



diritto & religioni

Semestrale
Anno XIII - n. 1-2018
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

25

 LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno XII - n. 2-2017
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttori
Mario Tedeschi - Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero (†), A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli (†), R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale

Diritto canonico

Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico

Sociologia delle religioni e teologia

Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci

A. Bettetini, G. Lo Castro

M. d'Arienzo, V. Fronzoni,

A. Vincenzo

M. Jasonni, L. Musselli (†)

G.J. Kaczyński, M. Pascali

R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI RESPONSABILI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa

Giurisprudenza e legislazione canonica

Giurisprudenza e legislazione civile

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale
e comunitaria*

Giurisprudenza e legislazione internazionale

Giurisprudenza e legislazione penale

Giurisprudenza e legislazione tributaria

G. Bianco, R. Rolli

M. Ferrante, P. Stefani

L. Barbieri, Raffaele Santoro,

Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali, C.M. Pettinato

S. Testa Bappenheim

V. Maiello

A. Guarino, F. Vecchi

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,

segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Antonio Giuseppe Maria Chizzoniti - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Giuseppe D'Angelo - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Chiara Ghedini - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Vincenzo Pacillo - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Francesco Rossi - Prof. Annamaria Salomone - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura - Prof. Ilaria Zuanazzi.

Legami d'amore e tradizione. Analogie e differenze giuridiche tra matrimonio e unioni civili

LUCIA DIANDA

1. Definizione di matrimonio e di unione civile e loro tutela costituzionale

Stabilire con assoluta certezza che cosa sia il matrimonio giuridicamente inteso risulta paradossalmente problematico dato che né la Costituzione, né il Codice civile lo definiscono esplicitamente¹. L'art. 29 della Costituzione si limita a riconoscere i diritti della famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"² e a ribadire l'uguaglianza giuridica e morale dei coniugi. Anche se l'art. 29 Cost. non fa alcun riferimento al matrimonio eterosessuale³, indis-

¹ Così PIERLUIGI CONSORTI, *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 119.

² In realtà, come sottolinea PIERLUIGI CONSORTI, *Diritto e religione*, cit., pp. 119-122, la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio" era il modello socialmente accettato al tempo dell'Assemblea costituente. Attualmente, invece, esistono molti tipi di famiglia non fondati sul matrimonio: famiglia "di fatto", "ricomposta", "allargata". La stessa Costituzione individua in un apposito articolo, l'art. 30, i doveri dei genitori nei confronti dei figli, anche se nati fuori dal matrimonio: in questo modo vengono riconosciuti implicitamente modelli di famiglia non fondati sul matrimonio. RICCARDO CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, § 1, in *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Giappichelli, Torino, 2016, sottolinea come lo sgretolamento del rapporto biunivoco tra famiglia e matrimonio sia iniziato con l'entrata in vigore della legge sul divorzio.

Non è questo il luogo per analizzare il significato di 'società naturale': basti solo notare che la dottrina non è concorde sul significato da attribuirle. Secondo ROBERTO BIN, *La famiglia alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 10, 2000, p. 1066, il riferimento a 'società naturale' "porta con evidenza a postulare l'esistenza di un qualcosa che precede il diritto". CARLO ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, p. 135, invece, contestando proprio il rinvio al diritto naturale, afferma che la definizione di famiglia come 'società naturale' "attribuisce rilievo giuridico alla constatazione di fatto che, tra i membri della famiglia, non sussistono solo freddi vincoli giuridici, ma legami affettivi (legami 'naturali' che, come dice la Costituzione, rendono la famiglia 'società naturale')". Sul significato di famiglia come 'società naturale', si veda anche FRANCESCA BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in *www.gruppodipisa.it*, pubblicato il 7 giugno 2013; ANDREA PUGIOTTO, *Alla radice dei "casi": la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, in *www.forumcostituzionale.it*, pubblicato il 29 febbraio 2008.

³ Anche nelle varie fasi dell'iter costituzionale per l'approvazione dell'art. 29 Cost. non si fa mai

solubile⁴ e monogamico⁵, è innegabile che questo fosse il modello al quale fecero riferimento i Costituenti⁶: un'idea di famiglia talmente radicata nella società del tempo da non avere bisogno di una definizione giuridica. Le norme del c.c. che disciplinano l'istituto matrimoniale (art. 143 ss.) danno a loro volta per scontato che il matrimonio sia il legame affettivo di un uomo e di una donna che, in possesso dei requisiti giuridici previsti dalla legge, decidono liberamente e volontariamente di costituire la loro unione: la diversità di sesso dei nubendi rappresenta, pertanto, un requisito implicito del matrimonio.

La legge 20 maggio 2016, n. 76, entrata in vigore il 5 giugno 2016⁷, definisce a sua volta l'unione civile come il negozio giuridico con cui due persone maggiorenni, dello stesso sesso e in possesso dei requisiti previsti dalla legge costituiscono liberamente e volontariamente il loro legame affettivo (art. 1, c. 2, legge 76/2016). L'uguaglianza di sesso degli uniti civilmente si presenta, quindi, come elemento fondamentale dell'unione civile.

In entrambi i casi la legge si preoccupa di indicare in modo dettagliato quali siano i diritti e gli obblighi che derivano dalle unioni senza mai menzionare l'elemento socialmente ritenuto alla base di tali relazioni giuridiche che, in maniera inequivocabile, è l'amore⁸. L'ordinamento, quindi, individua le conseguenze senza fare riferimento alle premesse: non indica le ragioni per

riferimento alla diversità di sesso dei nubendi. Sul punto, si veda SERGIO BOVA (a cura di), *Le Commissioni della Costituente per l'esame dei disegni di legge*, Camera dei deputati, Roma, 1985; ID., *L'elaborazione della Carta Costituzionale nel 'Comitato di redazione'*, in ENZO CHELI (a cura di), *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea Costituente*, Il Mulino, Bologna, 1979, pp. 305-347.

⁴ In Italia, come noto, l'istituto giuridico del divorzio è stato introdotto con l. 898/1970.

⁵ NICOLA COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 179. In realtà, esistono ordinamenti giuridici che riconoscono i matrimoni poligamici: matrimoni poliginici sono praticati soprattutto nei paesi a maggioranza islamica, mentre quelli poliandrici prevalentemente in Oriente, in ambito buddista. In Italia, invece, la poligamia è considerata un reato ex artt. 556-557 c.p.

⁶ Corte Cost., s. n. 138/2010: "Infatti, come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta."

⁷ La l. 76/2016, c.d. legge Cirinnà, che prende nome da Monica Cirinnà, Senatrice del Partito Democratico, promotrice e prima firmataria, ha introdotto l'istituto delle unioni civili nell'ordinamento giuridico italiano. La legge è stata emanata per conferire un'adeguata tutela delle coppie omosessuali, in adempimento degli obblighi di origine comunitaria e in linea con le soluzioni già adottate dagli altri Stati europei. Infatti, con sentenza del 21 luglio 2015 *Oliari and others v. Italy*, la Corte di Strasburgo ha condannato all'unanimità l'Italia proprio a causa dell'assenza di un adeguato riconoscimento legale delle coppie formate da persone dello stesso sesso. Si veda SIMONA ATTOLLINO, *Nuovi modelli familiari. Considerazioni in ordine al Consiglio di Stato n. 4899 del 2015 sulla trascrivibilità del matrimonio omosessuale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 17/2016, pp. 5-12, pubblicato il 6 maggio 2016.

