

TCRS



Teoria e Critica della **Regolazione Sociale**

Quaderno 2010

Michele Mondello

LA FAMIGLIA FONDATA SUL MATRIMONIO E LE FAMIGLIE

Centro Studi TCRS

Via Crociferi, 81 - 95024 Catania - Tel. +39 095 230478 - tcrs@lex.unict.it

Michele Mondello
Università di Messina
michelemondello@hotmail.it

In:
Reciprocità e alterità. La genesi del legame sociale
Quaderno 2010

ISSN: 1970-5476
Centro Studi
"Teoria e Critica della Regolazione sociale"
Via Crociferi, 81 - 95024 Catania
Tel. +39 095 230478 - Fax +39 095 230462
tcrs@lex.unict.it
www.lex.unict.it/tcrs

Michele Mondello

LA FAMIGLIA FONDATA SUL MATRIMONIO E LE FAMIGLIE

1. Le formazioni sociali familiari

La legge accorda ai differenti tipi di «formazione sociale»¹, tutti astrattamente riconducibili al concetto di famiglia, margini diversificati di rilevanza, a seconda degli elementi che, di volta in volta, ritiene utile prendere in considerazione per diversi fini. Attraverso questa tecnica, il legislatore ha creato diversi modelli legali di famiglia: quella fondata sul matrimonio, quella anagrafica, tributaria, sino a quella fondata sulla stabile convivenza.

Ne consegue che il sistema sociale e quello normativo appaiono caratterizzati da una pluralità di figure, tutte rientranti nella nozione famiglia, ma destinatarie di differenti statuti normativi².

La legge prende in considerazione taluni elementi che connotano la formazione sociale. Alcuni di questi appaiono idonei ai fini dell'attribuzione alla formazione sociale della qualità di famiglia; tal'altri, invece, non possiedono l'attitudine a connotare del requisito della familiarità la formazione sociale.

L'affettività che lega i componenti della formazione sociale può essere considerato elemento idoneo a connaturare il consorzio sociale come famiglia, per la sua attitudine alla potenziale stabilità della convivenza, che deriva dall'elaborazione di un progetto di vita tendenzialmente durevole.

¹ Il riferimento normativo è contenuto nell'art. 2 Cost. che tutela, seppur in maniera più generale rispetto ad altre puntuali previsioni costituzionali, la famiglia come «formazione sociale». Cfr.: A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte Generale*, III ed., Padova 2003, 14 ss. Secondo altri, viceversa, la tutela costituzionale non si rivolge alla formazione sociale in quanto tale, ma questa è oggetto solo mediato di tutela, cfr.: P. GROSSI, *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella evoluzione costituzionale italiana*, in *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, II ed., Padova 2008, 155 ss., ritiene infatti che l'art. 2 Cost. «contrariamente al luogo comune abbastanza frequente e talvolta ripreso anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale, quella disposizione, conformemente al suo tenore testuale, appronta una tutela per i singoli all'interno di tali formazioni, ma non anche per le formazioni medesime, che sono viste anzi come forme organizzative nelle quali la personalità dell'uomo potrebbe essere pericolosamente sacrificata e limitata o indebitamente compressa».

² La caratteristica della pluralizzazione del concetto di famiglia e degli statuti normativi a questa applicabili, richiama la teoria in materia di proprietà formulata da S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, che consente di replicare la formula da «la proprietà» a «le proprietà» nell'ambito familiare, cfr.: V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, in *Atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985*, Padova, 1986, ora in V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 211 ss.

Viceversa, non rientrano nel concetto di famiglia tutti i rapporti occasionali o, comunque, improntati alla consapevole carenza di un reciproco affidamento sulla effettiva stabilità.

Dal fondamento da cui la formazione sociale trae origine derivano i differenti tipi di famiglia: da una parte, il matrimonio fonda la famiglia legittima; dall'altra, il vincolo di stabile affettività che si stabilisce tra due o più soggetti, la procreazione naturale, l'adozione ed i rapporti di parentela, fondano tanti tipi di famiglia quanti sono i presupposti.

Pertanto, nel prosieguo si farà riferimento non tanto alla famiglia cosiddetta di fatto³ e neppure alla convivenza more uxorio, bensì alla famiglia non fondata sul matrimonio, in contrapposizione a quella fondata sul presupposto normativamente prevalente.

