

## LA NOZIONE DI FAMIGLIA SECONDO LA COSTITUZIONE ITALIANA E LA TUTELA DEI MODELLI PARA-FAMILIARI

Francesco DAL CANTO

SOMMARIO: I. *Premessa*. II. *Il dibattito in Assemblea Costituente sul ruolo delle formazioni sociali*. III. *Il dibattito e l'approvazione dell'art. 29 Cost. sulla famiglia come "società naturale"*. IV. *L'interpretazione storicistica e quella giusnaturalistica dell'art. 29*. V. *L'ipotesi di allargamento della nozione tradizionale di famiglia, di cui all'art. 29 Cost., alle coppie formate da persone dello stesso sesso*. VI. *La tutela costituzionale delle convivenze diverse dalla famiglia tradizionale ex art. 2 Cost.* VII. *Il recente disegno di legge sui D.I.C.O.*

### I. PREMESSA

Il presente intervento è dedicato alla tematica riguardante il rapporto tra istituzione familiare e ordinamento statale e intende affrontare le questioni ad essa connesse dalla prospettiva di chi si occupa, come il sottoscritto, del diritto costituzionale. Non verranno, in particolare, affrontati i rapporti "endofamiliari", che intercorrono *tra i* membri della comunità familiare, ma soltanto le relazioni tra tale comunità e le istituzioni pubbliche, nonché il ruolo che essa riveste per l'ordinamento giuridico.

A questo proposito, deve innanzi tutto notarsi come il tema della famiglia, così delimitato, e sia pur con qualche rilevante eccezione –risalente nel tempo (A. C. Jemolo, C. Mortati, C. Esposito), ovvero più recente (R. Bin, E. Rossi, A. Ruggeri)– sia stato scarsamente

frequentato dalla maggior parte dei cultori del diritto pubblico, e ciò soprattutto all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione.

La ragione di tale parziale disaffezione può essere individuata in un duplice ordine di argomenti.

In primo luogo, in quanto la spinta pubblicistica sul tema della famiglia si era in parte esaurita nel momento in cui le ragioni sulle quali la stessa poggiava risultarono soddisfatte con l'approvazione della Carta costituzionale del 1948, allorché si procedette, con l'inserimento degli articoli 29 e seguenti, alla "costituzionalizzazione" di tale istituto; si ritenne, infatti, da parte di molti, che, da quel momento, il compito di adeguare la disciplina del codice civile del 1942 ai nuovi parametri costituzionali —cioè che sarebbe avvenuto con gradualità nei decenni successivi— dovesse essere realizzato prevalentemente grazie all'apporto degli studiosi del diritto privato.

In secondo luogo, con l'entrata in vigore della Costituzione si erano di fatto ridotti gli spazi per i pubblicisti, essendosi affermata l'idea che la disciplina dell'istituto familiare, pur avendo una rilevanza anche pubblicistica, fosse da inquadrare per la maggior parte nell'ambito del diritto civile. Si era infatti affermato il principio in forza del quale, in antitesi con talune esperienze del passato, a cominciare da quella che si era registrata durante il regime totalitario fascista, l'istituto familiare doveva essere considerato come (quasi) pienamente autonomo rispetto allo Stato. Negli anni precedenti, al contrario, la famiglia era stata classificata addirittura tra gli organismi di diritto pubblico, nel senso che su di essa lo Stato "indirizzava" interessi di tipo extra-familiare (incentivi alla procreazione, divieto di matrimoni con persone di nazionalità africana, ecc.) allo scopo di funzionalizzare la stessa alla realizzazione di obiettivi ed ideologie ad essa sicuramente trascendenti.

Si afferma dunque l'idea, proprio per reazione alle concezioni precedenti e alle ingerenze dello stato fascista, della famiglia come "isola che il mare del diritto deve solo lambire", secondo la fortunatissima espressione di Arturo Carlo Jemolo,<sup>1</sup> che in seguito sarebbe stata da taluni strumentalmente utilizzata anche per giustificare la tesi, certamente non di Jemolo, dell'assoluta necessità di "non interventismo" delle regole giuridiche nei confronti dell'istituzione familiare.

<sup>1</sup> Jemolo, *La famiglia e il diritto*, 1948, 1ss.

La rilevanza pubblicistica della famiglia, in verità, più che venire meno con l'entrata in vigore della Costituzione, cambia decisamente di segno. Dopo il 1948 la prospettiva dalla quale il diritto pubblico guarda alla famiglia non è più quella di una sua possibile strumentalizzazione, al fine di piegarla verso obiettivi situati al di fuori di essa, bensì quella che risulta filtrata dalla lente di due nuovi principi costituzionali, quello personalista e quello, come si sa implicitamente ricavabile dal testo del 1948, di sussidiarietà sociale.<sup>2</sup>

In particolare, l'ordinamento statale fondato sulla Costituzione, riconoscendo il valore della famiglia come luogo ove si svolge la personalità dell'individuo, e in particolare ove si svolgono funzioni che sono il presupposto stesso affinché una società di individui possa concretamente formarsi ed operare, si pone il problema di riconoscere, promuovere e proteggere tale peculiare formazione sociale; e ciò nella misura, e nei limiti in cui, la stessa effettivamente svolga le predette funzioni —di socializzazione, procreative, di educazione delle giovani generazioni ecc.— cosicché il riconoscimento dei diritti (dei membri) della famiglia viene a realizzarsi contestualmente alla soddisfazione dei corrispondenti doveri.