⁸ PIERLUIGI CONSORTI, *Diritto e religione*, cit., pp. 125-126.

cui ci si sposa/unisce, ma specifica ciò che ne deriva. Il matrimonio/l'unione civile sono, per l'ordinamento, due negozi giuridici a cui assicurare stabilità e certezza: che l'amore ci sia o non ci sia, al diritto non interessa.

La differenza giuridica delle due unioni è espressamente desunta dal diverso riferimento costituzionale. L'art. 29 Cost. non entra in gioco per le unioni civili⁹ che ricadono, invece, nel quadro delle tutele accordate dall'art 2 Cost. alle formazioni sociali per esplicita menzione dell'art. 1, c. 1, legge 76/2016. Tuttavia questa differenza formale perde la sua centralità se si pensa che “con l'espressione formazione sociale si fa riferimento ad ogni tipo di organizzazione o di comunità che si frapponga tra l'individuo e lo Stato” e nella quale si svolga la personalità dell'uomo¹⁰. Pertanto anche la famiglia fondata sul matrimonio è una formazione sociale nella quale si sviluppa la personalità dell'individuo e, in quanto *species* del *genus* formazione sociale, riceve copertura anche dall'art. 2 Cost.¹¹. Sotto questo profilo matrimonio e unioni civili ricevono la medesima garanzia costituzionale basata sull'art. 2 Cost.

2. Uguaglianze e differenze tra matrimonio e unioni civili

La disciplina delle unioni civili appare sostanzialmente uguale a quella del matrimonio; del resto la l. 76/2016 rinvia espressamente alle disposizioni del codice civile relative al matrimonio. Più precisamente, la disciplina delle cause impeditive¹² per la costituzione di un'unione civile e quella dell'impu-

⁹ Anche la famiglia non fondata sul matrimonio è riconosciuta e tutelata dalla Costituzione in base all'art. 2 poiché anch'essa è una specifica formazione sociale “ove si svolge la [...] personalità [dell'uomo]”. Da notare che, con l. 219/2012 e d.lgs. 154/2013 nel c.c. sono state sostituite le espressioni “figli legittimi” e “figli naturali” con quelle di “figli nati nel matrimonio” e “figli nati fuori dal matrimonio” al fine di rimuovere ogni tipo di disuguaglianza. Conseguentemente, non si distingue più tra “famiglia legittima” e “famiglia naturale”, ma tra “famiglia fondata sul matrimonio” e “famiglia non fondata sul matrimonio”. Così ALESSANDRA MEI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto nella legge Cirinnà approvata l'11.5.2016: analogie e differenze con l'istituto del matrimonio*, in *La nuova procedura civile*, 3, premessa, n. 9, pubblicato il 13 maggio 2016.

¹⁰ Così ROBERTO BIN, GIOVANNI PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 564. La definizione è unanimemente accettata dalla dottrina.

¹¹ ALESSANDRA MEI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso* cit. Anche FRANCESCA BIONDI, *Famiglia e matrimonio* cit., pp. 4-10, si domanda se l'art. 29 Cost. possa essere considerato una specificazione dell'art. 2 Cost.

¹² Si veda art. 1, c. 4, legge 76/2016: l'unione civile è impedita dalla sussistenza di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile per una delle parti (cfr. art. 86 c.c.), dall'interdizione di una delle parti per infermità di mente (cfr. art. 85 c.c.), dalla sussistenza di rapporti di parentela, affinità o adozione tra le parti (cfr. art. 87 c.c.), dalla condanna di una delle parti per omicidio tentato o consumato nei confronti del coniuge o di chi sia unito civilmente con l'altra parte dell'unione civile (cfr. art. 88 c.c.). Come per il matrimonio (cfr. artt. 117 e 118 c.c.), la sussistenza di una delle cause impeditive suddette

gnazione¹³ ricalcano la normativa prevista per il matrimonio, come anche il regime patrimoniale dell'unione civile¹⁴ e quello successorio¹⁵.

Esistono, però, alcune differenze tra il regime giuridico dei due istituti che possiamo suddividere in quattro gruppi:

- differenze che riguardano specifici diritti e doveri scaturenti dall'unione civile e dal matrimonio: obbligo di fedeltà e di collaborazione;
- differenze che riguardano l'istituto della separazione;
- differenze che riguardano l'istituto dell'adozione;
- differenze marginali: il regime giuridico del cognome, l'età, l'inconsumazione.

3. *Sulle differenze tra matrimonio e unioni civili: l'obbligo di fedeltà e di collaborazione e l'istituto della separazione*

La differenza più significativa riguarda l'applicabilità alle unioni civili dell'art. 143 c.c. relativo all'obbligo di fedeltà per entrambi i coniugi¹⁶ che la l. 76/2016 non prevede per le parti dell'unione civile¹⁷. Si tratta di una dif-

comporta la nullità dell'unione civile.

¹³ Cfr. art. 1, c.7, legge 76/2016 che disciplina l'impugnazione dell'unione civile per violenza, timore di eccezionale gravità ed errore sulla falsariga dell'art. 122 c.c.

¹⁴ Cfr. art.1, c. 13, legge 76/2016: come per il matrimonio, in mancanza di diversa convenzione patrimoniale il regime patrimoniale dell'unione civile è costituito dalla comunione dei beni (cfr. art. 159 c.c.).

¹⁵ Il c. 21, in relazione al regime successorio riservato alle parti dell'unione civile, rinvia espressamente alle norme del c.c. dettate in tema di indegnità (cfr. capo III, tit. I, libro II, c.c.), collazione (cfr. capo II, tit. IV, libro II, c.c.), successione dei legittimari (cfr. capo X, tit. I, libro II, c.c.), successione legittima (cfr. capo I, tit. II, libro II, c.c.) e patto di famiglia (cfr. capo V - bis, tit. IV, libro II, c.c.). Pertanto, nell'ambito della successione legittima, l'unito civilmente rientra nella categoria dei successibili ex art. 565 c.c., proprio come il coniuge al quale è equiparato in riferimento alle quote di eredità. Inoltre, così come il coniuge, l'unito civilmente rientra nella categoria degli eredi legittimari ex art. 536 c.c. ed ha diritto alla stessa quota di riserva che spetta al coniuge. Sul regime successorio delle unioni civili, si veda RUGGIERO FIORELLA, *Schema: le successioni alla luce della riforma sulle unioni civili (L. 76/2016)*, in *La nuova procedura civile*, 3, 2016, p. 3016, pubblicato il 31 maggio 2016.

¹⁶ Il 25 febbraio 2016 la Senatrice del Partito Democratico Laura Cantini ha presentato al Senato il ddl n. 2253. Il testo di legge è composto da un solo articolo con il quale si intende sopprimere l'obbligo di reciproca fedeltà per i nubendi previsto dall'art. 143, c. 2, c.c. La relazione al ddl sottolinea che tale obbligo è ritenuto "un retaggio di una visione ormai superata e vetusta del matrimonio, della famiglia e dei doveri e diritti dei coniugi". Secondo il ddl, l'obbligo di fedeltà aveva il suo fondamento nella distinzione tra figli legittimi e figli naturali perché la fedeltà della moglie poteva "garantire" la legittimità dei figli. Con l. 21/2012, però, è stata posta fine alla distinzione tra figli legittimi e naturali in quanto tutti i figli godono degli stessi diritti: pertanto, l'obbligo di fedeltà non avrebbe più motivo di esistere. Il ddl è stato assegnato alla seconda Commissione permanente (Giustizia) in data 17 maggio 2016. Ad oggi, l'esame del ddl non è ancora iniziato.