2. La famiglia nelle norme

Il concetto giuridico di famiglia potrà essere utilmente spiegato attraverso la ricerca dei diversi profili di rilevanza normativa che dovranno essere rintracciati a tutti i livelli dell'ordinamento giuridico.

Nell'art. 29 della Costituzione emerge la preferenza del costituente verso la famiglia fondata sul matrimonio, nonostante l'implicito riferimento alla nozione pregiuridica di «società naturale». Il presupposto giuridico del matrimonio rende applicabile alla famiglia legittima lo statuto legale previsto dall'art. 29, comma 2 Cost. ma, lo stesso non trova applicazione tutte le volte in cui il presupposto del matrimonio non viene ad esistenza.

Il successivo art. 30 Cost. sul rapporto di filiazione postula l'esistenza della famiglia non fondata sul matrimonio.

Occorre adesso stabilire a quale tipo di famiglia abbia voluto riferirsi il costituente nelle altre norme in cui è contenuto il termine «famiglia» (artt. 31

³ Cfr.: G. Giacobbe, *Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto*, in *Dir. fam.*, 2009, 305; M. Cocuccio, *Convivenza e famiglia di fatto: problematiche e prospettive*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2009, II, 908-937; F. Prospero, *La famiglia nell'ordinamento giuridico*, in *Dir. Fam.*, II, 2008, 790; Lazzaro-Di Marzio, *Le locazioni per uso abitativo*, Milano 2007, 184; M. De Tilla, *Le locazioni - durata e legge 431/98 - successione e sublocazione*, Milano 2002, 1064; G. Catelani, *Manuale della locazione*, Milano 2001, 345; A. Segreto, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione*, in *Dir. fam.*, 1998, 1658; V. Carbone, *Casa in comodato vita natural durante per una breve convivenza more uxorio*, in *Corr. giur.*, 1993, 947; M. Cupido, *Convivente more uxorio e rapporto di locazione*, in *Rass. equo canone*, 1990, 105; G. Oberto, *La famiglia di fatto nel diritto comparato*, in *Giur. it.*, 1986, IV, 108.

comma 1, 36 e 37 Cost.); la soluzione interpretativa che ha trovato maggiore consenso nella giurisprudenza costituzionale ritiene preferibile applicare un'interpretazione estensiva del concetto, così da comprendere ogni forma di famiglia o «nucleo familiare»⁴.

Le fonti di origine comunitaria in materia di diritto di famiglia contengono delle indicazioni provenienti dagli organi comunitari⁵ ma, rimane il problema dell'opportunità e della competenza dell'Unione europea a regolare le formazioni sociali «para-familiari»⁶. Vi sono però delle previsioni la cui ampia portata non crea problemi di interferenza con le norme interne dei singoli Stati membri e che riguardano l'estrinsecazione di libertà della persona, in cui si rinviene certamente un riferimento alla famiglia di fatto⁷, ove si stabilisce che «uomini e donne, in età matrimoniale, hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto»⁸.

Nell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dedicato al rispetto della vita privata e della vita familiare, è previsto che «Ogni persona ha

⁴ Cfr.: L. PRINCIPATO, *Il diritto all'abitazione del convivente more uxorio e la tutela costituzionale della famiglia, anche fondata sul matrimonio*, in *Giur. cost.*, 2010, 1, 113, che, dall'analisi dell'ord. n. 204 del 2003 e della sent. n. 404 del 1988 della Corte costituzionale, stabilisce che «il sintagma nucleo familiare è utilizzato indistintamente per indicare società naturali fondate sul matrimonio o sorte a prescindere da esso».

⁵ Con la risoluzione dell'8 febbraio 1994, il Parlamento Europeo ha invitato gli Stati membri ad abolire le disposizioni di legge che criminalizzano o discriminano i rapporti sessuali tra persone dello stesso sesso in G.U.C.E., 28 febbraio 1994, n. 61, 40, cfr.: P. SCHLESINGER, *Una risoluzione del Parlamento europeo sugli omosessuali*, in *Corr. giur.*, 1994, 393; M. COSTANZA, *Adottare è un diritto di tutti?*, in *Dir. fam.*, 1994, 1078; S. BALLETTI, *Le coppie omosessuali, le istituzioni comunitarie e la Costituzione italiana*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 241 ss.; Corte di Giustizia 31 maggio 2001 — cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P — in *Riv. not.*, 2002, 1263 ss., con ampia nota di E. CALÒ, *La Corte di giustizia accerchiata dalle convivenze*, in cui si afferma che il termine «matrimonio», secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, designa una unione tra due persone di sesso diverso.

