

# Dottrina e attualità giuridiche

---

## Unioni civili e convivenze di fatto: la legge

a cura di Pietro Rescigno e Vincenzo Cuffaro\*

**Le unioni civili: la situazione in Italia**, Gilda Ferrando

**Unioni civili, convivenze di fatto e “modello” matrimoniale: prime riflessioni**, Luigi Balestra

**Profili di diritto comparato sui regimi patrimoniali**, Andrea Fusaro

**Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia**, Michele Sesta

**I regimi patrimoniali delle unioni civili**, Giacomo Oberto

**I rapporti paraconiugali dinanzi alla legge**, Antonello Spadafora

**Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze**, Fabio Padovini

**La filiazione nella coppia omosessuale**, Alessandra Bellelli

---

## Le unioni civili: la situazione in Italia

Gilda Ferrando\*

La ricognizione della giurisprudenza delle Corti nazionale ed europee consente di illustrare il tema delle unioni tra persone dello stesso sesso alla vigilia della emanazione della Legge n. 76/2016 e, insieme, di segnare le linee qualificanti della nuova disciplina.

### I principi

Fino all'approvazione della L. n. 76/2016 in tema di unioni civili e convivenze di fatto, in Italia non era previsto alcun tipo di formalizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso: né il matrimonio (secondo il modello condiviso, tra gli altri, da Olanda, Belgio, Paesi nordici, Inghilterra, Spagna, Francia), né le *partnerships* (come previsto, ad esempio, in Germania o in Austria).

Le coppie dello stesso sesso, al pari di quelle conviventi di sesso diverso, risultavano prive di adeguata tutela con riguardo ad una molteplicità di questioni inerenti ai rapporti di coppia (specie alla fine della vita comune), nei confronti dei terzi, delle istituzioni. In realtà, per le coppie dello stesso sesso la questione che sovrasta ogni altra è quella del riconoscimento formale della dignità e del valore del vincolo di affetto e di solidarietà che le lega. Mentre le coppie di sesso diverso, se lo vogliono, possono assumere col matrimonio un vincolo efficace nei reciproci rapporti e nei confronti della società tutta, in Italia alle coppie dello stesso sesso questo diritto fino a ieri era negato, non era

prevista la possibilità di formalizzare il vincolo di affetto, il reciproco impegno di solidarietà e responsabilità. Ed è questa la principale differenza tra coppie etero ed omosessuali. Diversamente dalle prime, le coppie dello stesso sesso non potevano ottenere il riconoscimento giuridico della loro unione.

Nella disciplina del codice civile la differenza di sesso tra gli sposi costituisce condizione implicita, ma sicura, per contrarre matrimonio. E conseguentemente la giurisprudenza esclude che le coppie dello stesso sesso possano contrarre matrimonio in Italia<sup>1</sup> od ottenere il riconoscimento di quello celebrato all'estero<sup>2</sup>.

Questa situazione determina una grave insufficienza di tutela di diritti fondamentali. Il quadro dei principi è stato messo a fuoco in anni recenti grazie agli interventi delle supreme magistrature. La Corte Europea di Strasburgo<sup>3</sup> ha riconosciuto anche alle coppie omosessuali il diritto al rispetto della vita familiare (art. 8 CEDU), intendendo in tal modo che la loro unione costituisce “famiglia” ai sensi della Convenzione<sup>4</sup>. Ha inoltre offerto un'interpretazione evolutiva dell'art. 12, in relazione all'art. 9 della Carta di

---

\* I contributi sono stati sottoposti, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

Queste pagine rielaborano le relazioni tenute al convegno “Unioni di fatto: dal diritto romano ai diritti attuali”, svoltosi presso il Polo Universitario di Imperia il 27-28 novembre 2015 e alla Tavola rotonda “Le unioni civili”, organizzata dall'Associazione civilisti italiani il 12 dicembre 2015 all'Università di Roma “La Sapienza”.

<sup>1</sup> Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400, cit. *infra*.

<sup>2</sup> Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, cit. *infra*; Consiglio di Stato 26 ottobre 2015, in *articolo29.it*.

<sup>3</sup> Corte EDU, *Schalk and Kopf c. Austria* 24 giugno 2010. Al riguardo, v. M. Meli, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso. L'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, II, 451 e segg.

<sup>4</sup> In considerazione del carattere “familiare” della relazione omosessuale, i giudici di merito hanno riconosciuto al convivente la legit-

Nizza, tale per cui il diritto al matrimonio può essere riconosciuto anche alle coppie *same sex*. A sentire la Corte, gli Stati hanno un margine di discrezionalità tale per cui possono scegliere le modalità (il matrimonio o altra forma di riconoscimento) in cui assicurare tutela alle unioni tra persone dello stesso sesso. Essi non possono, tuttavia, sottrarsi agli obblighi imposti dalla Convenzione. Di qui la condanna dell'Italia, nel più recente caso Oliari<sup>5</sup>, dovuta proprio all'inadempimento di tale obbligo da parte del nostro legislatore.

La nostra Corte costituzionale ha escluso che la riserva del matrimonio alle coppie di sesso diverso contenuta – in modo implicito, ma inequivoco – nel codice civile contrasti con i principi costituzionali<sup>6</sup>. Dai principi costituzionali non può essere desunto un obbligo per il legislatore di aprire il matrimonio alle coppie dello stesso sesso. Da un lato, osserva la Corte, è fuori di dubbio che i costituenti, nell'approvare l'art. 29, tennero presente il modello di famiglia tradizionale, riflesso nel codice civile e composto da un uomo ed una donna, dall'altro, è anche vero che la Costituzione “non cristallizza” un certo modello di famiglia, rendendolo immutabile.

Il fatto che l'art. 29 non imponga al legislatore di aprire il matrimonio a persone dello stesso sesso non significa che le unioni *same-sex* non siano meritevoli di tutela, rientrando nell'ambito di protezione dell'art. 2 Cost. Anzi, aggiunge la Corte costituzionale, il legislatore non solo potrebbe, ma addirittura dovrebbe prevedere una disciplina delle unioni. Infatti, se è vero che sia la Corte costituzionale sia la Corte europea non indicano nel matrimonio un'opzione costituzionalmente necessitata, ed attribuiscono al legislatore ampi spazi di discrezionalità nell'individuare i modi e i tempi in cui garantire la tutela del diritto ad un'unione riconosciuta, è anche vero che la discrezionalità del legislatore non è illimitata. Il legislatore può anche non ammettere il matrimonio, ma deve stabilire una disciplina di carattere generale per le coppie *same-sex* con la quale dare riconoscimento all'unione e garanzia ai diritti dei suoi componenti. Le unioni civili vengono incluse a pieno titolo tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. Ad esse spetta “il diritto di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone ... il riconoscimento giuridico con i connessi

diritti e doveri”, un riconoscimento che viene sì affidato alla discrezionalità del legislatore quanto a “tempi, modi e limiti”, ma che l'art. 2 Cost. rende costituzionalmente obbligato nella sua effettiva attuazione. Inoltre “l'aspirazione a tale riconoscimento” – precisa la Corte – “necessariamente postula una disciplina di carattere generale”. Tale “disciplina generale” deve essere “finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia”, anche se non è detto che tale disciplina “possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio”.

La Corte di cassazione<sup>7</sup>, a sua volta, ha precisato che le coppie *same-sex* “possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza ... di ‘specifiche situazioni’, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente, sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni ... applicabili nelle singole fattispecie”.

### **Il matrimonio *same-sex* nella giurisprudenza costituzionale**

La sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale presenta margini di ambiguità. Da un lato, infatti, include le unioni omosessuali nel perimetro di tutela dell'art. 2 Cost, al punto da imporre al legislatore un obbligo costituzionale di provvedere alla loro disciplina e tutela. Dall'altro esclude che il mancato riconoscimento del diritto di sposarsi integri una violazione degli artt. 3 e 29 Cost. Se è vero, infatti, che l'art. 29 Cost. non “cristallizza” un certo modello di famiglia, è però anche vero che l'art. 29 presuppone il tipo di matrimonio disciplinato dal codice civile, quello tra un uomo e una donna, riflettendosi nella differenza di sessi tra gli sposi il contenuto minimo essenziale del matrimonio secondo il modello al quale i costituenti facevano riferimento. Questi chiaroscuri della motivazione ne rendono controversa l'interpretazione: secondo alcuni il paradigma eterosessuale non potrebbe essere superato se non con legge costituzionale<sup>8</sup>, secondo altri, invece, basterebbe la legge ordinaria<sup>9</sup>.

Questo dibattito si è riaperto in seguito alla sentenza n. 170/2014<sup>10</sup> la quale, nel dichiarare illegittimo il c.d. “divorzio imposto” in seguito al mutamento di sesso di uno

timazione a chiedere l'affidamento dell'urna cineraria: Trib. Treviso 15 gennaio 2015, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, 905, con nota di Cinque.

<sup>5</sup> Corte EDU, 21 luglio 2015, *Oliari c. Italia*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, 918 con commento di Lenti, *ibidem*, II, 575.

<sup>6</sup> Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. e Dir.*, 2010, 653, con nota di Gattuso e in *Foro It.*, 2010, I, 1367, con note di Dal Canto e Romboli.

<sup>7</sup> Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, 588, con nota di Ferrari e Fiorato; in *Fam. e Dir.*, 2012, 678, con nota di Gattuso. Sulla sentenza v. anche P. Rescigno, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corriere Giur.*, 2012, 861.

<sup>8</sup> In questo senso, ad esempio, Dal Canto, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro It.*, 2005, V, 275 e segg.; Ruggeri, *Famiglie di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010*, in *Rivista AIC*, 4/2011. Nella dottrina civilistica, di recente sviluppa questo tipo di argomentazioni Renda, *Il matrimonio. Una teoria neoistituzionale*, Milano, 2013, specie 115 e segg.

<sup>9</sup> Nella dottrina costituzionalista, ad esempio, Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in

*Rivista AIC*, 2010, e in *Giur. Cost.* n. 3/2010. In quella civilistica v. Gattuso, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, 2a ed., Milano, 2011, 793 e segg. Rinvio anche a Ferrando, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* fondato da Cicu e Messineo e diretto da Schelesinger, 2° ed., Milano, 2015, 213 e segg., 295 e segg.

<sup>10</sup> Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, in *Foro It.*, 2014, I, 2685, con nota di S. Patti. La Corte dichiara “l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. 14 aprile 1982, n. 164, con riferimento all'art. 2 Cost., nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore”. Pronunciandosi successivamente sul caso, la Corte di cassazione ha ritenuto che, in attesa dell'intervento del legislatore, “la caducazione automatica del matrimonio non sia ammissibile perché in contrasto con la Costituzione” (Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, 780, con nota di Azzalini). Nella giurisprudenza

dei coniugi, nella misura in cui la legge non prevede che i coniugi possano “convertire” il matrimonio in un’altra forma di unione riconosciuta dall’ordinamento, ha ribadito l’incorporazione del paradigma eterosessuale nella nozione di matrimonio “presupposta dal costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.)”. La differenza di sesso tra gli sposi si ribadisce essere requisito essenziale per il nostro ordinamento, dato che “la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29) è quella stessa definita dal codice civile del 1942”, nozione che, come già notato dal precedente del 2010, “stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso”.

Come in altra occasione si è avuto modo di argomentare con maggiore ampiezza<sup>11</sup>, a mio modo di pensare va esclusa una lettura originalista dell’art. 29. Solo a patto di una inammissibile inversione della gerarchia delle fonti è possibile ritenere “costituzionalizzato” il codice civile del 1942<sup>12</sup>. Non è la costituzione a dover essere letta alla luce del codice civile, ma se mai il contrario. Il riferimento alla nozione di matrimonio “presupposta” dal codice civile non va intesa come riferita a quella esistente al tempo della costituente. Se la nozione di matrimonio contenuta nel codice civile cambia, viene ad essere nel contempo modificato il “presupposto” cui la Costituzione fa riferimento. La Costituzione non cristallizza un dato modello di famiglia, ma consente una lettura evolutiva al passo con l’evoluzione dei tempi. L’interpretazione storicistica dell’art. 29<sup>13</sup>, che riferisce la tutela costituzionale non ad un modello immutabile di famiglia, ma a quello effettivamente presente in un dato contesto sociale – e che trova motivi di conferma nell’art. 2 della Costituzione che considera la famiglia, al pari delle altre formazioni sociali, come strumento di promozione dei diritti e delle libertà fondamentali della persona – consente di superare queste obiezioni. Il matrimonio è istituito plasmato dalla storia ed è profondamente mutato a partire dalla seconda metà del secolo scorso, sia nella sua struttura, sia nelle sue finalità<sup>14</sup>. A sua volta, l’art. 8 Cedu, come interpretato dalla Corte europea, pur riservando ai legislatori nazionali ampi margini di discrezionalità nel disciplinare le unioni dello stesso sesso,

include tuttavia tra le possibili opzioni anche quella matrimoniale.

A ciò si aggiunga che il senso del riconoscimento dei diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio risiede non nella tutela di un modello naturale ed essenzialmente immutabile di famiglia, ma nella messa al riparo della famiglia – in quanto fenomeno che ha una dimensione pregiuridica – da una eccessiva ingerenza dello Stato al suo interno<sup>15</sup>, nella stessa direzione indicata dall’art. 8 CEDU quando garantisce il “rispetto della vita privata e familiare”.

Solo in una prospettiva pubblicistica, considerando famiglia e matrimonio tutelati in una dimensione istituzionale, in vista del perseguimento di interessi superiori, potrebbe sostenersi che sia illegittimo riconoscere l’unione omosessuale, perché in tal modo si verrebbe a minare la “Famiglia” riguardata come cellula fondamentale della società, garante dell’ordine sociale e morale della nazione. Questa concezione<sup>16</sup> appartiene ormai al passato, avendo da tempo la dottrina chiarito che nel testo costituzionale – e nell’evoluzione attuale del diritto di famiglia – la famiglia costituisce formazione sociale protetta in quanto luogo dove “fioriscono” le personalità individuali. È la persona al centro dell’universo familiare ed è la sua tutela quella che giustifica la protezione del gruppo<sup>17</sup>. Le recenti riforme della separazione e del divorzio (L. n. 162/2014, L. n. 55/2015) accrescono gli spazi in cui può esprimersi l’autonomia dei coniugi nella soluzione della crisi coniugale, consegnando sempre più la famiglia ad una dimensione privatistica<sup>18</sup>.

Il principio personalistico, nota in altra occasione la Corte, si pone in contrasto con una concezione della famiglia “nemica delle persone e dei loro diritti”. I diritti individuali non possono essere sacrificati sull’altare di una tutela della famiglia intesa come “antagonista” rispetto ai diritti delle persone<sup>19</sup>. In una dimensione privatistica, il riconoscimento del matrimonio gay amplia la tutela di diritti prima sacrificati, ma non mette in discussione la tutela della famiglia e del matrimonio eterosessuale.

La lettura evolutiva del testo costituzionale è stata fatta propria dalla Corte di Strasburgo<sup>20</sup>. La Corte costituzionale è ambigua al riguardo<sup>21</sup>, mentre la Corte di cassazione è

europea, v. Corte EDU, *Hämäläinen c. Finlandia* 16 luglio 2014. Al tema del “divorzio imposto” è dedicato il primo numero della rivista on line *Genius. Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, I, 2014.

<sup>11</sup> Ferrando, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso. Dalla discriminazione alla pari dignità*, in *Pol. Dir.*, 2014, 359 e segg.

<sup>12</sup> V. Rodotà, *Il diritto d’amore*, Roma-Bari, 2015, specie 126 e segg.

<sup>13</sup> A partire da P. Barcellona, voce “Famiglia (diritto civile)”, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 780; Bessone, *Principi etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, diretto da Branca, Bologna-Roma, 1976, sub art. 29, 47 e segg.; A.M. Sandulli, sub art. 29, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, I, Padova, 1992, 3 e segg., 7 e segg.

<sup>14</sup> V. Rodotà, *Diritto d’amore*, cit., 49 e segg.

<sup>15</sup> Aldo Moro, nel corso dell’Adunanza plenaria dell’Assemblea Costituente del 15 gennaio 1947, osservò, in particolare, in relazione alla formula “la famiglia è una società naturale”, che “... non è affatto una definizione, anche se ne ha la forma esterna, in quanto si tratta in questo caso di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di una delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà libera-

mente vita”.