In armonia con questa nuova impostazione, per evitare di individuare nella famiglia il centro di interessi "superindividuali" e di fare della stessa un organismo separato dai suoi membri —e malgrado alcuni studiosi, anche in tempi recenti, abbiano tentato di dimostrare la bontà di una contraria soluzione— l'ordinamento giuridico italiano non riconosce a tale formazione sociale una soggettività giuridica autonoma e distinta da quella dei suoi componenti.

## II. IL DIBATTITO IN ASSEMBLEA COSTITUENTE SUL RUOLO DELLE FORMAZIONI SOCIALI

Per considerare il rapporto tra famiglia e potere pubblico è utile ripercorrere il dibattito culturale che si sviluppò in Assemblea costituente —sul riflesso di un dibattito ben più ampio che aveva attraversato l'Europa durante tutto l'Ottocento— allorché si procedette alla elaborazione dell'art. 2 della Costituzione, laddove, com'è noto, si stabilisce

<sup>2</sup> Stammati, *Declinazioni del principio di sussidiarietà nella disciplina costituzionale della famiglia*, in *Dir.soc.*, 2003, 257ss.

tra l'altro che "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ...".<sup>3</sup>

In quel dibattito si contrapposero le due tradizionali teorie che rappresentavano altrettanti modi di porsi di fronte all'annosa questione di quale dovesse essere il ruolo che l'ordinamento statale poteva riconoscere alle comunità intermedie, frapposte tra lo stesso e il singolo individuo. Com'è noto, secondo le teorie c.d. organicistiche, il cui più risalente riferimento culturale può individuarsi in Montesquieu, gli ordinamenti intermedi svolgono un ruolo rilevante per la definizione stessa della "forma di stato", nel senso che gli stessi – la loro collocazione, il loro ruolo, le loro prerogative – costituiscono uno dei tratti distintivi per comprendere le peculiarità di un determinato ordinamento giuridico statale. Al contrario, secondo la contrapposta visione, c.d. "individualistica", che si fa risalire alla speculazione teorica di Rousseau, le comunità intermedie si rivelano quali fattori del tutto irrilevanti in ordine alla definizione dei caratteri di uno Stato, se non, addirittura, ostili nei confronti della sua stessa sua unità, impedendo e ostacolando l'affermarsi della "volontà generale", la quale si ritiene presupponga un rapporto diretto tra cittadino e istituzioni pubbliche.

Tale "grande dicotomia",<sup>4</sup> qui ovviamente assai semplificata, ha rappresentato, come si è detto, il presupposto culturale di uno dei più intensi dibattiti che si ebbero in Assemblea Costituente. Il tema fu introdotto, nel corso dei lavori della I Sottocommissione, dall'on. Giorgio La Pira, cui si deve la seguente proposta di formulazione di quello che sarebbe divenuto, modificato, l'art. 2 della Costituzione: "Lo Stato italiano riconosce la natura spirituale, libera e sociale dell'uomo. La Repubblica tutela i diritti originari e imprescrittibili della persona umana e delle comunità naturali nelle quali essa organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona".

Come risulta evidente, la proposta di La Pira si fondava sul duplice assunto in forza del quale, in primo luogo, i diritti della persona avrebbero potuto essere integralmente protetti solo a condizione che fossero altrettanto salvaguardati i diritti delle comunità intermedie

<sup>3</sup> Su tale dibattito, di recente, cfr. E. Rossi, *Sub art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto e Olivetti, Volume I, Torino, 2006, 38ss.

<sup>4</sup> Secondo la celebre formula di Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Milano, 1985, 1ss.

e, in secondo luogo, queste ultime, secondo una visione ispirata al giusnaturalismo, si sarebbero collocate rispetto allo Stato come entità "precedenti" e "presupposte".

Riaffioravano palesemente le concezioni organicistiche, fondate sull'antioriorità della persona umana, in tutte le sue molteplici dimensioni, anche aggregative, rispetto all'organizzazione statale, in evidente accordo con le tesi avanzate dalla dottrina sociale della Chiesa cattolica in numerose encicliche papali e che erano state in quegli anni rielaborate da un gruppo di giuristi cattolici nel celebre "Codice di Camaldoli". Corollario di quella impostazione era poi l'ulteriore assunto per il quale gli stessi gruppi intermedi si ponevano tra loro in un rapporto gerarchico e, tra di essi, al vertice della gerarchia si collocava la famiglia, quale nucleo primigenio costitutivo dell'organizzazione sociale.