⁶ Cfr.: M.C. ANDRINI, *La famiglia nella comunità europea*, in *Famiglia*, III, 2004, 551-567; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, Padova 2004; BONINI-BARALDI, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Milano 2005; FRENI-PATURNO, *Dinamiche sociali ed esperienza giuridica nell'evoluzione del diritto di famiglia in Europa*, in *Famiglia*, 2004, 585; G. PALMERI, *Il principio di non discriminazione*, in *Famiglia*, 2004, 218; C. PETITTI, *I diritti nelle famiglie di fatto: attualità e futuro*, in *Famiglia*, IV, 2003, 1021 ss.; M. SESTA, *Diritto di famiglia*, 2ª ed., Padova, 2005; Id., *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, in *Famiglia*, 2003, 137 ss.; ZANETTI-SESTA, *La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto*, in *Famiglia*, 2004, 701 ss.

⁷ Per riferimenti alla regolamentazione della famiglia di fatto in altri Paesi europei, cfr.: S. ASPREA, *La famiglia di fatto in Italia e in Europa*, Milano 2003, 143 ss.; E. CALÒ, *Le convivenze registrate in Europa*, Milano 2000; L. BALESTRA, *Un recente convegno francese sulle convivenze fuori dal matrimonio*, in *Famiglia*, 2002, 439 ss.; C. CARICATO, *La legge tedesca sulle convivenze registrate*, in *Famiglia*, 2002, 501 ss.; M. IEVA, *I contratti di convivenza. Dalla legge francese alle proposte italiane*, in *Riv. not.*, 2001, 37 ss.; P. VITUCCI, *Dal di che nozze... Contratto e diritto della famiglia nel pacte civil de solidarité*, in *Famiglia*, 713 ss.

⁸ Art. 12, *Diritto al matrimonio*, l. 15 dicembre 2005, n. 280, di ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 14 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali emendanti il sistema di controllo della Convenzione, fatto a Strasburgo il 13 maggio 2004; analoga formulazione ha l'art. 9 della Carta di Nizza.

diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni»; ancora l'art. 9 afferma che «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»; il Titolo V, in materia di solidarietà, prevede all'art. 33 che «È garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale.».

La legge ordinaria accorda sempre maggiori spazi di rilevanza alla famiglia non fondata sul matrimonio ma sulla semplice convivenza.

Solo a titolo esemplificativo e non esaustivo si riportano alcuni esempi normativi: il d.l. 27 ottobre 1918, n. 1726, riconosce il diritto alla pensione di guerra oltre che alla vedova, anche alla promessa sposa ed alla convivente more uxorio; l'art. 6, l. 13 marzo 1958, n. 356, riconosce il diritto di ricevere assistenza ai figli naturali non riconosciuti dal padre caduto in guerra, quando questo e la madre abbiano convissuto more uxorio, nel periodo del concepimento; l'art. 2, d.p.r. 31 gennaio 1958, n. 136, considera famiglia anagrafica non solo quella fondata sul matrimonio e legata da rapporti di parentela, affinità, affiliazione ed adozione ma, ogni altro nucleo che si fonda su legami affettivi, caratterizzato dalla convivenza e dalla comunione di tutto o parte del reddito dei componenti per soddisfare le esigenze comuni, quindi anche la famiglia di fatto; l'art. 1, l. 29 luglio 1975, n. 405, in materia di consultori familiari, ricomprende tra gli aventi diritto alle prestazioni assistenziali anche le coppie; l'art. 30, l. 26 luglio 1975, n. 354, attribuisce un permesso al condannato, in caso di imminente pericolo di vita di un familiare, indicando anche il convivente; l'art. 5, l. 22 maggio 1978, n. 194, in materia di interruzione di gravidanza, permette la partecipazione al procedimento di chi è indicato padre del concepito, quindi anche in presenza di convivenza more uxorio; l'art. 44, l. 4 maggio 1983, n. 184, permette in alcuni casi, l'adozione a chi non è coniugato, quindi, anche alla famiglia di fatto.