<sup>16</sup> La cui compiuta elaborazione, si deve a A. Cicu, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, rist. con lettura di Sesta, Bologna, 1978. V. comunque, nella letteratura recente, Renda, *Il matrimonio. Una teoria neoistituzionale*, cit., 215 e segg.

<sup>17</sup> Al riguardo si leggano le belle pagine di Zatti, *Introduzione*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, I, cit., 3 e segg.

<sup>18</sup> V. Sesta, *Negoziante assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 295 e segg.

<sup>19</sup> Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Famiglia*, 2003, 841, con note di Ferrando e Landini.

<sup>20</sup> *Schalk. e Kopf c. Austria*, 2010, cit. La Corte di Strasburgo ha sottolineato che, laddove “il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri sia ristretto”, come accade quando “sussista una differenza di trattamento fondata sul sesso o sull’orientamento sessuale”, il principio di proporzionalità “non richiede meramente che la misura prescelta sia in principio adatta a realizzare l’obiettivo prefissosi. Deve altresì essere dimostrato che era necessario escludere le persone impegnate in convivenze omosessuali dall’ambito di applicazione della norma impugnata al fine di raggiungere tale obiettivo”.

<sup>21</sup> Corte cost. n. 138/2010, cit.; Corte cost. n. 170/2014, cit.

più esplicita nel riconoscere al legislatore piena discrezionalità nell'optare per il modello matrimoniale o per altre forme di riconoscimento<sup>22</sup>.

La Corte di cassazione ha successivamente contribuito ad una progressiva messa a fuoco dei principi. Se la Corte costituzionale si limita ad affermare che l'art. 29 Cost. non "cristallizza" un certo modello di famiglia, è stata la Corte di cassazione nel 2012 a precisare che tocca al "legislatore" adeguare il modello normativo: il legislatore "ordinario" (non quello costituzionale), come successivamente ha avuto modo di precisare<sup>23</sup>.

Il fatto che la Corte costituzionale abbia ritenuto non "costituzionalmente obbligata" in riferimento all'art. 29, l'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso, non significa, in una sorta di ragionamento a contrario, che dalla sentenza possa desumersi un ostacolo costituzionale all'introduzione del matrimonio egualitario e tanto meno un ostacolo ad una disciplina delle unioni civili analoga a quella matrimoniale<sup>24</sup>.

Altre Corti costituzionali europee (ad esempio, quella francese<sup>25</sup>) hanno escluso – al pari della nostra – che nei testi costituzionali sia ravvisabile un vincolo per i legislatori nazionali ad aprire il matrimonio alle coppie dello stesso sesso. Questo non ha impedito alle stesse Corti, chiamate a giudicare della conformità a costituzione delle leggi che in seguito hanno riconosciuto il matrimonio *same-sex*, di respingere le obiezioni di legittimità costituzionale delle nuove leggi, nell'assunto che le norme costituzionali, così come non impongono, neppure impediscono di riconoscere il matrimonio *same-sex*<sup>26</sup>. Discrezionalità del legislatore significa proprio questo: che è riservato al Parlamento individuare, senza vincoli di ordine costituzionale, le forme di riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso.

Anche la Corte di cassazione si allinea al modello "pluralistico" fatto proprio nel 2010 dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea e successivamente confermato da entrambe<sup>27</sup>. Questo perché "il processo di costituzionalizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso non si

fonda – puntualizza la Cassazione – ... sulla violazione del canone antidiscriminatorio dettata dall'inaccessibilità al modello matrimoniale ma sul riconoscimento di un nucleo comune di diritti e doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia e sulla riconducibilità di tali relazioni nell'alveo delle formazioni sociali dirette allo sviluppo, in forma primaria, della personalità umana"<sup>28</sup>. La linea è sempre quella tracciata dalla Corte costituzionale quando escludeva che la normativa vigente dia "luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio"<sup>29</sup>.

In Germania la legge sulla convivenza tra persone dello stesso sesso (Lebenspartnerschaftsgesetz-LPartG), entrata in vigore il 1° agosto del 2001, è stata nel tempo modificata per assimilare sotto ogni profilo le partnerships al matrimonio, compresa la possibilità di adozione del figlio dell'altro, cosicché si prevede che l'approdo al matrimonio costituisca il prevedibile esito di questo processo evolutivo<sup>30</sup>.

Il fatto che alcuni degli Stati che inizialmente avevano optato per un riconoscimento non matrimoniale dell'unione siano poi approdati all'estensione generalizzata del modello matrimoniale (tra gli altri Francia e Inghilterra), testimonia una maggior sensibilità per l'esigenza di eguale rispetto della dignità delle persone che appare pienamente soddisfatta non solo dal riconoscimento di diritti sostanzialmente eguali (cui mirano le partnership) ma anche dalla medesima forma di riconoscimento, quella valida per tutti: il matrimonio, appunto.

Se in Europa prevale un modello pluralistico, altrove si avverte una maggiore sensibilità per i valori di pari dignità e non discriminazione al punto che sono state ritenute illegittime le leggi statuali che riconoscevano il diritto a formare partnerships sostanzialmente equiparate al matrimonio, ma non il diritto di sposarsi. Negli USA, alcune Corti nazionali prima (ad esempio quella della California<sup>31</sup>) e la Corte Suprema Federale<sup>32</sup> poi, hanno dichiarato illegittimo

<sup>22</sup> Cass. n. 4184/2012, cit. Ed ancor più chiaramente, in motivazione, Cass., 6 giugno 2013, n. 14329, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, I, 21, con nota di Schuster; Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Corriere Giur.*, 2015, con nota di Ferrando.

<sup>23</sup> Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400, cit. Nello stesso senso, v. già l'ordinanza di remissione sul caso del c.d. "matrimonio imposto": Cass., 6 giugno 2013, n. 14329, cit.

<sup>24</sup> "La verità è che il valore precettivo della sentenza si limita al rigetto della pretesa di incostituzionalità del matrimonio quale disciplinato dal codice del '42, ma non permette di affermare che il legislatore è non solo autorizzato, ma obbligato a disporre la sua eterosessualità. Ancor meno, evidentemente, si può da essa argomentare che, quale che sia la definizione giuridica del matrimonio e della unione civile, sia incostituzionale estendere alla seconda una parte o tutta la disciplina della prima. Conclusioni di questo genere non sono contenute né ricavabili dalla sentenza della Corte": M. Segni, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, II, 707 e segg., specie, 713.

<sup>25</sup> Il Conseil Constitutionnel francese si era espresso con sentenza del 28 gennaio 2011. Al riguardo, v. Ferrari, *Lo stato giuridico delle coppie same-sex in Europa*, in Ferrari (a cura di), *Lo status giuridico delle coppie same-sex: una prospettiva multilivello*, Padova, 2014 91 e segg.

<sup>26</sup> Per il Belgio, v. Cour d'Arbitrage, n. 159/2004 del 20 ottobre 2004; per il Portogallo, v. Tribunal Constitucional, sentenza n. 359/2009; per la Spagna, v. Tribunal Constitucional, sentenza n. 121/2010; per la Francia, v. Conseil Constitutionnel, 17 maggio 2013, n.

2013-669 (in *Foro It.*, 2014, IV, 49 con nota di Casaburi).

<sup>27</sup> Successivamente il modello pluralistico è ripreso in Corte EDU, *Hämäläinen c. Finlandia* 16 luglio 2014 e in Corte cost. 2014, n. 170, entrambe relative alla questione del divorzio del transessuale.

<sup>28</sup> Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400, cit.

<sup>29</sup> Ad esempio, Corte cost. n. 404/1988; Corte cost. n. 8/1996; Corte cost. n. 121/2004.

<sup>30</sup> V. Patti, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. e Dir.* 2015, 958.

<sup>31</sup> Corte Suprema della California Re: Marriage Cases, 15 maggio 2008. La Corte suprema della California, pronunciandosi sulla legge statale che riconosceva il diritto a formare partnerships sostanzialmente equiparate al matrimonio, ma non il diritto di sposarsi, aveva ritenuto questa disciplina contraria all'*equal protection clause*, in quanto ingiustificatamente lesiva di un diritto fondamentale. Il fatto che la legge sulle partnerships attribuisse alle coppie omosessuali praticamente gli stessi diritti che nascono dal matrimonio non è stato considerato sufficiente, in quanto è il nome stesso "matrimonio" a costituire elemento essenziale del diritto fondamentale delle coppie omosessuali al riconoscimento di pari dignità e rispetto delle coppie da esse costituite. La traduzione dei passi essenziali si legge in *Fam. e Dir.*, 2008, 761, con nota di Faletti.

<sup>32</sup> Con sentenza del giugno 2013 (*United States v. Windsor* 570 US (2013)), la Corte Suprema Federale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del *Defense of Marriage Act* del 1996 secondo il quale, ai fini dell'applicazione delle norme federali, il termine matrimonio doveva riferirsi soltanto alle coppie eterosessuali (al riguardo, v. E. Ceccherini, *Quando l'eguaglianza non basta. Brevi riflessioni sulla giurispru-*

il mancato riconoscimento del diritto al matrimonio, riguardato come diritto fondamentale.

### Le unioni *same-sex* in attesa della legge

Prima dell'approvazione della L. n. 76/2016, le regole applicabili alle coppie dello stesso sesso erano soltanto quelle che hanno il loro fondamento nell'esistenza di una situazione di "convivenza". Sono numerose le norme in cui il legislatore equipara la posizione del convivente (senza distinzione alcuna tra conviventi etero od omosessuali) a quella del coniuge nei rapporti con i privati, con i pubblici poteri, in quelli con i figli (L. n. 219/2012, D.Lgs. n. 154/2013) e talvolta, quando sussiste una condotta violenta, anche in quelli di coppia. Si pensi, ad esempio alla disciplina dei congedi parentali (L. n. 53/2000, D.Lgs. n. 151/2001), amministrazione di sostegno (L. n. 6/2004), donazione di organi (L. n. 91/1999), violenza in ambito domestico (L. n. 154/2001, artt. 342 *bis* e 342 *ter*, c.c.), di assicurazione RCA [v. art. 129, 2° comma, lett. b), L. n. 209/2005, codice delle assicurazioni], per limitarci a qualche riferimento essenziale, dove il convivente viene considerato al pari al coniuge<sup>33</sup>.

A sua volta, la giurisprudenza si è incaricata di dare una risposta ai numerosi problemi che insorgono nei rapporti tra conviventi ed in quelli con i terzi. Anche in mancanza di un intervento del legislatore, l'interpretazione proposta dalle Corti può avere rilevanti conseguenze sul diritto applicato. Le coppie possono infatti "adire i giudici comuni per far valere, in presenza di 'specifiche situazioni', il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato alla coppia coniugata"<sup>34</sup>. In mancanza di una disciplina specifica, i giudici applicano le regole generali del diritto comune delle obbligazioni e dei contratti, alla luce dei principi fondamentali del nostro ordinamento. È vero che la casistica si riferisce alle coppie di sesso diverso, ma è anche vero che nei rari casi in cui le coppie dello stesso sesso si sono rivolte ai giudici, sono state applicate le stesse regole giurisprudenziali a proposito, ad esempio, di contribuzione alla vita comune, risarcimento del danno da uccisione, o di contratto di locazione<sup>35</sup>.

In realtà la prevalente casistica giurisprudenziale relativa a coppie dello stesso sesso ha ad oggetto un altro ordine di questioni: quello del riconoscimento stesso dell'unione, questione che, come notavamo in apertura, costituisce il problema centrale per le coppie dello stesso sesso<sup>36</sup>. Non

si ammette che le coppie dello stesso sesso possano contrarre matrimonio in Italia<sup>37</sup> od ottenere il riconoscimento di quello celebrato all'estero<sup>38</sup>. Maggiori aperture si riscontrano sul versante del riconoscimento del diritto all'unità familiare quando sussistano elementi di internazionalità e venga chiesto il ricongiungimento familiare o il diritto, per i cittadini dell'unione, di circolare liberamente, trasferendosi con il proprio compagno<sup>39</sup>.

### I limiti della situazione attuale

Questa situazione ha determinato una grave insufficienza di tutela di diritti fondamentali<sup>40</sup>. Già nella sentenza del 2010 la Corte costituzionale aveva sottolineato la doverosità dell'intervento del legislatore, e successivamente lo ha richiamato all'obbligo di provvedere "con la massima sollecitudine"<sup>41</sup>. A sua volta la Corte europea osserva che "la tutela attualmente disponibile non solo è carente nel contenuto, nella misura in cui non provvede alle esigenze fondamentali della coppia". È anche carente per i modi in cui viene realizzata in quanto dipende "dall'atteggiamento dei giudici (o a volte anche degli organi amministrativi) nel contesto di un paese che non è vincolato dal sistema del precedente giudiziario". La Corte ritiene che "la ripetuta inosservanza da parte del legislatore delle pronunce della Corte costituzionale ...indebolisca potenzialmente la responsabilità della magistratura e nel caso di specie abbia lasciato gli interessati in una situazione di incertezza giuridica". Le conclusioni della Corte sono una dura condanna del legislatore italiano "in assenza di un interesse prevalente della comunità allegato dal Governo italiano con il quale bilanciare i fondamentali interessi dei ricorrenti sopra identificati, ed alla luce delle conclusioni delle Corti nazionali sulla materia, che sono rimaste inascoltate, la Corte ritiene che il Governo italiano abbia ecceduto il suo margine di apprezzamento ed abbia mancato di adempiere la sua obbligazione positiva di assicurare che i ricorrenti potessero disporre di uno specifico quadro legale che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali"<sup>42</sup>.

Per il legislatore italiano vi era dunque un'obbligazione positiva di introdurre una disciplina delle unioni con il matrimonio o con altra forma "equivalente". La legge, quale che sia il nome che si voglia dare alle unioni – partnerships, unioni registrate, unioni civili o altro – deve dunque assicurare ad esse – in quanto "famiglie" ai sensi dell'art. 8 della Convenzione (Shalk and Kopft) – una tutela equiva-

denza statunitense in tema di *same-sex marriage* alla luce della sentenza *Windsor*, in Ferrari (a cura di), *Lo status giuridico*, cit., 155 e segg.). Con la più recente sentenza del 26 giugno 2015 (*Obergefell v. Hodges*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)) la Suprema Corte Federale ha affermato che il diritto al matrimonio costituisce diritto fondamentale insito nella libertà della persona, di modo che, ai sensi delle clausole del giusto processo e dell'eguale protezione, le coppie del medesimo sesso non possono essere private di quel diritto e di quella libertà. Al riguardo, v. F. Viglione, *Obergefell v. Hodges: il matrimonio same-sex tra libertà e non discriminazione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, II, 588. Per un approfondimento del diritto nord americano, v. D'Amico-Nardocci-Winkler, *Orientamento sessuale e diritti civili. Un confronto con gli Stati Uniti d'America*, Milano, 2014.

<sup>33</sup> E si consideri inoltre la disciplina in materia di edilizia residenziale pubblica (L. n. 179/1992), o di interventi a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata (L. n. 302/1990).

<sup>34</sup> Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, cit.

<sup>35</sup> Vedi L. Balestra, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004, specie, 36 e segg.

<sup>36</sup> Sul tema sia consentito rinviare a Ferrando *Il matrimonio*, cit., specie, 295 e segg.

<sup>37</sup> Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400, cit.

<sup>38</sup> Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, cit.; Consiglio di Stato 26 ottobre 2015, in [articolo29.it](http://www.articolo29.it).

<sup>39</sup> V., ad esempio. Trib. Reggio Emilia, 13 febbraio 2012, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, I, 589, con nota di Ferrari e Fiorato. Più diffusamente, al riguardo, Ferrari, *Status giuridico e orientamento sessuale. La condizione giuridica dell'omosessualità dalla sanzione alla liberazione, alla dignità*, Padova, 2015, specie, 185 e segg.

<sup>40</sup> Corte EDU 21 luglio 2015, *Oliari c. Italia*, cit. E v. anche *Valianatos c. Grecia* 8 novembre 2013; *X c. Austria*, 19 febbraio 2013, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, I, 519, con nota di Fatta e Winkler.

<sup>41</sup> Corte cost. n. 170/2014, cit.

