corte di cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultra millenaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale)?*, in *Riv. Aic*, 2/2012.

Massa Pinto I., Tripodina C., *«Le unione omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010*, in *Dir. Pubbl.*, 1-2/2010, 471.

Mastromattino, F. *Il matrimonio conteso: le unioni omosessuali in una eclettica pronuncia della Corte costituzionale italiana*, *Dir. fam.*, 1/2011, 439.

- Melani A., *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta* in www.forumcostituzionale.it, consultato 28 agosto 2012.
- Melograni P., a cura di, *La famiglia italiana dall'Ottocento ad oggi*, Laterza, Roma-Bari, 1988.
- Mencarini L., *Le famiglie in Italia: un'istantanea demografica*, in *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Donzelli, Roma, 2012, 29.
- Mengoni L., *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990.
- Miano M., *La famiglia nel pensiero dei sociologi classici*, Franco Angeli, Milano 2011.
- Migliucci D. *La politica come vita. Storia di Giuseppina Re «deputato» al parlamento italiano (1913-2007)*, Unicopli, Milano, 2012.
- Migliucci D., *Breve storia delle conquiste femminili nel lavoro e nella società*, a cura con F. Imprenti, M. Costa, Unicopli, Milano, 2012.
- Migliucci D., *Per il voto alle donne. Dieci anni di battaglie suffragiste in Italia (1903-1913)*, Bruno Mondadori, Milano, 2006.
- Moneti M., Bucelli A., *Natura, cultura ed etica nel diritto europeo della famiglia. Un filosofo e un giurista a confronto*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2010, 759.
- Montalti M., *Il felice epilogo del same sex marriage in Sudafrica*, in *Quad. cost.*, 2006.
- Montalti M., *Sulla necessità di allargare gli orizzonti in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso: alcuni spunti tratti da una pronuncia fiorentina troppo poco lungimirante...*, in *Giur. it.*, 2009, 1417.
- Moreschini P., *La formazione del giurista e il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali*, in R. Torino, *Le coppie dello stesso sesso. La prima volta in Cassazione*, Romatre Press, 2013.
- Mostacci E., *La disciplina della famiglia nella Costituzione italiana*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, 534.
- Musso S., *La famiglia operaia*, in P. Melograni, a cura di, *La famiglia italiana dall'Ottocento ad oggi*, Laterza, Roma-Bari, 1988, 195.
- Navailh F., *Il modello sovietico*, in G. Duby, M. Perrot, a cura di, *Storia delle donne. Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1992, 270.
- Nicolussi A., *La famiglia: una concezione neo istituzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2012, 169.
- Nicotra I., *L'attribuzione ai figli del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale: le nuove Camere colgono il suggerimento della Corte per modificare la legge*, in www.forumcostituzionale.it.
- Ninatti S., *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2012;
- Ninatti S., Violini L., *Nel labirinto del principio di non discriminazione: adozione, fecondazione eterologa e coppia omosessuale davanti alla Corte di Strasburgo*, in www.forumcostituzionale.it, 24 aprile 2012.
- Nussbaum M., *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Il Saggiatore, Milano, 2011.
- Nussbaum M., *The future of feminist liberalism*, in *Proceeding and Adresses of the American Philosophical Association*, 74/2000, 59.
- Pace A., *Il convivente more uxorio, il «separato in casa» e il c.d. diritto «fondamentale» all'abitazione*; R. Lenzi, *La famiglia di fatto e la locazione della casa di abitazione*, in *Giur. cost.*, 1988, 1801.

