

FAMIGLIE PLURALI

Famiglie e diritto. Rilevanza giuridica e ‘riconoscimento’ dello stare insieme

Maria Rosaria Marella*

SCHEMA RIEPILOGATIVO

Gli equivoci dietro l'idea della *libera scelta*:

- Il non diritto (il matrimonio è fenomeno giuridico/le convivenze sono fuori del diritto)
- “Per le convivenze basta il codice civile” (on. P.F. Casini) (il matrimonio è status/le convivenze sono contratto)

I modelli di riconoscimento in Europa:

- automatismo/impulso di parte
- status/contratto
- matrimonio/forme ad hoc

Il livello costituzionale:

- la pluralità dei matrimoni (un unico nome a regimi giuridici diversi; nomi diversi a regimi giuridici analoghi)
- la pluralità delle famiglie (carta dei diritti: diritto di sposarsi e diritto di costituire una famiglia)

* Prof. ordinaria di diritto privato nell'Università di Perugia.

I.

Una corretta ricostruzione del rapporto fra **convivenze e diritto** deve a mio avviso muovere dall'analisi critica di taluni luoghi comuni che, particolarmente in Italia, hanno giocato un ruolo cruciale (e mistificante) nel dibattito, prima giuridico e poi politico, intorno alla questione delle famiglie non fondate sul matrimonio.

Si tratta di argomenti strutturati in forma dicotomica che sulla base di una logica binaria tendono a costruire matrimonio e convivenze come realtà distanti e giuridicamente inconciliabili.

Lo scopo di tali argomenti era/è quello di dimostrare il fondamento libertario dell'attuale condizione dei conviventi: poiché esiste una forma giuridica di regolamentazione della famiglia, il matrimonio, in grado di garantire un'intensa tutela dei rapporti personali e patrimoniali, chi si pone al di fuori di essa esercita una **libera scelta**. Liberamente sceglie di non essere titolare di diritti e doveri all'interno della coppia.

RILEVANZA/IRRILEVANZA GIURIDICA. La prima opposizione tradizionalmente utilizzata a tal fine è quella fra rilevanza giuridica (del matrimonio) e irrilevanza giuridica (delle convivenze).

L'idea sottostante è semplice: posto che esiste una ed una sola disciplina giuridica della famiglia, ciò che sta fuori di essa è non-diritto; ha rilevanza sociale e non giuridica. Quest'idea di irrilevanza giuridica si combina poi facilmente con l'istanza libertaria, al fine di sottolineare la responsabilità di chi sceglie di non sposarsi.

Una revisione critica di tale tipo di argomento dimostra invece che, quale che sia il contenuto della legge che sarà infine approvata dal nostro Parlamento, si tratterà non della prima disciplina italiana delle convivenze, ma più esattamente di una **disciplina giuridica diversa** da quella attualmente vigente.

Questo perché **non è vero che le convivenze siano irrilevanti giuridicamente ovvero non siano giuridicamente regolate.**

Questa osservazione è valida a prescindere dal fatto che varie disposizioni di legge nonché alcune pronunce della Corte costituzionale abbiano riconosciuto la rilevanza della convivenza a vari fini, non ultima la disciplina dell'amministrazione di sostegno¹, che all'art. 408 c.c. fa espressa menzione della "persona stabilmente convivente" quale soggetto da preferirsi nella nomina dell'amministratore di sostegno.

Non mi riferisco infatti alla quantità di norme polverizzate nell'ordinamento giuridico che variamente attribuiscono diritti, facoltà e poteri ai conviventi. Penso piuttosto al ruolo disciplinare dell'omissione²: anche la non regolamentazione istaura surrettiziamente un regime giuridico, distribuisce risorse e potere, attribuisce

¹ Introdotta con l. 9 gennaio 2004, n. 6.

² Come chiarito da Wesley N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 "Yale L.J." 16 (1913).

situazioni giuridiche soggettive, sino ad istituire un vero e proprio statuto giuridico della materia ‘non regolamentata’.

Ad es. dal matrimonio nascono diritti e doveri reciproci per i coniugi; dalla convivenza situazioni reciproche di privilegio v. assenza di pretesa azionabile: infatti il convivente gode del privilegio di abbandonare il partner senza alcuna sanzione né alcuna conseguenza patrimoniale, mentre il coniuge più abbiente ha un obbligo di mantenimento dove ricorrano alcune circostanze.