<sup>42</sup> Corte EDU 21 luglio 2015, *Oliari c. Italia*, cit.

lente al matrimonio, il che significa, come in altra occasione la Corte ha avuto modo di precisare, una somiglianza molto stretta con il matrimonio<sup>43</sup>. Anche la nostra Corte costituzionale (n. 138/2010), d'altra parte, ha indicato nel matrimonio il riferimento in relazione al quale eventualmente valutare la ragionevolezza di lamentate mancanze di tutela.

Il legislatore deve quindi garantire alle coppie dello stesso sesso una tutela analoga a quella del matrimonio, vale a dire una modalità di formalizzazione del vincolo che le parti intendono pubblicamente assumere con effetti corrispondenti a quelli del matrimonio.

### **Il progetto di legge all'esame del Parlamento**

Nelle sue linee di fondo, la disciplina delle unioni civili contenuta nel testo del progetto di legge approvato dal Parlamento si uniforma a queste indicazioni<sup>44</sup>. La costituzione dell'unione avviene, alla presenza di due testimoni, innanzi all'ufficiale di stato civile il quale ne cura la registrazione nell'archivio di stato civile. La procedura è più agile di quella prevista per il matrimonio, essendo omessa la fase della pubblicazione. Per quanto riguarda la celebrazione, poi, a fronte della dichiarazione delle parti, non è prevista quella dell'ufficiale di stato civile, cosicché emerge la natura squisitamente consensuale dell'atto. Analoghi al matrimonio sono anche impedimenti e condizioni. Anche gli effetti dell'unione civile sono simili a quelli del matrimonio, talvolta richiamati mediante parafrasi dei corrispondenti articoli del codice civile, altra volta per diretto rinvio alle disposizioni codicistiche. Per la disciplina del codice civile vale il principio che trovano applicazione solo le norme espressamente richiamate, restando così escluse quelle relative ai rapporti tra genitori e figli. Per quanto riguarda leggi o regolamenti, invece, vale il principio opposto, nel senso che esclusa la legge sull'adozione, si applicano anche ai partner di unioni registrate ogni volta in cui la legge riporti le parole "matrimonio", "coniuge", "coniugi" o similari (20° comma). Ne risultano immediatamente applicabili, tra le altre, le discipline in materia penale, tributaria, assistenziale, previdenziale, pensionistica, sanitaria.

La principale differenza tra matrimonio ed unioni civili riguarda i rapporti con i figli: non vengono richiamate la presunzione di paternità (art. 231), la disciplina degli effetti del matrimonio nei confronti dei figli (art. 147, 148 c.c.), l'adozione. Nei rapporti di coppia, si segnala la facoltà di scelta del cognome comune, in tal modo anticipando quella che potrebbe essere la nuova disciplina del cognome dei

coniugi. Il maxi emendamento ha inoltre espunto la fedeltà dal novero dei diritti e doveri reciproci ed ha inoltre previsto una disciplina più snella dello scioglimento del matrimonio che può essere chiesto direttamente, senza passare attraverso la previa separazione legale, (c.d. "divorzio immediato" o "diretto"), ferma restando una pausa di riflessione di tre mesi.

Va poi sottolineata la norma (non presente nella precedente stesura del disegno di legge) che prevede la conversione in unione civile del matrimonio in seguito alla rettifica di attribuzione di sesso di uno dei coniugi, quando essi non vogliano divorziare (art. 7). Tale norma risponde alla richiesta espressamente formulata dalla Corte costituzionale<sup>45</sup>, ponendo fine alla situazione di "stallo", cui ha offerto una risposta interinale la Corte di cassazione<sup>46</sup>.

Nelle sue linee essenziali, il progetto si conforma ai principi costituzionali interni ed europei nell'interpretazione datane dalle supreme magistrature<sup>47</sup>. A successivi decreti delegati è affidata la messa a punto delle questioni in tema di ordinamento di stato civile, diritto internazionale privato, e tutte quelle modificazioni e integrazioni necessarie per il coordinamento con le leggi vigenti (art. 8).

### **Genitori e figli**

Il punto più discusso è quello dell'adozione da parte del partner del figlio dell'altro. Mentre il testo originario del disegno di legge prevedeva la possibilità di adozione in casi particolari del figlio del partner, analogamente a quanto previsto per il figlio del coniuge (art. 44, lett. b), L. n. 184/1983)<sup>48</sup>, questa disposizione è stata stralciata dal maxi emendamento. In tal modo cade la parte più qualificante del progetto ed ancora una volta sono i più deboli, i bambini, a far le spese delle mediazioni e dei compromessi della politica.

La legge precisa tuttavia che "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti" (20° comma).

Nel silenzio del legislatore, dovranno essere ancora una volta i giudici a garantire il diritto dei figli alla certezza e stabilità del rapporto con coloro che effettivamente esercitano la funzione genitoriale. Ma la giurisprudenza solo in modo imperfetto può attuare quel diritto alla "propria famiglia" che la L. n. 184/1983, nel suo primo articolo garantisce ad ogni bambino, dove la "propria" famiglia non è quella ipotizzata in modo generale ed astratto dal legislatore, ma quella reale che la vita ha dato a ciascuno di loro.

<sup>43</sup> v. *Hämäläinen c. Finlandia* 16 luglio 2014. La sentenza si riferisce ad un caso di mutamento di sesso di persona coniugata la quale lamentava che fosse imposta la conversione del matrimonio in unione registrata. La Corte esclude la violazione della Convenzione dato che, secondo la legge finlandese, le differenze tra matrimonio e unione registrata sono marginali.

<sup>44</sup> V. il progetto unificato n. 2801, in tema di "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", Relatrice Sen. Cirinnà, modificato poi con il c.d. Maxi emendamento approvato con voto di fiducia dal Senato il 26 febbraio 2016. Si considera in questa sede, solo il capi I dedicato delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, non il capo II dedicato alla disciplina della convivenza non formalizzata tra persone di sesso diverso o dello stesso sesso.

<sup>45</sup> Corte cost. n. 170/2014, cit.

<sup>46</sup> Cass. n. 8097/2015, cit.

<sup>47</sup> Per una serie di rilievi in tal senso si segnala M. Segni, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, cit.

<sup>48</sup> L'art. 44 della L. n. 183/1984 – che disciplina la c.d. "adozione del minore in casi particolari" – veniva modificato nella sua lettera b) – adozione da parte del coniuge del genitore – prevedendo che l'adozione possa essere effettuata, oltre che dal coniuge, anche dall'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. Il disegno di legge modifica esclusivamente l'art. 44, cosicché restano invariate le altre condizioni richieste dalla legge per tale tipo di adozione, vale a dire il consenso dell'adottante e dell'adottato che abbia compiuto il quattordicesimo anno di età (art. 45), il consenso dell'altro genitore (art. 46), l'accertamento, da parte del Tribunale per i minorenni, della sussistenza del preminente interesse del minore nelle forme e con le modalità previste dall'art. 57.

La rassegna della giurisprudenza che in questi anni, sempre più numerosa, si confronta con i problemi che si pongono nelle famiglie arcobaleno, sia nel fisiologico svolgersi del rapporto sia nel momento della crisi, conserva dunque ancora attualità ed interesse. È noto come, nell'attuale silenzio normativo, le questioni più delicate riguardano proprio i rapporti tra genitori e figli. In assenza di una disciplina legislativa, il diritto dei figli alla certezza e stabilità del rapporto con coloro che effettivamente esercitano la funzione genitoriale è affidata all'intervento giudiziale, necessariamente episodico, frammentario e incerto nei suoi esiti. Non è infrequente la presenza di figli in famiglie omosessuali. Può trattarsi del figlio nato da precedenti matrimoni o unioni, o del figlio frutto di un progetto comune e generato con inseminazione eterologa o maternità surrogata all'estero (a seconda che si tratti di coppie formate da due donne o da due uomini)<sup>49</sup>. Uno dei genitori ha un legame anche biologico con il bambino, l'altro è legato al bambino da vincoli psico-sociali di responsabilità. La richiesta di formalizzazione del rapporto mira ad ottenere le garanzie giuridiche che lo mettano al riparo dai rischi (ad esempio, per il caso di morte del genitore biologico, o di rottura della vita comune) e dalle incertezze che lo caratterizzano nei confronti dei terzi (si pensi alle istituzioni scolastiche o sanitarie).

È proprio la focalizzazione dell'attenzione su ciascun bambino, sulla effettività della situazione in cui ciascuno si trova, sui suoi bisogni esistenziali a suggerire ai giudici la risposta ai casi concreti volta a volta sottoposti alla loro attenzione.

Talvolta la questione riguardava l'affidamento del figlio in seguito alla rottura del matrimonio. La convivenza della madre con altra donna non è stata considerata di ostacolo all'affidamento esclusivo, mancando qualsiasi evidenza scientifica che una l'omosessualità della madre e la convivenza con la sua compagna possa influenzare negativamente la crescita del figlio<sup>50</sup>. Anche il provvedimento di affidamento familiare (art. 4, L. n. 184/1983) ad una coppia

gay è stato ritenuto ammissibile, in quanto costituiva la soluzione più idonea a realizzare l'interesse del figlio nello specifico contesto<sup>51</sup>.

In altri casi le questioni riguardavano il riconoscimento in Italia dello *status filiationis* conseguito all'estero. Quando le coppie dello stesso sesso ricorrono alla fecondazione assistita in Paesi che ammettono la doppia genitorialità, si pone il problema del riconoscimento in Italia dello *status* nei confronti di due madri o di due padri, cosa che da noi non è prevista. In Italia la Corte d'appello di Torino, ha ammesso il riconoscimento dello *status* di una bambina nata in Spagna con fecondazione eterologa da una coppia di donne lesbiche, *ivi* coniugate, e *ivi* registrata come figlia di entrambe<sup>52</sup>. Anche la Corte d'appello di Milano ha riconosciuto lo status conseguito in Spagna da una bambina nata per fecondazione eterologa da una coppia di donne *ivi* coniugate ed adottata dalla co-madre con adozione "piena", secondo quanto prevede la legge spagnola, escludendo qualsiasi contrasto con l'ordine pubblico derivante da un tale riconoscimento<sup>53</sup>.

Altre volte, in applicazione dell'art. 44, lett. d), L. n. 184/1983, è stata accolta la domanda di adozione in casi particolari da parte della compagna della madre biologica che aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa all'estero<sup>54</sup>. Si è infatti ritenuto, da un lato, che la nozione di "impossibilità di affidamento preadottivo", secondo l'interpretazione ormai corrente, vada intesa non solo nel senso di impossibilità "di fatto", ma anche in quello di impossibilità "di diritto" – intendendosi tale quella derivante dalla mancanza dei presupposti giuridici per procedere all'adozione "piena" –; dall'altro che il ricorso all'adozione, sia pur nella sua forma "minor", corrisponda al preminente interesse del bambino, riguardato come persona, nella concretezza della sua vicenda esistenziale.

Problemi ancor più complessi si pongono nel caso in cui, nonostante il divieto contenuto nella L. n. 40/2004, i partners facciano ricorso alla maternità surrogata all'estero<sup>55</sup>. Anche in questo caso il Tribunale per i minorenni di Roma

<sup>49</sup> Nella letteratura sociologica, v. Barbagli-Colombo, *Omosessuali moderni*, Bologna, 2007; Bosisio-Ronfani, *Le famiglie omogenitoriali. Responsabilità, regole e diritti*, Roma, 2015. Per quanto riguarda gli aspetti psico-sociali, v. Lingiardi, *Citizen gay. Affetti e diritti*, Milano, 2007.

<sup>50</sup> Cfr. Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Fam. e Dir.* 2012, 170, con nota di Ruscello). V. anche sulla sentenza Balestra, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra "pregiudizio" e interesse del minore*, in *Corriere Giur.*, 2013, 7, 893.

<sup>51</sup> Trib. Min. Palermo, 4 dicembre 2013, in *Fam. e Dir.*, 2014, 351; Trib. Min. Bologna, 31 ottobre 2013, *ivi*, 2014, 273, con nota di F. Tommaso.

<sup>52</sup> App. Torino, 29 ottobre 2014, in *Fam. e Dir.*, 2015, 822, con nota di M. Farina. Contro la sentenza ha fatto ricorso in Cassazione il PM.

<sup>53</sup> App. Milano, 1° dicembre 2015. In un caso analogo di domanda di riconoscimento di adozione piena pronunciata negli USA il Trib. Min. Bologna (10 novembre 2014, in *www.articolo29.it*) solleva la questione di legittimità costituzionale "degli artt. 35, 36 della legge 184/1983 nella parte in cui – come interpretati secondo diritto vivente – non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato (all'estero), il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio stesso abbia prodotto effetti in Italia (come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso)". La questione è stata dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale (v. Comunicato stampa del 24

febbraio 2016).

<sup>54</sup> Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014, Trib. Min. Roma 22 ottobre 2015, in *www.articolo29.it*. Nella giurisprudenza della Corte Europea, v. Corte EDU, *X c. Austria*, 19 febbraio 2013, cit.; *Gas e Dubois c. Francia* 15 marzo 2012.

<sup>55</sup> La Corte europea di Strasburgo ha condannato la Francia in quanto il mancato riconoscimento dello *status* acquisito all'estero nei confronti del padre biologico lede il diritto del figlio alla propria identità, come aspetto della vita familiare (Corte EDU *Menesson c. Francia*, Labassee c. Francia 26 giugno 2014, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, 12, 1122, con nota di C. Campiglio). In Italia la "portabilità dello stato" era già stata ammessa da App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2009, III, 589, con nota di C. Campiglio, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*.

La tutela è più forte nel caso in cui uno dei genitori che hanno voluto il figlio sia anche genitore genetico: almeno lui può riconoscerlo e garantirgli in questo modo uno stato certo, anche se unilaterale (Trib. Min. Milano, 6 settembre 2012, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, I, 712, con nota di Turlon). Più problematica ove manchi il legame biologico con entrambi. Il rischio è infatti che possano scattare nei confronti dei genitori provvedimenti limitativi della responsabilità parentale (Art. 333 c.c.) (Trib. Min. Milano, 1° agosto 2012, *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, 712, con nota di Turlon), o vengano instaurati procedimenti di impugnazione del riconoscimento (Trib. Min. Milano, 1° agosto 2012, cit. il quale, nell'autorizzare l'azione *ex art.* 263 prescinde completamente da ogni valutazione dell'interesse della

ha ritenuto di poter pronunciare l'adozione in casi particolari a favore del compagno del padre biologico<sup>56</sup>.

Altre volte ancora, a venire in primo piano sono le questioni che insorgono alla rottura della convivenza tra partner dello stesso sesso, quando il genitore "biologico" nega il diritto dell'altro di continuare a frequentare il bambino, un diritto che talvolta i giudici hanno riconosciuto sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 337 *bis* c.c.<sup>57</sup>.

Nella situazione attuale i diritti del bambino non ricevono un'attenzione ed una tutela adeguata alla loro rilevanza costituzionale. Il "diritto giurisprudenziale" da solo, è la Corte europea a farlo notare<sup>58</sup>, non offre una tutela adeguata. Il dibattito parlamentare si è purtroppo focalizzato sulla condotta dei genitori, prospettandosi da alcuni come preminente l'esigenza di rafforzare la sanzione penale per il ricorso alla maternità surrogata all'estero. In tal modo si ripropone quella logica – che speravamo ormai espunta dal sistema) – per cui il diritto dei figli allo *status* ed alla relazione con i genitori viene condizionato dalla supposta esigenza di sanzionare e/o prevenire condotte dei genitori ritenute "devianti". Se questa logica è venuta meno anche nel caso di genitori incestuosi (v. art 251 c.c.), perché deve essere riproposta nel caso di ricorso alla gestazione per altri in quei Paesi (come il Canada e la California) che la ammettono e la disciplinano?

L'evoluzione del sistema e della giurisprudenza delle Supreme Corti offre agli interpreti ed al legislatore indicazioni in altre direzioni. Vale la pena di ricordare alcuni principi base dell'attuale diritto della filiazione che possono guidare il nostro ragionamento.

L'attuale sistema, nell'evoluzione che lo ha segnato, dai codici di stampo ottocentesco alla disciplina vigente, considera il bambino come persona, fin dalla nascita titolare di diritti propri, la cui tutela non può essere condizionata da finalità "altre", assunte come corrispondenti ad un "superiore" interesse. In particolare il diritto allo *status* dei figli non può essere condizionato dalla supposta esigenza di sanzionare e/o prevenire condotte dei genitori ritenute "devianti".