Le uniche norme del codice civile che sembrano riferibili alla famiglia non fondata sul matrimonio sono contenute nell'art. 317 bis, che nel disciplinare la potestà dei genitori sui figli naturali, dispone che se i genitori sono conviventi si applicano le norme disposte per la potestà dei genitori sui figli legittimi⁹, e nell'art.

⁹ La norma non si limita a disciplinare i rapporti tra genitori e figli, ma considera gli stessi rapporti dei conviventi tra di loro dal momento che li assoggetta alla regola dell'accordo per le decisioni relative ai figli e all'intervento del giudice in caso di disaccordo, cfr.: L. CARRARO, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* diretto da L. CARRARO, G. OPPO e A. TRABUCCHI, Padova, 1976, 655; F. PROSPERI, *La famiglia «non fondata sul matrimonio»*, Napoli, 1980, 135 ss., 146 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, La*

155 quater cod. civ. che contiene un riferimento alla convivenza more uxorio dell'assegnatario, quale presupposto che fa venire meno il diritto di godimento della casa familiare.

I provvedimenti riportati non esauriscono la sterminata casistica in materia di rilevanza legislativa della famiglia non fondata sul matrimonio, spesso equiparata a quella legittima.

3. La famiglia nella giurisprudenza costituzionale.

I differenti statuti normativi previsti per i diversi tipi di famiglie appaiono una concreta manifestazione del principio costituzionale dell'uguaglianza sostanziale posto dal secondo comma dell'art. 3 Cost.

La legge, difatti, tratta in maniera differente situazioni differenti, tanto è vero che la Corte costituzionale, chiamata a giudicare il differente statuto legale della famiglia legittima rispetto a quella non fondata sul matrimonio, ha escluso che tali differenze violino il principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., stante la «..profonda diversità che caratterizza la convivenza more uxorio rispetto al rapporto coniugale, tale da impedire l'automatica parificazione delle due situazioni, ai fini di una identità di trattamento fra i rispettivi regimi»¹⁰.

La Corte costituzionale giustifica la ragionevolezza della diversità di trattamento legale tra i differenti tipi di famiglia facendo ricorso all'elemento della volontà¹¹ della coppia di non sottoporsi allo statuto giuridico della famiglia legale, scegliendo di non contrarre matrimonio.

Senonché, quello della volontà non è elemento idoneo a giustificare l'irragionevole trattamento legale, sia perché non può trovare applicazione in ogni

famiglia, le successioni, II, Milano, 2^a ed. 1989; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 1996, 335.

¹⁰ Cfr.: Corte cost., 14 gennaio 2010, n. 7.

¹¹ Cfr. G. FERRARO, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, II, 1998, 184-185, secondo cui la condanna morale e giuridica del concubinato deriva dall'abbandono, nella disciplina del matrimonio, del principio volontaristico e della prevalenza dell'aspetto formale, che impedisce di attribuire alla convivenza il «valore di circostanza da cui desumere la volontà di contrarre matrimonio. Viceversa l'abbandono del principio consensualistico porta con sé la condanna del concubinato visto come pratica eversiva del sistema.». Scaturiscono da tali premesse storiche ed ideologiche le «..norme del codice penale e del codice civile, le prime punendo come reato l'adulterio ed il concubinato, le seconde discriminando i figli nati fuori del matrimonio anche in assenza di una famiglia e di figli legittimi del genitore, con ciò mostrando un chiaro disfavore per le relazioni fuori del matrimonio, viste come fenomeni sociali di segno fortemente negativo e perciò da scoraggiare anche con norme penalizzanti nei confronti dei figli naturali.»

tipo di famiglia, ma anche perché alla volontà di contrarre matrimonio vengono attribuiti effetti ultronei.

Innanzitutto, la presenza dell'elemento volontaristico non può valere per le famiglie che si fondano sulla procreazione naturale, l'adozione ed i rapporti di parentela.

Per quanto riguarda, invece, le coppie che, ben potendo fondare la propria unione sul matrimonio, scelgono di non sottoporsi al regime legale, si deve osservare che a tale scelta non può essere attribuito un effetto tanto esuberante da coinvolgere ogni aspetto della propria soggettività.

È certamente corretto ritenere significativa la scelta di non sottoporsi alle norme che regolano la separazione personale tra coniugi, attivabili solo in presenza di un rapporto di coniugio e che rimangono esclusi dalla scelta dei conviventi di non assoggettarsi allo statuto legale della famiglia legittima, sia nella fase fisiologica, che in quella terminale del rapporto.