Secondo questa visione, la persona era il fine ultimo al quale lo stesso Stato era preordinato, mentre le comunità intermedie rappresentavano lo strumento privilegiato per dare corpo a questa prospettiva, ponendosi l'organizzazione statale come mero strumento di garanzia della corretta dialettica tra questi due poli. In questo preciso senso, il pensiero di molti Costituenti cattolici era fortemente pervaso da una concezione che potremmo definire, se non proprio "antistatalista",<sup>5</sup> certamente "riduttiva" del ruolo dello Stato.

Nel dibattito in Costituente non mancarono peraltro delle proposte alternative. La visione del Partito comunista, ben rappresentata nei numerosi interventi dell'on. Palmiro Togliatti, nel concordare con la concezione cattolica sia sul punto che la persona umana dovesse essere il "fine" dello Stato sia sulla centralità, a questo proposito, che andava attribuita alle formazioni intermedie, aveva opinioni differenti soprattutto circa la diversa importanza che doveva riconoscersi alle varie formazioni, privilegiando nettamente quelle che rivestivano una riconosciuta e prevalente funzione pubblicistica, quali i partiti e i sindacati.

Inoltre, mentre tradizionalmente la concezione liberale era restia a riconoscere un qualche valore ai corpi intermedi nella definizione

<sup>5</sup> Amato, *Aspetti vecchi e nuovi del "politico" e del "sociale" nell'Italia repubblicana*, in AA.VV., *Il sistema delle autonomie: rapporto tra Stato e società civile*, Bologna, 1981, 91ss.

dell'architettura statale, i socialisti, per bocca dell'on. Lelio Basso, si erano dichiarati per lo più indifferenti rispetto al fenomeno del pluralismo sociale.

A fronte della palese maggior "convinzione" con la quale i Costituenti cattolici coltivarono la propria impostazione su questi temi, da altri considerati non particolarmente vitali ai fini della caratterizzazione dell'architettura complessiva della Costituzione, la posizione cattolica finì di fatto per prevalere. In particolare, scartandosi comunque la proposta originaria di La Pira, considerata un po' troppo massimalista, l'accordo fu raggiunto sulla formulazione proposta da un altro eminente Costituente cattolico, l'on. Giuseppe Dossetti. Quest'ultimo, infatti, propose all'Assemblea l'approvazione di un "ordine del giorno" — che ufficialmente non venne mai approvato, ma sul quale, nella sostanza, finirono per convergere quasi tutte le forze politiche — i cui capisaldi erano rappresentati dal riconoscimento della prevalenza e della anteriorità della persona umana rispetto allo Stato, dalla affermazione circa la "naturale socialità" di ogni individuo e dalla identificazione del pluralismo sociale come elemento strutturale per la definizione della forma di Stato.

All'indomani di questo passaggio "parlamentare", la formula dell'attuale art. 2 non incontrò ulteriori difficoltà per la sua approvazione nella versione che oggi conosciamo ("La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale").

Si può concludere che le forze della sinistra, le quali non potevano considerarsi del tutto rappresentate da siffatte affermazioni — che certamente erano fortemente "schiacciate" su concezioni di stampo giusnaturalistico — finirono per cedere convinte che si trattasse in fondo di una "rinuncia" di poco conto e accontentandosi, come si è notato, di giocare, nella circostanza, un ruolo "di rimessa".<sup>6</sup> Lo stesso Piero Calamandrei, a conclusione di quel dibattito, osservava: "è inutile discutere se nasca prima lo Stato o i diritti di libertà; è come discutere, quando viene alla luce un neonato, se nasca prima l'uomo o i polmoni che gli danno il respiro".

<sup>6</sup> Cfr. Amato, *Aspetti vecchi e nuovi del "politico" e del "sociale"*, cit., 91ss.

### III. IL DIBATTITO E L'APPROVAZIONE DELL'ART. 29 COST. SULLA FAMIGLIA COME "SOCIETÀ NATURALE"

L'andamento del dibattito sull'art. 2 si ripropose per molti aspetti, sebbene con toni meno accesi, anche in occasione della discussione sull'art. 29, comma 1, che, nella vigente formulazione, stabilisce che "la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio".<sup>7</sup>

Peraltro, è evidente che, una volta prevalsa la linea dei Costituenti cattolici sul tema del pluralismo sociale, alcune delle affermazioni di maggior rilievo contenute nell'art. 29 finirono per apparire un sorta di conseguenza necessaria e scontata. Non stupisce, a questo proposito, che la stessa formula di famiglia come "società naturale" fu ideata proprio dall'on. Togliatti, in considerazione del fatto, probabilmente, che la stessa fosse, almeno nelle forme, un po' meno "impegnativa" dell'altra, di matrice cattolica, che parlava di "unità naturale".

Nella sostanza, peraltro, l'art. 29 finì per rappresentare una sorta di "quadratura del cerchio" rispetto ad una duplice esigenza manifestata dai Costituenti cattolici: da una parte, quella di affermare in modo esplicito che la famiglia era una comunità preesistente allo Stato; dall'altra, che tale nucleo naturale era altresì individuabile in una ben precisa forma di organizzazione sociale, cioè nella famiglia coniugale tradizionale, fondata sul matrimonio. Formulazione che, non a caso, nella versione licenziata dalla Commissione dei Settantacinque, poi non approvata dall'Assemblea per un pugno di voti, conteneva anche un riferimento esplicito al carattere di "indissolubilità" del legame matrimoniale.