Dunque non presenza/assenza di diritto, ma **due regimi giuridici diversi**. E non (propriamente) una libera scelta.

STATUS/AUTONOMIA PRIVATA. La seconda opposizione è fra un regime che si basa sull’automatica attribuzione di diritti e doveri per effetto del **matrimonio (status)** e un regime – quello delle **convivenze** – interamente fondato sulla **volontà** delle parti, cioè sull’autonomia privata.

La dicotomia ha ancora a che vedere col binomio ideologico convivenza-libera scelta. In particolare, l’idea è qui che l’opzione dell’autonomia privata garantisca ai privati la libertà di scelta in materia familiare, ma in un’accezione diversa da quella precedente, cioè nel senso che il potere della volontà (o la libertà contrattuale) consentirebbe ai conviventi la fissazione di un regime giuridico ‘su misura’, ciò che è in linea di massima precluso ai coniugi, stante l’imperatività del regime legale.

Quali sono le regole di diritto privato che consentirebbero tutto questo? Vediamone alcune applicazioni:

1. giurisprudenza sull’**obbligazione naturale** (art. 2034 c.c.):
 - non c’è pretesa azionabile, ma se un’attribuzione patrimoniale è effettuata, questa resta ferma.
 - In virtù dello stesso meccanismo il/la partner che presta lavoro domestico o persino professionale nell’impresa del convivente non ha diritto alla retribuzione: il suo **lavoro si presume gratuito**³: libera scelta?
 - Per lo stesso meccanismo la convivente che presta soldi al partner **non ha diritto alla restituzione** in quanto la corte ricostruisce l’attribuzione patrimoniale (oggetto del contratto di mutuo) come adempimento di un’obbligazione naturale⁴: libera scelta?
2. Le corti sono oggi inclini a riconoscere nella convivenza il terreno d’elezione della **libertà contrattuale** (art. 1322 c.c.):
 - Due partner convengono che contribuiranno in misura eguale al menage comune. Poi litigano e lei accusa lui di aver approfittato della sua maggiore

³ Cass., 7 luglio 1979, n. 4221, in “Foro italiano”, 1979, I, 2315; Cass., 17 febbraio 1988, n. 1701, *ivi*, 1988, I, 2306; Cass. Sez. Lav., 14 giugno 1990, n. 5803, Mass.

⁴ Cass., 3 febbraio 1975, n. 389, in “Foro italiano”, 1975, I, 2301; Trib. Torino, 24 novembre 1990, in “Giurisprudenza italiana”, 1992, I, 2, 428.

disponibilità economica. La corte nega il suo diritto alla restituzione argomentando che al contratto di convivenza si **applica l'art. 143 c.c.**, norma cardine del regime del matrimonio, che stabilisce un obbligo di contribuzione in proporzione alle proprie capacità⁵: libera scelta?

- **Marvin v. Marvin** (Corte Suprema della California, 1976). Primo caso in cui una corte riconosce la validità di un contratto tra conviventi. Si riconosce il diritto della convivente alla divisione della proprietà acquistata durante la convivenza sulla base di un **contratto 'tacito'**, il carattere implicito del quale si fonda sulla situazione della coppia e sul menage, in particolare sul fatto che lei aveva rinunciato alla sua carriera di soubrette per dedicarsi interamente alla vita in comune col noto attore: libera scelta?

Peraltro nella breve analisi che precede non mi faccio carico di argomenti che meriterebbero invece ampio spazio:

- Il ricorso all'autonomia privata non ha un eguale peso ed ha incidenza diversa in relazione alla **consistenza patrimoniale** della coppia e alla **classe sociale** d'appartenenza (il livello culturale condiziona la consapevolezza riguardo ai problemi giuridici che possono insorgere nel corso ed alla fine della convivenza, così da motivare il ricorso ad un *contratto di convivenza*. La presenza di un patrimonio importante – di uno o entrambi i conviventi – rende più probabili attribuzioni patrimoniali regolate dall'art. 2034 c.c., ovvero la stipulazione di accordi di convivenza).
- I discorsi che i giuristi - e oggi i politici - fanno intorno all'autonomia privata nella famiglia sono di consueto **genderblind**, cioè declinati al neutro, come se la struttura delle famiglie non rispecchiasse stereotipi culturali e ruoli di genere che condizionano la distribuzione di potere economico e sociale all'interno della coppia. È invece evidente che l'esito di una contrattazione per le parti – nella famiglia come nel mercato – dipende dal potere contrattuale di ciascuna di esse, questo a sua volta dipendendo dalle alternative (nel mercato del lavoro, nella società, nel mercato in generale) di cui dispone. Non è perciò detto che il soggetto che ha bisogno di tutela – la donna per solito - possa a) avere accesso a strumenti di autonomia privata e b) volgerli a proprio favore.