¹⁷ In realtà, l'originario disegno di legge delle unioni civili prevedeva l'obbligo in questione: l'art. 3, c.

ferenza su cui si è molto discusso¹⁸, quasi per segnalare la minore solennità dell'impegno morale assunto da una coppia unita civilmente rispetto a una coppia sposata. Sembra, perciò, utile precisare che cosa intenda per "fedeltà" l'ordinamento giuridico.

La questione ha radici antiche; infatti, già il codice penale disciplinava all'art. 559 c. p. il delitto di adulterio e all'art. 560 c. p. quello di concubinato. L'art. 559 c. p. puniva la moglie adultera con la reclusione mentre l'art. 560 c. p. prevedeva la reclusione per il marito che avesse tenuto una concubina nella casa coniugale o notoriamente altrove. Il marito infedele, a differenza della moglie, non era punito *tout court* per il comportamento fedifrago, ma per una specifica condotta fedifraga¹⁹. In seguito, com'è noto, la Corte Costituzionale con le sentenze n. 126/1968 e 147/1969²⁰, ha dichiarato incostituzionali sia l'art. 559 c. p. che l'art. 660 c. p. per la loro evidente portata discriminatoria nei confronti delle donne.

Resta il fatto che il contenuto dell'obbligo di fedeltà non appare espressa-

1, ddl 2081, stabiliva, infatti, che "con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni". Nel corso dell'esame al Senato, però, l'obbligo di fedeltà è stato espunto.

¹⁸ Secondo alcuni, la mancata previsione dell'obbligo di fedeltà per le unioni civili è stata frutto di una precisa scelta politica: distinguere l'istituto in questione dal matrimonio. Così GEREMIA CASABURI, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)* in *Articolo 29*, p. 11, pubblicato il 3 marzo 2016. Altri sostengono che il mancato riferimento all'obbligo di fedeltà riconfermi il pregiudizio nei confronti delle coppie omosessuali, accusate di condurre "vite promiscue", e attribuisca alle unioni civili minore dignità sociale rispetto al matrimonio. Così si esprime FRANCESCA DELL'ANNA MISURALE, *Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge*, in *Giustiziacivile.com*, 10, pubblicato il 27 giugno 2016. Altri ancora ritengono che la mancanza dell'obbligo di fedeltà per le unioni civili non abbia rilevanza concreta: l'unione civile non prevede l'istituto della separazione e, di conseguenza, non è possibile pronunciare l'addebito in caso di violazione dell'obbligo di fedeltà. Così ENRICO QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?* in *Giustiziacivile.com*, pp. 5-6, pubblicato il 1 aprile 2016. Secondo altra parte della dottrina, invece, l'obbligo di fedeltà può essere ricondotto all'interno dell'"obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale" previsto dall'art. 1, c. 11, legge 76/2016. A tale proposito si veda GEREMIA CASABURI, *Il nome della rosa* cit.; RICCARDO CAMPIONE, *L'unione civile tra la disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti* cit., pp. 13-17.

¹⁹ GUIDO LAGOMARSINO, *L'esclusione della fedeltà coniugale prima e dopo la riforma del diritto di famiglia, con riferimento all'esclusione canonica della fedeltà nel ns ordinamento*, in *Il diritto delle persone e della famiglia*, 2015, par. 2.

²⁰ Con s. n. 126/1968 la Corte Cost. ha dichiarato l'incostituzionalità dei commi 1 e 2, art. 559, c. p. perché contrari agli artt. 3 e 29 Cost.: "La legge, non attribuendo alcuna rilevanza all'adulterio del marito e punendo invece quello della moglie, pone in stato di inferiorità quest'ultima, la quale viene lesa nella sua dignità, è costretta a sopportare l'infedeltà e l'ingiuria, e non ha alcuna tutela in sede penale". Con s. n. 147/1969 la Consulta ha dichiarato incostituzionali i commi 3 e 4, art. 559, c. p. e l'art. 560 c. p. perché contrari agli artt. 3 e 29 Cost.

mente stabilito in termini legali: deriva pertanto da un'interpretazione socialmente orientata, influenzata dal trascorrere del tempo e dall'evoluzione dei costumi.

In un primo momento, che orientativamente corrisponde al periodo precedente alla riforma del diritto di famiglia²¹, l'obbligo di fedeltà era comunemente inteso in senso restrittivo²², ossia veniva per lo più identificato con il dovere di astenersi dall'intrattenere rapporti sessuali con persone diverse dal coniuge²³. Con il tempo, il senso del matrimonio è però iniziato a cambiare e l'aspetto contrattualistico, basato sul binomio diritti-doveri reciproci, ha cominciato a perdere rilievo a favore di una maggiore attenzione verso i sentimenti di affetto, fiducia e amore che legano o, almeno, dovrebbero legare i coniugi²⁴. Conseguentemente si avverte anche un progressivo cambiamento del concetto di fedeltà, che non resta più circoscritto alla sola sfera delle relazioni sessuali, ma si estende alla esclusività del legame affettivo inteso in senso anche spirituale, consistente nel mantenimento di un perdurante rapporto di reciproca fiducia che lega chi ha scelto di costituire la relazione matrimoniale²⁵.

La decisione di espungere l'obbligo di fedeltà nel caso delle unioni civili, differenziandole così dal matrimonio, ha diviso dottrina e opinione pub-

²¹ L. 19 maggio 1975, n. 151, *Riforma del diritto di famiglia*.

²² GUIDO LAGOMARSINO, *L'esclusione della fedeltà coniugale*, cit., par. 3: "Dalla menzionata pronunzia traspare una concezione riduttiva della fedeltà, quale dovere di astenersi da rapporti sessuali con persona diversa dal coniuge, con deducibilità di un diritto-dovere identificabile nella disponibilità fisica di un coniuge nei confronti dell'altro".

²³ Si veda Corte costituzionale, s. n. 99/1974.

²⁴ Il mutamento, a livello sociale, del concetto di famiglia e la riconosciuta uguaglianza della moglie rispetto al marito hanno reso necessaria la riforma del diritto di famiglia, attuata con l. 19 maggio 1975, n. 151.