Difficile — soprattutto dopo la soppressione del riferimento all'indissolubilità — non notare l'esistenza di una latente contraddizione tra i due obiettivi, i quali, come taluno ha efficacemente notato, avrebbero finito, una volta declinati nel testo dell'art. 29, per dare vita ad una sorta di "ossimoro".<sup>8</sup> In effetti, da una parte si rivendica la naturalità della famiglia come bene precedente rispetto allo Stato, e quindi anche

<sup>7</sup> Su tale dibattito, per tutti, cfr. Bessone, *Sub art. 29, Rapporti etico-sociale*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca-Pizzorusso, Bologna-Roma, 1976, 1ss. e Caggia-Zoppini, *Sub art. 29*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., 601ss.

<sup>8</sup> Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2002, 1066ss.

rispetto al diritto, dall'altra si aggiunge che la famiglia alla quale ci si riferisce è proprio quella fondata sul matrimonio, tipico istituto giuridico regolato dallo stato e dal diritto, e, dunque, da ritenere rientrante nella disponibilità del potere politico.

Può essere notato, d'altra parte, come tale contraddizione non fosse, in senso stretto, e come sovente capita di osservare con riguardo ad altre disposizioni costituzionali, la conseguenza del carattere di compromesso tra diverse ideologie che caratterizza la Costituzione italiana.<sup>9</sup> Al contrario, la presunta contraddizione appare distendersi tutta all'interno della stessa impostazione cattolica, dal momento che i due obiettivi che costituiscono la ragione d'essere della predetta formulazione (la famiglia come entità pregiuridica e, allo stesso tempo, fondata sul matrimonio) sono entrambi il portato di quella impostazione.

Semmai occorre notare come il carattere contraddittorio dell'art. 29 non fosse affatto percepito come tale dai Costituenti, anche quelli non cattolici, nella misura in cui era difficile all'epoca pensare che vi potessero essere dei modelli "naturali" di famiglia alternativi a quelli riconducibili al matrimonio civile (al tempo indissolubile e modellato in buona sostanza su quello canonico) e considerato che, inoltre, oltre il novanta per cento delle coppie si univa al tempo con il rito canonico, in seguito trascritto e produttivo di effetti civili.

Occorre, in definitiva, tenere conto del fatto che il difficile connubio tra i concetti di società naturale e di matrimonio — che, con gli occhi di oggi, appare a taluni come un ossimoro — veniva registrato da molti osservatori del tempo alla stregua, addirittura, di un "endiadi".<sup>10</sup>

#### IV. L'INTERPRETAZIONE STORICISTICA E QUELLA GIUSNATURALISTICA DELL'ART. 29

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, l'art. 29 è stato fatto oggetto di due interpretazioni contrapposte.

Da una parte quella avanzata da una buona parte dei giuristi di impostazione cattolica, che, coerentemente del resto con l'idea preva-

<sup>9</sup> Sul carattere compromissorio della formula "famiglia come società naturale", cfr., per tutti, P. Rescigno, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto di famiglia*, Torino, 2000, I ss.

<sup>10</sup> Cfr., sul punto, Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, 1165 ss.

lente dei Costituenti, intesero accreditare una lettura giusnaturalistica di tale disposizione, accentuando i passaggi dai quali si evinceva il carattere pregiuridico dell'istituto familiare (società "naturale") e dai cui si ricavava altresì la collocazione della famiglia al di fuori di qualsiasi possibile ingerenza dello Stato, quale organismo storico ed immutabile. Per tale orientamento, inoltre, l'esatta individuazione del modello costituzionale di famiglia, che lo Stato non può definire ma deve limitarsi a "recepire", può essere operata di fatto attraverso il ricorso alle tradizioni culturali e alla coscienza comune, sul presupposto implicito, evidentemente, che la tradizione conduca esclusivamente all'individuazione di un ben definito tipo di famiglia: quella legittima, coniugale, appunto fondata sul matrimonio.

E' un'impostazione ancora oggi seguita, oltre che dalle gerarchie della Chiesa cattolica, da alcuni autorevoli giuristi:<sup>11</sup> sul quotidiano "Avvenire" del 21 novembre 2004, a titolo di esempio, Giuseppe Dalla Torre scrive: "si deve riconoscere, a cominciare dagli insegnamenti della storia, che nella sostanza la famiglia possiede una struttura fondamentale e diversa da quella delle altre formazioni sociali: una struttura di base che si può culturalmente reinterpretare ma che non è modificabile nel tempo, data com'è dall'unione di un uomo e di una donna i quali cercano il completamento di se stessi, qui ed ora, e nei giorni a venire, con apertura alla procreazione e quindi all'educazione dei figli (...). Essa non è mutabile a piacimento delle inflessioni soggettive dei privati, né può essere modificata dalla volontà del legislatore. Come i diritti umani, nella sua struttura fondamentale la famiglia è un *a-priori* rispetto al diritto positivo, di cui questo non può che prendere atto".

