

FAMIGLIA E MATRIMONIO, UN MOMENTO DI RIFLESSIONE PRENDENDO SPUNTO DA F. FINOCCHIARO*

Salvatore Bordonali
Università di Palermo

L'intervento, necessariamente breve pur trattando d'un argomento vasto, forse potrà apparire controcorrente o provocatorio ma non lo è nell'intenzione. Infatti il proposito è quello d'affrontarlo tenendo sotto gli occhi gli scritti dell'illustre maestro, sempre attento a ricercare soluzioni coerenti con la realtà ma anche con il sistema giuridico vigente, senza mai sostituire al dato convincenti personali o suggestioni di tipo ideologico.

Tra i tanti settori del diritto di cui Francesco Finocchiaro si è occupato spicca quello sul matrimonio, al quale istituto ha dedicato una monografia che rimane tuttora un punto di riferimento, nonostante i cambiamenti repentini che sono sopraggiunti soprattutto in questi ultimi anni, che hanno modificato l'aspetto tradizionale dell'istituto fino a toccarne la riconoscibilità.

In realtà è tutto il comparto che concerne il diritto di famiglia ad avere subito un riassetamento, avendo come linee guida sia l'adeguamento dei rapporti familiari ai principi espressi dalla Costituzione repubblicana (artt. 2,3,29,30), sia l'evoluzione dei costumi in seno all'area occidentale, fatti propri dagli organi rappresentativi dell'Unione Europea e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹.

Scrivendo Finocchiaro nella sua monografia (del 1971) che la Costituzione repubblicana, riconoscendo "i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio" ma anche "quelli inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità"², aveva fatto riemergere la connotazione privatistica del diritto di famiglia. Infatti, seguendo i

* Il testo riproduce, con l'aggiunta di note, quello presentato a Catania il 13 dicembre 2015, in occasione del Convegno *Libertà religiosa e uguaglianza giuridica tra passato e presente. In ricordo di Francesco Finocchiaro*.

¹ Sembra doversi segnalare preliminarmente l'indirizzo metodologico prescelto dalla Corte che (rispondendo alle istanze di parte) assume nel percorso ricostruttivo degli istituti come dato di partenza la prassi corrente (più o meno estesa) e non viceversa, come sembrerebbe preferibile e forse dovuto, la definizione dell'istituto più condivisa e consolidata. Più ampiamente, BORDONALI, S., *Matrimonio e famiglia: tra innovazione e manipolazione*, "Jus-online", 2015, pp. 6 ss.

² FINOCCHIARO, F., *Del matrimonio, Commentario del Codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca. *Libro I: delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 1971, p. 24.

suddetti enunciati insieme, secondo cui “l’individuo non è dissolto nella comunità familiare”³ ma partecipa al bene del singolo e della famiglia in un rapporto di tipo “circolare”, si realizza “il perfezionamento individuale ed il progresso sociale, il bene del singolo e il bene della famiglia”, traendo vantaggio reciproco; altrimenti, “in maniera altrettanto reciproca” decadendo⁴. In definitiva, il modello nuovo ha reso ciascun componente (i coniugi) e quindi l’individuo protagonista consapevole del rapporto. Non l’entità superiore e fittizia precedentemente immaginata ma il convergere del volere dei singoli protagonisti.

La Costituzione italiana non dà una definizione della famiglia ma ne parla all’art. 29 come “società naturale”⁵, in tal modo non intendendo riproporre formule giusnaturaliste⁶, bensì assumendola “quale essa è offerta dalla realtà sociale”⁷. Ne discende che lo Stato non assegna alla famiglia un compito superiore⁸, che viceversa spetta ai suoi componenti individuare, e si limita a dettare le regole che ne governano la struttura⁹; ovvero disciplinando la posizione dei singoli che intervengono nel suo funzionamento, che deve avvenire secondo il modello costituzionale di partecipazione degli individui in un’attività

³ Id., *ibidem*, p. 25.

⁴ Id., *ibidem*, loc. cit.

⁵ Id., *ibidem*, cit., p. 24 e n. 17.

⁶ La frase è tratta da DAL CANTO, F., *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla aspirazione al matrimonio al diritto alla convivenza*, “Riv. dell’Associaz. ital. dei costituzionalisti”, (2/7) 2013, p. 6. Si tratta, come nota RUGGERI, A., *Le unioni tra soggetti dello stesso e la loro (in-naturale) pretesa a connotarsi come “famiglie”*, intervento al Seminario su *La “società naturale” e i suoi “nemici”*. *Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Ferrara, 26 febr. 2010, a cura di R. Bin – G. Brunelli – A. Gazzarotti – A. Pugiotta – P. Veronesi, (in corso di pubbl.) Torino, 2010, p. 2, di una nozione che ha causato differenti letture, da quella che si risolve nella sua inesistenza a quella che vi attribuisce significati eccessivi. L’A sottolinea che il riferimento costituzionale è all’unione di due soli soggetti di sesso diversi che si caratterizza “per i tratti di spontaneità o della originarietà” in quanto integranti una “comunità preformata allo Stato”. Per un cenno all’iter formativo della norma, Di MARIA, R., *Aggregati familiari e Costituzione*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, a cura di F. Romeo, Torino, 2014, p. 206, con richiami ulteriori.

⁷ FINOCCHIARO, F., *op. ult.*, cit., p. 24 e n. 17.

⁸ La formula adoperata dall’art. 29 avrebbe l’effetto evidenziato dal Mortati (*Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, p. 1165) e condiviso da Finocchiaro, di porre un limite al legislatore, ed esattamente quello di non potere assegnare alla famiglia ruoli e compiti di natura pubblica o a questa subalterni, com’era avvenuto nel recente passato, o in altre esperienze giuridiche non democratiche e liberali. Si tratterebbe di un limite costituzionale accompagnato da una specifica garanzia per il solo modello familiare fondato sul matrimonio, davanti al quale si pone il problema (Di MARIA, R., *op. ult.*, cit., p. 204) della possibile “inclusione sociale di forme alternative... di convivenza familiare”, e quindi, allo stato attuale, di una possibile “estensione di forme di tutela equivalente” anche ai membri di simili “aggregati”. Secondo un’altra interpretazione, si tratterebbe di una norma “neutrale” a carattere ricettizio (PIGNATELLI, N., *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio eterosessuale: profili processuali e sostanziali*, in *Forum di Quaderni cost.*, 2010, p.2).

⁹ Ne consegue che essa domanda al legislatore ordinario il compito di “perseguire il programma di dettare norme volte a razionalizzare la formazione di questa entità sociale e lo svolgimento dei rapporti fra i membri di essa” (FINOCCHIARO, F., *Del matrimonio*, cit., p. 26).

comune (che comporta una ridefinizione dei compiti familiari e la trasformazione della patria potestà in poteri genitoriali)¹⁰.

D'altra parte la famiglia, che non costituisce un'entità astratta, vive nella società e ne segue l'evoluzione: l'emancipazione della donna, il modo di sentire dei giovani, il mutamento della base economica della famiglia, soggiunge Finocchiaro, i rapporti sempre più camerateschi all'interno di essa, la maggiore mobilità rispetto al territorio¹¹, costituiscono tutti fattori che intervengono nel modo di essere della famiglia in un dato momento storico e di cui non può non tenere conto il legislatore.

L'iter d'adeguamento ai precetti costituzionali summenzionati e al mutare della realtà sociale è stato intrapreso per prima dalla Corte costituzionale con la "mera efficacia ablativa delle sue decisioni" e dal legislatore dopo, con una maggiore considerazione per la posizione dei figli naturali e l'ammissione del riconoscimento dei figli adulterini¹²; proseguendo un indirizzo peraltro già presente nel c.c. del 1942, di attenuazione dei "legami tra i coniugi e le rispettive famiglie d'origine"¹³. Già da allora –in controtendenza con l'impostazione autoritaria dello Stato– era stato intaccato l'assetto verticistico della famiglia patriarcale, con l'inevitabile "affievolimento della posizione di cui godevano, sino a qualche decennio addietro, la famiglia ed il matrimonio nella considerazione sociale"¹⁴, ma che erano propri di una tipologia familiare ormai sostituita nella realtà da quella nucleare.