²⁵ Anche la giurisprudenza fa riferimento a un concetto di fedeltà in senso ampio. Con s. n. 1045/1976 la Cassazione ha affermato che l'obbligo di fedeltà non si concretizza solo nell'astensione da rapporti sessuali con terzi ma, "ancor prima, in senso positivo, quale dedizione fisica e spirituale tra i coniugi e come impegno di fiducia e lealtà reciproca mirante alla salvaguardia e al consolidamento della comunione materiale e spirituale dei coniugi stessi". Rilevante sull'argomento è anche Cass., s. n. 9287/97: "il dovere di fedeltà, collocato dall'articolo 143 c.c. tra gli obblighi nascenti dal matrimonio, consiste nell'impegno, ricadente su ciascun coniuge, di non tradire la fiducia reciproca, ovvero di non tradire il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi che dura quanto dura il matrimonio e non deve essere inteso soltanto come astensione da relazioni sessuali extraconiugali". Per quanto riguarda le Corti di merito, si veda Trib. di Milano, 24 ottobre 2001 - 4 giugno 2002, che ha ribadito come l'obbligo di fedeltà corrisponda al "dovere di lealtà verso l'altro coniuge e anche (alla) capacità di sacrificare gli interessi e le scelte individuali che si rivelino in contrasto con gli impegni e le prospettive della vita in comune". Analogamente, Trib. di Bari, 13 luglio 2007. Anche la dottrina condivide questa nuova concezione di fedeltà: così FRANCESCO SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi e il divorzio*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 51; GABRIELLA CONTIERO, *I doveri coniugali e la loro violazione. L'addebito e il risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 15-16.

blica. Secondo alcuni, è stata frutto di una precisa scelta politica²⁶; altri affermano che si tratti di una conferma del pregiudizio che attribuisce alle coppie omosessuali un'ambiguità connessa alla loro presunta "promiscuità", che le renderebbe socialmente meno degne di contrarre matrimonio²⁷. Altri ancora ritengono che la mancanza dell'obbligo renda la l. 76/2016 "non solo incostituzionale, ma anche irrazionale²⁸". Non manca chi ha sostenuto che l'assenza esplicita di questo obbligo sia dovuta al fatto che esso è implicitamente ricompreso nell'"obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale²⁹" previsto dall'art.1, c. 11, legge 76/2016³⁰.

A differenza di quanto previsto dall'art. 143 c.c. per i coniugi, la nuova legge non fa riferimento, per gli uniti civilmente, all'obbligo di collaborazione nell'interesse della famiglia. Siccome l'obbligo in questione riguarda il dovere di "attivarsi per far fronte a tutte le necessità del gruppo familiare (figli compresi)³¹", la sua assenza costituisce un ulteriore elemento di differenza fra "unioni civili" e "matrimonio" connesso alla dimensione "familiare naturale".

Secondo parte della dottrina, l'obbligo di collaborazione nell'interesse della famiglia è stato previsto per i coniugi ma non per gli uniti civilmente perché le parti di un'unione civile non sono geneticamente predisposte alla procreazione, mentre il matrimonio ha (anche) una finalità riproduttiva³². Questa critica, che pure coglie il segno di una naturalità connessa alla dimensione biologica, omette di dare la giusta importanza al dato concreto, che vede la

²⁶ Così, ad esempio, si esprimono le associazioni Lgbt. Si veda anche GEREMIA CASABURI, *Il nome della rosa* cit.

²⁷ Così, ancora, le associazioni Lgbt; si veda anche FRANCESCA DELL'ANNA MISURALE, *Unioni civili tra diritto e pregiudizio*, cit.

²⁸ Mario Mauro, Senatore della XVII Legislatura per il gruppo parlamentare *Per l'Italia*.

²⁹ Secondo FRANCESCO RUSCELLO, *Diritti e doveri nascenti dal matrimonio* in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da PAOLO ZATTI, I, 1, Giuffrè, Milano, 2011, p. 752, con l'obbligo di assistenza morale e materiale si intende "l'obbligo di attenzione ai bisogni dell'altro coniuge e rispetto della sua persona." Si veda anche VALERIA CIANCIOLO, *Unioni civili e Convivenze, guida commentata alla legge 20 maggio 2016, n. 76*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 32: "Per 'assistenza' si devono intendere i comportamenti diretti alla soddisfazione degli interessi dell'altro coniuge e inerenti il rapporto coniugale".

³⁰ Così, ad esempio, si esprimono le associazioni Lgbt. Vedi GEREMIA CASABURI, *Il nome della rosa* cit.; RICCARDO CAMPIONE, *L'unione civile tra la disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti* cit., pp. 13 - 17.

³¹ PAOLO CENDON, *Commentario al codice civile*, artt. 143-201 bis, *Diritti e doveri fra coniugi, Scioglimento del matrimonio, Separazione personale, Rapporti patrimoniali*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 42.

³² Come sostiene FRANCESCA BIONDI, *Famiglia e matrimonio* cit., p. 10-12 e come già evidenziato, "oggi la filiazione è spesso slegata dal contesto matrimoniale" in quanto non importa essere sposati per generare figli: basti pensare alle coppie di fatto o alla possibilità di "concepire anche senza la collaborazione attiva del partner", ad esempio rivolgendosi a una banca del seme.

presenza di molte coppie unite in matrimonio senza figli. Tale elemento dovrebbe far sorgere qualche dubbio sull'assolutizzazione della procreazione come elemento costitutivo della relazione matrimoniale. Le coppie sposate non sono obbligate ad avere figli: infatti, se è vero che il matrimonio dovrebbe aprire alla procreazione, è anche vero che quest'ultima non è necessaria; ed è altrettanto vero anche l'inverso, nel senso che la procreazione è naturale anche fuori dal matrimonio. Del resto non può escludersi che l'unione di due persone, etero o omosessuali, costituisca già di per sé un nucleo familiare, indipendentemente dalla presenza o meno di figli: lo stesso art. 1, c. 12, legge 76/2016 prevede che le parti di un'unione civile concordino, tra loro, l'indirizzo della "vita familiare".

Alle unioni civili non si applica la disciplina della separazione personale dei coniugi: più precisamente, non si applicano né la disciplina della separazione giudiziale *ex art. 151 c. c.*, né quella consensuale *ex art. 158 c. c.*³³: per sciogliere un'unione civile è sufficiente la manifestazione di volontà delle parti, anche disgiuntamente³⁴, dinanzi all'ufficiale dello stato civile (art. 1, c. 24, legge 76/2016).

Il legislatore non indica espressamente la ragione per cui lo scioglimento dell'unione civile e quello del matrimonio siano disciplinati in modo diverso. Eppure, l'aver previsto che la semplice manifestazione della volontà delle parti, anche disgiunta, sia sufficiente a porre fine a un'unione civile e che il tempo richiesto per proporre domanda di scioglimento sia minore rispetto a quello stabilito per la domanda di scioglimento del matrimonio³⁵ pare proprio basarsi sul presupposto (*rectius* pregiudizio) che l'unione civile sia meno solida e

³³ Il testo del ddl S. 2081 (versione emendata del c.d. ddl Cirinnà), invece, rinviava, in modo generico, alle norme in materia di separazione personale dei coniugi.

³⁴ LUIGI BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1787: "Il legislatore, nel contesto delle unioni civili, ha affiancato dunque al tradizionale procedimento contemplato per addivenire allo scioglimento del matrimonio – l'ormai anacronistico doppio binario (separazione, vista la scarsa incidenza pratica delle altre cause di scioglimento del matrimonio, e successivo divorzio) – un meccanismo risolutore che fa perno sulla volontà unilaterale. Si tratta di una presa d'atto di come, nella sostanza, al fine di pervenire allo scioglimento dell'unione sia sufficiente – e ciò indipendentemente dal contesto, matrimoniale o non – il disimpegno di uno soltanto dei partner".

³⁵ La domanda di scioglimento dell'unione civile dovrà essere proposta decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di scioglimento della stessa (art. 1, c. 24, legge 76/2016). Cfr. ALESSANDRA MEI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 12. Il coniuge, invece, può proporre domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio anche nel caso in cui la separazione si sia protratta ininterrottamente da almeno dodici mesi dall'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale e da sei mesi nel caso di separazione consensuale (art. 3, c. 2, lett. b, legge 898/1970 così modificata dalla legge 55/2015).

impegnativa del vincolo coniugale³⁶.