In realtà un regime meramente privatistico non garantisce alcuni fra i benefici principali di cui godono i coniugi: benefici fiscali, pensionistici, previdenziali.

La coppia non ha rilevanza come tale nei rapporti di diritto privato con i terzi: principalmente nei rapporti di lavoro ovvero nei rapporti con assicurazioni, banche, ecc.

Inoltre non è riconosciuta sul piano successorio.

In sostanza **le convivenze sono attualmente regolate dal diritto, le liti fra conviventi sono decise dai giudici dello stato, ma le convivenze non sono riconosciute dallo stato** a molti fini.

⁵ Trib. Savona, 29 giugno 2002, in "Famiglia e diritto", 2003, 596.

Il risultato è una regolamentazione giuridica discriminatoria, che dà luogo ad alcuni risultati particolarmente iniqui.

II.

QUALI SONO LE SOLUZIONI SPERIMENTATE IN EUROPA?

Ancora seguendo una logica binaria, i regimi in vigore sono classificabili secondo le seguenti alternative:

AUTOMATISMO V. IMPULSO DI PARTE. Il modello dell'automatismo (Ungheria, Svezia, alcune autonomie locali in Spagna) assume la convivenza protrattasi per un certo lasso di tempo, ovvero la convivenza più la presenza di figli, come un fatto cui ricondurre l'applicazione di un certo regime legale.

Il secondo modello è largamente prevalente ma non è quello accolto dal ddl del governo.

In alcuni paesi, al modello dell'automatismo si affianca il regime del riconoscimento su impulso della coppia, quest'ultimo riservato alle coppie dello stesso sesso.

STATUS V. CONTRATTO. I regimi che ricadono nel secondo modello, quello del riconoscimento che segue ad un impulso di parte, possono ricalcare la logica dello status ovvero quella del contratto. Del secondo tipo sarebbe principalmente il **pacs** francese, che dà più ampio spazio all'autonomia privata nella definizione del regime in concreto operante fra i conviventi; ma i tratti qualificanti del pacs sono in realtà di tipo pubblicistico (fiscale, previdenziale), cioè assimilabili al modello dello status.

MATRIMONIO V. FORME AD HOC. La regolamentazione giuridica delle coppie omosessuali segue oggi due modelli: storicamente si afferma prima il riconoscimento attraverso forme di registrazione ad hoc, Registered Partnership, Lebensgemeinschaft, Civil Union. Queste ultime sono talvolta etichettate come **'matrimoni omosessuali'** (questo si dice in Francia anche del pacs), ma anche come **'matrimoni di serie B'**, per cui alcuni governi progressisti rompono gli indugi ed estendono il matrimonio oltre il confine dell'eterosessualità (Olanda, Belgio, Spagna). In questi ultimi casi è l'**istanza egitaria** a prevalere su altri ordini di considerazioni.

III.

LA QUESTIONE DEL FONDAMENTO COSTITUZIONALE (LA PROSPETTIVA NAZIONALE E QUELLA EUROPEA)

La sintetica carrellata che precede serve ad introdurre l'analisi del **terzo argomento 'contro'** una legislazione sulle convivenze, quello dell'**esclusività del regime matrimoniale** come unico regime della famiglia alla luce dell'**art. 29 cost. it.**

I legislatori dei paesi europei che hanno introdotto discipline specifiche della convivenza non hanno per questo tentato un'equiparazione/assimilazione del matrimonio. Sono state create istituzioni parallele, il cui contenuto è spesso mutuato dalla disciplina giuridica del matrimonio, salvo, come si è detto, estendere in taluni casi il matrimonio alle coppie *same-sex* per ribadire un *commitment* del legislatore nazionale al rispetto del fondamentale principio di uguaglianza.