In senso esattamente contrario, taluni hanno invece avanzato un'interpretazione storicistica dell'art. 29,<sup>12</sup> leggendo l'aggettivo "naturale" collegato alla famiglia non nel senso della sua "originarietà" bensì della sua "essenzialità", da intendere come capacità di rispondenza ad

<sup>11</sup> Cfr., tra gli altri, Grassetti, voce *Famiglia (diritto privato)*, in *Nss.D.I.*, VII, 1961, 50 ss. e Lombardi, *La famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Iustitia*, 1965, 3 ss.

<sup>12</sup> Cfr. Mancini, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Riv.dir.civ.*, 1963, I, 223 ss. e Barcellona, voce *Famiglia (dir.civ.)*, in *Enc.dir.*, XVI, 780 ss.

un bisogno primario,<sup>13</sup> che lo Stato è tenuto a salvaguardare. Ancora, per gli storicisti la fisionomia della famiglia è destinata a mutare con il corso della storia e con l'evoluzione della società e conseguentemente il connesso modello assume connotati continuamente cangianti ed è dunque del tutto relativo. L'art. 29 diviene, in questa visione, una sorta di norma "in bianco", a carattere "recettizio", di mero rinvio alla concezione di famiglia che si realizza in un dato momento. Ecco che il matrimonio assume la "forma giuridica del rapporto di coppia sempre aperta alle trasformazioni di regime storicamente necessarie".<sup>14</sup>

Da notare come, paradossalmente, sebbene da prospettive opposte, anche in questa concezione il ruolo del potere politico nell'opera di definizione del modello familiare sia in fondo del tutto passivo: lo Stato si limita a registrare la "tradizione", più o meno mutevole, e a codificarla nel diritto positivo.

Se quelle ora descritte sono le due visioni principali e contrapposte, molte altre si collocano su posizioni variamente intermedie e tentano di individuare una sorta di punto di equilibrio tra le molteplici esigenze manifestate, con attenzione agli opposti rischi: in un certo senso, del relativismo da una parte e dell'assolutismo dall'altra. Tali soluzioni, in particolare, si muovono alla ricerca di un compromesso tra la necessità di riconoscere un "nucleo essenziale" del concetto costituzionale di famiglia, relativamente insensibile ai mutamenti della società, e quella, speculare, di tener conto delle profonde trasformazioni, anche culturali, intervenute nel corso di quasi sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, e che possono essere riassunte nella formula, un po' sbrigativa, della "crisi della famiglia tradizionale".

Si tratta, in altre parole, di verificare se esista o meno un "nocciolo duro" della nozione costituzionale di famiglia, meno permeabile alle trasformazioni sociali e culturali, e di chiedersi inoltre se esso, una volta individuato, debba considerarsi intangibile anche da parte del potere di revisione costituzionale<sup>15</sup> – alla stregua, nel vocabolario dei costituzionalisti, di un "principio supremo" dell'ordinamento giuridico statale – ovvero, come sembra in verità preferibile, inviolabile soltanto da parte del legislatore ordinario.

<sup>13</sup> In questo senso, di recente, Califano, *La famiglia ed i figli nella Costituzione italiana*, in AA. VV., *I diritti costituzionali*, III, a cura di R. Nania e P. Ridola, Torino 2006, 933.

<sup>14</sup> Rodotà, *Libertà e diritti in Italia*, Roma, 1997.

<sup>15</sup> Cfr. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, cit., 1165ss.

V. L'IPOTESI DI ALLARGAMENTO  
DELLA NOZIONE TRADIZIONALE DI FAMIGLIA,  
DI CUI ALL'ART. 29 COST., ALLE COPPIE FORMATE  
DA PERSONE DELLO STESSO SESSO

Tale dibattito è assai meno teorico di quanto a prima vista potrebbe apparire. In Italia esso è tornato al centro dell'attenzione soprattutto all'indomani dell'approvazione di una legge spagnola del 2005 che ha aperto, attraverso una semplice modifica del codice civile, la strada del matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso.

Ci si è dunque chiesti se i confini della nozione di "famiglia come società naturale", presidiati in Italia dall'art. 29 della Costituzione, potessero essere estesi, seguendo l'esempio spagnolo, e prima ancora quello olandese o belga, fino a ricomprendervi quella particolare forma di convivenza. Risultato il cui raggiungimento pareva, in qualche modo, essere auspicato anche da una raccomandazione del Parlamento europeo del 2000, nella quale gli Stati membri dell'Unione europea erano stati esortati a "garantire alle coppie, anche dello stesso sesso, parità di diritti rispetto alle famiglie tradizionali". Raccomandazione che del resto faceva seguito ad un intervento della stessa istituzione europea che, ancora più esplicitamente, alcuni anni prima aveva ritenuto di dover esortare gli Stati a "porre fine agli ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali" (cfr. Risoluzione 8 febbraio 1994).<sup>16</sup>