Con la riforma del 1975 il ruolo egemone del padre è sostituito dalla parificazione dei diritti e doveri dei coniugi, come applicazione del "principio d'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi"¹⁵ nella famiglia, "fissato nell'art. 29 Cost., con salvaguardia dell'unità familiare"¹⁶ (in senso giuridico)¹⁷. Vale a

¹⁰ Nonché, l'introduzione della nozione di responsabilità genitoriale in luogo di quella di potestà genitoriale. Più ampiamente, ROMEO, F., *Famiglia legittima e unioni non coniugali*, in *Le relazioni affettive...*, cit., p. 15 e n.32.

¹¹ FINOCCHIARO, F., *op. ult.*, cit., pp. 27 s.

¹² Id., *ibidem*, pp. 28,29.

¹³ Id., *ibidem*, p. 28.

¹⁴ Id., *ibidem*, p. 29.

¹⁵ Intendendosi l'uguaglianza sostanziale con riferimento al valore dell'unità familiare e quella formale con riferimento ai doveri che importano una "mera astensione". Una parità da non ridurre al profilo del rapporto tra regole ed eccezione, trattandosi di valori tra di loro compatibili, ma da ricollegare ai doveri di solidarietà esistenti nell'ambito della famiglia, che la distingue dagli altri gruppi sociali (FINOCCHIARO, F., *Del matrimonio*, Tomo II, Art. 84-158, Roma-Bologna, 1993, pp. 254 ss.).

¹⁶ Id., *ibidem*, p. 247.

¹⁷ Id., *ibidem*, p. 255, precisa che l'ordinamento promuove l'unità della famiglia in senso giuridico, non potendo viceversa assicurare l'unità affettiva dei coniugi; inoltre PARADISO, M., *I rapporti personali tra coniugi*, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da P. Sclesinger, Milano, 1990, pp. 18 ss.

dire che la regola dell'accordo nel governo familiare, derivante "dall'art. 29 Cost. in relazione all'art. 3 della stessa Costituzione, che esclude le discriminazioni in base al sesso", comporta per i coniugi "una parità concreta e non meramente formale". Ciò seguendo un principio che è "derogabile non in astratto, ma, caso per caso, quando sia da realizzare l'unità familiare"¹⁸. Infatti lo stesso articolo prevede che la parificazione non deve avvenire a discapito dell'unità familiare¹⁹. Come pure la parità di genere non deve essere spinta al punto di mortificare o annullare la naturale specificità dei sessi e i valori propri di ciascuno di essi. Sicché, in definitiva, occorre considerare l'art. 29 quale punto primo di riferimento costituzionale entro cui ravvisare "l'uguale libertà e l'uguale responsabilità dei coniugi nell'attuare la comunione di vita"²⁰ e, in definitiva, il modulo per graduare gli altri aspetti costituzionalmente rilevanti in questo settore dell'ordinamento giuridico.

Problema diverso è quello relativo ai mutamenti che si verificano in seno alla realtà sociale e ai riflessi che questi hanno sugli istituti giuridici considerati, tanto più nei confronti di una realtà che "si fa nella storia"²¹, ma che nell'opera di innovazione non ricadrebbe "interamente nella disponibilità delle scelte del legislatore"²², non risultando questo del tutto esente da vincoli di natura costituzionale e anzitutto da quelli nascenti dal testo dell'art. 29 Cost. Tuttavia, il collegamento con la Costituzione non comporta solo limiti per il legislatore, in quanto il precetto enunciato dall'art. 2 Cost., sulle formazioni sociali, consente un intervento additivo nelle stesse, come luogo in cui si svolge la personalità dell'uomo e quindi anche nella famiglia; con l'avvertenza, però, che questa formazione sociale si distingue dalle altre di cui all'art. 2 Cost. per taluni profili specifici. Infatti "il principio dell'unità, connesso con i doveri di solidarietà esistenti nell'ambito di essa, determina l'esistenza di vincoli di elevata intensità, quali non sono rintracciabili in altri gruppi sociali"²³. In definitiva, il riferimento all'art. 2 della Costituzione, secondo Finoc-

¹⁸ FINOCCHIARO, F., *op. ult.*, cit., p. 255.

¹⁹ La diarchia imposta per legge aveva destato dubbi al Finocchiaro, che in una sua relazione al Convegno di studi tenutosi a Napoli nel 1973, dal titolo *Rapporti personali fra coniugi e patria potestà* (ora in FRANCESCO FINOCCHIARO, *Saggi*, a cura di Albisetti, A., Milano, 2008, p. 130 s.), ritiene che la stessa disponendo, in caso di disaccordo, l'intervento del giudice possa avere commesso una "ingenuità"; a tal proposito chiedendosi "Quanta unità vi sia in una famiglia ridotta a rivolgersi al tribunale per risolvere i problemi dei figli"; nonché esprimendo la sua preferenza per un sistema che avrebbe salvato in radice il principio, consentendo in seno alla famiglia stessa l'elezione tra i coniugi "chi dei due rappresenterà la prole nei confronti dei terzi".

²⁰ FINOCCHIARO, F., *Del matrimonio*, Tomo II, cit. *loc. ult.*, cit.

²¹ DONATI, P., *Manuale di sociologia della famiglia*, Roma-Bari, 1998, p. 34.

²² Come viceversa afferma PIGNATELLI, N., *op. ult.*, cit., pp. p. 6 s.

²³ FINOCCHIARO, F., *Del matrimonio*, Tomo II, cit., pp. 247 ss. In definitiva, la famiglia integra (usando parole di SCALISI, V., *La famiglia nella cultura del nostro tempo*, "Il dir. di fam. e delle persone", 2002, p. 702) "un nucleo di persone che condividono un reciproco impegno di cure e di affetto, di attenzione e di solidarietà, determinato dal costume e dal modo di vivere proprio della

chiaro, deve essere inteso alla luce e nel rispetto della corretta nozione costituzionale di famiglia delineato dall'art. 29 Cost.

Accanto alla famiglia, cioè a quella legittima, regolata e protetta (ma sempre meno) a vari livelli dall'Ordinamento giuridico, si è andato diffondendo già da qualche tempo il fenomeno della convivenza *more uxorio*. Una prassi che non riguarda formalmente l'istituto dianzi descritto ma che costituisce una realtà accanto, frutto di una mentalità che si è andata radicando nella società civile sulla base di presupposti di vario genere —che Finocchiaro non esita a definire spesso effimeri o inadeguati²⁴— della quale tuttavia non è possibile non tenere conto, avendo assunto una tale “rilevanza sociale da indurre dottrina e giurisprudenza e lo stesso legislatore a riflettere sulle situazioni giuridiche che ne possono derivare”²⁵; tanto da avere dato rilievo con la legge di riforma del 1975 sia alla parentela “naturale” sia alla convivenza di per sé, “attribuendo la potestà congiunta sul figlio naturale riconosciuto da entrambi i genitori, come per i figli legittimi (art. 316 c.c.)²⁶ a condizione che essi convivano (art. 317-bis 2° comma c.c.)”; in tale modo dando rilevanza autonoma e sufficiente a un elemento di fatto (la convivenza dei genitori).

Nella ridefinizione dei poteri familiari, la riforma introduce un elemento ulteriore e nuovo, destinato a prevalere su molti altri, quello del preminente interesse della prole²⁷; forse mutuato dai paesi di *common law* ma che trova un riferimento costituzionale nell'art. 30, che tratta dei doveri dei genitori verso i figli²⁸.

società, che acquista rilievo diverso e autonomo rispetto a tutte le altre forme associative presenti nella società”; motivo per cui “l'ordinamento non dovrebbe privilegiare o selezionare una specifica forma o uno specifico contenuto del rapporto familiare bensì soltanto garantire il rispetto di una esigenza personalistica” (DI MARIA, R., *Aggregazioni familiari...*, cit., p. 213). Sembra opportuno ricordare qui il rilievo secondo cui l'attribuzione nella famiglia di diritti *uti singuli* sia la conseguenza dell'enunciazione del principio personalistico e solo indirettamente ex art. 2 Cost., quali membri di una formazione sociale. Si tratterebbe di un'evoluzione del diritto di famiglia “nel senso dei diritti familiari”, in cui “la formula di cui al citato art. 29 esprime un rapporto di implicazione, o di equivalenza sostanziale, fra i diritti della famiglia e i diritti dei membri della famiglia” (Id., *ibidem*, pp. 213, 215, 219).

²⁴ Secondo FINOCCHIARO, F., *op. ult.*, cit., p. 20, tali posizioni che in passato erano di solito dovute “o a discutibili posizioni ideologiche” secondo cui non si doveva “burocratizzare” un rapporto affettivo personale secondo moduli borghesi, ma che altre volte era dovuta “a stati di estrema indigenza o ignoranza, ovvero dal fatto che uno dei membri della coppia fosse legato a una terza persona da un matrimonio valido, onde risultava impossibile celebrare nuove nozze”, sono superate in seguito all'introduzione della legge sul divorzio del 1970, che ha tolto ragion d'essere alle tesi “falsamente libertarie” che le sorreggevano.