Ma gli effetti della scelta devono rimanere confinati nell'ambito del rapporto tra i partners che non hanno scelto di sottoporsi alle regole di tutela previste per il caso di separazione o di divorzio e non possono riguardare aspetti diversi¹².

L'exasperazione dell'impostazione volontaristica potrebbe condurre verso la formulazione della seguente massima: gli interessi del componente la famiglia di fatto non trovano tutela perché tali interessi assurgono a diritto soggettivo, come compendio dello statuto legale del matrimonio e, nel caso della famiglia non fondata sul matrimonio, mancando l'atto il rapporto non ne rimane assoggettato.

Un tale ragionamento in termini assoluti introduce nel sistema una rigidità eccessiva e riserva all'atto di matrimonio la prevalenza sul rapporto; così ragionando gli interessi che nascono dal rapporto divengono irrilevanti per la mancanza dell'atto.

La deriva di tale impostazione si coglie nella diversa graduazione di tutele previste per le famiglie non fondate sul matrimonio, tra famiglia con o senza prole naturale¹³.

¹² Cfr.: V. CARBONE, *Il diritto dei figli naturali all'abitazione familiare non è condizionata dal riconoscimento della famiglia di fatto*, in *fam. dir.*, III, 1998, 209, il quale nota che la Corte arieggiando il principio alla base della legislazione napoleonica, contraria alla famiglia di fatto per cui *les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*, dichiara che la «convivenza *more uxorio* rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza dal matrimonio.»

4. La composizione del sistema.

La scelta dei conviventi di non porre in essere l'atto di matrimonio¹⁴, al fine di sottrarsi ai diritti e doveri che conformano il rapporto e di scegliere, viceversa, di lasciare liberi i loro rapporti al di fuori degli schemi formali, non è di per se solo sufficiente a privare di rilevanza giuridica gli atti ed i rapporti (interni: tra gli stessi conviventi; esterni: in confronto ai terzi) che ad essi fanno capo, appena si consideri l'ampia trama di fatti giuridicamente rilevanti generati dalla convivenza.

Invero, al pari di ogni comunità sociale, anche la famiglia non fondata sul matrimonio necessita di regole e non deve essere lasciata nell'area dell'anomia legislativa.

Ora, la mancanza del presupposto (l'atto di matrimonio) non è di per se stesso causa di irrilevanza giuridica della formazione sociale – famiglia – e di tutti i comportamenti e gli eventi¹⁵ a questa collegati.

La scelta del legislatore di regolarne alcune fattispecie solo se riferite alla famiglia fondata sul matrimonio (regime patrimoniale legale, separazione, divorzio), non comporta l'irrilevanza degli interessi sottesi alle medesime vicende che riguardano la famiglia non fondata sul matrimonio.

La giurisprudenza più recente, contrariamente all'originaria opinione¹⁶, appare sensibile a tale problematica ed accorda sempre maggiore tutela ad

¹³ Cfr.: Corte cost. 14 gennaio 2010, n. 7, secondo cui esisterebbe una «..comparazione tra la cessazione della convivenza con prole e la cessazione di quella senza prole, trattandosi, pure in questo caso, di situazioni del tutto disomogenee..»

¹⁴ L'irrilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio riservata dalla Consulta, con l'esclusione della tutela ex art. 2 Cost., quale formazione sociale, non è stata condivisa dalla giurisprudenza di legittimità che si è espressa sul matrimonio-rapporto, tenuto ben distinto dal matrimonio-atto, in funzione della rilevanza di un'autonoma formazione sociale che si sviluppa anche in assenza di un momento iniziale di spessore istituzionale, cfr.: Cass. 24 luglio 1987, n. 6400; Cass. 18 giugno 1987, n. 5354; Cass. 18 giugno 1987, n. 5358. Viceversa, le Sezioni Unite negano la tutela costituzionale al matrimonio-rapporto, cfr.: Cass., Sez. Un., 11 giugno 1988, n. 4700, in *Corr. giur.*, 1988, 1042, con nota di V. CARBONE, *Il matrimonio-rapporto non è costituzionalmente tutelato?*.