Molte sono state le opinioni avanzate in Italia in ordine a tale problema, in ambito scientifico, politico e mediatico, e tutte possono essere variamente collocate lungo la direttrice che unisce i poli rappresentati dalle due concezioni antitetiche sopra esaminate, quella storicistica e quella giusnaturalistica. Schematizzando, vi sono stati innanzi tutto coloro che hanno ritenuto corretto il primo dei due orientamenti culturali e che dunque si sono dichiarati favorevoli, tenuto conto dell'evoluzione dei costumi sociali, ad una lettura dell'art. 29 Cost. estesa al punto di ricomprendere nella nozione di famiglia "naturale" anche l'ipotesi delle coppie omosessuali. Altri, al contrario, seguaci del contrapposto orientamento, si sono dichiarati assoluta-

<sup>16</sup> Sul quale cfr. Schlesinger, *Una risoluzione del Parlamento europeo sugli omosessuali*, in *Corr. giur.*, 1994, 393ss.

mente contrari a questa soluzione, non riconoscendo alcun ruolo al dato storico, e ancorando la nozione di famiglia esclusivamente al nucleo coniugale tradizionale.

Senza pretesa di riassumere un dibattito che, com'è facile comprendere, è stato estremamente ricco di distinguo e di sfaccettature peculiari, ciò che in questa sede può senz'altro riferirsi è che la tesi che a chi scrive sembra senz'altro più convincente è quella, intermedia rispetto alle due sopra riferite, in forza della quale la nozione di famiglia individuata nella Costituzione italiana sarebbe costituita da una serie di caratteri maggiormente sensibili ai cambiamenti culturali e sociali e da un'altra serie di caratteri, costituenti appunto il "nocciolo duro" della nozione, invece meno influenzati dallo scorrere del tempo.<sup>17</sup> Tra questi ultimi, vi è senz'altro il requisito della diversità di sesso tra i coniugi.

Sembrano, in definitiva, ancora frutto di un equilibrio ragionevole le parole del giurista Jemolo, pronunciate nel lontano 1947, secondo il quale "una nozione universale di matrimonio ha un unico presupposto veramente costante, ossia la diversità di sesso delle persone che contraggono il vincolo". Naturalmente, deve aggiungersi, ciò non significa che una diversa soluzione possa in futuro essere impedita in base a ragioni che si fondano sul diritto naturale e che quindi si possa parlare di una sorta di indisponibilità assoluta del "nocciolo duro" da parte del diritto. Più ragionevolmente, può constatarsi come la predetta soluzione rappresenti la lettura più corretta dell'art. 29 *allo stato attuale*, e che dunque il suo eventuale superamento non sia affatto da escludersi in futuro.

#### VI. LA TUTELA COSTITUZIONALE DELLE CONVIVENZE DIVERSE DALLA FAMIGLIA TRADIZIONALE EX ART. 2 COST

La prospettiva, ora considerata, di un eventuale allargamento della nozione costituzionale di famiglia, è ovviamente un problema distinto da quello riguardante la possibilità di riconoscere a modelli di convi-

<sup>17</sup> Per un'autorevole, quanto efficace, difesa del "nucleo essenziale" del modello costituzionale di famiglia, cfr. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv.dir.civ.*, 2002, spec. 514ss. Più di recente, cfr. anche Dal Canto, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, 279ss.

venza diversi da quelli tradizionali alcune forme di riconoscimento e di tutela. In altre parole, a prescindere dal significato da riconoscere alla formula di "famiglia come società naturale", il diritto può — ed anzi, entro certi limiti, *deve* — prendere in considerazione, tutelandole, una serie di esperienze "para-familiari", utilizzando strumenti diversi da quelli del ricorso all'art. 29 Cost., ovviamente sul presupposto che tali forme di convivenza chiedano, come in effetti spesso accade, di essere riconosciute e garantite dallo Stato e dal diritto.

Su questo diverso fronte, l'ordinamento giuridico italiano ha già dato alcune risposte abbastanza soddisfacenti sia sul piano della legislazione di settore che della giurisprudenza, sia costituzionale che ordinaria. Con riguardo alle convivenze *more uxorio*, ad esempio, la Corte costituzionale ha sottolineato in più di un'occasione la possibilità che le stesse possano trovare una "copertura costituzionale" attraverso il ricorso al richiamato art. 2 Cost., ove si prevede che la Repubblica riconosce i diritti inviolabili dell'uomo "sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità".<sup>18</sup> Proprio in forza di tale richiamo sono state introdotte nell'ordinamento italiano, e in più di un'occasione ritenute legittime da parte del Giudice costituzionale, numerose previsioni legislative settoriali, le quali, per specifici aspetti, hanno esteso alle "unioni di fatto" forme di tutela elaborate per la famiglia tradizionale.