²⁵ Id., *ibidem*, p. 21.

²⁶ Id., *ibidem*, p. 21, il quale vi aggiunge anche la previsione dell'art. 199, c.3, lett. a del c.p., nonché la successione nel contratto di locazione da parte del convivente (art. 6, l. 27 luglio 1978, n. 392) “secondo le addizioni a tale disposizione effettuate dalla Corte costituzionale”.

²⁷ RUGGERI, A., “strane” idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale, in “Gruppo di Pisa”. *Dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale*, p. 8; BORDONALI, S., *Matrimonio e famiglia...*, cit., p. 2 s.

²⁸ RUGGERI, A., *op. ult.*, cit., loc. cit.

Vale rilevare che nella ricostruzione degli istituti familiari proposta da Finocchiaro il punto di riferimento costituzionale è costituito essenzialmente dall'art. 29, quello che considera direttamente e specificatamente quell'aggregato particolare che è la famiglia (come tale individuata); mentre il richiamo all'art. 2, sulle formazioni sociali in rapporto all'individuo che ne è partecipe, è accompagnato dalla precisazione della specificità della famiglia, e solo di sfuggita si fa riferimento all'art. 3²⁹, detto sull'uguaglianza: un precetto fondamentale, tuttavia abusato e talvolta travisato; tanto da meritare qui un breve approfondimento.

In una lettura scevra da condizionamenti di tipo ideologico, l'art. 3 della Costituzione italiana, detto sull'uguaglianza³⁰, convive con il principio di specialità, nel senso che esso non rappresenta una rozza livella o comunque un principio per operare un riassetto dell'ordinamento verso il basso, che finirebbe per negare il principio di specialità; e tanto meno implica una negazione, per usare un'espressione di Finocchiaro, dello "Stato liberale e pluralista"³¹. Come ha detto e ribadito la Corte costituzionale (sent. nn. 58/58 e 89/96) "una legge

²⁹ Come osservata FINOCCHIARO, F., *sub* art. 8 Cost., nel *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, pp. 390 ss.; Id., *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, Milano, 1958, pp. 84 ss., il principio *de quo* opera contro le discriminazioni aventi riflessi sui singoli e non riguarda le formazioni sociali eventualmente discriminate dove è sempre possibile adempiere alla funzione di sviluppo e promozione della personalità. Secondo un'altra corrente di pensiero (Onida, V., *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana, Manuale di diritto pubblico* a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1994, p. 105; PALADIN, L., *Considerazioni sul principio costituzionale di eguaglianza*, "Riv. trim. di dir. pubbl.", 1962, pp. 940 ss.) l'estensione del principio ai gruppi sarebbe giustificato dal pluralismo delle organizzazioni introdotto dalla Costituzione repubblicana. Tuttavia, a parte ogni altra considerazione, si deve tenere presente che il principio non deve impedire la "diversificazione dei distinti", fino a ledere il "nucleo forte" che consiste nella protezione di identità differenziate" (RANDAZZO, B., *Diversi ed uguali. Le Confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, 2008, p. 189, con richiamo bibl.).

³⁰ Per il vero, il principio ha il precedente nell'art. 24 dello Statuto Albertino (del 1848), secondo cui "Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo e grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammessi alle cariche civili e militari, salvo le eccezioni determinate dalle a legge". Una norma dalla portata intrinseca tale da prevalere sull'art. 1 dello Statuto stesso (sulla religione di Stato), il quale, peraltro, non poté impedire l'affermarsi di una legislazione di tipo liberale e addirittura la qualificazione di Stato laico "caratterizzato da una legislazione anticlericale e di stampo unilaterale" (TEDESCHI, M., *Manuale di diritto ecclesiastico*, V ed., Torino, 2010, p. 111). Come osserva O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico. Il nuovo diritto pubblico italiano*, Padova, 1934, p. 72, in base alla norma, per "eguaglianza s'intende eguaglianza giuridica, cioè di fronte al diritto", essendo stati aboliti "tutti i privilegi di classe o di casta, ordini chiusi, che gli ordinamenti precedenti riconoscevano, e ha concesso a tutti i cittadini un'uguale capacità giuridica, qualunque sia il loro titolo e grado. Eguaglianza, perciò, giuridica, non eguaglianza materiale, di fatto, perché quelli che natura fa disuguali non è in potere degli uomini e non volle il diritto rendere uguali".

³¹ FINOCCHIARO, F., *Diritto ecclesiastico*, X ed., aggiornata a cura di A. Bettetini e G. Lo Castro, Bologna, 2009, p. 44. Lo stesso A. (*La Repubblica italiana...*, cit., pp. 22 ss.) sottolinea che a suo giudizio la Repubblica si classifica certamente come liberale e come pluralista "ma è ben lontana dall'essere laica".

che pareggiasse situazioni che sono oggettivamente diverse, violerebbe il principio di uguaglianza". Vale a dire, che il nucleo forte del principio è costituito non dall'*uguaglianza* ma dalla *ragionevolezza*³²; motivo per cui la discriminazione è legittima e addirittura in certi casi dovuta quando la parificazione sarebbe irragionevole o addirittura arbitraria³³. Se ne deduce che, in definitiva, non sono da censurare tutte le disequaglianze, ma solo quelle che si fondano su deliberazioni arbitrarie o prive di una plausibile giustificazione della differenza³⁴. Sul piano pratico possiamo dire che il principio summenzionato non implica che "qualcosa deve essere tolto a uno perché la stessa cosa non possa avere un altro", o che una posizione di vantaggio acquisita con mezzi leciti urti di per sé il criterio dell'*uguaglianza*, o ancora, che si debba eliminare (giuridicamente) una diversità di natura biologica³⁵. Quel che conta è che si tratti di una "ragionevole" discriminazione.

Detto questo in via generale, sembra doversi fare una precisazione per quel che concerne il rapporto con le Confessioni religiose, e per tanto procedere a un sia pur breve richiamo, piuttosto una digressione, alla lettera del 1° co. dell'art. 8 della Costituzione, dove si dice che "tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge"³⁶. Come è stato giustamente osservato, la norma è formulata in riferimento alle Confessioni religiose e più esattamente a "tutte" e quindi anche a quella Cattolica, pur trovando quest'ultima una collocazione nel precedente articolo (art. 7), che la riguarda direttamente, in tale modo completandosi il sistema³⁷. Con tali disposizioni, la Repubblica "supera la soglia di indifferenza" tra Stato e Confessioni religiose e quindi quella della

³² Osserva FINOCCHIARO, F., (*op. ult.*, cit., p. 172 e n.3) che nell'interpretazione della Corte costituzionale (in relazione agli artt. 7 e 8 Cost.) il principio di uguaglianza non integra un principio supremo dell'ordinamento costituzionale se non per quel che concerne il nucleo più ristretto ed essenziale di "principio della ragionevolezza delle scelte" da parte del legislatore ordinario.

³³ CELOTTO, A., *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, 2008, p. 68.

³⁴ DOLSO, G.P., *Commentario breve ...*, cit., p. 23; Id, *Principio d'eguaglianza e diritto penale. Osservazioni a partire dalla recente giurisprudenza costituzionale*, "Consulta online" (periodico telematico), 2015, III, specialm. p. 746 s.

³⁵ Valga l'esempio richiamato da FINOCCHIARO, F., *Matrimonio*, Tomo II, cit., p. 46 e n.1, della norma che impone l'osservanza del c.d. lutto vedovile (art., 540 c.c.); inoltre, BORDONALI, S., *Il matrimonio tra conservazione, evoluzione e fughe in avanti*, "Il dir. di fam. e delle persone", 2011, fasc. 2, p. 566.

³⁶ Come sottolinea FINOCCHIARO, F., *Il positivismo giuridico all'esame di libertà e uguaglianza nel fattore religioso*, in "La libertà religiosa", a cura di M. Tedeschi, Soveria Mannelli (CZ), 2002, Tomo I, p. 265, se i cittadini "costituiscono un'organizzazione qualificabile come confessione religiosa, questa come tutte le altre analoghe, trova tutela nell'art. 8, 1° comma, Cost."