¹⁵ Cfr.: A. FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 950, secondo cui «La rettifica del criterio di classificazione dei fenomeni temporali, in funzione degli interessi giuridici anziché in funzione della volontà, e la considerazione che gli interessi giuridici si costituiscono a tutti i livelli della realtà ed esigono la loro esteriorizzazione sul piano oggettivo della comune esperienza e cultura, conducono in definitiva alla distinzione dei fenomeni temporali (o fatti giuridici in senso lato) nelle due grandi classi degli «eventi» (o fatti giuridici in senso stretto, ovvero, più semplicemente, «fatti») e dei «comportamenti».

¹⁶ Cfr.: Pret. Pordenone, 09 maggio 1995, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 240; Pret. Vigevano, 10 giugno 1996, in *Foro It.*, 1997, I, 3686; Pret. Pisa, 30 marzo 1990, in *ivi*, 1991, I, 1329; Pret. Pietrasanta, 19 aprile 1988, in *ivi*, 1989, I, 1662.

interessi scarsamente tutelati dal legislatore¹⁷. Se le regole fissate per la famiglia fondata sul matrimonio non possono trovare applicazione per la famiglia non fondata sul matrimonio, nasce la necessità di rinvenire la regola di volta in volta adatta a tutelare quell'interesse. Questa potrà essere rintracciata tanto nelle norme sulle obbligazioni, nella misura della compatibilità di questi con le norme e i principi dettati in ambito familiare, quanto negli artt. 143 ss. cod. civ.¹⁸.

Così, la norma sull'azione generale di arricchimento posta dall'art. 2041 cod. civ. può trovare applicazione nell'ipotesi di messa a disposizione di risorse personali di ciascun componente la famiglia per definire i rapporti reciproci al momento del venir meno della convivenza.

Allo stesso modo, le norme generali in materia di obbligazioni possono risolvere il contrasto che sorge per le obbligazioni contratte da uno solo dei conviventi, ma nell'interesse della famiglia, attraverso l'istituto della rappresentanza.

Difatti, nel rapporto obbligatorio, il soggetto del comportamento (colui che conclude un negozio) si distingue dal soggetto dell'interesse (la formazione sociale come tale ed i singoli membri che la compongono), perché solo quest'ultimo è destinatario degli effetti del negozio¹⁹.

Secondo tale punto di vista, l'apporto di ogni componente della famiglia al menage familiare, che si può indirizzare più o meno indirettamente al soddisfacimento dei bisogni della famiglia dovrà correttamente essere valutato per non dover considerare il rapporto familiare alla stregua di un rapporto di ospitalità²⁰.

¹⁷ Per la tutela possessoria prevista dall'art. 1168 cod. civ. applicata nei confronti del convivente del proprietario dell'immobile adibito a residenza familiare cfr.: Trib. Milano, Sez. IV, decr. 7 maggio 2008, in *Fam. dir.*, 1, 2009, 40 ss, con nota di M. C. CAMPAGNOLI, *Illegittimo lo spoglio violento del convivente di fatto*, che mette in evidenza come la giurisprudenza tende a considerare «..che la convivenza *more uxorio* determini un potere di fatto sulla casa di abitazione basato su un interesse proprio». Trib. Perugia, 22 settembre 1997, in *Foro It.*, 1997, I, 3686; Pret. Perugia, 29 settembre 1994, in *Rass. giur. umbra*, 1994, 725; Pret. Firenze, 27 febbraio 1992, in *Foro It.*, 1993, I, 1712; Pret. Roma, 29 maggio 1992, in *Nuovo Dir.*, 1992, 1041.

¹⁸ Il rilievo è ancora più conducente ove si consideri che la *ratio* della riforma del diritto di famiglia ha introdotto il regime di comunione legale dei beni tra i coniugi sulla scorta del rivalutato ruolo che la solidarietà ex art. 2 Cost. svolge nella formazione sociale famiglia.

¹⁹ Cfr.: Carlo MAZZÙ, *Rilevanza della famiglia nella legislazione vincolista (nota a Cass. civ. Sez. III, 21 febbraio 1980, n. 1255)*, in *Giur. it.*, 1980, Disp. 12^a, I, Sez. 1^a, 9, che in riferimento alla proroga dei contratti di locazione prevista dalla legge 12 agosto 1974, n. 351 chiarisce che «il profilo rilevante della tutela non è quello – individualistico – del singolo contraente, le ragioni della tutela vanno commisurate su scala familiare».