- Pacini F., *Una consuetudine secolare da rivedere*, in *Giur. merito*, 1985, 1243.
- Pacini M., *Una consuetudine contra legem*, in *Gius. Merito*, 1985, 124.
- Paladin L., *Saggi di storia costituzionale*, a cura di, Sergio Bartole, Il Mulino, Bologna, 2008.
- Palazzi M., *Donne sole: l'altra faccia dell'Italia tra antico regime e società contemporanea*, Bruno Mondadori, Milano, 1997.
- Palermo P., *Uguaglianza e tradizione nel matrimonio: dall'adulterio alle unioni omosessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, fasc. 11, 537.
- Palmieri G., *Doppia cittadinanza e diritto al nome*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2004, 215.
- Passaglia P., a cura di, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, marzo 2010, disponibile sul sito della Corte costituzionale nella sezione "Studi di diritto comparato".
- Passaniti P., *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della "società coniugale in Italia"*, Giuffrè, Milano, 2011.
- Patrone I. J., *Il matrimonio tra persone omosessuali davanti alla Corte costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4/2009.
- Pazè E., *Verso un diritto all'attribuzione del cognome materno*, in *Dir. fam.*, 1998, 325.
- Pezzini B., *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 2.
- Pezzini B., *La sentenza 4184 della Corte di cassazione in una prospettiva costituzionale: il paradigma eterosessuale incrinato e la faticosa rielaborazione di categorie concettuali*, in R. Torino, *Le coppie dello stesso sesso. La prima volta in Cassazione*, Roma tre Press, 2013.
- Pezzini B., *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in www.forumcostituzionale.it, consultato il 31 agosto 2013.
- Pironi Bortolotti F., a cura di, *La liberazione della donna*, Mazzotta, Milano, 1975.
- Pinardi R., *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno) della tradizione*, in *Nuova. giur. civ. com.*, 11/2010, 527.
- Pinardi, R. *Matrimonio, coppie omosessuali, principio di uguaglianza: per una lettura contestualizzata dell'art. 29, 1° comma, Cost.*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 273.
- Pocar V., Ronfani P., *La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2011.
- Prati L., a cura di, *Ricerca pedagogica ed educazione familiare. Studi in onore di Norberto Galli, Vita e pensiero*, Milano, 2003, 29.
- Prosperi F., *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi e la trasmissione del cognome ai figli*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1996, 841.
- Proudhon P. J., *La pornocrazia o le donne nei tempi moderni*, Dedalo edizioni, Bari, 1979.
- Pugiotto A., *L'altra faccia dell'uguaglianza (e dell'amore)*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 279.
- Quadri E., *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1998.
- Quilici M., *Storia della paternità. Dal pater familias al mammo*, Fazi, Milano, 2013.
- Rescigno P., *Le formazioni sociali intermedie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, 310.

- Rescigno P., *Trattato di diritto privato*, 1982.
- Ricciardi M., *Liberalismo, eguaglianza e famiglia*, in *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Donzelli, Roma, 2012, 147.
- Rigaux F., *Same-gender marriage: a european wiew*, in *Journal of Family History*, 1/2003, 199.
- Rodotà S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012.
- Romboli R., *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la corte dice "troppo" o "troppo poco"*, in *Riv. Aic*, 2 luglio 2010
- Ronfani P., *Il diritto di famiglia in Europa*, in M. Barbagli, D. I. Kerzer, a cura di, *Storia della famiglia in Europa. Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari 2005, 183.
- Roppo E., *Come tutelare la famiglia di fatto*, in *Pol. Dir.*, 1980, 20.
- Rossi S., *Circumnavigando l'arcipelago familiare: scoperte o illusioni?*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 299.
- Rossi S., *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in B. Pezzini, a cura di, *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, Jovene, Napoli 2008, pp. 135-172.
- Ruggeri A., *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo corte costituzionale n. 138 del 2010?*, in *Riv. Aic*, 4/2011.
- Ruggeri A., *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 307.
- Ruggiu I., *Summa Constitutio, summa Iniuria? Per una sentenza interpretativa che individui correttamente l'essenza della "pratica culturale" del matrimonio, supportata dall'"argomento della minoranza"*, AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 319.
- Ruspini E., a cura di, *Donne e uomini che cambiano. Relazioni di genere, identità sessuali e mutamento sociale*, Guerini, Milano, 2005.
- Saitto F., *La giurisprudenza tedesca in materia di Eingetragene Lebenspartnerschaft tra garanzie d'istituto e Abstandsgebot. Spunti di comparazione con la sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana*, in www.forumcostituzionale.it, 17 marzo 2011.
- Salerno, *Art. 29 Cost.*, in Crisafulli V., Paladin L., a cura di, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova 1990..
- Santoro Passarelli F., *Diritti e doveri dei coniugi*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Cian, Oppo, Trabucchi, a cura di, I, Padova, 1992.
- Santosuosso A., *Costituzione italiana, Carta di Nizza e Cedu: a proposito di same-sex marriage*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 333.
- Saraceno C., *Cittadini a metà, come hanno rubato i diritti degli italiani*, Rizzoli, 2012.
- Saraceno C., *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Feltrinelli, 2012.
- Saraceno C., *Mutamenti della famiglia e politiche sociali in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- Saraceno C., *Politiche sociali e famiglia*, in M. Barbagli, D. I. Kerzer, a cura di, *Storia della famiglia in Europa. Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari 2005, 359.