³⁷ CASUSCELLI, G., *Post-confessionismo e transizione*, Milano, 1984, p. 63. Precisa FINOCCHIARO, F., *Diritto ecclesiastico*, X ed, cit., p. 173, che è proprio del 1° co. dell'art. 8 Cost. di "assicurare a tutte le confessioni religiose e, perciò, tanto alla Chiesa cattolica quanto agli altri culti, a prescindere dall'esistenza di concordati o intese, la stessa misura di libertà, sia perciò che concerne l'organizzazione, sia perciò che concerne il culto, la propaganda, ecc."

separazione³⁸, della laicità alla francese³⁹, che aveva costituito “il postulato del liberalismo”⁴⁰. Ne deriva uno strumento giuridico, formalmente differenziato (rispetto alla Chiesa) ma sostanzialmente equivalente per ciascuna Confessione, attraverso cui raggiungere accordi bilaterali con lo Stato per regolare la propria (peculiare) condizione in Italia⁴¹. In una prospettiva unitaria europea di lungo periodo, viceversa, questo processo di specificazione sembra destinato a ridursi o, comunque, ad assumere almeno in parte una direzione di segno opposto, dovendosi individuare, tra i sistemi diversi e peculiari di ciascuna nazione⁴², la possibile parificazione di trattamento delle confessioni che si ritengono “ragionevoli”⁴³. Una parificazione che in Italia si sarebbe dovuta compiere per gli aspetti comuni o simili già prima di procedere alla negoziazione e tipula delle intese (ex art. 8 Cost.) per gli aspetti peculiari delle confessioni⁴⁴; preferibilmente aggiornando la legge unilaterale (e in certo qual modo *generale*) del 1929⁴⁵, detta sui culti ammessi, o emanandone una nuova⁴⁶.

³⁸ BERLINGÒ, S., *Fonti del diritto ecclesiastico*, voce del *Digesto IV*, Discipline pubbl., Torino, 1991, p. 463.

³⁹ Giustamente F. Finocchiaro aveva osservato, distinguendosi dai più, che in effetti “*La Repubblica italiana non è uno Stato laico*”, “Il dir. eccl.”, 1997, I, pp. 22 ss.; Id., *Alle origini della laicità statale*, *ibidem*, 2002, pp. 1283 ss. Una presa d’atto che recentemente è confermata da GIOVINE, A., *Democrazia e religione: spunti di sintesi*, “*associazione de iustituzionalisti.it*”, aprile 2008, secondo cui non vi è identificazione tra Stato costituzionale e Stato laico, e osservando che “proprio l’Italia è l’esempio di una non necessaria coincidenza fra stato costituzionale (o, se si vuole, stato liberaldemocratico e pluralista, quale certamente il nostro paese è) e stato laico”.

⁴⁰ FINOCCHIARO, F., *Il positivismo...*, cit., p.261.

⁴¹ CATALANO, G., *Attualità e anacronismo dei concordati*, in *Individui, gruppi e confessioni religiose nello Stato democratico*, Atti del Convegno nazionale di diritto ecclesiastico, Siena, 30 novembre-2 dicembre 1972, Milano, 1973, pp. 859 ss.; BORDONALI, S., *Problemi di dinamica concordataria*, “Stato, Chiese e pluralismo confessionale”, riv. telematica <www.statoechiese.it>, giugno, 2010, pp. 11 ss.

⁴² Più ampiamente, IBÁN, I.C., *E’ possibile una disciplina comune della libertà religiosa nei paesi comunitari?*, in *La libertà religiosa...*, cit., Tomo II, pp. 898 ss.

⁴³ Id., *op. ult.*, cit., p. 905.

⁴⁴ La legge generale sulla libertà religiosa, in continua elaborazione, tendente a raccogliere il comune denominatore delle intese, avrebbe comunque il limite oggettivo di costituire una sorta di legge speciale generalizzata (BORDONALI, S., *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, “riv. telematica” <statochiese.it>, giugno 2010, p. 22), mentre occorre una vera legge generale, come parametro per le eventuali specificazioni (per osservazioni ulteriori, Id., *Le istanze religiose di fronte ai meccanismi di produzione giuridica*, “Il dir. eccles.”, 2005, pp. 81 ss.).

⁴⁵ Id., *ibidem*, p. 2.

⁴⁶ La legge sui culti, come avverte FINOCCHIARO, F., *Diritto ecclesiastico*, X ediz., cit, p. 142, è formalmente unilaterale ma gode di una certa protezione dall’art. 8, c.2° Cost., nel caso di abrogazione e in particolare non potrebbe abrogare “quelle norme che abbiano consentito alle confessioni di minoranza l’acquisizione di diritti e di potestà non conseguibili in base al diritto comune” (ivi, p. 144). Inoltre, v. D’URSO, C., *Fonti del diritto ecclesiastico*, Catania, 1968, pp. 60 ss.; nonché, BORDONALI, S., *L’incidenza del fatto religioso nei percorsi formativi della legge nell’ordinamento italiano*, “Anuario de Derecho ecles. del Estado”, vol. XXVI, 2010, p. 743 s.

Ciò posto, a più attenta lettura, il comma cit. non dice, come ci si sarebbe aspettato che “tutte le confessioni sono libere”⁴⁷ ma che lo sono “ugualmente”, in definitiva ridimensionando la portata del riconoscimento rispetto alla specificità di ciascuna di esse e, a ben vedere, della stessa complessiva condizione di libertà di cui lo Stato rimane supremo regolatore⁴⁸. Vale a dire che, teoricamente, lo stesso potrebbe abbassare la soglia di libertà riconosciuta (come oggi potrebbe accadere davanti a fenomeni di *estremismo religioso*), purché non alteri la pari condizione di tutte le Confessioni, senza violare la lettera del I° co. dell’art. 8 della Costituzione (sulla libertà) e neppure l’art. 3 della stessa (sull’uguaglianza)⁴⁹, che è stato usato con un certo ritardo e non poche “perplexità” come criterio per valutare le antiche norme concordatarie, “soprattutto per una ragione culturale”⁵⁰; rimanendo tuttavia la salvaguardia specifica, costituita dall’art. 19 Cost.⁵¹ e dal successivo art. 20, che vieta al riguardo le speciali limitazioni legislative⁵².

⁴⁷ CATALANO, G., *Il diritto di libertà religiosa*, Milano, 1957, nonché, Bari, 2007, p. 8, osserva che alla radice della libertà giuridica sta il riconoscimento da parte dello Stato di una situazione in cui “il soggetto può liberamente esplicitare la sua volontà, mutandone *ad libitum* direzione e orientandola sia in conformità sia in contrasto con una qualsiasi norma etica”. In tal senso esplicandosi l’aspetto per così dire *negativo* dei diritti di libertà, caro ai “cultori germanici del diritto pubblico” tra la fine dell’800 e gli inizi del 900” (FINOCCHIARO, F., *Il positivismo...*, cit., p. 263).

⁴⁸ Ovviamente, come dice FINOCCHIARO, F., (*Diritto ecclesiastico*, X ed. cit., p. 155), l’art. 19 si riferisce anche al gruppo sociale “garantito nel suo pratico esplicarsi, alla professione della fede religiosa e all’esercizio pubblico e privato del culto. Queste tre fondamentali facoltà riguardano tutte quelle manifestazioni esteriori della vita religiosa, che possono cadere sotto la disciplina dell’ordinamento, il quale in passato non ha mancato di regolarle, talora in modo per nulla liberale, e che perciò la Costituzione ha voluto proteggere”.

⁴⁹ Per altro verso nota FINOCCHIARO, F., *op. ult.*, cit., pp. 173 s., (richiamando l’opinione di Del Giudice, V., *Manuale di diritto ecclesiastico*, X ed., Milano, 1964, p. 57), che la richiamata parificazione delle libertà “sembrerebbe lasciare libero il legislatore nel trattamento della varie confessioni secondo che la necessità o l’opportunità lo richiedano” e che tale sembrerebbe “essere stato il criterio seguito dal legislatore costituente, il quale respinse la formula *tutte le confessioni religiose sono uguali di fronte alla legge* ed accolse quella vigente, sotto il profilo che nessuna confessione religiosa, ritenendosi depositaria della verità, accetta di essere considerata uguale alle altre”.

⁵⁰ Più ampiamente, FINOCCHIARO, F., *Il positivismo...*, cit., p. 265.