Anche nei casi di condotte dei genitori riguardate dal legislatore come particolarmente gravi, e come tali penalmente sanzionate, è infatti ormai escluso che ne possano derivare automatiche conseguenze sullo status dei figli e sul

rapporto con i genitori. Si pensi alla nuova disciplina dell'accertamento di filiazione nel caso di genitori incestuosi, accertamento non più legato alla qualità della condotta (buona o mala fede dei genitori), ma esclusivamente all'interesse del bambino (art. 251 c.c.)<sup>59</sup>. Si pensi alla condanna per alterazione di stato: la Corte costituzionale ha escluso che la sanzione accessoria della decadenza dalla potestà/responsabilità dei genitori possa costituire un effetto automatico della condanna, dovendo anche in tal caso il giudice valutare, nell'esclusivo interesse del bambino, l'effettiva qualità della relazione e l'opportunità di salvaguardarla<sup>60</sup>.

A sua volta, la L. n. 40/2004 (art. 9), pur vietando la fecondazione eterologa, ha poi disciplinato lo *status* del figlio nato con il ricorso a questa pratica alla luce del principio di responsabilità dei genitori e di tutela del preminente interesse del bambino<sup>61</sup>. Il divieto di impugnazione della paternità da parte dell'uomo che ha dato il consenso all'inseminazione della sua compagna tiene ferma la genitorialità del padre sociale, pur in assenza di legame biologico, nell'assunto che il diritto del bambino alla certezza e stabilità dello *status* prevalga sul principio di "verità" genetica della filiazione.

La legge di riforma della filiazione (L. n. 219/2012, D. Lgs. n. 154/231) ha attribuito piena ed eguale dignità allo stato di figlio, si tratti di figlio generato – nel matrimonio o al di fuori di esso – o di figlio adottato (artt. 74, 315 c.c.), con ciò indicando nella generazione il fondamento non esclusivo della filiazione che può attingere anche a valori psico-sociali di responsabilità. Nel prevedere, poi, un termine tombale di prescrizione (5 anni dalla nascita) per l'azione di impugnazione della paternità da parte del marito (art. 244 c.c.) o compagno della madre (art. 263 c.c.) ha ulteriormente valorizzato la genitorialità fondata su valori psicosociali di responsabilità piuttosto che sulla derivazione genetica.

Nuova disciplina della parentela e nuova sistematica della responsabilità dei genitori scorporano con evidenza il fatto che il baricentro della famiglia si è spostato dal matrimonio alla filiazione. Nella disciplina di riforma, la tutela del figlio porta con sé la tutela delle relazioni in cui si svolge la sua personalità. I diritti dei figli, sono diritti che si incardinano nella relazione (art. 315 *bis*): quella tra i genitori, anche se non sposati, nel fisiologico svolgersi della vita familiare (art. 316 c.c.) e nel momento della crisi del loro rapporto (art.

minore che ormai da 15 anni viveva con la madre), o di adottabilità (Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro It.* 2014, I, 3408, con nota critica di Casaburi. E v. anche Cass., 8 novembre 2013, n. 25231, in *Foro It.*, 2014, I, 59, con nota di Casaburi). La Corte europea, tuttavia, in un caso di maternità surrogata all'estero in cui il figlio non aveva alcun rapporto genetico con i genitori committenti, ha condannato l'Italia in quanto i giudici interni, non attribuendo alcuna rilevanza allo stato conseguito all'estero e pronunciando l'adozione del minore, non avrebbero sufficientemente considerato l'interesse di questi e l'esigenza di rispetto della sua vita familiare – da intendere come rapporti familiari effettivamente esistenti a prescindere dal loro riconoscimento legale (Corte EDU *Paradiso e Campanelli c. Italia* 27 gennaio 2015, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, 9, I, 834, con nota di Shuster). In argomento, da ultimo, v. Querci, *La maternità "per sostituzione" fra diritto interno e carte internazionali*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 1142 e segg. E v. già Corti, *La maternità per sostituzione*, in S. Canestrari-G. Ferrando-C.M. Mazzoni-S. Rodotà-P. Zatti, *Il governo del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, I, 1491 e segg.

<sup>56</sup> Trib. Min. Roma, 23 dicembre 2015.

<sup>57</sup> Trib. Palermo, 15 aprile 2015, in *Foro It.*, 2015, I, 1780 con nota di Casaburi, che ha riconosciuto il diritto di due minori di mantenere un rapporto stabile e significativo con la mamma sociale, priva cioè di legami biologici con gli stessi, prevedendo in caso di separazione dei genitori dello stesso sesso un calendario di incontri che consenta a quest'ultima di tenere con sé i figli per alcuni giorni alla settimana. In senso contrario v. App. Palermo (ord.), 31 agosto 2015, che solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 337 *bis* c.c. nella parte in cui non riconosce il diritto del bambino di conservare rapporti significativi non solo con i parenti, ma anche con il "genitore sociale"

<sup>58</sup> Corte EDU, *Oliari c. Italia* (2015), cit.

<sup>59</sup> Al riguardo, v. già Corte cost. n. 494/2002, cit.

<sup>60</sup> Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31; Corte cost. 23 gennaio 2013, n. 7.

<sup>61</sup> V. Corte cost., 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, I, I, 802, con mio commento *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, *ivi*, 2014, II, 392.



337 *bis* e segg. c.c.); quella con i nonni e gli altri parenti, secondo quanto dispongono gli artt. 315 *bis* e 317 *bis*.

A veder bene, la riforma 2012/2013 si colloca nel solco di una tendenza di più ampia portata di cui si sono fatti interpreti la Corte europea dei diritti dell'uomo e, di riflesso, anche i giudici interni.

Schematizzando, la riforma ci indirizza su due prospettive di indagine: da un lato ci possiamo chiedere in che misura la perdita di centralità del matrimonio (iniziata con la riforma della filiazione e proseguita con il "divorzio rapido" (L. n. 162/2014) e con il "divorzio breve" (L. n. 55/2015), si accompagni alla crescente rilevanza di rapporti familiari di fatto, non formalizzati nel matrimonio.

Dall'altro possiamo verificare in che misura l'affermarsi dei diritti del bambino (diritto allo *status*, all'identità, alla salvaguardia della vita familiare) porta ad ampliare la nozione di famiglia (e la relativa tutela) anche a rapporti parentali in passato considerati *border line*.

La perdita di centralità del matrimonio si accompagna al riconoscimento dei diritti del bambino e del loro carattere preminente. Non si accetta più che in nome di un interesse superiore possano essere sacrificati i diritti delle persone, quelli del figlio in modo particolare.

### Rapporti familiari di fatto e adozione in casi particolari del figlio del partner

La tutela del preminente interesse del figlio porta la Corte europea a declinare in termini estremamente ampi il concetto di vita familiare secondo un approccio concreto e funzionale che parte dall'effettività del rapporto genitoriale e familiare per riconoscere tutela a tutti i soggetti che di esso sono protagonisti. Ne risultano concetti di "famiglia" e "vita familiare" fluidi, attenti alle diverse situazioni che si presentano nella realtà sociale. La famiglia, par di capire, è quella che la vita ha dato a ciascuno e non quella che il legislatore stabilisce una volta per tutte. Di questo approccio si ritrovano molteplici esempi, si pensi soltanto ai casi *Wagner c. Lussemburgo* (2007)<sup>62</sup> e *Negrepointis c. Grecia* (2011)<sup>63</sup>, *Moretti e Benedetti c. Italia* (2010)<sup>64</sup> in materia di adozione, ai casi *Menneson e Labassee c. Francia* (2011)<sup>65</sup> in tema di maternità per sostituzione. Il principio

di ordine pubblico sul quale orientare le decisioni è quello del preminente interesse del minore che prevale su quelli fatti valere volta a volta dagli Stati in materia di adozione o di PMA e che impone agli Stati di garantire il rispetto della vita familiare anche mediante il riconoscimento nello Stato nazionale dello *status* conseguito all'estero.

Attraverso i figli esce dall'ombra la molteplicità delle relazioni in cui si svolge la loro personalità e che (almeno) per questo meritano tutela. La tutela dell'interesse del bambino richiede garanzia della continuità delle relazioni affettive, anche quando si tratti di rapporti familiari di fatto, come di recente conferma la legge sul "diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare" (L. n. 173/2015).

L'adozione in casi particolari è stata introdotta dal legislatore del 1983 (L. n. 184/1983, artt. 44 e segg.) proprio per rendere possibile la formalizzazione del rapporto genitore-figlio in situazioni in cui non sarebbe possibile pronunciare l'adozione piena ed in cui, tuttavia, l'adozione risponde all'interesse del bambino in quanto sussiste già una relazione significativa tra minore e adottante<sup>66</sup>. La flessibilità della disciplina ne ha reso possibile l'applicazione in una grande varietà di situazioni e la stessa Corte europea la ha ritenuta talvolta preferibile all'adozione piena proprio per la sua attitudine a salvaguardare la pluralità di relazioni significative per la crescita del bambino<sup>67</sup>. L'adozione del figlio del partner dello stesso sesso intende rendere possibile una pronuncia del giudice nel preminente interesse del minore. Il giudice, nel pronunciare l'adozione in casi particolari nei confronti del partner del genitore, deve, secondo la regola generale (art. 57, L. n. 184/1983), verificare che l'adozione in casi particolari corrisponda all'interesse del minore, tenuto conto in ciascun caso della specifica situazione esistenziale del bambino.

La valorizzazione dei legami familiari di fatto, secondo la dottrina elaborata dalla Corte europea di Strasburgo, il rifiuto della logica sanzionatoria, secondo i principi ormai sanciti dalla riforma della filiazione, offrono un contributo rilevante ad una discussione scevra da pregiudizi che tenga conto dell'interesse del bambino concreto, inserito nella trama di relazioni in cui la vita lo ha collocato.

## Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni

Luigi Balestra

La L. 20 maggio 2016, n. 76, avente ad oggetto la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze di fatto, apre nuovi scenari nel contesto del diritto di famiglia, comportando ulteriori e significative evoluzioni per quel che concerne il tradizionale approccio all'istituto matrimoniale. Il commento, soffermandosi sulle disposizioni più significative, ne pone altresì in luce alcune incongruenze e lacune, fonti di notevoli incertezze per l'interprete chiamato a confrontarvisi.

<sup>62</sup> Sentenza del 28 giugno 2007.

<sup>63</sup> Sentenza del 3 maggio 2011.

<sup>64</sup> Sentenza del 27 aprile 2010.

<sup>65</sup> Sentenze del 26 giugno 2014, *Menneson c. Francia* e *Labassee c. Francia*.

<sup>66</sup> Rinvio a Ferrando, *L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, II, 679 e segg. Più in generale cfr. Dogliotti, *L'adozione in casi parti-*

*colari*, in *Filiazione, adozione, alimenti* (a cura di T. Auletta), in *Trattato Bessone*, Torino, 2011, 517 e segg.; Collura, *L'adozione in casi particolari*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, II, *La filiazione*, a cura di Collura, Lenti e Mantovani, II ed., Milano, 2011, 951 e segg.; Urso, *L'adozione in casi particolari*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, III, *Filiazione e adozione*, Bologna, 2007, 765 e segg.

<sup>67</sup> Corte EDU, *Zhou c. Italia* 21 gennaio 2014.

**Premessa**

La recentissima approvazione della L. 20 maggio 2016, n. 76<sup>1</sup>, recante la “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze” apre un nuovo scenario per quel che concerne le relazioni affettive e, più in generale, il diritto di famiglia e i plurimi modelli su cui ormai da tempo si discute<sup>2</sup>.

Dopo le infruttuose iniziative legislative degli anni passati, la circostanza che, nel corso degli ultimi mesi, si sia concretizzata la possibilità di addivenire al varo di un provvedimento normativo, sfociata nell’emanazione della L. n. 76/2016<sup>3</sup>, rappresenta certamente un elemento sintomatico dell’intervenuta maturazione di un significativo livello di condivisione in merito all’opportunità di una regolamentazione dei molteplici interessi scaturenti dalla convivenza *more uxorio*. A questo proposito è infatti opportuno dare adeguato risalto ad una notazione di carattere metodologico: il diritto non può perseguire, in un contesto come quello delle relazioni affettive, obiettivi di carattere promozionale, come invece può – e, a volte, deve – fare in campo economico, ove l’intervento legislativo è sovente funzionale rispetto all’innesco di comportamenti virtuosi. Ogniqualvolta si tratti di legiferare con riguardo a materie aventi forti ricadute nell’ambito di plurime sfere quali, tra le altre, quella etica e quella morale, si rende necessario procedere secondo interessi e scelte condivise: l’adesione a livello generale – pur nella consapevolezza della forte disarticolazione e complessità che caratterizzano la realtà sociale – è, dunque, fondamentale, in guisa che non sembra possibile fondare inter-

venti legislativi, volti ad incidere su materie così rilevanti, sulla mera volontà di assecondare istanze di singoli “gruppi”, portatori di interessi che risultino essere espressione del tutto parziale di quanto percepito e condiviso a livello sociale<sup>4</sup>.

Al riguardo ben può rilevarsi come gli anni più recenti, anche in virtù dell’influenza esercitata dalle esperienze straniere<sup>5</sup>, abbiano visto il diffondersi di un progressivo atteggiamento di favore nei confronti delle unioni di fatto non fondate sul matrimonio, oggi sempre più frequenti<sup>6</sup> e ormai non più oggetto di giudizi di condanna, soprattutto morale, che in passato ne avevano accompagnato l’estrinsecazione sul piano sociale, determinandone quale naturale conseguenza anche una condanna sul piano giuridico. Alla progressiva maturazione di un tale orientamento di favore hanno contribuito una pluralità di fattori, che hanno decretato un mutamento complessivo dell’assetto delle relazioni familiari, così dando luogo all’archiviazione dell’impostazione tradizionale che ne aveva caratterizzato le linee fondanti nel corso dei secoli, a beneficio di un’opzione normativa e di un approccio ermeneutico tesi a valorizzare anche l’unione paraconiugale, nella quale oggi si ravvisa unanimemente una situazione giuridicamente rilevante. Un contributo di notevole rilievo e spessore all’indicata evoluzione è stato fornito dalla giurisprudenza, sia interna sia sovranazionale, la quale, negli anni più recenti, è giunta ad esprimersi apertamente nel senso dell’attribuzione di una piena dignità giuridica anche alle unioni affettive coinvolgenti persone dello stesso sesso, al tempo stesso invitando il legislatore ad intervenire al fine di salvaguardare i diritti anche di queste ultime<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Pubblicata in G.U. n. 118 del 21 maggio 2016 e in vigore dal 5 giugno 2016.

<sup>2</sup> Cfr. F.D. Busnelli, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, I, 529, il quale, all’inizio del nuovo millennio, richiamando la celebre immagine di Jemolo della famiglia quale isola che il mare del diritto può solo lambire, evocava la figura dell’arcipelago, caratterizzata da una grande isola e da piccole isole rappresentate dai rapporti parafamiliari; L. Balestra, *L’evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2011, 1105 e segg., spec. 1115-1116, ove, alla luce del costante e sempre più incisivo richiamo in ambito familiare alla negozialità e al sistema della responsabilità civile, si rileva come l’arcipelago sia ormai prossimo a ricongiungersi alla terraferma, con conseguente rinnovata e intensificata giuridificazione delle relazioni familiari. Lo stesso Busnelli, a distanza di una decina di anni (Busnelli-M.C. Vitucci, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 768 e segg.) è giunto a proporre l’immagine, sulla base dell’osservazione del quadro legislativo europeo nel frattempo venutosi a creare, di una di una famiglia in frantumi.

<sup>3</sup> Per un primo commento al disegno di legge (c.d. “ddl Cirinnà”) da cui ha preso le mosse l’iter che ha condotto all’approvazione della L. n. 76/2016, si v. F. Romeo-C. Venuti, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015, 971 e segg.; G. Iorio, *Il disegno di legge sulle “unioni civili” e sulle “convivenze di fatto”: appunti e proposte sui lavori in corso*, *ivi*, 2015, 1014 e segg.; M. Trimarchi, *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze*, in *www.juscivile.it*, 2016, I, 1 e segg. Cfr. anche E. Giusti-F. Vettori, *Famiglia di fatto ed unioni civili: verso un nuovo modello di famiglia?*, articolo pubblicato in data 22 gennaio 2016, in *www.giustiziacivile.it*.