In particolare, secondo la Corte costituzionale la Costituzione italiana, nel riconoscere l'alto valore sociale della famiglia fondata sul matrimonio, cui deve riconoscersi un vero e proprio *favor* rispetto alle altre formazioni sociali, non esclude affatto che le diverse forme di convivenza possano in quanto tali ricevere una tutela, dal momento che, come è stato affermato, "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" (cfr. Corte cost. n. 237/1986 e 281/1994).

<sup>18</sup> In argomento, di recente, Ruggeri, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *www.forumcostituzionale.it*. Cautamente, con riguardo alla possibilità di riferire il fenomeno delle formazioni para-familiari al predetto principio fondamentale, la posizione espressa da F. Vari, *Contributo allo studio della famiglia nella Costituzione italiana*, I, Bari 2004, 97ss.

Com'è stato di recente osservato in dottrina,<sup>19</sup> al legislatore "è imposto di percorrere un crinale, costringendolo da un lato a garantire a tutte le formazioni sociali ispirate a manifestazioni solidaristiche alcuni diritti, e insieme a porre attenzione a che l'estensione a forme di convivenza diverse dal matrimonio di garanzie ed istituti previsti a vantaggio della famiglia legittima non pregiudichi la distinzione posta dalla Costituzione tra famiglia e "altre" formazioni sociali ...".

Percorrere tale "crinale", e quindi trovare una sintesi tra l'esigenza di non trascurare le convivenze *more uxorio* come tali e quella di non svalutare il *plusvalore* da riconoscere, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, alla famiglia fondata sul matrimonio, è risultato in Italia un'operazione particolarmente difficile.

E le difficoltà maggiori si sono registrate con riguardo soprattutto ad una delle ipotesi sul tappeto, cioè quella riguardante proprio il riconoscimento delle coppie omosessuali. In altre parole, scartata, nel dibattito giuridico e politico, la possibilità di estendere la copertura fornita dall'art. 29 Cost. alle coppie formate da persone dello stesso sesso, difficoltà si sono registrate anche con riguardo alla prospettiva meno forte, di predisporre per queste ultime una tutela giuridica differenziata, da riconoscersi in quanto formazioni sociali.

E ciò, vale la pena di notare, a differenza di quanto è accaduto in molti altri paesi europei,<sup>20</sup> i quali, anche quando hanno scartato soluzioni "forti" del tipo di quelle spagnola, olandese e belga, hanno tuttavia fornito una soluzione specifica al problema: in alcuni casi, predisponendo forme di tutela differenti, ma sostanzialmente equivalenti, a quelle derivanti dal matrimonio, come nel caso delle socialdemocrazie scandinave; in altri casi introducendo forme di riconoscimento più "leggere", ma comunque abbastanza efficaci, come nel caso della Francia, dove nel 1999 sono stati introdotti i "Patti civili di solidarietà", e del Portogallo, dove nel 2001 sono state regolamentate le "unioni di fatto".

Non c'è dubbio che il dibattito italiano sia stato fortemente influenzato dalla presenza nella società di una radicata tradizione cattolica

<sup>19</sup> E. Rossi, *Quale famiglia?*, in *Il Regno*, n. 10 del 2007, 2s. e Id., *La tutela costituzionale delle forme di convivenza familiare diverse dalla famiglia*, in Panizza-Romboli (a cura di), *L'attuazione della Costituzione*, Pisa, 2004, 157ss.

<sup>20</sup> Cfr., di recente, Pignatelli, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e "funzione" familiare*, in *Riv.dir.cost.*, 2005, 243ss.

unita ad un particolare attivismo delle gerarchie ecclesiastiche nella vita politica. Fattori che hanno significativamente condizionato anche il recente dibattito parlamentare sul disegno di legge di iniziativa del Governo di centro-sinistra, presieduto dall'on. Romano Prodi, sui "diritti dei conviventi" (al quale si farà un cenno nel successivo paragrafo).

In alcune recenti esternazioni, ad esempio, l'allora Presidente della Conferenza episcopale italiana, Card. Camillo Ruini, ha ricordato non soltanto che "alla famiglia fondata sul matrimonio monogamico tra persone di sesso diverso non possono essere equiparate in alcun modo altre forme di convivenza" ma altresì, categoricamente, che queste ultime "non possono ricevere in quanto tali riconoscimento legale" (prolusione al Consiglio permanente del 22-25 gennaio 2007). E la ragione di ciò, con particolare riguardo alle coppie omosessuali, è rinvenuta nella circostanza che un eventuale riconoscimento pubblico di queste situazioni potrebbe rischiare di aprire la strada al matrimonio tra persone dello stesso sesso; prospettiva assolutamente da avvertire, come osserva ancora il Card. Ruini, perché in contrasto con "i fondamentali dati antropologici e in particolare con la non esistenza del bene della generazione dei figli, che è la ragione specifica del riconoscimento sociale del matrimonio".