⁵¹ Sono sempre attuali le parole di CATALANO, G., *Il diritto di libertà religiosa*, ristampa, cit., p. 23, secondo cui la “chiara lettera dell’art. 19 della vigente Costituzione, che riconosce il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in *qualsiasi forma individuale o associata*”, integra “un precetto dove la formula della libertà religiosa, considerata come diritto individuale, raggiunge il massimo sviluppo e si configura come una salvaguardia data al cittadino, anzi a chiunque, di non essere in alcun modo vincolato da norme religiose”. E’ un tema molto vasto e corredato da un’ampissima bibliografia, che non è possibile richiamare qui; tuttavia si segnalano i tre volumi dal titolo “*La libertà religiosa*”, cit. *supra*, che raccolgono puntuali contributi di vari autori.

⁵² Come nota FINOCCHIARO, F., *Diritto ecclesiastico*, X ed., cit., p. 235, riguardando l’art. 20 Cost. la materia dell’amministrazione degli enti ecclesiastici o con fine di religione o di culto “essendo tali enti collegati con le confessioni religiose, influisce sulla misura della libertà (religiosa) di cui queste possono godere in pratica”. Più ampiamente, Id., *Commento agli artt. 19 e 20 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, vol. II, *Rapporti civili (artt. 13-20)*, 1977, pp. 238 ss.

In definitiva, seguendo l'insegnamento dell'illustre A., data la specificità riconosciuta nel settore che qui ci interessa, anche le norme che presentano l'attitudine ad essere applicate estensivamente, a partire dal medesimo art. 3 Cost., vanno lette dentro una cornice qualificata e nell'ottica che è loro consona; altrimenti si corre il rischio di mortificare la specificità delle norme costituzionali richiamabili, e di approdare a un utilizzo esorbitante (e talvolta ideologicamente distorto) di alcune di quelle generali o polivalenti. Come ad esempio avverrebbe facendo "rientrare tali entità (confessionali) nella garanzia di cui al I° comma dell'art. 3", con il risultato –come dice Finocchiaro– "di annacquare la forza normativa di codesta disposizione"⁵³.

Tuttavia, l'avvertimento sopra adombrato incontrerebbe un ostacolo o, più esattamente, verrebbe a cadere qualora si consideri l'art. 3 non come una norma sull'uguaglianza *tout court* bensì un criterio generale di ragionevolezza della norma⁵⁴, che è paragonabile a quello contenuto nel diritto canonico sulla *rationabilitas* della legge⁵⁵, e presente in varie forme in tutti gli ordinamenti giuridici degni di tal nome. Come dice Finocchiaro, l'art. 3 concorre insieme con le altre norme della Costituzione ad esprimere "il principio della ragionevolezza delle scelte del legislatore, quale principio supremo dell'ordinamento costituzionale"⁵⁶. In breve: un principio che assolve alla funzione di "punto ideale rispetto a cui misurare il grado di disuguaglianza" nella specificazione normativa⁵⁷, nel senso di rendere possibile una regolamentazione differenziata (ma non in modo irrazionale) tra regola e specie. Solo in tale lettura sembra potersi condividere l'idea che si tratti di un "principio costituzionale implicito, che serve a interpretare le altre disposizioni costituzionali"⁵⁸.

Ancora più fuorviante è stato il tentativo di ricondurre *tout court* il principio di "uguaglianza" contenuto nell'art. 3 tra quelli costituzionali *supremi*, posto

⁵³ FINOCCHIARO, F., *Il positivismo...*, cit., p. 265.

⁵⁴ Id., *Diritto ecclesiastico*, X ediz., cit., p. 172 parla di taluni margini di elasticità, tali da consentire al legislatore di effettuare ragionevoli discriminazioni atte a disciplinare situazioni diverse. Inoltre DOLSO, G.B., op. cit., (*Principi fondamentali*) pp. 2 s, secondo cui "anche il principio di ragionevolezza, inteso come esigenza di coerenza dell'ordinamento, assurge a principio informatore dell'ordinamento (Corte cost., 204/82); SCACCIA, G., *Gli strumenti della "ragionevolezza" nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.

⁵⁵ BERTOLINO, R., *Lezioni di diritto canonico*, raccolte a cura di RUSCAZIO, M.C., Torino, 2007, pp. 120 ss.

⁵⁶ FINOCCHIARO, F., *Il positivismo...*, cit., p. 265.

⁵⁷ Così, RESCIGNO, G.U., *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana...*, p. 97 (riportato da RANDAZZO, B., op. cit., p. 189, n. 189), secondo cui "il principio di eguaglianza in tal modo non serve ad eguagliare ma piuttosto a limitare e circoscrivere il grado di disuguaglianza, così consentendo le ragionevoli discriminazioni". Sul rapporto tra giudizio di eguaglianza e giudizio di ragionevolezza, DOLSO, P.G., op. cit., p. 3.

⁵⁸ CELOTTO, A., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. Celotto, M. Olivetti, 2006, p. 68.

che tali principi sono di per sé inderogabili, altrimenti dovendosi chiamare in altro modo⁵⁹. Un'eggesi che finisce per marginalizzare le statuizioni specifiche della Costituzione, nel caso qui richiamato quelle concernenti la famiglia, pur nel giusto rilievo da dare all'art. 2 Cost., come modello più ampio e generale delle formazioni sociali in cui si esplica la personalità individuale e all'art. 3, inteso come principio di ragionevolezza. Non a caso nel riferirsi all'art. 3 Cost., anche in commenti autorevoli di recenti sentenze costituzionali (in riferimento alla parità dei cittadini di fronte alla giurisdizione)⁶⁰, si parla del suo "valore *centrale* per il nostro ordinamento" ma anche di quello di principio "fondamentale" dello Stato moderno di diritto e in fine di principio "fondamentale o supremo" (di eguaglianza formale) o, ancora "generale" anzi "generalissimo"⁶¹, d'una "supernorma" con funzione di chiusura dell'ordinamento⁶², ecc., con una terminologia che appare oscillante e che dipende forse dalla circostanza che l'art. 3 sussume questi valori in modo generico ma senza alterarne il rango proprio di ciascuno: che, anzi, taluni di questi lo possiederebbero a prescindere da quella norma in quanto presupposti dallo Stato di diritto moderno⁶³; quindi senza necessità di sussumerli o di specificarli espressamente, così come fino a qualche tempo addietro avveniva per il sesso dei nubendi. Un'affermazione che viene rafforzata dalla giusta considerazione secondo cui se "fosse esplicitamente abrogata la previsione dell'art. 3 co. I°, Cost., il principio di eguaglianza formale continuerebbe ad operare nel nostro ordinamento in maniera pressoché identica"⁶⁴.

Raccogliendo istanze provenienti da alcuni settori della comunità civile⁶⁵, sempre con riferimento ad esigenze ugualitarie, il legislatore è intervenuto an-

⁵⁹ Nel sottolineare la distinzione tra l'art. 3 Cost., che riguarda i il trattamento dei singoli cittadini, e l'art. 8 Cost., concerne il tema della libertà religiosa, FINOCCHIARO, F., (*Diritto ecclesiastico*, X ediz., cit., p. 172 e n. 4) richiama CASUSCELLI, G., *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano, 1974, pp. 144 ss., che in riferimento al 1° co. dell'art. 8 Cost., parla (condivisibilmente) di una disposizione che assume una "posizione centrale" nel sistema; mentre COLALANNI, N., (*Confessioni religiose e intese: contributo all'interpretazione dell'art. 8 della Costituzione*, Bari, 1990, pp. 198 ss.), osserva, altrettanto opportunamente, che benché si tratti di un principio fondamentale non potrebbe trattarsi di un principio supremo dell'ordinamento costituzionale.

⁶⁰ Sent. n. 24/2004 che dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 1 della legge 20 giugno 2003, n. 140 (in materia di processi penali nei confronti della altre cariche dello Stato), commentata da MODUGNO, F., *Prerogative (o privilegi) costituzionali e principio di uguaglianza*, in *Giur. cost.*, fasc. 5, 2009, pp. 3969 ss.

⁶¹ MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Milano, 1993, p. 71.

⁶² Parole del MORTATI, *Istituzioni...*, cit., p. 1023, riportare da CELOTTO, A., "Commento alla Costituzione", a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006, p. 68.

⁶³ Come dice PALADIN, L., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, p. 3, "Nessun ordinamento giuridico, per definizione, può difettare di un minimo grado d'eguaglianza". In tal senso, secondo la giurisprudenza costituzionale (sent. 163/1993; 282/2005, riportate da DOLSO, G.P., op. cit., p. 3, *I profili generali*. Il principio di eguaglianza a livello sopranazionale), il principio assume un "valore fondante" ed essenziale dell'ordinamento.