<sup>4</sup> L. Balestra, *Laicità e diritto civile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, I, 27.

<sup>5</sup> Per un’ampia panoramica in materia si vedano, M. Blasi-G. Sarnari, *I matrimoni e le convivenze “internazionali”*, Torino, 2013, 79 e segg.; C. Saracino, *Le unioni civili in Europa: modelli a confronto*, in

*Dir. Fam. Pers.*, 2011, 1471 e segg.; M.C. De Cicco, *Convivenza e situazioni di fatto. La tutela delle convivenze: cenni alle esperienze straniere*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, 1, II ed., Milano, 2011, 1088 e segg.; C.S. Pastore, *Le unioni registrate e i Pacs in Europa*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2010, 202 e segg.; R. Pescara, *Le convivenze non matrimoniali nelle legislazioni dei principali paesi europei*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da G. Ferrando, II, Bologna, 2008, 986 e segg.; G. Cosco, *Convivenza fuori del matrimonio: profili di disciplina nel diritto europeo*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2006, 349 e segg.; M. Bonini Baraldi, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Milano, 2005, 47 e segg.; E. Calò, *Le convivenze registrate in Europa*, Milano, 2000, 19 e segg.; nonché i saggi contenuti nel volume collettaneo *Matrimonio, matrimoni, a cura di F. Brunetta d’Usseaux e A. D’Angelo*, Milano, 2000.

<sup>6</sup> Al riguardo si v. da ultimo lo studio *Matrimoni, separazioni e divorzi* presentato dall’Istat il 12 novembre 2015 e riferito all’anno 2014, ove si pone in luce come, a fronte di una diminuzione dei primi matrimoni, le unioni di fatto sono invece più che raddoppiate dal 2008, superando il milione nel 2013-2014. Più in particolare, le convivenze *more uxorio* tra partner celibi e nubili sono arrivate a 641.000 nel 2013-2014 e sono la componente che fa registrare gli incrementi più sostenuti, essendo cresciute di quasi dieci volte rispetto al 1993-1994. Il fatto che le libere unioni siano una modalità sempre più diffusa di formazione della famiglia trova conferma anche nei dati sulla natalità, dai quali emerge che oltre un nato su quattro nel 2014 ha genitori non coniugati.

<sup>7</sup> Sul punto si v. Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro It.*, 2010, I, 1361, con note di R. Romboli e F. Dal Canto, la quale, chiamata ad intervenire a fronte della prospettata questione di legittimità costituzionale di una serie di disposizioni del codice civile nella parte in cui non consentono il matrimonio tra persone dello stesso sesso (nel caso di specie una coppia omosessuale aveva adito il giudice *a quo* a fronte del rifiuto opposto dall’ufficiale di stato civile a procedere alle pubblicazioni matrimoniali richieste dai due partner), ha espressamente affermato, sia pur in via di *obiter dictum*, che per

## Le unioni civili

La scelta operata nell'ambito della L. n. 76/2016 è stata nel senso di contemplare due modelli distinti: il primo, quello dell'unione civile, riservato alle coppie formate da persone dello stesso sesso; il secondo, quello della convivenza di fatto, aperto a tutte le coppie, eterosessuali e omosessuali.

La legge – la cui singolare strutturazione si deve ad un “maxi emendamento” approvato dal Senato – consta di un unico e lungo articolo suddiviso in 69 commi<sup>8</sup>; i primi 35 commi, volti a disciplinare le unioni civili tra persone dello stesso sesso, evidenziano non poche incongruenze e talune lacune.

L'unione civile – che la legge assume il precipuo compito

formazione sociale ai sensi dell'art. 2 Cost. deve intendersi “ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto della valorizzazione del modello pluralistico”; nell'ambito della nozione di formazione sociale così delineata, il Giudice delle leggi ha annoverato anche “l'unione omosessuale”, da intendersi come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri; la Corte ha peraltro espressamente escluso che “l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio”, attribuendo al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, l'individuazione, nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., delle forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni tra persone dello stesso sesso, riservandosi invece “la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni”, per l'eventualità in cui, “in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza”. Richiamandosi alle statuizioni del Giudice delle leggi e puntualmente rifacendosi anche a quanto affermato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo [nella sentenza del 24 giugno 2010, (Schalk and Kopf c. Austria), in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, I, 1137, con nota di M.M. Winkler, la quale ha ricondotto la tutela delle unioni non coniugali anche omosessuali nell'ambito del diritto al rispetto della vita familiare tutelato dall'art. 8 della Convenzione], Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Fam. e Dir.*, 2012, 665, con nota di M. Gattuso, nell'affrontare la nota questione dell'impossibilità di procedere alla trascrizione nei registri dello stato civile del matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero, ha avuto modo di affermare che i componenti della coppia omosessuale conviventi in stabile relazione di fatto, pur non potendo – secondo la legislazione italiana – far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia, a prescindere dall'intervento del legislatore in materia, “quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza (...) di “specifiche situazioni”, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata, e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza”. Cfr. anche Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Fam. e Dir.*, 2014, 861, con nota di V. Barba, che, sempre richiamandosi alla sopra citata pronuncia n. 138/2010, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 2 Cost., sia dell'art. 4, L. 14 aprile 1982, n. 164 (applicabile *ratione temporis*), sia del successivo art. 31, 6° comma, D.Lgs. n. 150/2011, nella parte in cui non preve-

di istituire – viene indicata, nell'ambito del 1° comma, quale “specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione”. L'espressa riconduzione dell'unione civile nel novero delle formazioni sociali, che pur appare significativa, è, al tempo stesso, fonte di perplessità, per una pluralità di ragioni. In primo luogo, in considerazione del fatto che detta riconduzione si scontra con l'idea secondo cui l'opera di qualificazione – ancor più al cospetto di una norma come l'art. 2 Cost., da non pochi lustri comunemente intesa come disposizione aperta e non semplicemente riassuntiva di altre<sup>9</sup> – pare rientrare, più propriamente, nell'ambito dell'ufficio demandato all'interprete. In secondo luogo, perché l'attribuzione alle unioni paraconiugali della natura di formazione sociale *ex* 2 Cost. si rinviene ormai da molto tempo nelle affermazioni della dottrina e

donò che la sentenza di rettificazione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, ove entrambi lo richiedano, di “mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima”, la cui disciplina resta demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore, sollecitato dalla Corte medesima a provvedere tempestivamente, introducendo una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) tesa a consentire ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza; la Suprema Corte, giudice rimettente davanti al quale il giudizio è stato successivamente riassunto, qualificando la predetta pronuncia della Corte costituzionale come “autoapplicativa e non meramente dichiarativa”, ha ritenuto necessario, al fine di dare attuazione alla stessa, accogliere il ricorso e conservare alle parti ricorrenti il riconoscimento dei diritti e doveri conseguenti al vincolo matrimoniale legittimamente contratto fino all'avvento dell'auspicato intervento del legislatore volto a consentire alle medesime di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che ne tutelasse adeguatamente diritti e obblighi; con conservazione, dunque, dello statuto dei diritti e dei doveri propri del modello matrimoniale sottoposta alla condizione risolutiva temporale costituita da quella futura regolamentazione (Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, in *Corriere Giur.*, 2015, 1048, con nota di S. Patti). In argomento si v. anche Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Corriere Giur.*, 2015, 909, con nota di G. Ferrando, ove si legge che “il processo di costituzionalizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso non si fonda (...) sulla violazione del canone antidiscriminatorio dettata dall'inaccessibilità al modello matrimoniale, ma sul riconoscimento di un nucleo comune di diritti e doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia e sulla riconducibilità di tali relazioni nell'alveo delle formazioni sociali dirette allo sviluppo, in forma primaria, della personalità umana”. Nella giurisprudenza europea si v. inoltre l'importante sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 29 luglio 2015 (Oliari ed altri c. Italia), in *Fam. e Dir.*, 2015, 1069, con nota di P. Bruno, che ha ravvisato una violazione dell'art. 8 della Convenzione, ponendo in luce le specifiche omissioni del Governo italiano, cui ha imputato di aver ecceduto il suo margine di discrezionalità e di non aver ottemperato all'obbligo positivo di assicurare alle coppie omoaffettive la disponibilità di uno specifico quadro legale che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali, ignorando le indicazioni provenienti dalla nostra giurisprudenza, la quale aveva fatto riferimento alla necessità di un intervento legislativo. Per un'ampia e puntuale analisi delle pronunce richiamate, si v. Fortino, *Piccoli passi e cautele interpretative delle Corti sui diritti delle unioni omosessuali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, 216 e segg.

<sup>8</sup> Molto critico al riguardo E. Quadri, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, editoriale pubblicato in data 1 aprile 2016 in *giustiziavivile.com*, 3, il quale parla di “deplorabile (...) confuso accatastamento di commi in un unico articolo”.

<sup>9</sup> Si v. per tutti A. Barbera, *Principi fondamentali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, sub art. 2, Bologna-Roma, 1975, 80 e segg.

della giurisprudenza<sup>10</sup>; tale attribuzione, negli anni più vicini, ha infine finito per riguardare espressamente anche le unioni affettive coinvolgenti persone dello stesso sesso<sup>11</sup>. L'ulteriore richiamo all'art. 3 Cost., che nella disposizione riportata, si combina con quello concernente l'art. 2, evoca poi, ma non risolve ed, anzi, addensa, problemi di uguaglianza, nella misura in cui, da un lato, sembrerebbe suggerire che fino ad oggi si sia consumata un'ingiustizia mediante la negazione dell'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali; dall'altro, introdotto per queste ultime l'istituto dell'unione civile, potrebbe condurre a ravvisare una non piena attuazione dello stesso principio di uguaglianza in ragione dell'impossibilità per quelle medesime coppie di accedere al matrimonio<sup>12</sup>. Senza poi considerare i delicati problemi suscettibili di essere innescati dal mancato richiamo delle predette disposizioni costituzionali nel contesto delle convivenze di fatto<sup>13</sup>.

Sotto il profilo della tecnica legislativa, è tuttavia evidente – lo si vedrà con chiarezza nel prosieguo analizzando più approfonditamente le disposizioni introdotte – come l'unione civile sia stata costruita proprio sulla falsa riga dell'atto matrimoniale e dei contenuti del relativo rapporto, attraverso la predisposizione di regole che, di fatto, riproducono, salva qualche variante, indiscutibilmente anche assai significativa, il contenuto di buona parte delle disposizioni codicistiche dedicate al matrimonio<sup>14</sup>.

Alla stregua di quanto stabilito dal 2° comma, l'unione civile viene costituita da due persone maggiorenni dello stesso sesso, mediante una dichiarazione resa davanti all'ufficiale di stato civile, alla presenza di due testimoni. La norma appare tuttavia lacunosa laddove omette di chiarire quale sia l'ufficiale di stato civile competente (che, per la celebrazione del matrimonio, ai sensi degli artt. 94 e 106 c.

., è quello del comune dove uno degli sposi ha la residenza ed al quale è stata richiesta la pubblicazione, non prevista in relazione all'unione civile), mentre il successivo 3° comma richiede allo stesso ufficiale di stato civile di provvedere alla registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell'archivio dello stato civile<sup>15</sup>.

In materia di unione civile trova spazio la disciplina degli impedimenti matrimoniali, mediante la riproduzione di norme che, per lo più, ricalcano quelle del codice civile.

Secondo quanto stabilito dal 5° comma, la sussistenza di una delle cause impeditive è causa di invalidità dell'unione civile, in applicazione delle norme dettate per il matrimonio (artt. 119, 120, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 129 *bis* c.c.), formanti oggetto di espresso richiamo. Sono parimenti richiamate ed applicabili all'unione civile anche le disposizioni (artt. 65 e 68) che disciplinano il successivo matrimonio di chi abbia precedentemente sposato una persona poi dichiarata morta presunta. Il 6° comma, sulla falsa riga di quanto previsto per il matrimonio dall'art. 117, 3° comma, c.c., stabilisce che l'unione civile costituita da una parte durante l'assenza dell'altra non può essere impugnata finché dura l'assenza; in questo contesto sarebbe tuttavia stato opportuno prendere in considerazione, in aggiunta a quella indicata, anche l'ipotesi specularmente opposta di costituzione di un'unione civile durante l'assenza del coniuge, in relazione alla quale parimenti si sarebbe potuto stabilire il divieto di impugnazione per la durata dell'assenza di quest'ultimo. Il 7° comma, modellato, sia pur con alcune modifiche, sull'art. 122 c.c., è dedicato all'impugnazione dell'unione civile per violenza, timore di eccezionale gravità ed errore: in materia di errore, si segnala, all'interno della lett. a) – e diversamente da quanto previsto dall'art. 122, 3° comma, n. 1), c.c. – il mancato riferimento all'esistenza di

<sup>10</sup> Cfr. M. Bessone, *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, sub art. 29, Bologna-Roma, 1976, 26 e segg.; P. Barile, *La famiglia di fatto. Osservazioni di un costituzionalista*, in *La famiglia di fatto*, Atti del Convegno nazionale di Pontremoli, 27-30 maggio 1976, Montereleggio-Parma, 1977, 45; A. Corasaniti, *Famiglia di fatto e formazioni sociali*, *ivi*, 143-144; G. Furgiele, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 282 e segg.; F. Prosperi, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Napoli, 1980, 84 e segg.; P. Perlingieri, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Atti del Convegno svoltosi a Roma il 3 dicembre 1987, Napoli, 1988, 136-137; A. Falzea, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, *ivi*, 51 segg.; E. Roppo, *La famiglia senza matrimonio – Diritto e non diritto nella fenomenologia delle unioni libere*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1980, 738; M. Dogliotti, voce "Famiglia di fatto", in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, VIII, Torino, 1992, 192; F.D. Busnelli-M. Santilli, *La famiglia di fatto*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian-G. Oppo-A. Trabucchi, VI, 1, Padova, 1993, 759, nonché 779; G. Ferrando, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. e Dir.*, 1998, 185; A. Spadafora, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, 20; L. Balestra, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004, 1 segg.; R. Tommasini, *La famiglia di fatto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, IV, I, Torino, 2010, 406-407; C.G. Terranova, *Convivenza e situazioni di fatto. Convivenza e rilevanza delle cc. dd. convivenze di fatto*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, I, 1, II ed., Milano, 2011, 1086-1087; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2014, 21. Per un primo riconoscimento nella giurisprudenza di legittimità, Cass., 8 febbraio 1977, n. 533, in questa *Rivista*, 1980, I, 1, 346, con nota di M. Dogliotti; nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237, in *Foro It.*, 1987, I, 2353.

<sup>11</sup> Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, cit.

<sup>12</sup> Secondo G. Casaburi, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, articolo pubblicato sul sito *web* <http://articolo29.it>, il riferimento all'art. 3 Cost., opera in questa sede come "canone di razionalità" ovvero quale limite alla discrezionalità del legislatore; con la conseguenza che le disparità di trattamento tra matrimonio ed unione civile potranno ritenersi costituzionalmente legittime solo in quanto corrispondano ad un equilibrio bilanciamento degli interessi in gioco.

<sup>13</sup> Cfr. R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, in *www.juscivile.it*, 2016, 6, 1-2, la quale rileva come non si spieghi "la riconduzione (...) della sola unione civile, e non anche delle convivenze, alle formazioni sociali ex artt. 2 e 3 Cost."

<sup>14</sup> Cfr. F. Dell'Anna Misurale, *Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge*, articolo pubblicato in data 27 giugno 2016, in *giustiziavivile.com*, 10, la quale sottolinea come il legislatore, nel regolare il rapporto tra persone dello stesso sesso mediante il ricorso al modello dell'unione civile, scartando l'opzione matrimonio, abbia tuttavia attinto "a piene mani" dalla disciplina di quest'ultimo istituto; R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, cit., 213, parla della disciplina delle unioni civili come "brutta copia del matrimonio".

<sup>15</sup> Si segnala al riguardo che il 28° comma attribuisce al Governo una delega contemplante l'adozione, entro sei mesi dalla data in vigore della L. n. 76/2016 (5 giugno 2016), di uno o più decreti legislativi in materia di unione civile tra persone dello stesso sesso, aventi, tra l'altro, ad oggetto l'adeguamento alle previsioni della nuova legge delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni; il successivo 34° comma prevede che con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'interno, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge, vengano stabilite le disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri dello stato civile nelle more dell'entrata in vigore dei decreti legislativi di cui sopra.

un'anomalia o deviazione sessuale tale da impedire lo svolgimento della vita in comune<sup>16</sup>.