E, sulla stessa linea, l'attuale Presidente della C.E.I., Mons. Angelo Bagnasco, non ha usato mezzi termini quando, in occasione della sua prima prolusione al Consiglio episcopale permanente, il giorno 26 marzo 2007, ha affermato che "il disegno legislativo sulle unioni di fatto è inaccettabile sul piano dei principi ma anche pericoloso sul piano sociale ed educativo". In particolare, tra i valori essenziali che, per il rappresentante dei vescovi italiani, potrebbero risultare compromessi dall'approvazione della proposta di legge vi sarebbe quello del "matrimonio sacramentale, il quale si iscrive nel disegno primigenio del Creatore: 'maschio e femmina li creò'. Disegno che noi siamo parimenti impegnati ad annunciare e servire". E infine, con una risolutezza che in passato raramente era stata raggiunta, e che, in un certo senso, inaugura in Italia una fase nuova nei rapporti tra Chiesa cattolica e Istituzioni pubbliche, nella stessa nota si osserva non soltanto che "sarebbe incoerente quel cristiano che sostenesse la legalizzazione delle unioni di fatto" ma pure che, nel caso di "un progetto di legge favorevole al riconoscimento legale delle unioni

omosessuali, il parlamentare cattolico ha il dovere morale di esprimere chiaramente e pubblicamente il suo disaccordo e votare contro il progetto di legge”.

#### VII. IL RECENTE DISEGNO DI LEGGE SUI D.I.C.O.

Ma veniamo ad un rapido esame del disegno di legge in questione,<sup>21</sup> il cui destino peraltro è stato, come si sa, oramai definitivamente segnato, sia sul piano formale, che, direi anche sostanziale, in seguito allo scioglimento delle Camere e alla celebrazione delle nuove elezioni politiche nell'aprile del 2008.

Il testo definiva in primo luogo l'ambito soggettivo di applicabilità della normativa dallo stesso recata, prevedendo, in particolare, che affinché due persone maggiorenni, anche dello stesso sesso, legate da vincoli affettivi, potessero essere titolari dei diritti e dei doveri previsti dalla disciplina dovevano sussistere due presupposti positivi: uno fattuale, ossia una convivenza stabile, e uno formale, ossia la manifestazione da parte dei due conviventi (attraverso una dichiarazione all'ufficio dell'anagrafe) della volontà di essere destinatari degli effetti giuridici previsti.

Per i destinatari della disciplina si prevedeva, quanto ai rapporti interni alla coppia, un obbligo di assistenza e di solidarietà materiale e morale, e, quanto invece alla dimensione esterna, una serie di diritti, quali quello di accesso nelle strutture ospedaliere e di assistenza in caso di malattia (art. 4), di designazione dell'altro convivente per decisioni in materia di salute e in caso di morte (art. 5), di ottenere il permesso di soggiorno in ragione della convivenza (art. 6).

Veniva inoltre tutelato il diritto all'abitazione sia in relazione all'assegnazione di alloggi di edilizia pubblica che con riguardo alla successione del contratto di locazione, in caso di morte di un convivente o in caso di cessazione della convivenza (artt. 7 e 8).

Si prevedevano, inoltre, ma soltanto dopo un certo periodo dalla registrazione della convivenza, specifiche agevolazioni in materia di

<sup>21</sup> Sul quale si vedano anche le osservazioni di Pignatelli, *I Dico tra resistenze culturali e bisogni costituzionali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

rapporti di lavoro (art. 9), un diritto alla pensione di reversibilità (art. 10) e diritti di successione (art. 11).

Nel disegno di legge vi era insomma un tentativo, che in alcuni casi non costituiva una sostanziale novità ma si limitava a recepire le indicazioni provenienti dalla precedente giurisprudenza costituzionale o addirittura a trascrivere previsioni già contemplate in legislazioni settoriali, di dotare di alcune prerogative giuridiche gli individui stabilmente conviventi, peraltro, come si era voluto precisare fin dal titolo del progetto, senza alcun riconoscimento diretto della “coppia” in quanto tale (ma tale dato, molto esaltato nel dibattito politico, non pare in verità degno di grande rilievo, dal momento che, come si è sopra ricordato, anche la famiglia fondata sul matrimonio non ha, nell'ordinamento italiano, una propria personalità giuridica, né dunque può risultare titolare di specifiche situazioni giuridiche soggettive). Tutto ciò, evidentemente, sul presupposto che vi fosse un'effettiva esigenza di regolamentazione minima che meritava di essere soddisfatta da parte del legislatore.

All'indomani delle elezioni politiche della scorsa primavera del 2008, come si diceva, le speranze che tale progetto potesse essere approvato, già a dire la verità piuttosto scarse, si sono ovviamente azzerate. E pare difficile, per il prossimo futuro, ipotizzare una qualche ripresa del dibattito su questi temi nelle aule parlamentari.

Del resto, finché la discussione, com'è stato fino ad oggi, si manterrà prevalentemente sul piano dello scontro ideologico tra cattolici (*rectius*: gerarchie cattoliche) e laici (tra i quali, per la verità, si annoverano anche molti dei cattolici meno intransigenti), a prescindere dai contenuti concreti delle proposte sul tappeto, nessuna mediazione potrà concretamente essere realizzata e divenire testo di legge.