Senza insistere sull'analisi delle motivazioni sottese a una tale scelta, sembra utile soffermarsi a considerarne le conseguenze pratiche. La violazione dei doveri matrimoniali da parte di un coniuge, che risulti causa dell'impossibilità della prosecuzione della convivenza, può determinare l'addebito della separazione a carico del coniuge fedifrago (art. 151 c. c.)³⁷ e dare luogo al risarcimento del danno endofamiliare³⁸. Pertanto, il coniuge nei cui confronti non siano stati rispettati gli obblighi coniugali potrà richiedere sia l'addebito della separazione, sia il risarcimento del danno endofamiliare *ex* art. 2043 c.c. Al contrario, l'unito civilmente che lamenti una violazione degli obblighi derivanti dall'unione civile tale da determinarne la crisi, non potrà chiedere l'addebito ma solo il risarcimento del danno, trovandosi in una posizione svantaggiata rispetto al coniuge cui sia stato leso il diritto a una serena e rispettosa unione.

A ben vedere, le differenze evidenziate tra il regime giuridico del matrimonio e quello delle unioni civili appaiono del tutto immotivate. Se, infatti, il fine ultimo dei due istituti consiste nel conferire stabilità a una relazione affettiva, non risulta comprensibile una diversità di trattamento. L'obbligo di fedeltà può essere ritenuto imprescindibilmente connaturato all'essenza di una relazione stabile, basata sulla dedizione e sulla fiducia reciproca ma, allora, dovrà essere previsto sia per l'istituto del matrimonio che per quello delle unioni civili. Allo stesso modo, anche i rimedi giuridici stabiliti in caso di una sua violazione dovranno essere gli stessi, sia che si propenda per l'istituto della separazione e dell'addebito, sia che si preferisca una modalità di scioglimento del vincolo affettivo più rapida e semplice e sfornita dell'addebito. Al contrario, l'obbligo di fedeltà potrà essere considerato un inutile anacronismo, ma allora lo sarà sia per le unioni civili che per il matrimonio. Conseguentemente ai coniugi non sarà più richiesto il rispetto di tale obbligo, ma neppure sarà più possibile proporre domanda di separazione coniugale con eventuale addebito, né quella di risarcimento del danno in caso di una sua violazione.

³⁶ Si veda MARILENA GORGONI, *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 99. GEREMIA CASABURI, *Il nome della rosa*, cit., pp. 15-16, invece, ritiene che l'aver previsto termini più brevi per giungere allo scioglimento di un'unione civile rispetto a quelli richiesti per lo scioglimento del matrimonio vada, in pratica, a vantaggio degli uniti civilmente.

³⁷ Secondo Cass., s. n. 8862/2012, è indispensabile, inoltre, che la violazione degli obblighi coniugali sia cosciente e volontaria. In maniera concorde, Cass., s. n. 8873/2012; Cass., s. n. 21245/2010.

³⁸ Con danno endofamiliare si intende la lesione della dignità e della personalità commessa da un componente della famiglia nei confronti di un altro componente. Cfr. Cass., s. n. 9801/2005: "il rispetto della dignità e della personalità, nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare assume il connotato di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente della famiglia costituisce il presupposto logico della responsabilità civile".

4. *Sulle differenze tra matrimonio e unioni civili. L'adozione legittimante e l'adozione in casi particolari*

Un'altra differenza tra l'istituto delle unioni civili e quello del matrimonio riguarda l'adozione legittimante, ammessa per i coniugi³⁹ ma non per gli uniti civilmente, atteso il silenzio della l. 76/2016 che non prevede nemmeno l'istituto dell'adozione in casi particolari⁴⁰. La questione tocca ancora una volta la sensibilità politica connessa alla equiparazione delle unioni civili con il matrimonio, come dimostra l'analisi degli atti parlamentari che ne tenevano in origine conto nella forma della c.d. *stepchild adoption*⁴¹.

Il dibattito parlamentare in relazione alla *stepchild adoption* è stato molto amplificato anche da un'opinione pubblica divisa in funzione di una molteplicità di aspetti collegati a questa ipotesi, ritenuta da alcuni un modo per incentivare la pratica dell'utero in affitto⁴² o della fecondazione eterologa⁴³, entrambe proibite dall'ordinamento giuridico italiano⁴⁴. Dati i forti contrasti sul punto, la disposizione è stata espunta in sede di approvazione al Senato del

³⁹ L'adozione, disciplinata dalla l. 184/1984, modificata dalla l. 173/2015, è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve aver avuto luogo negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto. Il periodo dei tre anni può essere raggiunto computando anche un eventuale periodo di convivenza prematrimoniale *more uxorio* (cfr. art. 6, c. 1 e c. 4, legge 184/1984).

⁴⁰ L'art. 44, c. 1, legge 184/1983 disciplina l'adozione in casi particolari per il matrimonio. "I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al c. 1 dell'art. 7:

a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, quando il minore sia orfano di padre e di madre;
b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge (*stepchild adoption*);
c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre;
d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo".

⁴¹ Cfr. ddl 2081 sulle unioni civili, presentato in Senato il 6 ottobre 2015 dalla Senatrice Monica Cirinnà. Con il termine *stepchild adoption* si intende l'istituto giuridico che consente a un membro di una coppia di essere riconosciuto come genitore del figlio, biologico o adottivo, del compagno. L'art. 5 del ddl 2081 recitava: "All'articolo 44, comma 1, lettera b), della legge 4 maggio 1983, n. 184, dopo la parola: 'coniuge' sono inserite le seguenti: 'o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso' e dopo le parole: 'e dell'altro coniuge' sono aggiunte le seguenti: 'o dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso'."

⁴² L. 40/2004. *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*. Si veda anche Cass., s. n. 24001/2014.

⁴³ L. 40/2004. *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*.

⁴⁴ I politici contrari all'introduzione della *stepchild adoption* sono stati soprattutto i parlamentari di Area Popolare (UdC e NCD), ma anche alcuni di Scelta Civica e del M5S, una parte dei parlamentari di Forza Italia e quelli della Lega Nord. Un gruppo di parlamentari cattolici del PD ha presentato un emendamento al ddl 2081 per sostituire la *stepchild adoption* con l'istituto dell'affido.

ddl⁴⁵; tuttavia successivamente, anche in assenza di una disciplina generale, la giurisprudenza nella sostanza si è dimostrata favorevole al riconoscimento della *stepchild adoption* per le coppie omosessuali. L'assenza di tale istituto per gli uniti civilmente non modifica la situazione di fatto: il figlio continua a rimanere nel nucleo familiare formato dal genitore biologico e da quello sociale, anche se non viene riconosciuto il legame creatosi con quest'ultimo né la tutela che ne consegue⁴⁶.