⁶⁴ CELOTTO, A., *Principi fondamentali...*, cit., p. 69.

⁶⁵ Si tratta d'un ambito in cui sembra doversi tenere il massimo conto dell'osservazione di Galgano,

cora nel diritto di famiglia, con provvedimenti non sempre tra di loro coerenti⁶⁶. Andando oltre al riconoscimento della parentela “naturale” compatibile con la presenza della famiglia legittima⁶⁷, come detto in Costituzione, esso ha assecondato la tendenza a parificare “in larga misura” la posizione dei “figli naturali a quella dei figli legittimi” fino a pervenire alla recente legge (n. 219/2012 e d. lgs. 154/2013) che ha unificato la posizione dei figli⁶⁸, senza distinzioni, in tal modo cancellando la nozione di figlio legittimo⁶⁹, e con essa l’anello di congiunzione familiare risalente⁷⁰, e la dimensione storico-genealogica della famiglia.

Si tratta d’una ricostruzione dell’istituto che solo in parte coincide con quella confrontabile con l’art. 29 Cost. e che costituisce, dal punto di vista giuridico, come osserva Antonio Ruggeri, uno “stravolgimento del dettato costituzionale”, tuttavia operato “col dichiarato entusiasta appoggio dell’intera cultura giuridica, incurante delle “implicazioni di ordine metodico-teorico”; mentre per pervenire a un tale risultato si sarebbe dovuta seguire la via delle revisione costituzionale⁷¹. Allo stato attuale, a meno di un’improbabile “restaurazione”⁷², rimane la nozione di famiglia legittima ma non più di quella di figlio legittimo, che in essa ha avuto origine e che si tenta addirittura di cancellare sul piano della possibile documentazione.

Anche il cognome familiare sta per subire un intervento repentino. Prendendo spunto da una sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo (7 gennaio 2014, ric. N. 77/07)⁷³, che censurava l’eccessiva rigidità del sistema

F., *Diritto privato*, XII ediz., Padova, 2006 p. 801 s., secondo cui occorre che le trasformazioni della famiglia siano accettate dalla coscienza sociale prima di divenire legge.

⁶⁶ Per alcuni esempi, ROMEO, F., op. cit., pp. 12 s., 22 ss.

⁶⁷ FINOCCHIARO, F., *Matrimonio*, Tomo II, cit., p. 21.

⁶⁸ PORCELLI, M., *Note preliminari allo studio sull’identificazione dello stato giuridico dei figli*, “Il dir. di fam. e delle persone”, 2013, 2, pp. 655, parla di un superamento definitivo che suscita non pochi dubbi di legittimità costituzionale, specie in riferimento all’art. 30 Cost. Per il collegamento dell’artt. della Cost. 29 con gli artt. 30 e 31, nonché per la loro genesi, v. DI MARIA, R., *Aggregati familiari...*, cit., p. 206 s.; nonché, CAVANA, P., *La famiglia nella Costituzione italiana*, “Il dir. di fam. e delle persone”, 2007, pp. 902 ss.

⁶⁹ Più ampiamente, in senso favorevole alla riforma, IADECOLA, A.M., *Il principio di unificazione dello status di figlio*, “Dir. di fam. e delle persone” (II9, fasc. I, 2014, pp. 364 ss.; l’A, peraltro, richiama gli artt. 8 e 14 della CEDU, l’art. 21 della Carta di Nizza e l’art. 6 TUE, entrato in vigore nel dicembre del 2009.

⁷⁰ Tuttavia, con il ritorno (opportuno) per via giurisprudenziale di alcuni aspetti (PACE, L., *La dimensione processuale della relazione tra nonni e nipoti tra presunzioni e oneri probatori*, in *Dir. di fam. delle persone*, 2006, pp. 500 ss.

⁷¹ RUGGERI, A., *Strane idee...*, cit., p.5.

⁷² NICOTRA, I., *ivi*, p. 5.

⁷³ “Il dir. di fam. e delle persone”, aprile-giugno, 2014, pp. 537 ss, con nota critica di ALCURI, M., *Sull’attribuzione automatica ai figli legittimi del cognome paterno*. Invero, si devono segnalare (AUTORINO STANZIONE, G., *Attribuzione e trasmissione...*, “riv. telematica”, cit., p. 9 s.) anche la risoluzione del Consiglio d’Europa n. 37 del 1978, e le raccomandazioni del Parlamento europeo n. 1271 del 1995 e n. 1362 del 1998, secondo cui il mantenimento di previsioni discriminatorie tra

italiano⁷⁴ e suggeriva l'introduzione di qualche deroga ulteriore –cosa che si sarebbe potuto fare agevolmente– mal presentata dagli organi di stampa come una censura del sistema italiano in sé⁷⁵, è stata peggio interpretata dal Governo, che ha precipitosamente abbandonato la regola radicata nel costume italiano per ispirarsi a sistemi altri relativi a contesti e tradizioni diverse⁷⁶, che hanno una loro propria giustificazione⁷⁷. Ora giace in Senato ma c'è da star certi che sarà approvata e senza cambiamenti.

In ossequio al principio della parità di genere è adottato un sistema nuovo dove il cognome diventa il frutto di una scelta dei genitori (in aggiunta a quella che conservano di scegliere il prenome del figlio)⁷⁸, mentre si trattava di un diritto del figlio, al quale il cognome familiare spettava automaticamente *per estensione da quello paterno* e che viene privato del primo dei diritti che ac-

donne e uomini riguardo alla “scelta” del nome di famiglia non è compatibile con il principio di uguaglianza.

⁷⁴ Per la nozione tradizionale, quale strumento per indicare e tramandare l'appartenenza e la fama familiare, DE CUPIS, A., *Nome e cognome*, in *Noviss. Dig. ital.*, ediz. 1964), p. 402; BIANCA, M., *Diritto civile, 1: la norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1990, p. 175; ZIINO, D., *Diritti della persona e diritto al (pre)nome. Riferimenti storico-letterari e considerazioni giuridiche*, “Il dir. di fam. e delle persone”, 2004, p. 355 ss.; a quella di strumento di identificazione della persona rispetto a un dato contesto LENTI, L., *Nome e cognome*, in *Dig. IV, Disc. Priv.*, sez. civ., XII, 1995, pp. 136 ss.; e per i profili comparatistici, AUTORINO STANZIONE, G., *Attribuzione e trasmissione del cognome. Profili comparatistici*, “Comparazione e diritti civili”. *Annali* 2011-2012, vol. 7, pp. 251 ss. Vale ricordare qui che la regola tradizionale per il cognome degli adottati era quella d'assumere il cognome dell'adottando, che veniva aggiunto (non anteposto) a quello d'origine, trasmettendolo ai propri discendenti (CICU, A., *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, F., vol. III, Tomo II, Torino, 1969, p. pp. 332 s.).

⁷⁵ Come nota AUTORINO STANZIONE, G., *op. ult.*, cit., p. 2, l'opzione in favore del cognome della linea paterna “si riconduce generalmente ad una regola non scritta d'identità culturale di una determinata civiltà. Regola tuttavia considerata da Pacini (*Una consuetudine secolare da rivedere*, “Giur. merito”, 1985, p. 1243 ss., da cambiare in quanto risulterebbe ormai *contra legem*; ma tuttavia costituzionalmente legittima (CARRARO, L., *Della filiazione naturale e della legittimazione*, sub art. 262, nel *Commentario al dir. ital. della famiglia*, IV, p. 686). Il cognome o nome gentilizio è servito anche a tramandare la storia delle singole famiglie. Vale accennare a un argomento marginale nell'attuale contesto storico ma perdurante nella cultura (l'Europa si compone tanto di repubbliche che di monarchie) che è quello relativo ai titoli e ai predicati nobiliari, talvolta ritenuti contrari al principio della pari dignità dei cittadini (ma la feudalità è sparita sin dal 1811), pur conservando un valore ridotto nel significato di “parti del nome” e in tal senso intaccarlo equivarrebbe, come sostenne nell'Assemblea costituente l'On.le e A. Moro, a “intaccare la libertà individuale”. Più ampiamente Miele, M., *Diritti della personalità e segni identificativi delle persone (fisiche e giuridiche). Note a margine del D.P.C.M. 28 gennaio 2001/11*, “Recte Sapere”, *Studi in onore di G. Dalla Torre*, Torino, 2014, vol. II, pp. 1157 ss.

⁷⁶ Più ampiamente, AUTORINO STANZIONE, G., *op. ult.*, cit., pp. 9 ss.