Sotto il profilo della tecnica legislativa, mentre per quel che concerne i rapporti patrimoniali scaturenti dall'unione civile, vi è un sostanziale richiamo alla disciplina codicistica relativa al regime patrimoniale della famiglia (13° comma, che, nel suo *incipit*, ricalca la norma posta dall'art. 159 c.c., ma omette di riferirsi alla comunione dei beni quale regime patrimoniale "legale" dell'unione civile), i rapporti personali tra le parti dell'unione civile (cui sono dedicati i commi 11° e 12°) sono disciplinati – verosimilmente in ragione della delicatezza di detti profili, venendo in gioco, in ultima analisi, l'essenza stessa dell'unione civile – attraverso l'esplicita enunciazione dei contenuti; enunciazione che avviene sì sulla scorta di quanto contemplato a proposito dei rapporti personali tra i coniugi (cfr. artt. 143 e 144 c.c.)<sup>17</sup>, e pur tuttavia con alcune vistose varianti. Emblematica, a tal proposito si è infatti rivelata la vicenda che, con un certo grado di opacità, ha condotto alla soppressione del dovere di fedeltà (oltre che, a ben guardare, a quello di collaborazione)<sup>18</sup>. Vicenda opaca, si diceva, se si pone mente al fatto che la dottrina e la giurisprudenza che negli ultimi anni si sono occupati della convivenza *more uxorio*, hanno fatto leva, nel processo di ricostruzione del fenomeno, su un'am-

pia gamma di doveri morali da identificarsi sulla scorta di quelli contemplati dall'art. 143 c.c. in relazione al rapporto di coniugio<sup>19</sup>. Il 15° comma – tra l'altro – accorda alla parte dell'unione civile la legittimazione a promuovere il procedimento d'interdizione o di inabilitazione con riguardo al *partner*, omettendo tuttavia di prevedere che il ricorso possa essere finalizzato alla nomina di un amministratore di sostegno. Tale legittimazione può nondimeno ricavarsi dal combinato disposto degli artt. 406 e 417 c.c., laddove è contemplata "la persona stabilmente convivente".

Una lacuna emerge anche con riferimento al disposto di cui al 17° comma, che, per il caso di morte di una delle parti dell'unione civile, opportunamente estende alla parte superstita le indennità previste dagli artt. 2118 c.c. (per l'ipotesi di recesso dal contratto di lavoro a tempo indeterminato) e 2120 c.c. (con riguardo al trattamento di fine rapporto); indennità che l'art. 2122 c.c., in caso di morte del prestatore di lavoro, stabilisce vengano corrisposte anche al coniuge (oltre che ai figli e, ove vivano a carico del prestatore di lavoro, anche ai parenti entro il secondo grado e agli affini entro il secondo). Tuttavia il predetto 17° comma non richiama i criteri previsti dallo stesso art. 2122 c.c., volti a governare le modalità di distribuzione delle indicate indennità, criteri che sarebbe stato invece oppor-

<sup>16</sup> Sul significato da attribuirsi di tale omissioni, cfr. R. Campione, *L'unione civile tra la disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in corso di pubblicazione; F. Dell'Anna Misurale, *Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge*, cit., 12.

<sup>17</sup> Il 10° comma prevede invece che, mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile, le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile, un cognome comune, scegliendolo tra i loro cognomi; la stessa disposizione specifica che la parte può anteporre o postporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale dello stato civile. La modernità di questa regola, che si pone nel solco dei numerosi progetti di riforma dell'art. 143 *bis* c.c., è sottolineata da R. Campione, *L'unione civile tra la disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, cit. Secondo R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, cit., 198-199, tale disciplina, senz'altro maggiormente conforme ai principi costituzionali e destinata a sostituire la soluzione prefigurata dall'art. 143 *bis* c.c., è tuttavia, allo stato, suscettibile di porre problemi di legittimità costituzionale.

<sup>18</sup> In argomento si v. L. Olivero, *Unioni civili e presunta licenza di infedeltà*, in corso di pubblicazione in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2016, il quale pone in luce come la fedeltà, ancorché cancellata dai doveri tra i *partner* omosessuali, tenda a riaffiorare da altre disposizioni della L. n. 76/2016, e ciò a causa del confezionamento delle regole dell'unione civile sulla falsa riga delle norme dettate per l'unione coniugale; l'A. intende riferirsi: alla disciplina in materia di nullità ed in particolare alle norme, espressamente richiamate dal 7° comma, che individuano quale causa ostativa alla relativa azione l'avvenuta coabitazione come coniugi (cfr. artt. 119, 120 e 123 c.c.) e, dunque, l'aver tenuto un comportamento rispettoso di tutta la deontologia matrimoniale, comprendente anche "quell'intima confidenza esclusiva che si chiama fedeltà"; nonché alla disciplina dettata in tema di scioglimento dell'unione, che, come meglio si vedrà nel prosieguo, richiama quella dettata dalla L. n. 878/1970 anche con riguardo all'assegno divorzile ed alla sua quantificazione, in relazione alla quale – come noto – possono venire in considerazione anche le ragioni della decisione: il che potrebbe condurre ad una valorizzazione delle specifiche dinamiche comportamentali che hanno determinato la rottura del rapporto; senza contare – osserva ancora l'A. citato – che l'infedeltà potrebbe anche ricondursi alla violazione del dovere di assistenza morale, a pieno operante anche per i *partner* che abbiano dato vita all'unione civile. Sul punto si v. anche G. Casaburi, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, cit.; nonché R. Campione, *L'unione civile tra la disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carat-*

*tere personale*, cit., ove si afferma l'incongruenza di ogni tentativo volto ad espellere dell'unione civile il dovere in questione, nella misura in cui esso "si attegga quale ulteriore tassello del sostegno reciproco, affettivo, psicologico e spirituale sotteso ad ogni legame affettivo", in tal modo disvelando la propria tensione verso l'obbligo di assistenza morale e materiale; R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, cit., 198; F. Dell'Anna Misurale, *Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge*, cit., 12, la quale giudica inopportuna la scelta operata dal legislatore, osservando come la disparità di trattamento tra persone eterosessuali e omosessuali sul tema della fedeltà appaia – o meglio, sia, sulla base di quanto emerso dal dibattito parlamentare – frutto di un pregiudizio sulla qualità del vincolo che unisce le coppie dello stesso sesso. Secondo E. Quadri, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, cit., 5-6, l'espunzione dell'obbligo di fedeltà è invece privo di qualsiasi portata concreta, in ragione del fatto che, come si vedrà in seguito, per l'unione civile non opera l'istituto della separazione personale, non venendo quindi in considerazione la possibilità di pronunciare l'addebito, quale tipica sanzione della violazione dell'obbligo in discorso); ciò comunque potrebbe comportare la possibilità di sanzionare eventuali offese alla dignità e al decoro che una parte abbia arrecato all'altra invocando la responsabilità di quest'ultima per illecito endofamiliare: cfr. Cass., 20 giugno 2013, n. 15481, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, I, 994, con nota di L. Lenti.

<sup>19</sup> Basti al riguardo pensare che in conformità ad un'opinione consolidata ormai da lungo tempo, con riguardo agli apporti economici forniti dall'uno all'altro *partner*, si postula l'applicazione della disciplina dettata in tema di obbligazioni naturali (art. 2034 c.c.) al fine di consentire all'*accipiens* di sottrarsi alla ripetizione di quanto ricevuto in esecuzione di un dovere non certo giuridico ma senz'altro morale e sociale: sul punto si v., tra le altre, Cass., 3 febbraio 1975, n. 389, in *Foro It.*, 1975, I, 2301, con nota di L. Florino; Cass., 8 febbraio 1977, n. 556, in questa *Rivista*, 1980, I, 1, 346, con nota di M. Dogliotti; Cass., 20 gennaio 1989, n. 285, in *Arch. Civ.*, 1989, 489. Affinché possa venire in considerazione la fattispecie di cui all'art. 2034 c.c., la giurisprudenza richiede in ogni caso il rispetto del requisito della proporzionalità dell'adempimento: cfr. Cass., 13 marzo 2003, n. 3713, in questa *Rivista*, 2004, 530, con nota di P. Digregorio e commentata da L. Balestra, *Note in tema di proporzionalità nell'adempimento delle obbligazioni naturali e sulla nozione di terzo ex art. 936 c.c. (in margine ad un caso di prestazioni rese nell'ambito della convivenza more uxorio)*, in *Famiglia*, 2004, I, 780 e segg.; Cass., 22 gennaio 2014, n. 1277, in *Fam. e Dir.*, 2014, 888, con nota di T. Bortolo.

tuno specificare attraverso un esplicito rinvio anche a quest'ultima disposizione.

Non pochi profili di perplessità suscita la previsione del 20° comma, ove, dopo aver stabilito, “al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso”, che le disposizioni (contenute in leggi, atti aventi forza di legge, regolamenti, atti amministrativi, contratti collettivi) riferite al matrimonio e quelle contenenti le parole “coniuge” o “coniugi”, o termini equi-

valenti, trovano applicazione anche a ciascuna delle parti dell'unione civile<sup>20</sup>, precisa che detta disposizione non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente dalla legge nonché alle disposizioni di cui alla L. 4 maggio 1983, n. 184. E pur tuttavia immediatamente dopo si contempla una sorta di norma di salvaguardia (in quanto sembrerebbe voler far salvo quanto maturato nel frattempo nelle sedi giurisdizionali), dai contenuti non poco ambigui: “resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti”<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Sul punto, si v. A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, articolo pubblicato sul sito web <http://articolo29.it>, il quale osserva come questa disposizione abbia un intento antidiscriminatorio e contenga una regola di interpretazione ed applicazione – rivolta al giudice e alla pubblica amministrazione – tesa a mettere al riparo i partner omosessuali da possibili ulteriori ipotesi di trattamento differenziato rispetto ai soggetti uniti in matrimonio non espressamente contemplate dalla L. n. 76/2016; grazie alla previsione in discorso risultano, tra le altre, immediatamente applicabili alle parti dell'unione civile le discipline in materia assistenziale, previdenziale, pensionistica, sanitaria: G. Ferrando, *Le unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della riforma*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2016, 3, 47-48.

<sup>21</sup> Al riguardo pare opportuno rammentare che, nell'ambito delle disposizioni dedicate all'unione civile tra persone dello stesso sesso contenute nel testo originario del disegno di legge, ve ne era anche una che si proponeva di modificare l'art. 44, 1° comma, lett. b), L. n. 184/1983, rendendo possibile l'adozione non legittimante del figlio di una delle parti dell'unione civile ad opera dell'altra parte (c.d. *stepchild adoption*). Tale disposizione, a fronte degli aspri contrasti da essa suscitati, è stata al fine espunta, senza che, tuttavia, il legislatore abbia inteso del tutto rinunciare ad introdurre un qualche riferimento all'adozione. Osserva a questo proposito E. Quadri, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, cit., 6, che la richiamata formula impiegata dal 20° comma, si presenta quale “vero e proprio ambiguo trionfo delle riserve mentali delle forze politiche coinvolte nella stesura finale del testo da approvare”, rappresentando al tempo stesso “l'abdicazione alla giurisprudenza, da parte del legislatore, di quella funzione, che pure (...) dovrebbe istituzionalmente competergli, di interprete e protagonista dell'adeguamento dell'ordinamento alla coscienza sociale”; parimenti critico R. Campione, *L'unione civile tra la disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, cit., il quale sottolinea come il legislatore, pur avendo dichiarato inapplicabile la normativa in tema di adozione, abbia tuttavia fatto uso, del tutto incoerentemente, di una clausola volta a mantenere fermo quel diritto vivente che non ha potuto o non ha voluto trasfondere in diritto vigente; di “vero e proprio endorsement alla magistratura” parla F. Dell'Anna Misurale, *Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge*, cit., 15. È noto infatti, data l'ampia risonanza mediatica suscitata da queste vicende, che la giurisprudenza di merito è già più volte giunta a pronunciare l'adozione non legittimante di un minore a favore del partner omosessuale del genitore ai sensi dell'art. 44, 1° comma, lett. d), L. n. 184/1983, sulla base di un'interpretazione estensiva della norma in discorso, volta a leggere la constatata impossibilità di affidamento preadottivo cui essa si riferisce sia in senso fattuale sia in senso giuridico, e così ammettendo la pronuncia dell'adozione, ai sensi della norma citata, anche con riguardo a minori che, non trovandosi in situazione di abbandono, non sono stati dichiarati in stato di adottabilità: al riguardo si v. Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, in *Foro It.*, 2014, I, 2743, che ha disposto l'adozione di una minore a favore della compagna stabilmente convivente con la madre; nel caso di specie, la minore era stata concepita in Spagna a seguito di un intervento di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo nell'ambito di un progetto maturato e portato avanti insieme dalla coppia, che in quel paese aveva contratto matrimonio ed era iscritta nel registro delle unioni civili del Comune italiano di residenza (tale sentenza è stata successivamente confermata da App. Roma, Sez. min., 23 dicembre 2015, in *Foro It.*, 2016, I, 699); una decisione dello stesso tenore in relazione ad un caso analogo è stata successivamente assunta dallo stesso Trib. min. Roma, con la sentenza 22 ottobre 2015, il cui testo si può leggere nel sito web <http://www.articolo29.it>; sem-

pre il Trib. min. Roma con sentenza 23 dicembre 2015, il cui testo si può parimenti leggere nel sito web <http://www.articolo29.it>, ha pronunciato l'adozione ex art. 44, 1° comma, lett. d) a favore del compagno del padre di una bambina concepita con la pratica della maternità surrogata: quest'ultima sentenza è passata in giudicato non essendo stata impugnata dal P.M. nei termini previsti; Trib. min. Roma, 30 dicembre 2015, in *Fam. e dir.*, 2016, 584, con nota di A. Scalerà, ha pronunciato, a favore di ciascuna delle componenti la coppia omogenitoriale, l'adozione ex art. 44, 1° comma, lett. d) della figlia minore della rispettiva partner (c.d. *stepchild adoption* “incrociata”); App. Torino, Sez. min., 27 maggio 2016, sempre consultabile nel sito web <http://www.articolo29.it>; in senso contrario all'adozione ex art. 44, lett. d), Trib. min. Piemonte e Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, n. 258, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, I, 205; Id., 11 settembre 2015, n. 259, *ivi*, 206, con nota di A. Nocco. Sul punto, a seguito del ricorso presentato dal P.M. avverso App. Roma, Sez. min., 23 dicembre 2015, cit., una prima fondamentale indicazione è venuta dalla giurisprudenza di legittimità con la recentissima Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, il cui testo si può leggere all'indirizzo web <https://www.personaedanno.it>, con nota di V. Mazzotta, la quale, anche sulla scorta di un'analisi dell'evoluzione normativa ed applicativa dell'art. 44 L. n. 183/1984 alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale e della stessa Corte di Cassazione, nonché dei principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, si è espressa in senso favorevole all'interpretazione già fatta propria dalla maggior parte dei giudici di merito, ponendo in luce come tutte le ipotesi di adozione dalla medesima norma, così come specificato dal suo primo comma, non presuppongono una situazione di abbandono. In argomento si v. anche App. Torino, Sez. min., 29 ottobre 2014, in *Fam. e Dir.*, 2015, 822, con nota di M. Farina, che ha autorizzato la trascrizione dell'atto di nascita del minore nato in Spagna, da coppia omosessuale coniugata, a seguito di procreazione medicalmente assistita eterologa con l'impianto di gameti da una donna all'altra (l'una aveva donato gli ovuli e l'altra aveva portato avanti la gravidanza e il parto); App. Milano, 1 dicembre 2015, in *Fam. e Dir.*, 2016, 271, con nota di F. Tommaseo, che ha dichiarato l'efficacia del provvedimento con cui il giudice spagnolo aveva pronunciato l'adozione di una minore concepita in Spagna a seguito di procreazione assistita eterologa a favore del coniuge donna della madre, con la quale quest'ultima già conviveva al momento della nascita della bambina, concepita nell'ambito di un progetto genitoriale condiviso; analogamente App. Napoli, 30 marzo 2016, il cui testo si può leggere nel sito web <http://www.articolo29.it> (la stessa pronuncia è pubblicata con la diversa data 5 aprile 2016, in *Foro It.*, 2016, I, 1910, con nota di G. Casaburi), che ha dichiarato l'efficacia dei provvedimenti con cui i giudici francesi avevano pronunciato l'adozione legittimante di due minori concepiti in Francia da due donne coniugate a seguito di procreazione assistita di tipo eterologo: ciascuna era madre biologica di uno dei minori, poi divenuti figli adottivi dell'altra in forza dei provvedimenti francesi, la cui efficacia nel nostro paese (la coppia si era poi trasferita in Italia con i figli) è stata affermata dai giudici partenopei. A quest'ultimo riguardo si v. inoltre Trib. min. Bologna, ord. 10 ottobre 2014, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, 387, con nota di D. Ferrari, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della L. n. 184/1983, nella parte in cui non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore il riconoscimento in Italia della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge dello stesso sesso del genitore, indipendentemente dal rilievo che quel matrimonio, contratto all'estero, non abbia prodotto effetti nel nostro paese, in riferimento agli art. 2, 3, 30 e 117 Cost.; la questione è stata dichiarata inammissibile

Il 21° comma, in relazione al trattamento successorio riservato alle parti dell'unione civile rinvia espressamente alle norme del codice dettate in tema di indegnità, collazione, successione dei legittimari, successione legittima e patto di famiglia: anche sotto questo profilo, quindi, dall'unione civile scaturiscono i medesimi effetti derivanti dal rapporto di coniugio. L'estensione della vicenda successoria al *partner* dell'unione civile, attraverso l'integrale riconoscimento dell'insieme delle tutele riservate al coniuge, dà viepiù conto dell'opzione prescelta dal legislatore il quale, pur a fronte dei venti di riforma volti a ridimensionare, in ragione di un'eccessiva pervasività, la posizione dei prossimi congiunti, non ha avuto alcuna esitazione nell'assicurare un'integrale protezione e, dunque, la totale equiparazione al coniuge.