Problema altrettanto delicato riguarda il divieto di adozione legittimante per gli uniti civilmente. La questione non è stata nemmeno presa in considerazione durante la stesura della l. 76/2016, probabilmente per non porsi in contrasto con una concezione diffusa secondo la quale un bambino non potrebbe crescere sano e felice in una famiglia omosessuale. A ben vedere, anche in questo caso la prospettiva in cui la questione è stata analizzata non appare del tutto conforme al dato giuridico, perché il diritto all'adozione va inteso in capo agli adottati e non agli adottandi e quindi la coppia omosessuale non dovrebbe subire discriminazioni. Come recita lo stesso titolo della legge⁴⁷, è qui in gioco il diritto del minore a crescere in una famiglia che lo ami e si prenda cura di lui. Partendo da questo principio, alcuni Stati⁴⁸ hanno previsto l'adozione per le coppie dello stesso sesso perché la capacità o meno di essere un buon genitore non è ontologicamente collegata all'orientamento sessuale.

⁴⁵ La giurisprudenza, però, sulla base di un orientamento consolidato e confermato dalla stessa Cassazione, è riuscita ad applicare la *stepchild adoption* anche alle unioni civili per mezzo del combinato disposto degli artt. 1, c. 20, legge 76/2016 e 44, c. 1, lett. d, legge 184/1983. Cfr. Cass., s. n. 12962/2016; Corte d'Appello di Milano, s. 9 febbraio 2017; Tribunale min. Bologna, s. 8 giugno 2017; Trib. min. Firenze, ord. 7 marzo 2017 che ha ordinato la trascrizione di un provvedimento straniero con il quale era stata disposta l'adozione di due fratelli residenti nel Regno Unito da parte di una coppia di uomini, cittadini italiani e residenti anch'essi da tempo nel Regno Unito.

⁴⁶ Il 29 marzo 2016 è stato presentato in Senato il ddl 2301 intitolato "Norme per l'adozione coparentale". Come afferma lo stesso proponente Luigi Manconi, Senatore del Partito Democratico, nella relazione al ddl, "salva la possibilità di una più ampia revisione della normativa sulle adozioni, con questo disegno di legge si propone la piena parificazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso alle coppie unite in matrimonio in punto di adozione coparentale, attraverso l'approvazione di un unico articolo che riprende testualmente quanto già previsto dall'articolo 5 del disegno di legge 2081, a prima firma della Senatrice Cirinnà". Sul testo, assegnato in Commissione Giustizia il 17 maggio 2016, non è ancora stato avviato l'esame.

⁴⁷ L. 184/1983, *Diritto del minore a una famiglia*.

⁴⁸ L'adozione di minori da parte di coppie omosessuali è ammessa nei seguenti Stati: Regno Unito, Spagna, Francia, Germania, Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo, Svezia, Norvegia, Danimarca, Austria, Islanda, Stati Uniti d'America, Canada, Argentina, Brasile, Uruguay, Sudafrica, Finlandia, Andorra, Colombia, Irlanda, Malta, Portogallo e Nuova Zelanda. L'adozione da parte di coppie dello stesso sesso è inoltre legale in alcune giurisdizioni del Messico e dell'Australia.

5. *Sulle differenze tra matrimonio e unioni civili. Il regime giuridico del cognome, l'età, l'inconsumazione*

In base all'art. 84 c.c. il minore di età non può contrarre matrimonio, salvo il caso in cui abbia compiuto sedici anni, esistano gravi motivi⁴⁹, venga accertata dal giudice la sua maturità psico - fisica e la fondatezza delle ragioni addotte (art. 38 disp. att. c.c.). Le unioni civili, invece, possono essere contratte solo da persone dello stesso sesso che siano maggiorenni (art. 1, c. 2, legge 76/2016).

Ancora: marito e moglie non possono scegliere un cognome comune tra i loro, né il marito può aggiungere al proprio quello della moglie⁵⁰: è la moglie che 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.). Le parti dell'unione civile, invece, possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione, un cognome comune scegliendo tra i loro (art. 1, c. 10, legge 76/2016).

Infine l'inconsumazione⁵¹ è prevista come causa autonoma di divorzio per i coniugi ma non per gli uniti civilmente. Come evidenzia Simone Baldetti, questa causa di divorzio è "un'eredità canonistica". Infatti, inizialmente il matrimonio civile poteva sciogliersi solo in caso di morte di uno dei coniugi mentre quello canonico anche per inconsunzione⁵². Con l'introduzione della l. 898/1970 l'ordinamento giuridico italiano ha mutuato da quello canonistico questa particolare forma di divorzio. La l. 76/2016, invece, non ha risentito dell'influsso canonistico⁵³ per l'ovvio motivo che requisito indispensabile per il matrimonio canonico è la diversità di sesso dei nubendi.

⁴⁹ Un grave motivo che giustifica la deroga al generale divieto del matrimonio del minore è lo stato di gravidanza: si veda Trib. min. Genova, s. 8 aprile 1981 e Trib. min. Napoli, s. 5 giugno 1995 che fanno riferimento allo stato di gravidanza della minore accompagnato dalla maturità psico-fisica. Forse il riferimento implicito allo stato di gravidanza può aver spinto il legislatore a prevedere una diversa normativa sull'età minima richiesta per contrarre un matrimonio o un'unione civile.

⁵⁰ MARIA CRISTINA DE CICCO, "La normativa" sul cognome e l'uguaglianza tra genitori, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 968, ha sollevato questione di legittimità costituzionale tra l'art. 143 bis c.c. per contrasto con gli artt. 3 e 29 della Costituzione in quanto tale articolo attribuirebbe una posizione di ingiustificato privilegio al marito. Per un'analisi della posizione della Corte Costituzionale al riguardo e delle problematiche collegate all'attribuzione del cognome alla prole, si veda RICCARDO CAMPIONE, *L'unione civile tra la disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti cit.*, pp. 13-17; PAOLO CENDON, *Commentario al Codice Civile*, cit., pp. 93-102.

⁵¹ L'art. 3, c. 2, lett. f, legge 898/1970 stabilisce che lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio possa essere domandato da uno dei coniugi quando il matrimonio non sia stato consumato.

⁵² Oltre che per privilegio paolino e petrino.

⁵³ Per approfondire l'argomento si veda SIMONE BALDETTI, *La legge sulle unioni civili nel quadro del diritto matrimoniale italiano, tra secolarizzazione ed eredità canonistiche*, in ANTONIO FUCILLO (a cura di), *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, pp. 192-193.

6. *Matrimonio e unioni civili: il punto di vista della giurisprudenza*

Ancor prima dell'entrata in vigore della l. 76/2016, la giurisprudenza è stata chiamata a pronunciarsi sulla natura e sui requisiti fondamentali del matrimonio.

Con s. n. 138/2010, la Corte Costituzionale⁵⁴ analizza l'art. 29 Cost. e sottolinea che il Costituente, definendo la famiglia (fondata sul matrimonio) come "società naturale", vuole evidenziarne i diritti originari e preesistenti allo Stato che l'ordinamento giuridico deve riconoscere⁵⁵. La famiglia ha natura giusnaturalistica⁵⁶, seppure il concetto di matrimonio e famiglia non possano ritenersi "cristallizzati" all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore perché dotati della "duttività propria dei principi costituzionali" e, dunque, devono essere interpretati tenendo conto delle trasformazioni dell'ordinamento giuridico, dell'evoluzione della società e dei costumi. Pertanto la Corte Costituzionale dà al matrimonio un'interpretazione intermedia tra quella giusnaturalistica e quella storica⁵⁷.