⁷⁷ Ad esempio, il sistema tradizionale spagnolo del doppio cognome (oggi regolato dalla *Ley* 40/99 del 5 de noviembre sobre nombre y apellidos..) si prestava bene a seguire anche gli assetti patrimoniali della famiglia e, in epoche passate, la trasmissione ereditaria dei feudi.

⁷⁸ Si tratta del prenome, che serve a distinguere l'individuo dal resto dei componenti della famiglia, che portano lo stesso cognome. AUTORINO STANZIONE, G., *Attribuzione e trasmissione del cognome. Profili comparatistici*, “riv. tel. ComparazioneDirittocivile.it”, 2010, p.1.

quisiva *ex lege* con la nascita⁷⁹; con buona pace dell'interesse "preminente" acquisito dal figlio con la riforma del 1975. Il risultato, molto probabilmente sarà quello già previsto da Finocchiaro, "di complicare i rapporti tra i singoli e tra questi e la pubblica amministrazione, senza ottenere l'auspicata uguaglianza tra coniugi" nella famiglia⁸⁰.

In realtà è proprio quest'ultima ad avere perduto strada facendo alcuni segni identificanti. In parte vi ha contribuito l'idea della pari dignità di ogni forma di convivenza, propugnata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, pur apparendo formulata in modo troppo indeterminato e per tanto inadatto per potere costituire un punto di riferimento utilizzabile nella ricostruzione degli istituti familiari. Come classificare le forme di convivenza poligamiche, incestuose, ecc.? Mentre l'orientamento seguito dalla Corte di Strasburgo⁸¹, fondato sul tenore letterale della Carta di Nizza, che non menziona esplicitamente il requisito della diversità di sesso, descriverebbe ad avviso della Corte stessa un ambito più ampio e nuovo rispetto a quello riprodotto nell'art. 12 della Carta CEDU, che vi faceva esplicito riferimento; per tal via approdando alla conclusione secondo cui la naturale differenza dei sessi, ancorché fisiologica, deve essere considerata priva di rilievo giuridico, altrimenti integrando una discriminazione vietata dalla Carta⁸².

A questo punto entra in campo la nozione sin qui ritenuta alla base della formazione della famiglia legittima: il matrimonio. Da sempre ritenuto l'istituto identificativo dell'unione stabile di un uomo con una donna, con l'intenzione di considerarsi sposi, ora ne viene messo in dubbio il fondamento naturale della diversificazione funzionale del sesso ritenendolo assorbito dalla comunanza affettiva di due soli (per il momento) soggetti. Per tanto anche le altre forme di convivenza tra uomo e donna e non solo, che pur esistevano anche in passato ma avevano altri nomi (tipo il concubinato⁸³, vengono fatti rientrare o comunque

⁷⁹ *Ex multis* TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, p. 289; PERLINGIERI, P.-LEONARDO L., *Situazioni esistenziali*, in *Manuale di diritto civile*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2007, p. 163; P. ZATTI-V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 1997, p. 155; LENTI, L., *Nome e cognome*, in *Dig. discipl. priv., sez. civ.*, Torino, 1995, pp. 139 ss.

⁸⁰ FINOCCHIARO, F., *Matrimonio*, Tomo II, p. 271.

⁸¹ Mutando il precedente indirizzo, per il diffondersi delle richieste da parte delle coppie omosessuali (più ampiamente, PALMERI, G., *La famiglia omosessuale. Linee di tendenza e prospettive*, in *Le relazioni affettive...*, cit., p. 82 e n. 55, con richiami alla bibl. critica.

⁸² Più ampiamente, SGOBBO, C., *Classificazioni: matrimonio contratto all'estero*, "Giust. civ.", pp. 2187 ss.

⁸³ JEMOLO, A.C., *Il matrimonio*, Torino, 1961, p. 9, il quale nota che durante l'Impero, il concubinato raggiunse una larga diffusione e per tal motivo venne a mutare varie regole del matrimonio, motivo per cui divenne difficile distinguere tra matrimonio e concubinato. Inoltre v. GAZZONI, F., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, p. p. 25 s.; MARANO, V., *Le unioni di fatto. Esperienza giuridica secolare e insegnamento della Chiesa*, Milano, 2005, pp. 1 ss. Osserva ROMEO, F., *Famiglia legittima...*, cit., p. 14, che "il termine concubinato, in voga fino agli anni settanta, aveva una

paragonati al matrimonio⁸⁴. In particolare si è sostenuto che l'avversione alle unioni omosessuali si sarebbe affermata storicamente per un intervento retrivo della Chiesa⁸⁵ e per un "cedimento" della cultura classica", senza tenere conto della circostanza che la permissività o, se si preferisce, l'apertura di quella esperienza storica (tanto per i Greci che per i Romani) non giunse mai a considerare l'ipotesi di sussumere quei tipi di unione nella figura giuridica del matrimonio⁸⁶, che viceversa era finalizzato alla formazione della famiglia e della prole legittima. Un'occasione perduta per evitare una citazione storica incongrua.

Alcuni Stati europei hanno compiuto il gran passo (soprattutto tra il 2000 e il 2010)⁸⁷ e piuttosto che creare nuove figure giuridiche, come sarebbe stato auspicabile e più corretto, hanno stabilito di aprire l'istituto tradizionale anche a soggetti del medesimo sesso⁸⁸; mentre il Parlamento europeo ha fatto sentire la sua voce raccomandando di rimuovere gli ostacoli che si oppongono al matrimonio degli omosessuali e di attribuire alle unioni così formate "gli stessi diritti spettanti alle tradizionali famiglie eterosessuali fondate sul matrimonio"⁸⁹.

Si tratta di enunciazioni giurisprudenziali e di raccomandazioni che non obbligano gli Stati membri, e che rinviano per quanto concerne l'esercizio al "diritto di sposarsi e costruire una famiglia" alla disciplina nazionale, dove il legislatore è tenuto a prestare "ossequio alla Carta e alle prescrizioni costituzionali in genere"⁹⁰; tanto più quando si tratta di innovare in settori particolar-

forte valenza negativa ed evidenziava una pregiudiziale chiusura soprattutto sociale"; ma che tale "visione si è attenuata grazie all'intervento della Consulta con la pronuncia di incostituzionalità del reato di concubinato (art. 560 c.p.) e grazie alla riforma del diritto di famiglia".

⁸⁴ Nella recente sentenza (21 luglio 2015, Oliari e altri contro Italia) della Corte europea dei diritti dell'uomo si afferma che le coppie omosessuali hanno la stessa capacità delle coppie eterosessuali di instaurare relazioni stabili e che si trovano in una situazione significativamente simile a una coppia eterosessuale per quanto riguarda l'esigenza di riconoscimento giuridico e di tutela della loro relazione. Ma che tuttavia, nonostante la graduale evoluzione delle legislazioni nazionali in materia, la CEDU non impone agli Stati alcun obbligo di garantire l'accesso al matrimonio a una coppia omosessuale.

⁸⁵ Secondo PIGNATELLI, N., *Dubbi di legittimità...*, cit., p. 3, si tratterebbe di un relitto di "stampo confessionale", ed anzi "giudaico-cristiano", affermatosi soprattutto nel Medioevo, che considera le relazioni omosessuali contro natura.

⁸⁶ L'affermazione è di N. PIGNATELLI, *op. ult.*, cit., p. 4 s.

⁸⁷ Di MARIA, R., *op. cit.*, p. 225 e n. 59; Mastromartino, F., *Il matrimonio conteso: le unioni omosessuali in un'eclettica pronuncia della Corte costituzionale italiana*, "Il dir. di fam. e delle persone", 2011, p. 451.

⁸⁸ FINOCCHIARO, F., *op. ult.*, cit., pp. 17 s.) riferisce della situazione danese. Recentemente si è avuta una repentina estensione del principio innovativo, accolto da 24 dei 47 paesi che fanno parte del Consiglio d'Europa; tra questi, solo 11 hanno riconosciuto il matrimonio omosessuale (così, nella cit. sent. CEDU 21 luglio 2015). In un elenco approssimativo, si segnalano: Argentina, Canada, Belgio, Finlandia, Francia, Islanda, Lussemburgo, alcuni territori del Messico, Norvegia, Nuova Zelanda, Paesi Bassi, Portogallo, alcuni territori degli Stati Uniti, Sudafrica, Svezia, Regno Unito, Uruguay.

⁸⁹ PORCELLI, M., *op. cit.*, p. 1250 32 n. 31, con richiami ulteriori.