In forza di quanto stabilito dai commi 22°-26°, nell'unione civile trova spazio la disciplina dettata in tema di scioglimento del matrimonio<sup>22</sup>; tra le relative cause, peraltro, non è richiamata quella più comune collegata alla pregressa separazione personale (23° comma, che neppure richiama la mancata consumazione)<sup>23</sup>; è invece prevista – il che costituisce una novità di assoluto rilievo – la possibilità di addivenire allo scioglimento dell'unione civile in conseguenza della volontà in tal senso manifestata, anche disgiuntamente, dalle parti dinanzi all'ufficiale di stato civile (con la specificazione che, in tal caso, la domanda di scioglimento potrà essere proposta solo decorsi tre mesi dalla data di manifestazione di tale volontà: 24° comma)<sup>24</sup>. Il legislatore, nel contesto dell'unioni civili, ha affiancato dunque al tradizionale procedimento contemplato per addivenire allo scioglimento del matrimonio – l'ormai anacronistico doppio binario (separazione, vista la scarsa incidenza pratica delle altre cause di scioglimento del matrimonio, e successivo divorzio) – un meccanismo risolutore che fa perno sulla volontà unilaterale. Si tratta di una presa d'atto di come, nella sostanza, al fine di pervenire allo scioglimento dell'unione sia sufficiente – e ciò indipendentemente dal contesto, matrimoniale o non – il disimpegno di uno soltanto dei *partner*.

Particolare attenzione, nel contesto della crisi dell'unione, è dedicata alla rettificazione di sesso. Alla stregua di quanto stabilito dal 26° comma, la sentenza di rettificazione

di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile, analogamente a quanto previsto dall'art. 3, n. 2, lett. g), L. n. 898/1970 con riguardo allo scioglimento del matrimonio (manca peraltro la specificazione, come sarebbe stato opportuno e come avviene nella disciplina sul divorzio, che occorre una sentenza “passata in giudicato”). Il 27° comma, con l'intento di raccogliere le sollecitazioni provenienti dalla Corte costituzionale e dalla Cassazione in relazione ad una particolarissima vicenda sui cui i giudici delle leggi e quelli di legittimità sono stati chiamati a pronunciarsi<sup>25</sup>, stabilisce che alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso; la norma pare tuttavia lacunosa laddove nulla prevede con riferimento all'ipotesi, specularmente opposta, in cui i componenti dell'unione civile, a seguito di una sentenza di rettificazione di sesso, intendano comunque mantenere in vita l'unione stessa.

### Le convivenze di fatto

Questo secondo modello, che la riforma ha collocato accanto all'unione civile, configura una relazione avente effetti giuridici decisamente più attenuati, secondo una logica marcatamente differenziante; un modello, quindi, “ad intensità minore”, ancorché alla convivenza si ricolleghino effetti di non poco momento, taluni dei quali, come si vedrà, sono stati peraltro tratteggiati in maniera poco perspicua sotto il profilo della tecnica legislativa.

Il 36° comma enuncia la nozione di conviventi di fatto: e tuttavia l'espressione utilizzata tradisce una certa incoerenza, nella misura in cui essa evoca in qualche modo una situazione attinente ad una sfera fattuale, laddove il legislatore si è mosso proprio nella prospettiva di attribuire un rilievo giuridico all'unione non fondata sul matrimonio; sotto questo aspetto l'utilizzo del complemento di specificazione sembra voler relegare la convivenza su un piano meramente fattuale, così per certi versi disconoscendo gli approdi cui, da oltre vent'anni, sono giunti gli interpreti, riconducendo la convivenza paraconiugale entro la categoria delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost.<sup>26</sup>.

da Corte cost., ord. 7 aprile 2016, n. 76, in *Foro It.*, 2016, I, 1910, con nota di G. Casaburi, osservando come il giudice *a quo* avesse erroneamente trattato la decisione straniera come un'ipotesi di adozione da parte di cittadini italiani di un minore straniero (adozione internazionale), quando invece si trattava del riconoscimento di una sentenza straniera pronunciata tra stranieri (le donne componenti la coppia erano entrambe cittadine statunitensi).

<sup>22</sup> Il 25° comma prevede l'applicabilità, in quanto compatibili, degli artt. 4, 5, 1° comma e dal 5° all'11° comma, 8, 9, 9 *bis*, 10, 12 *bis*, 12 *ter*, 12 *quater*, 12 *quinquies*, 12 *sexies* della L. n. 878/1970, delle disposizioni di cui al Titolo II del libro IV del c.p.c. e degli artt. 6 e 12 del D.L. n. 132/2014, convertito in L. n. 162/2014.

<sup>23</sup> Diverso sotto questo profilo l'originario testo del ddl Cirinnà, ove figurava invece un generico rinvio alle norme in materia di separazione personale e di divorzio.

<sup>24</sup> Con riferimento a questa particolare ipotesi G. Ferrando, *Le unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della riforma*, cit., 48 parla di “divorzio immediato” o “diretto”. E. Quadri, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, cit., 7, pone in luce come il prefigurato meccanismo si ponga in un rapporto poco chiaro con le modalità di scioglimento introdotte dagli artt. 6 e 12 D.L. n. 132/2014, convertito in L. n. 132/

2014, richiamati dal successivo 25° comma. Cfr. anche R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, cit., 200 e segg., la quale, a quest'ultimo proposito, rilevando come le due procedure stragiudiziali prefigurate dai citati artt. 6 e 12 vengano in considerazione solo nei casi previsti dall'art. 3, 1° comma, n. 2, lett. b), L. n. 878/1970, e cioè quelle fondate sulla pregressa separazione, oltre che nei casi di modifica delle condizioni di divorzio, giunge alla conclusione secondo cui, con riguardo all'unione civile, che come detto non conosce la separazione, tali procedure potranno venire in considerazione solo per le ipotesi di revisione.

<sup>25</sup> Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, cit.; Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, cit. In argomento, nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, si v. la sentenza 16 luglio 2014, (*Hämäläinen c. Finlandia*), in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, I, 1139, con nota di A. Lorenzetti e A. Schuster.

<sup>26</sup> Cfr. anche Quadri, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, cit., 8, ove si osserva che, in relazione alla fattispecie considerata dal legislatore, non pare attagliarsi la qualificazione “di fatto”, trattandosi, in effetti, della surrettizia introduzione di un ulteriore modello di famiglia “legale”.

Conviventi di fatto sono, secondo il citato 36° comma, “due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale”, ma “non vincolate da rapporti di parentela, affinità, adozione, da matrimonio o da un’unione civile”<sup>27</sup>; dal che si desume con chiarezza l’intenzione del legislatore di escludere forme di convivenza diverse da quelle *more uxorio*, che, sia pur presenti nella realtà sociale, presentano un minor grado di diffusione<sup>28</sup>. Nella definizione offerta il riferimento all’impedimento dato da parentela, affinità e adozione avrebbe meritato un’attenta delimitazione: il fatto che manchi qualsiasi specificazione relativa al grado genera infatti, nel raffronto con il precedente 4° comma, lett. c) concernente l’unione civile e con l’art. 87

c.c. dettato con riguardo al matrimonio, una palese incongruenza<sup>29</sup>.

Il 37° comma aggiunge che, ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al 36° comma, ai fini dell’accertamento della stabile convivenza, occorre fare riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all’art. 4 e alla lett. b) del 1° comma dell’art. 13, D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223 (“Approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente”)<sup>30</sup>. Si tratta di un’ipotesi che genera incertezze in ordine alla natura di siffatta dichiarazione, non potendosi sostenere, ad avviso di chi scrive, che la sua mancanza sia ostativa all’accertamento ed alla configurabilità della fattispecie contemplata dal legislatore e, quindi, all’applicazione della relativa disciplina<sup>31</sup>; ancorché – e

<sup>27</sup> Secondo L. Lenti, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *www.iuscivile.it*, 2016, 4, 97-98, il richiamato impedimento matrimoniale preclude il riconoscimento dei nuovi diritti attribuiti dalla L. n. 76/2016 a quelle convivenze nelle quali almeno una delle parti non sia in stato libero, ancorché sia già intervenuta la separazione personale; e ciò anche se, a parere dell’A. citato, la conferma da parte del legislatore della tradizionale assimilazione dei coniugi legalmente separati ai coniugi conviventi, anziché a quelli divorziati, sia priva di riscontro effettivo secondo l’attuale sentire sociale, oltre che logicamente contrastante con diverse disposizioni normative e con alcuni importanti principi giurisprudenziali: di qui l’affermata necessità di coordinare le nuove norme con le disposizioni legislative già esistenti nel nostro ordinamento riferite alla convivenza o ai conviventi senza ulteriori specificazioni, nonché con i principi elaborati dalla giurisprudenza con riguardo alla famiglia di fatto, taluni dei quali riferiti anche a stabili convivenze instaurate da soggetti separati, al fine di continuare ad attribuire a tutte le coppie di conviventi, a prescindere dallo stato libero dei *partner*, ogni altra prerogativa riconosciuta fino ad oggi. Si pone nella stessa prospettiva, ugualmente senza condividere operata la scelta del legislatore, M. Rizzuti, *Prospettiva di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, articolo pubblicato in data 12 maggio 2016 in *giustiziacivile.com*, 10 ss., il quale solleva il problema del rapporto della convivenza di fatto con il matrimonio omosessuale celebrato all’estero attualmente non trascrivibile (sul punto si v. da ultimo Cons. Stato, 26 ottobre 2015, n. 4899, in *Fam. e Dir.*, 2016, 64, con nota di Iorio); in termini anche Pacia, *Unioni civili e convivenze*, cit., 205, che pure si pone criticamente nei confronti della previsione in discorso.

<sup>28</sup> Al riguardo occorre porre in luce che i contenuti inerenti ai rapporti instaurati da coloro che convivono sono estremamente vari, così come molteplici sono le motivazioni che possono porsi alla base della scelta di dar vita a una convivenza, potendo le ragioni del vivere insieme spiegarsi anche alla luce di un vincolo più o meno stretto di parentela, di amicizia, o essere dettato dalla condivisione di esigenze o di interessi comuni, ovvero da un intento di solidarietà o di mutuo aiuto: sul punto cfr., tra gli altri, F.D. Busnelli *Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto*, in AA.VV., *Famiglia di fatto* (Atti del Convegno nazionale di Pontremoli, 27-30 maggio 1976), Montereleggio-Parma, 1977, 133, il quale menziona le convivenze tra familiari più o meno stretti ovvero riferibili a comunità non familiari (convivenza della collaboratrice domestica con la famiglia del datore di lavoro, convivenza tra appartenenti ad una comunità religiosa o di altro tipo); A.M. Benedetti, *Le proposte di legge italiane in materia di convivenza*, in *Matrimonio, matrimonii*, a cura di F. Brunetta d’Usseaux e A. D’Angelo, cit., 212; G. Ferrando, *Convivenze e modelli di disciplina*, ivi, 301, la quale richiama, tra le altre, le convivenze tra giovani per ragioni di studio; G. Autorino Stanzione-P. Stanzione, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, Trattato teorico-pratico diretto da G. Autorino Stanzione, I, Torino, 2011, 226; F. Morozzo della Rocca, *La convivenza di diritto civile come alternativa alla prestazione sociale di residenzialità*, in *Doveri di solidarietà e prestazioni di pubblica assistenza*, a cura di F. Morozzo della Rocca, Napoli, 2013, 235 e segg. Sulle convivenze parentali e di mutuo aiuto, cfr. L. D’Adamo, *Le convivenze senza matrimonio: diversi di modelli e presupposti di tutela*, in *Vita Notar.*,

2001, 1653 e segg.; E. Del Prato, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, I, 974-975. Interessante osservare, in prospettiva comparatistica, che l’ordinamento catalano dedica alle convivenze di mutuo aiuto una disciplina *ad hoc*, contenuta nella *Lley 19/1998, de 28 de desembre, sobre situacions conviencials de ajuda mútua*, un’analisi della quale è condotta da V. Zambrano Parejas no casadas: *l’esperiença spagnola e la Llei catalana del 10/1998*, in *Matrimonio, matrimonii*, cit., 430 e segg.; nell’ordinamento belga la *cobabitation légale*, introdotta nel codice civile agli artt. 1475-1479 con la L. n. 35/1998 entrata in vigore il 1° gennaio 2000, è definita come situazione di vita comune di due persone che abbiano posto in essere un’apposita dichiarazione in tal senso (l’art. 1475 stabilisce che «*Par “cobabitation légale”, il y a lieu d’entendre la situation de vie commune de deux personnes ayant fait une déclaration au sens de l’article 1476*»), la quale, per espressa previsione, può essere effettuata da due soggetti che non siano uniti in matrimonio o vincolati da altra *cobabitation légale*, mancando tuttavia riferimenti a vincoli di altro tipo.

<sup>29</sup> Cfr. M. Rizzuti, *Prospettiva di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, cit., 22-23, nt. 49; R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, cit., 203, a parere della quale sarebbe stato sufficiente un richiamo all’art. 87 c.c., anche al fine di evitare una possibile questione di legittimità costituzionale. Secondo L. Lenti, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., 97, la norma, frutto della disattenzione del legislatore, dev’essere interpretata in maniera ragionevole, estendendo ai conviventi di fatto gli stessi limiti di grado previsti per gli impedimenti matrimoniali.

<sup>30</sup> A seguito della pubblicazione della L. n. 76/2016 nella Gazzetta Ufficiale, il Ministero dell’Interno, tenuto conto di quanto previsto dai commi 36° e 37°, nonché delle ulteriori previsioni contenute nella nuova legge in materia di contratto di convivenza, che pure fanno riferimento a determinate iscrizioni anagrafiche, ha emanato, in data 1 giugno 2016, la circolare n. 7, finalizzata ad offrire le prime indicazioni sugli adempimenti anagrafici in materia di convivenze di fatto. L’indicata circolare, richiamate le disposizioni rilevanti, statuisce che, alla luce delle stesse, l’attività degli uffici anagrafici riguarderà l’iscrizione delle convivenze di fatto, la registrazione dell’eventuale contratto di convivenza e il rilascio delle relative certificazioni; con specifico riguardo all’iscrizione delle convivenze di fatto, prescrive che essa dovrà essere eseguita secondo le procedure già previste e disciplinate dall’ordinamento anagrafico ed, in particolare, dagli artt. 4 e 13, D.P.R. n. 223/1989, come espressamente richiamati dall’art. 1, comma 37°, L. n. 76/2016.