Esiste, però, un nucleo duro della norma che non può essere modificato "in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata⁵⁸". Elemento essenziale e imprescindibile di questo nucleo è la diversità di sesso dei coniugi, così come la si può desumere dal c.c. del 1942⁵⁹ e dal suo significato tradizionale. Non è quindi possibile

⁵⁴ Prima della sentenza della Corte Cost. 138/2010, la giurisprudenza si era occupata raramente della diversità del sesso dei nubendi come requisito indispensabile per il matrimonio. Sull'argomento si veda Cass., s. n. 7877/2000 che ha ritenuto la diversità di sesso dei coniugi un requisito indispensabile per l'esistenza del matrimonio.

⁵⁵ Corte Cost., s. n. 138/2010, pronuncia storica sull'argomento. Per un'analisi della sentenza, cfr. FRANCESCA BIONDI, *Famiglia e matrimonio*, cit., pp. 26-30.

⁵⁶ ROBERTO BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, cit., p. 1066 ss.

⁵⁷ FABRIZIO MASTROMARTINO, *Il giudicato costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso: quale discrezionalità per il legislatore italiano?*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, vol. 15, n. 1, 2015, p. 132.

⁵⁸ FABRIZIO MASTROMARTINO, *Il giudicato costituzionale* cit., pp. 132-133. Per l'orientamento giusnaturalista "l'espressione 'società naturale' equivale alla formula 'società di diritto naturale', la quale evoca una società, la famiglia, i cui componenti sarebbero titolari di diritti naturali, come tali inviolabili. La famiglia, così intesa, si presenta come un soggetto storico, immutabile, sottratto alla potestà dello Stato, poiché rispetto a questo preesistente e preconstituito, e indifferente alle trasformazioni sociali e culturali". Secondo l'orientamento storicista, invece, "la dimensione naturale della famiglia – ciò che fa di essa appunto una società naturale – risiede nel fatto che la sua costituzione risponde a un'esigenza connaturata all'essere umano, un bisogno primario e insopprimibile, vincolato all'espressione della sua spontanea socialità, che lo Stato è tenuto a proteggere. Sicché la famiglia, così intesa, si presenta come una realtà aperta alle dinamiche sociali; non già unica e assoluta, bensì plurale e relativa, venendo ad assumere la forma dei modelli che si realizzano in un dato momento storico".

⁵⁹ In realtà, sulla base del principio della gerarchia delle fonti, è il codice civile a dover essere inter-

un'interpretazione differente del concetto di matrimonio perché ciò “non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere a un'interpretazione creativa⁶⁰”.

Altro elemento che sottolinea la diversità tra unione omosessuale e matrimonio è, secondo la Corte, la potenziale finalità procreativa di quest'ultimo che manca, per sua natura, nella coppia omosessuale⁶¹.

A riprova della necessità della differenza di sesso tra i nubendi vi è anche l'art. 29, c. 2, Cost. che, “affermando il principio dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale⁶²”.

In seguito la Cassazione, con s. n. 4184/2012 e, di nuovo, la Corte Costituzionale, con s. n. 170/2014, hanno ribadito quanto affermato precedentemente dalla Consulta: nel nostro ordinamento giuridico la diversità di sesso dei nubendi è un requisito minimo indispensabile del matrimonio⁶³.

7. *La tradizione e l'amore*

La legge sulle unioni civili riproduce, nella sostanza, il regime giuridico previsto per il matrimonio pur mantenendo alcune differenze, come a voler evidenziare che le unioni civili sono “quasi” come il matrimonio, ma “non proprio”. Questo perché *tradizionalmente*⁶⁴ il matrimonio è considerato l'u-

pretato alla luce della Costituzione e non il contrario.

⁶⁰ Corte Cost., s. n. 138/2010. Si veda anche ANDREA PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010*, cit., p. 9.

⁶¹ ROBERTO ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte Costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Rivista AIC (associazione italiana dei costituzionalisti)*, n. 3, 2011, p. 10, pubblicato il 12 luglio 2011.

⁶² Corte Cost., s. n. 138/2010.

⁶³ Da notare che la giurisprudenza delle Corti internazionali non ha mai imposto di estendere l'istituto matrimoniale alle persone di sesso uguale. Sul punto si veda ANGIOLETTA SPERTI, *Omosessualità e diritti, I percorsi giurisprudenziali e il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa, 2013, Cap. I.

⁶⁴ Sulla base di quanto argomentato da PATRICK GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo, La sostenibilità della differenza*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 29-32; 42-43; 87-92, la tradizione, intesa come insieme di valori o comportamenti sedimentati nel tempo e che costituiscono una società, per essere tale necessita di tre elementi: il protrarsi nel tempo, la continuità storica e la capacità persuasiva. Per quanto riguarda la giurisprudenza, la stessa Corte Cost., nella s. n. 138/2010, richiama il concetto di tradizione: “Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel *significato tradizionale* di detto istituto”. Il Tribunale di Venezia, con ord. 3 aprile 2009, fa riferimento a una “consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo con una donna”. Più oltre precisa: “la necessaria eterosessualità dello stesso nascerebbe da una *tradizione* interpretativa, sorta in un contesto sociale del tutto diverso dall'attuale e tramandata

nione di un uomo e di una donna ed ha, per sua natura, finalità procreativa⁶⁵.

È innegabile che la tradizione giuridica occidentale⁶⁶ sia stata influenzata dal cristianesimo e che l'istituto del matrimonio non ne sia rimasto esente. La religione cristiana ha da sempre ritenuto elemento imprescindibile per contrarre matrimonio la diversità di sesso dei nubendi in quanto solo la differenza di sesso permette la procreazione, fine ultimo dell'istituto matrimoniale⁶⁷: alla luce della cultura e della tradizione cattolica, ritenere matrimonio un'unione di persone dello stesso sesso è ontologicamente impossibile⁶⁸. L'ordinamento giuridico italiano, sulla base della tradizione cristiana, ha scelto di non riconoscere a persone dello stesso sesso il diritto di contrarre matrimonio, ma di garantire comunque a queste ultime la possibilità di costituire un'unione stabile e (potenzialmente) duratura dalla quale sorgono, in sostanza, gli stessi diritti e gli stessi obblighi che derivano dall'istituto matrimoniale⁶⁹.

La tradizione è un elemento indispensabile per la struttura dell'individuo⁷⁰, ma spesso viene utilizzata come espediente per rigettare istanze progressiste ed egualitarie senza dare adeguate motivazioni, ancorando la tutela giuridica a elementi morali, religiosi o storici. Eppure la tradizione non è un peso morto, ma qualcosa che vive, che trasporta il passato verso il presente e il futuro: limitarsi a ritenerla un semplice sinonimo di "radici", oltre che ridutti-

in modo tralaticio, anche per i riflessi della disciplina canonistica dell'istituto sul sistema civilistico".

⁶⁵ Si veda FRANCESCO DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della costituzione italiana*, in *Foro it.*, V, 2005, p. 275; GIOVANNI GIACOBBE, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Materiali per una ricerca*, II ed., pp. 44-45. Cfr. anche Corte Cost., s. n. 138/2010.