⁹⁰ RUGGERI, A., *Le unioni tra soggetti...*, cit., p. 2.

mente avvertiti dalla collettività locale. Per quanto concerne l'Italia, il punto di riferimento attuale è costituito dalla non omologabilità dell'unione omosessuale con il matrimonio, che giuridicamente non può essere considerata l'eccezione (discriminata) rispetto alla regola dell'eterosessualità.

In merito, spiega Finocchiaro, l'art. 29 Cost., usa l'espressione società naturale facendo riferimento all'aggregazione sociale creata dall'impulso vitale di due persone di sesso diverso, escludendo le "unioni di altro tipo, create da altre pulsioni", per le quali unioni occorre confrontarsi con "altri interessi, anch'essi garantiti dall'ordinamento" e con l'esigenza "di realizzare nuove forme di tutela, che in una società permissiva tendono anche a far riconoscere legislativamente le unioni stabili fra persone dello stesso sesso"⁹¹.

Tale assunto si trova in linea con la giurisprudenza della Corte costituzionale (ord. n.4 del 5 gennaio 2011)⁹², che ponendo fine alle aspettative di pervenire all'abolizione del requisito della eterosessualità (e l'estensione alle unioni omosessuali) per tal via⁹³, ha ribadito la lettura tradizionale della naturale differenza sessuale; pur accedendo a quella secondo cui "il concetto di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere cristallizzati all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore" ma devono anche tenere conto delle trasformazioni intervenute nell'ordinamento e dell'evolversi della società e dei costumi. Un riferimento che bene si concilia con la nozione di famiglia⁹⁴, il suo evolversi nel contesto sociale e le sue innovazioni legislative (come quella di riforma del 1975) ma che desta qualche perplessità in ordine al matrimonio, dove pure sono intervenute importanti modifiche, come ad esempio la cancellazione del consenso dei genitori e varie forme d'assenso per la celebrazione del vincolo, la dissolubilità del medesimo ecc., ma che non toccano il presupposto naturalistico della eterosessualità, che ha un rilievo costituzionale specifico.

Comunque sia, a Costituzione invariata, le linee direttrici sembrano predefinite nel senso che sia possibile ed anzi auspicabile una regolamentazione delle unioni non eterosessuali, fortemente richiesta da una parte della società civile, e dell'aggregato familiare (diverso da quello fondato sul matrimonio) cui queste danno origine, ma da non considerare, per rispetto della storia e del senso comune del termine, come semplice estensione delle figure tradizionali ben note

⁹¹ FINOCCHIARO, F., *op. ult.*, cit., p. 17.

⁹² "Il dir. di fam. e delle persone", 2, 2011, con mia nota (*Il matrimonio tra conservazione, evoluzione e fighe in avanti*) a pp. 555 ss.

⁹³ Vari sono i tentativi di una lettura "evolutiva" dell'art. 29 Cost., sulla considerazione che la difesa dell'eterosessualità sarebbe da ricollegare alla condanna delle unioni omosessuali ritenute contro natura, mentre queste avvengono in natura nel mondo animale (PIGNATELLI, N., *op. ult.*, cit., pp. 3 s).

⁹⁴ Si parla di famiglia agnaticia, patriarcale, di fatto, non fondata sul matrimonio, ecc. Più ampiamente, nel mio art. *Matrimonio e famiglia: tra innovazione e manipolazione*, "Jus-online", n.2/2015, pp. 5 s.

bensi come aggregazioni meritevoli di una regolamentazione a sé⁹⁵. Una soluzione sembra vicina, naturalmente con luci ed ombre e non potrebbe essere diversamente ma che si auspica sia raggiunta senza dilazioni ulteriori.

Il punto di maggiore attrito e che ritarda l'approvazione della legge è costituito, come sappiamo, dall'adozione, un aspetto verso cui l'opinione pubblica si è dimostrata abbastanza sensibile⁹⁶; ma il problema sembra mal posto. E' a tutti noto come sia difficile adottare un bimbo italiano in Italia, per una legge "troppo perfetta" nell'interesse dichiarato del minore adottando; tanto che se si vuole adottare un minore occorre rivolgersi all'adozione internazionale. Forse sarebbe questa l'occasione per rivedere quella legge, e trovare soluzioni di buon senso in quell'ambito e non nel contesto della legge sulle unioni civili.

In mancanza dell'auspicata normativa nuova, si ha che neppure è possibile ricevere tali unioni per via della loro formazione e celebrazione all'estero, in quanto vi si opporrebbe la regola del diritto internazionale secondo cui gli istituti giuridici non vanno comparati in base al semplice *nomen juris* ma al loro contenuto; motivo per cui, in mancanza di una diversa forma legale di unione quella non eterosessuale dovrebbe ritenersi ignota all'ordinamento⁹⁷. Viceversa, l'esistenza di una legge sulle unioni civili fornirebbe l'istituto di riferimento⁹⁸.

Nel definire "auspicabile" una regolamentazione delle unioni stabili diverse da quella matrimoniale si è tenuto conto anche di quanto probabilmente avrebbe scritto il Nostro, se avesse potuto farlo, tenendo presente la sua osservazione circa il ritardo con cui il legislatore ha introdotto il principio divorzista rispetto al mutato orientamento avvenuto in seno alla comunità; un ritardo che

⁹⁵ Secondo GIACOBBE, D., (*Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?* "Il dir. di fam. e delle persone", 2006, p. 1221), stante la scelta effettuata dal Costituente, un modello di famiglia alternativo non potrebbe acquisire la qualificazione giuridica di famiglia. Tuttavia, come rileva DI MARIA, R., op. cit., p. 205, "aldilà di opzioni meramente dommatiche" occorre tenere presente l'incidenza in quest'ambito del principio personalistico e ricercare l'identificazione delle specifiche forme di tutela ad esso riconducibili.

⁹⁶ Già la legge danese 7 giugno 1989, n. 372, che introduceva la possibilità di registrare negli atti dello stato civile l'aggregazione di due persone di sesso diverso, con una regolamentazione che rinvia alle norme sul matrimonio, escludeva l'adozione di figli (FINOCCHIARO, F., op. ult., cit., p. 17).

⁹⁷ Il Consiglio di Stato, 29 ottobre 2015, riformando la sent. del TAR del Lazio 9 marzo 2015, n. 3907, ha stabilito che le coppie omosessuali italiane non hanno diritto alla trascrizione nei registri dello stato civile del matrimonio celebrato all'estero, nonché della sussistenza del potere del prefetto di annullare quella eventualmente effettuata.

⁹⁸ Occorre ricordare il limite dell'ordine pubblico, definito da SATTA, S., (*Commentario al codice di procedura civile*, vol. IV, Milano, 1968, pp. 139.) come "l'eticità di un determinato ordinamento, quale risulta dal complesso delle sue norme positive" e dalle norme contenute in quelle d'attuazione dei trattati internazionali, vale a precludere l'ingresso a norme straniere ignote o contrastanti con quelle interne, che le parti intendono eludere ricorrendo alla c.d. frode processuale. Con la precisazione di FINOCCHIARO, F., (*Del matrimonio*, cit., 1971, p. 810) secondo cui l'ordine pubblico ati-

comporta un esacerbarsi delle aspirazioni dei gruppi interessati e talvolta soluzioni d'emergenza che non colgono o vanno oltre rispetto alle esigenze stesse.

Dalla rilettura di Finocchiaro, seguita a parecchi anni dalla pubblicazione dei suoi lavori, sembra potersi cogliere l'attualità dell'insegnamento, che consiste in un forte richiamo al rispetto delle tecniche e delle regole giuridiche da parte di tutti gli operatori giuridici; come quella d'osservare un giusto equilibrio tra i principi generali di vario livello e la specialità di cui trattasi, in modo tale che quelli non la disconoscano o, al contrario, che questa si sostituisca alla regola. L'altro insegnamento è quello di rifuggire nell'emanazione e interpretazione della legge dal farsi condizionare da una corrente di pensiero, talvolta rumorosa, frutto di mode più o meno imperanti, di pressioni emergenziali, di un'eccessiva sudditanza ad echi di movimenti extranazionali (pur senza disconoscerli) o dall'aver assunto posizioni ideologicamente preconette; viceversa proponendo soluzioni rispettose del momento storico dato e della coerenza del sistema e fornendo ai cittadini, che hanno il diritto di pretenderle, leggi formalmente e tecnicamente di buon livello. Cosa che da qualche tempo non accade più.