Peraltro questa estensione testimonia non di uno svilimento, bensì di una rinnovata vitalità del matrimonio, ciò che ad es. emerge a chiare lettere nella motivazione di Goodridge⁶, caso deciso dalla Corte suprema del Massachusetts in occasione del primo riconoscimento del matrimonio *same-sex* negli USA, dove, anzi, la superiorità del matrimonio come istituzione sociale e giuridica rispetto allo statuto delle coppie non sposate è decisamente ribadita.

Nel dibattito giuridico italiano, l'argomento oggi spesso usato da talune parti politiche contro *pacs*, *dico* e quant'altro, cioè l'argomento fondato sull'**art. 29 cost.**, non ha giocato un ruolo decisivo. Non è mai stato un argomento.

Questo perché già la Corte costituzionale e diffusamente la dottrina, hanno poi costantemente fatto riferimento all'**art. 2 cost.** ed al rilievo in esso dato alle **"formazioni sociali"**, per garantire un fondamento costituzionale alla tutela giuridica della convivenza fuori del matrimonio⁷.

L'**art. 29** ha peraltro una storia molto particolare, e la dottrina costituzionalistica ne ha costantemente raccomandato un inquadramento 'storico'. Tanto riguarda sia il riferimento alla 'naturalità' della famiglia, sia quello al matrimonio; nel primo caso trattandosi principalmente del tentativo di recuperare la radice privata della famiglia contro il tentativo fascista di farne un organo dello stato, un'istituzione 'pubblica', nel secondo di un rinvio da cui risulta difficile, forse impossibile, ricavare un

⁶ *Hillary Goodridge & others v. Department of Public Health & another* (SJC-08860) November 23, 2003. Per un commento si consenta il rinvio a M.R. Marella, *Il matrimonio gay sbarca sulla East Coast*, in InfoLEGES.it-Newsletter (www.infoleges.it/newsletter/articoli), ove trovasi anche il testo integrale della decisione.

⁷ Si noti, peraltro, che in nessun caso si è trattato di un'interpretazione occasionata dalla necessità di trovare una legittimazione giuridica 'alta' ad una realtà sociale nuova, poiché il richiamo all'**art. 2** in riferimento all'**art. 29** è già nei lavori della Costituente, in particolare nel contributo di Aldo Moro (A.C., seduta del 30 ottobre 1946, vol. VI, p.634 s.) volto a ricollegare esplicitamente l'espressione "società naturale" alla garanzia sancita dall'**art. 2** in favore sia dei diritti inviolabili individuali sia delle formazioni sociali intermedie.

qualsiasi modello normativo concreto, stante il carattere non immutabile, ma storicamente connotato dell'istituto matrimoniale⁸.

Ciò che mi interessa però ora è mettere in evidenza il **pluralismo delle forme** già presente **sul piano costituzionale**.

Se, infatti nelle maggior parte dei paesi europei può parlarsi di pluralismo in materia familiare nel senso che a regimi giuridici modellati sul matrimonio corrispondono istituzioni giuridiche diverse, il matrimonio, da una parte, e le unioni civili, o registered partnerships, ecc., dall'altra, nel sistema costituzionale italiano, per converso, il pluralismo è già insito nella pretesa unitarietà dell'istituzione matrimoniale, poiché ad essa, in virtù del Concordato con la Santa Sede, corrispondono in realtà **regimi giuridici differenziati**, il matrimonio civile e il matrimonio religioso con effetti civili essendo soggetti a discipline differenti, ad es. perché il secondo può essere annullato per cause che non sono contemplate dal codice civile, e che non concernono il primo.

Guardando poi all'orizzonte costituzionale europeo, il pluralismo è chiaramente sancito dall'**art. 9 della Carta di Nizza**, che esplicitamente sancisce il **diritto di sposarsi** e il **diritto di costituire una famiglia** come competenze distinte dei legislatori nazionali, entrambe coperte da garanzia costituzionale.

Rispetto al **sistema binario** offerto dagli artt. 2 e 29 della nostra costituzione, la Carta dei diritti compie dunque un significativo passo in avanti, riconoscendo l'**autonomia reciproca** del matrimonio e delle forme giuridiche diverse dal matrimonio, che sono a fondamento delle famiglie in Europa.

Un ulteriore, solido argomento a favore della legittimità costituzionale di un intervento del Parlamento italiano in tema di convivenze...

⁸ Cfr. Caggia e Zoppini, Commento all'art. 29, in Bifulco, Celotto e Olivetti (curr.), Commentario alla Costituzione, Torino, UTET, 2007.