⁶⁶ JOHN HENRY MERRYMAN, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 9: "Una tradizione giuridica, come lo stesso termine implica, non consiste in un insieme di norme giuridiche relative a istituti particolari, anche se in un certo senso l'apparato normativo è quasi sempre il riflesso della tradizione, ma si presenta piuttosto come un complesso di atteggiamenti profondamente radicati, storicamente condizionati sulla natura del diritto, sul ruolo del diritto nella società e nell'assetto politico, sull'organizzazione e il funzionamento di un sistema giuridico e sul modo in cui il diritto è o deve essere creato, applicato, studiato, perfezionato e insegnato. La tradizione giuridica collega il sistema giuridico alla cultura di cui essa è espressione parziale, lo immette in una prospettiva culturale".

⁶⁷ Can. 1055 - §1, CIC: "Il patto matrimoniale con cui l'uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla generazione e educazione della prole, tra i battezzati è stato elevato da Cristo Signore alla dignità di sacramento".

⁶⁸ Per un'analisi delle relazioni fra religione, diritto e antropologia si veda SERGIO FERLITO, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, cit., pp. 43-61. Sul rapporto tra diritto e religione nelle società multiculturali si veda anche MARIO RICCA, *Dike meticcias. Rotte di diritto interculturale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, pp. 32-38.

⁶⁹ Cfr. la più volte citata legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze.

⁷⁰ PATRICK GLENN, *Tradizioni giuridiche*, cit., p. 25: "La storia ci dice [...] che tutti noi siamo parte di una o di più tradizioni".

vo, sarebbe un errore. Allo stesso modo, considerarla come verità apodittica, universalizzante e con una capacità persuasiva totalizzante porta alla nascita del fondamentalismo⁷¹ che reprime ogni visione contraria, può incentivare l'affermarsi di pregiudizi e legittimare discipline giuridiche che ne risultino influenzate. Ad esempio, basandosi sul presupposto che il matrimonio ha *naturalmente* finalità riproduttive e, dunque, *per natura*, un bambino nasce da un uomo e da una donna, si ritiene comunemente che una coppia omosessuale non sia in grado di svolgere la funzione genitoriale. È probabile, quindi, che, sulla base di tale assunto, la l. 76/2016 non abbia previsto gli istituti dell'adozione legittimante e della *stepchild adoption* per gli uniti civilmente. Pertanto la tradizione può sì essere utilizzata per le proprie argomentazioni giuridiche, ma non può ritenersi vincolante perché non deve costituire un freno per la tutela dei diritti⁷².

Se nell'antichità i matrimoni erano combinati dalle famiglie, servivano per creare alleanze e assicurare una discendenza, con il trascorrere del tempo hanno assunto sempre più importanza il consenso degli sposi e il loro legame d'amore⁷³ che è diventato elemento centrale del matrimonio con il Concilio Vaticano II⁷⁴.

Al di là del fatto che l'ordinamento giuridico e la società italiana non siano ancora pronti a riconoscere il matrimonio per le coppie omosessuali, il fondamento di entrambi gli istituti è e rimane l'amore, l'"amore romantico": un sentimento aperto alla reciprocità, fatto di intimità, di "dolci emozioni che caratterizzano la vita domestica⁷⁵". Matrimonio e unioni civili appaiono istituti paralleli: due rotaie di un unico binario costituito dalla volontà di pubblicizzare un'unione fondata sull'affetto e sull'amore reciproco. È l'amore che

⁷¹ *Ibid.*, pp. 566-568.

⁷² Si veda ANGIOLETTA SPERTI, *Omosessualità e diritti*, cit., pp. 92-97.

⁷³ Sul tema si veda DANIELA LOMBARDI, *Storia del Matrimonio. Dal Medioevo a oggi*, Il Mulino, Bologna, 2008.

⁷⁴ Sull'importanza del sentimento d'amore all'interno del matrimonio si sono pronunciati recentemente anche Papa Giovanni Paolo II e Papa Francesco: PAPA GIOVANNI PAOLO II, Esortazione apostolica *Familiaris Consortio*, 22 novembre 1981; PAPA FRANCESCO, Esortazione Apostolica postsinodale *Amoris Laetitia*, 8 aprile 2016;

⁷⁵ RITA BIANCHERI, *Legami di coppia e di affettività. Dall'amore romantico alla relazione pura*, in *Società Mutamento Politica. Rivista italiana di sociologia*, 2, n. 4, 2011, pp. 119-124; ÉMILE DURKHEIM, *Per una sociologia della famiglia*, a cura di FILIPPO CITTARRELLA, Roma, Armando Editore, 1999; GEORGE SIMMEL, *Sull'intimità*, a cura di VITTORIO COTESTA, Armando Editore, Roma, 1996. Come evidenzia Giddens, però, l'amore romantico sta lasciando il posto all'amore convergente. "L'amore convergente è amore attivo, contingente e quindi non fa rima con i 'per sempre' e gli 'unico e solo' tipici del paradigma dell'amore romantico. La società 'separante e divorziante' di oggi diventa la conseguenza piuttosto che la causa della nascita dell'amore convergente": ANTHONY GIDDENS, *La trasformazione dell'intimità. sessualità, amore ed erotismo nelle società moderne*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 72.

spinge due persone a costruire un futuro insieme, a supportarsi e sopportarsi giorno per giorno, indipendentemente dalle proprie inclinazioni sessuali. Eppure, sebbene il sentimento sia lo stesso, non è sufficiente per garantire a due persone dello stesso sesso il diritto di contrarre matrimonio: la diversità di sesso dei nubendi è talmente connaturata alla tradizionale immagine di matrimonio da prevalere sul comune sentimento d'amore. In pratica, si ritiene più importante ciò che differenzia i due istituti invece di ciò che li accomuna anche se la disciplina giuridica risulta sostanzialmente identica.

Ma se è vero che la tradizione deve servire per trasportare il passato nel presente e nel futuro e che non può limitarsi ad essere un elemento statico e avulso dalla realtà, potrebbe accadere che, con il trascorrere del tempo, il concetto *tradizionale* di matrimonio perda la sua forza persuasiva⁷⁶ grazie a un mutato conteso sociale e all'interrelazione con altri sistemi giuridici⁷⁷. Occorre, quindi, spostare l'attenzione dalla tradizione millenaria che allontana i due istituti al legame affettivo che ne è la base comune. In altre parole, se la differenza di sesso non fosse più avvertita come ontologicamente connaturata all'istituto del matrimonio, rimarrebbe soltanto l'elemento comune ai due istituti: l'amore. In questo modo, l'accessibilità al matrimonio anche per le persone dello stesso sesso non sarebbe più preclusa. Amore e tradizione appaiono, in qualche maniera, elementi attraverso i quali leggere analogie e differenze giuridiche tra matrimonio e unioni civili: saranno in grado l'ordinamento giuridico e il sostrato sociale di prendere le distanze dalla tradizionale e potente immagine di matrimonio? Si tratta di riconoscere l'importanza dell'amore⁷⁸: quel sentimento che, anche se "per il diritto non conta"⁷⁹, merita di essere tutelato in tutte le sue forme.

⁷⁶ Si veda PATRICK GLENN, *Tradizioni giuridiche*, cit., cap. X.

⁷⁷ Si veda ANGIOLETTA SPERTI, *Omosessualità e diritti*, cit., p. 184.

⁷⁸ Sull'importanza dell'amore nella società, PIERPAOLO DONATI, *L'amore come relazione sociale*, in *SocietàMutamentoPolitica, Rivista italiana di sociologia*, 2, n. 4, 2011, pp. 15-35.

⁷⁹ PIERLUIGI CONSORTI, *Diritto e religione*, cit., p. 125.