- Saraceno C., *Women, Family and the Law 1750-1942*, in *Journal of Family History*, ottobre 1990, 427.
- Saracino C., *Le unioni civili in Europa: modelli a confronto*, in *Dir. fam.*, 3/2011, 1471.
- Sassi S., *La conciliazione della vita lavorativa e della vita familiare: una applicazione del principio di uguaglianza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, 502.
- Scagliarini S., *Un'opportuna sollevazione di questioni infondate*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 345.
- Scalisi V., *La «famiglia» e le «famiglie»*, in Aa. Vv., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Cedam, Padova, 1986, 280.
- Scott J. W., *Genere, politica, storia*, Viella, 2013.
- Sessa M., *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, in *Famiglia*, 1/2003, 123.
- Severini M., *Dieci donne. Storia delle prime elettrici italiane*, Liberilibri, 2012.
- Silvis C., *Il matrimonio omosessuale tra il “non s’ha da fare” dell’art. 29 e del “si può fare” dell’art. 2 della Costituzione*, in www.formuncostituzionale.it;
- Skinner Q., a cura di, *Families and States in western Europe*, Cambridge University Press, 2011.
- Solimano S., *Il letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del Codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Giuffrè, Milano, 2003.
- Spadaro A., *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolvibile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa- o serve una legge di revisione costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it, 9 settembre 2013.
- Spagnesi, *Nome (storia)*, in *Enciclopedia dir.*, XXVIII, 1978, 290.
- Spinelli S., *Il matrimonio non è un’opinione*, www.forumcostituzionale.it, 27 aprile 2010.
- Spinelli S., *Il matrimonio non è un’opinione*, www.forumcostituzionale.it, consultato 25 agosto 2013.
- Thébaud F., *La grande guerra: età della donna o trionfo della differenza sessuale?*, in G. Duby, M. Perrot, a cura di, *Storia delle donne. Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 45.
- Tincani, P. *Natura, cultura, diritto*, AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 355
- Tommasi L., *Famiglia e standard internazionali di protezione dei diritti fondamentali, con particolare riguardo alla Cedu*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, 427.
- Tondi della Mura V., *La dimensione istituzionale dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quad. cost.*, 1/2008, 103.
- Tondi della Mura V., *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l’artificio della “libertà”*, in *Dir. fam.*, 1/2011, 4.
- Tripodina C., *Costituzione e matrimonio omosessuale: Quis interpretabitur?*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 357.
- Tripodina C., *L’argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale italiana in materia di diritti fondamentali*, disponibile nella sezione “studi e tecniche interpretative” dell’Archivio di diritto e storia costituzionali dell’Università di Torino.

Troilo S., *I progetti di legge in materia di unioni di fatto: alla ricerca di una difficile coerenza con i principi costituzionali*, in B. Pezzini, a cura di, *Tra famiglie*, cit.

Troilo S., *La nozione di famiglia tra regole costituzionali e Status personali*, contributo al Convegno annuale del Gruppo di Pisa *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania, 7-8 giugno 2013.

Ungari P., *Il diritto di famiglia in Italia. Dalle costituzioni giacobine al codice civile del 1942*, Il Mulino, Bologna 1970.

Ungari P., *Storia del diritto di famiglia in Italia 1769-1975*, Il Mulino, Bologna, 2002.

United Nation, Commission on the Status of Women, *Report on the fifty-seventh session*, 4-15 March 2013.

Valenti V., *Lezioni dall'Europa*, AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 369.

Veronesi P., *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, in *Quad. cost.*, 3/2008, 577.

Veronesi P., *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 10/2010, 997.

Veronesi P., *Matrimonio omosessuale ovvero: «è sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza, di fronte a certe cose»*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 377.

Violini L., *Il riconoscimento delle coppie di fatto praeter o contra Constitutionem?*, in www.forumcostituzionale, 2007.

Vitucci M. C., *La tutela dell'orientamento sessuale. Dall'incriminazione delle condotte omosessuali all'emersione del diritto a non essere discriminati*, in *Riv. Aic*, 4/2012.

Willson P., *Italiane. Biografia del Novecento*, Laterza, Bari, 2011, 264.

Winkler M., *Le coppie dello stesso sesso tra vita privata e familiare nelle giurisprudenza di Strasburgo*, in R. Torino, *Le coppie dello stesso sesso. La prima volta in Cassazione*, Romatre Press, 2013.

Winkler M., *Ancora sul rifiuto di trascrizione in Italia di same sex marriage straniero: l'ennesima occasione mancata*, in *Dir. Fam e pers.* 3/2011, 1239.

Winkler M., Romeo G., *«Yet footnotes matter». Osservazioni a margine di una tradizione*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 391.

Zajczyk F., Ruspini E., *Nuovi padri? Mutamenti della paternità in Italia e in Europa*, Castoldi e Dalai, Milano, 2008

Zambrano V., *La famiglia e l'insostenibile leggerezza dell'essere. Un itinerario tra diritto privato e Chaos naturale delle relazioni umane*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, 399.

Ziino D., *Diritti della persona e diritto al (pre)nome. Riferimenti storico-letterari e considerazioni giuridiche*, in *Gius. Civ.*, 7/8, 2004, 355.

Zucchinalli R., *La soluzione sudafricana: una via percorribile?*, in AaVv, *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 357.