²⁰ Recentemente l'ospitalità è stata valorizzata in rapporto alla salvaguardia della solidarietà sociale dell'art. 2 Cost., da Cass. 19 giugno 2009, n. 14343, in *Corr. giur.*, 2010, 58, con nota critica di N. Izzo,

Alla luce di tale assunto, è possibile concludere che la tutela apprestata dalle norme non è di tipo individualistico e perciò non concerne il singolo contraente, ma va commisurata all'interesse superindividuale della famiglia.

Ogni membro è, pertanto, titolare di un interesse proprio, strettamente collegato, in un vincolo di dipendenza causale, al rapporto che la famiglia ha manifestato; ove tale interesse individuale risultasse meritevole di tutela deve trovare nel medesimo ordinamento giuridico autonoma tutela, tanto in senso positivo nella fase fisiologica della fruizione delle utilità che il membro della famiglia ricava dalla situazione giuridica, quanto in senso negativo nella fase patologica, con attribuzione di responsabilità personale.

Tale soluzione interpretativa si porrebbe come argine al dilagare dell'irrilevanza delle situazioni familiari. Il convivente potrà, allora, chiedere tutela al Giudice ordinario che reperirà le norme da applicare nel caso concreto nel diritto delle obbligazioni, dei contratti e nei principi generali in materia di diritto di famiglia, con l'avvertenza che le relazioni che animano la convivenza non possono costituire rapporti obbligatori isolati di natura patrimoniale, ma hanno carattere familiare ed ineriscono ad una formazione sociale, in cui anche i rapporti di natura economica costituiscono un profilo di relazioni di tipo personale.

Al di fuori dell'appena descritta opzione ermeneutica, rimane lo strumento degli accordi di convivenza²¹ di natura patrimoniale che rappresenterebbero l'unico rimedio contro la scelta di escludere dalla rilevanza giuridica interessi altrimenti privi dell'adeguata tutela. Lo strumento dell'accordo costituito ex art. 1322 cod. civ. non pare in grado di assicurare utilmente un'adeguata tutela dei diritti, stante la natura non già reale, ma solo meramente obbligatoria.

Il dovere di solidarietà sociale e l'ospitalità, il quale sottolinea però la persistente vigenza della presunzione di sublocazione di cui all'art. 21, l. 23 maggio 1950, n. 253, in relazione all'ospitalità offerta ad un terzo estraneo al nucleo familiare.

²¹ Sulla regolamentazione negoziale della convivenza, cfr.: M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 749 ss.; G. OBERTO, *Contratti di convivenza. Tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004; A. SPADAFORA, *Rapporti di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano 2001, 111 ss.; E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, 979 ss.; F. PICCALUGA, *Famiglia di fatto e contratto: il pacte civil de solidarité*, in *Contratto e impr./Europ.*, 2002, 115; F. TASSINARI, *Funzioni e limiti dello strumento negoziale nella disciplina dei rapporti tra familiari di fatto*, in *Aa.Vv., La famiglia di fatto ed i rapporti patrimoniali tra conviventi, Atti del XXXIII Convegno nazionale del notariato (Napoli, 29 settembre-2 ottobre 1993)*, Stamperia nazionale, 1993; MOSCATI, ZOPPINI, *I contratti di convivenza*, Torino 2002.

5. Conclusioni.

L'auspicato superamento della giurisprudenza costituzionale dei tipi familiari potrà avvenire solo in conseguenza dell'ulteriore assottigliamento delle differenze legali. La via che condurrà alla progressiva eliminazione dell'inadeguato modello dell'irragionevole pluralizzazione degli statuti giuridici familiari non è tanto il risultato dell'evoluzione sociale ed etica della famiglia, quanto del dato normativo rispetto alla previgente normativa.

Il differente statuto normativo previsto per la famiglia non fondata sul matrimonio rispetto a quella legittima non può spingersi oltre il principio di ragionevolezza previsto dalla Costituzione.

Così, i diritti riconosciuti dalla legge alla famiglia fondata sul matrimonio devono trovare applicazione anche in confronto delle famiglie non fondate sul matrimonio, ogni volta che tale esclusione è irragionevole. Occorre in concreto, di volta in volta stabilire se, in ragione dell'interesse tutelato, l'esclusione nei confronti della convivenza non fondata sul matrimonio, di un diritto attribuito dalla legge alla famiglia legittima, non sia giustificato da una disomogeneità di situazioni, tale da determinare un trattamento discriminatorio²², al fine di tutelare i diritti dell'uomo tutte quelle volte in cui il matrimonio non si pone quale presupposto necessario nell'attribuzione di tali diritti²³.

²² Non si tratta di mettere in atto il principio di eguaglianza, in rapporto al *tertium comparationis* offerto dalla parallela normativa dettata per la famiglia legittima. Si tratta invece di applicare il principio di ragionevolezza; trovando fondamento in tale principio, la Corte costituzionale può giudicare l'irragionevole mancata estensione di tutela alla convivenza non fondata sul matrimonio. In altri termini il giudizio di ragionevolezza deve avvenire osservando il quadro di tutela apprestato dal legislatore alla famiglia non fondata sul matrimonio - ma non in confronto con quella legittima, ma - al solo precipuo scopo di valutare il riflesso che tale disciplina produce sulle situazioni giuridiche soggettive dei componenti la famiglia, così da stabilire se la normativa considerata in concreto integri una violazione del principio di ragionevolezza. Cfr.: Corte cost., 8 maggio 2009, n. 140, secondo cui, «in relazione ad ipotesi particolari, si possono riscontrare tra convivenza *more uxorio* e rapporto coniugale caratteristiche tanto comuni da rendere necessaria una identità di disciplina», da garantirsi «attraverso il controllo di ragionevolezza imposto dall'art. 3 Cost.»; in *Il Foro it.*, 2010, III, 802-804, con nota di R. ROMBOLI; in *Diritto penale e processo*, 2009, VII, 829-832, (a cura di) G. DI CHIARA; in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, III, 1525-1534, con nota di A. PASTORELLI, *La convivenza more uxorio non esclude la punibilità del favoreggiamento personale*.

²³ Cfr.: L. PRINCIPATO, *Il diritto all'abitazione del convivente more uxorio e la tutela costituzionale della famiglia, anche fondata sul matrimonio*, in *Giur. cost.*, 2010, 1, secondo cui, «il vincolo matrimoniale non è elemento essenziale per l'integrazione della fattispecie famiglia» in una serie copiosa di previsioni costituzionali: art. 36 Cost. (diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente ai bisogni suoi e della sua famiglia); art. 37 Cost. (le condizioni di lavoro devono consentire alla donna lavoratrice l'adempimento della sua funzione familiare). «Lo stesso è a dirsi in riguardo alla filiazione e all'inapplicabilità dell'art. 29 Cost., che non può certo operare in danno dei diritti dei figli naturali, atteso che lo *status* giuridico di questi ultimi trova fondamento e garanzia in ulteriori disposizioni costituzionali e segnatamente nell'art. 30 Cost.».

Viceversa, dovrà essere abbandonata dai futuri Giudici remittenti la strada del confronto della famiglia non fondata sul matrimonio rispetto a quella legittima quale *tertium comparationis*, posto che tali tentativi hanno condotto a pronunce di manifesta infondatezza, dal momento che il giudizio della Corte in quest'ambito rifugge dall'applicare una violazione dell'art. 3 Cost. come violazione del principio di eguaglianza.

Resta il fatto che quella della rilevanza giuridica delle famiglie non fondate sul matrimonio rimane terreno di confronto acceso²⁴.

²⁴ Cfr.: Trib. Venezia 3 aprile 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 2234, in *Giur. merito*, 2009, 1839, con nota di F. FIORILLO, *Matrimonio omosessuale. La lacuna italiana nella tutela dei diritti, alla luce della Costituzione e della normativa europea*; in *Fam. dir.*, 2009, 823, con nota di BONINI-BARALDI, *Comizi d'amore» in tempo di crisi*. In dottrina cfr. anche C. MANASSERO, *Una lettura degli istituti «famiglia» e «matrimonio» sganciata dalle garanzie costituzionali*, in *Giur. merito*, 2009, V, 1227, che sospetta di illegittimità costituzionale le disposizioni di cui agli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis cod. civ. nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, per contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 117, comma 1, Cost. La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2 e 117, primo comma, della Costituzione, degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis cod. civ.; inoltre, per gli stessi articoli dichiara la questione non fondata, in riferimento agli artt. 3 e 29 Cost. Cfr.: M. FIORINI, *Spetta al parlamento prevedere una disciplina volta a regolamentare le unioni omosessuali* (Nota a Corte cost. 15 aprile 2010 n. 138) in *Guida al Diritto*, 2010, XIX, 22-26.