<sup>31</sup> In senso adesivo R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, cit., 204, ad avviso della quale la mancanza della dichiarazione “non sembra ostativa alla configurabilità della fattispecie (e ad altre modalità di accertamento della convivenza)”. Diversamente L. Lenti, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., 96, a parere del quale la stabilità consiste nell’avenuta dichiarazione di costituire la famiglia anagrafica di cui al citato art. 4, D.P.R. n. 223/1989; nel senso della necessità della dichiarazione anagrafica si esprime anche M. Rizzuti, *Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, cit., 9. Si v. anche E. Quadri, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, cit., 8, il quale, nell’elencare i presupposti cui la legge ricollega la sussistenza di una convivenza di fatto, osserva che, tra di essi, “pare configurato come essenziale pure il criterio anagrafico”.



di ciò si è ben consapevoli – non pochi ostacoli potranno profilarsi, in caso di assenza dell’anzidetta dichiarazione, all’esercizio da parte dei conviventi delle prerogative che la legge riconosce loro. Nella direzione indicata si è posta anche una recente pronuncia di merito, la quale, attribuendo alla convivenza natura “fattuale”, in ragione della circostanza che essa si traduce “in una formazione sociale non esternata dai *partners* a mezzo di un vincolo civile formale”, ha qualificato la dichiarazione anagrafica come “strumento privilegiato di prova e non anche elemento costitutivo”, traendo conferma di ciò proprio dal comma 36°, introduttivo di una definizione normativa “scevra da ogni riferimento ad adempimenti formali”; tanto è vero che l’anzidetta dichiarazione è richiesta dalla L. n. 76/2016 “per l’accertamento della stabile convivenza”, e cioè “per la verifica di uno dei requisiti costitutivi ma non anche per appurarne l’effettiva esistenza fattuale”<sup>32</sup>.

Nell’ambito dei plurimi interessi tutelati dalla nuova legge, particolare attenzione merita quella cui si riferisce il 40° comma, ove si prevede che ciascun convivente di fatto possa designare l’altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati, sia per il caso di malattia che comporti incapacità di intendere e di volere, in relazione alle decisioni concernenti la salute, sia in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie<sup>33</sup>. L’introduzione del fiduciario rappresenta un “balzo” in avanti, con riferimento a interessi di natura personalissima, di cui non è dato apprezzare quale sia stato il grado di consapevolezza da parte del legislatore. Il che appare ancor più vero se si tiene conto, da un lato, dell’omissione di un’analoga disciplina con riguardo ai coniugi e ai componenti dell’unione civile e, dall’altro, che a venire in considerazione è, tra gli altri, il tema del testamento biologico e delle direttive anticipate; tema assai delicato, che evoca problemi complessi, da sempre forieri di ampie discussioni, ed oggetto di iniziative legislative arenatesi nel tempo. In guisa che, anche per tali ragioni, l’ingresso di soppiatto di una tale figura nello spe-

cifico contesto delle convivenze di fatto non può non addensare serie perplessità<sup>34</sup>.

Non poco discutibile si rivela anche la previsione contenuta al 46° comma, che introduce all’interno del codice civile il nuovo art. 230 *ter*, contemplante i diritti del convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera all’interno dell’impresa dell’altro convivente: e tuttavia, tali diritti, a differenza di quelli indicati nell’ambito dell’art. 230 *bis* c.c., non riguardano in alcun modo la sfera amministrativo-gestoria, ma attengono esclusivamente al profilo patrimoniale, senza contare che, anche sotto tale profilo, la tutela appare decisamente deteriore rispetto a quella accordata al partecipante all’impresa familiare (vistosa, ad esempio, l’omissione del diritto al mantenimento e del diritto di prelazione)<sup>35</sup>. La posizione del convivente, al cospetto dell’attività d’impresa esercitata dal *partner*, viene così svilita solo in ossequio all’esigenza di differenziazione dei due modelli concepiti con l’intervento riformatore (il 13° comma richiama espressamente per le parti dell’unione civile anche la disciplina dell’impresa familiare). L’incongruità del trattamento riservato al convivente emerge poi ancor più chiaramente se si tiene conto che la disciplina dell’impresa familiare intende fornire una tutela a fronte delle prestazioni lavorative svolte nell’ambito di un’attività d’impresa in cui assume rilievo una forte componente affettiva, tanto che una tutela piena è assicurata dall’art. 230 *bis* c.c. anche ai parenti entro il terzo grado e agli affini entro il secondo. Sicché, se su ciò si riflette, appare ancor più inspiegabile il riconoscimento al convivente di fatto di prerogative differenti e di minore portata rispetto a quelle accordate a un parente (entro il terzo grado) o a un affine (entro il secondo).

I commi da 50 a 63 fissano la disciplina del contratto di convivenza, mediante cui i conviventi di fatto “possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune” (50° comma). Si tratta, come noto, di una figura ampiamente studiata<sup>36</sup> e che, ormai da non poco tempo ha ottenuto un positivo riconoscimento ad opera della nostra

<sup>32</sup> Così Trib. Milano, 31 maggio 2016, in *www.quotidianogiuridico.it*, pronunciandosi nell’ambito di un procedimento cautelare ex art. 700 c.p.c., promosso dalla madre di un nascituro, concepito fuori dal matrimonio, al fine di accedere al materiale biologico del preteso padre per utilizzarlo nell’instaurando giudizio avente ad oggetto l’accertamento della paternità ex art. 269 c.c. Nella fattispecie il Tribunale ha ritenuto provata l’esistenza di una convivenza di fatto tra la ricorrente e il preteso padre del nascituro, deceduto qualche mese prima, in virtù del fatto che la coppia avesse già avuto due figli, circostanza ritenuta di per se stessa sintomatica “di un *habitat* familiare formatosi al di fuori di un vincolo matrimoniale”. Nella pronuncia si legge anche che: “La prova si ricava, comunque, anche dal certificato anagrafico in atti che attesta lo stato di famiglia, nel periodo in cui si è realizzata la morte del (...)”.

<sup>33</sup> In argomento si v. Trib. Treviso, 15 gennaio 2015, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, 905, con nota di M. Cinque, che ha riconosciuto al convivente, legato al defunto da una stabile relazione omosessuale (venticinquennale), la legittimazione a richiedere l’affidamento dell’urna contenente le ceneri del *partner*, sulla base di un’interpretazione estensiva del termine di “familiare” contenuto nell’art. 3, 1° comma, lett. e), L. n. 130/2001 (“Disposizioni in materia di cremazione e disposizione delle ceneri”).

<sup>34</sup> Di surrettizia introduzione della figura del fiduciario parla L. Lenti, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., 101.

<sup>35</sup> La lacunosità della disposizione in commento viene posta in luce anche da E. Quadri, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone*

*dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, cit., 10, ove si fa notare anche l’assenza di ogni riferimento, oltre che al lavoro prestato all’interno dell’impresa del convivente, al lavoro prestato nell’ambito della vita comune della convivenza, quando invece l’art. 230-*bis* c.c. si riferisce al lavoro prestato nella famiglia o nell’impresa familiare; rilevi analoghi vengono formulati da R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, cit., 207, la quale fa riferimento a possibili dubbi di legittimità costituzionale; cfr. anche F. Macario, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, editoriale pubblicato in data 23 giugno 2016, in *giustiziacivile.com*, 8. Diversamente L. Lenti, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., 107, al quale la mancata riproduzione dei commi 2°, 4° e 5° dell’art. 230 *bis* c.c. pare irrilevante, trattandosi di norme connotanti l’istituto dell’impresa familiare in modo essenziale; di guisa che ove non le si applicasse, la disciplina della partecipazione del convivente all’impresa sarebbe gravemente lacunosa e dovrebbe in ogni caso essere integrata in via interpretativa.

<sup>36</sup> In argomento si v. specialmente F. Gazzoni, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, 151 e segg.; F. D’Angeli, *La famiglia di fatto*, Milano, 1989, 421 e segg.; G. Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 155 e segg.; Id., *Convivenza (contratti di)*, in *Contratto e Impresa*, 1991, 369 e segg.; Id., *I diritti dei conviventi*, Padova, 2012, 81 e segg.; M. Franzoni, *I contratti tra conviventi more uxorio*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1994, 737 e segg.; Id., *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, II ed., Torino, 2007, 527 e segg.; F. Angeloni, *Autonomia privata e poteri di dispo-*

giurisprudenza<sup>37</sup>; e peraltro, le disposizioni che il legislatore ha inteso dedicare a questa figura non appaiono immuni da censure.

A tal proposito un primo profilo di perplessità si rinviene nel 53° comma, che, nell'elencare i possibili contenuti del contratto, menziona per prima l'indicazione della residenza [lett. a)], che è materia estranea alle pattuizioni aventi natura contrattuale, chiaramente attenendo al profilo personale e non già patrimoniale<sup>38</sup>. E peraltro, avuto riguardo agli altri profili, sia pur patrimoniali, ivi menzionati, non può non sottolinearsi l'ingiustificata restrizione per quel che concerne l'oggetto del contratto. Il riferimento è infatti solo: alla possibilità di fissare le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, ma unicamente sulla scorta del criterio di proporzionalità operante per i coniugi *ex art. 143, 3° comma, c.c.* [lett. b)], pretermettendo quindi la possibilità di riconoscere maggiori spazi all'autonomia privata; nonché [lett. c)] alla possibilità di optare per il regime patrimoniale della comunione dei beni, così omettendo di contemplare la comunione convenzionale, il fondo patrimoniale, ovvero eventuali regimi patrimoniali atipici, la cui configurabilità è da tempo riconosciuta<sup>39</sup>. La previsione di un oggetto così limitato entro cui l'autonomia delle parti può dispiegarsi, oltre ad essere assai poco giustificabile, rivela la mancata considerazione, da parte del legislatore, del carattere variegato degli interessi patrimoniali che sovente il concreto atteggiarsi della contrattazione tra conviventi ha posto in luce<sup>40</sup>.

Il testo del 60° comma evidenzia un'impresione termi-

nologica, laddove prevede che la risoluzione del contratto di convivenza per accordo delle parti o per recesso unilaterale “deve essere redatta” nelle forme previste per la sua stipulazione dal 51° comma (atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizioni autenticate da un notaio o da un avvocato, a pena di nullità). A ben vedere, però, la risoluzione del contratto – vale a dire lo scioglimento – costituisce un effetto del recesso e, pertanto, la prescrizione relativa alla forma avrebbe dovuto essere riferita all'atto del recesso e non alla risoluzione che costituisce l'effetto di tale atto.

Con riguardo al delicato profilo della solidarietà tra *ex* conviventi, il 65° comma, per il caso di cessazione della convivenza di fatto, riconosce “il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente e gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento”. La norma, che rivela un refuso (evidenziato in corsivo), si discosta da quanto previsto in una precedente stesura, ove, accanto al diritto agli alimenti, era *in primis* contemplato, per l'ipotesi di sussistenza dei presupposti di cui all'art. 156 c.c., il diritto al mantenimento per un periodo determinato proporzionato alla durata della convivenza (lo stesso limite temporale è fissato per il diritto agli alimenti). Su un ulteriore profilo deve essere soffermata l'attenzione, vale a dire la collocazione del convivente nell'ordine degli obbligati di cui all'art. 433 c.c., ove è previsto che l'obbligo alimentare venga adempiuto soltanto con precedenza sui fratelli e le sorelle, e quindi in posizione addirittura successiva a quella del suocero o della suocera; pare

zione nei rapporti familiari, Padova, 1997, 495 e segg.; E. Del Prato, *Patti di convivenza*, cit., 959 e segg.; AA.VV., *I contratti di convivenza*, a cura di E. Moscati e A. Zoppini, Torino, 2002; L. Balestra, *I contratti di convivenza*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, 43 e segg.; Id., *La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, II, 194 e segg.; Id., *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, in *Giust. Civ.*, 2014, 133 e segg.; D. Muritano-A. Pischetola, *Accordi patrimoniali tra conviventi e attività notarile*, Milano, 2009; F. de Scritti, *Convivenza e situazioni di fatto. I patti di convivenza*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, I, 1, II ed., Milano, 2011, 1148 e segg.; L. Gremigni Francini, *Autonomia privata e famiglia di fatto*, in *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, a cura di D. Amram e A. D'Angelo, Padova, 2011, 333 e segg.; G.A.M. Trimarchi, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, in *Studi e Materiali*, 2011, 11 e segg.; R. Bassetti, *Contratti di convivenza e di unione civile*, Torino, 2014; R. Senigaglia, *Convivenza more uxorio e contratto*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, II, 671 e segg.; S. Delle Monache, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale. (alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, 944 e segg.

<sup>37</sup> Il *leading case* è rappresentato da Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Corriere Giur.*, 1993, 947, con nota di V. Carbone.

<sup>38</sup> Sull'impossibilità per i conviventi di stipulare accordi aventi ad oggetto profili personali, cfr. L. Balestra, *Convivenza more uxorio ed autonomia contrattuale*, cit., 148 e segg.

<sup>39</sup> Secondo quanto prescritto dal 52° comma, l'opponibilità ai terzi del contratto viene assicurata attraverso l'iscrizione all'anagrafe di una copia dello stesso – da trasmettersi entro dieci giorni al comune di residenza dei conviventi a cura del professionista che ha ricevuto l'atto in forma pubblica o che ne ha autenticato la sottoscrizione secondo quanto previsto dal 51° comma – ai sensi degli artt. 5 e 7 del D.P.R. n. 223/1989: l'incongruità di un simile strumento – a voler tacere dell'erroneità del riferimento all'art. 5 (riguardante non già la famiglia anagrafica che è menzionata dal precedente art. 4, bensì le convivenze anagrafiche, ovvero quelle costituite per motivi religiosi, di cura, di pena e simili) – è posta in luce da E. Quadri, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*,

cit., 12, il quale rileva come ai meccanismi di raccolta delle informazioni concernenti la popolazione residente risulti del tutto estranea qualsiasi effettiva funzionalità ai fini che qui interessano; il tutto aggravato dalla possibilità, concessa dal 54° comma, di modificare in ogni momento nel corso della convivenza il regime patrimoniale prescelto nel contratto; analogamente R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, cit., 210. La già ricordata circolare n. 7/2016 del Ministero dell'Interno, che parimenti richiama gli artt. 5 e 7 sulla scorta della previsione di cui al 52° comma, trattando della “registrazione del contratto di convivenza”, prevede che, una volta ricevuta la copia del contratto, l'ufficiale di anagrafe del comune di residenza dei conviventi proceda tempestivamente: 1) a registrare, nella scheda di famiglia dei conviventi oltre che nelle schede individuali, la data e il luogo di stipula, la data e gli estremi della comunicazione da parte del professionista; 2) ad assicurare la conservazione agli atti dell'ufficio della copia del contratto.

<sup>40</sup> A parere di E. Quadri, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, cit., 10, l'esiguità dei contenuti richiamati dal 53° comma fa sì che questi possano difficilmente essere considerati tassativi; R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, cit., 210, parla di portata “decisamente scarna e quindi sicuramente non tassativa” di tali contenuti. Sul punto si v. F. Macario, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, cit., 9 e segg., il quale, ponendosi il problema dell'individuazione dell'ambito di esercizio delle facoltà negoziali riconosciute dal legislatore – a suo parere assai sciatto e frettoloso al riguardo – e specialmente domandandosi se ed in quale misura i conviventi possano disciplinare i loro rapporti economici in vista di un'eventuale crisi di coppia, si esprime a favore della validità di pattuizioni che prevedano la corresponsione di una somma per l'ipotesi di cessazione della relazione riconducibile alla volontà ovvero alla condotta del soggetto obbligato (eventualmente anche in conseguenza della condotta tenuta dall'altro convivente); lo stesso A. riconosce inoltre ai conviventi la possibilità di pattuire validamente attribuzioni patrimoniali a vantaggio (e rispettivamente a carico) dell'uno o dell'altro, destinate ad avere effetto alla cessazione della convivenza per morte, fermo restando il controllo – che evidentemente potrà avvenire solo *post mortem* – sull'eventuale lesione dei diritti dei legittimari.

a chi scrive una scelta (di politica legislativa) che implica una collocazione della figura del convivente nel contesto delle relazioni familiari alla stregua di un ordine che non tiene adeguatamente conto del concreto dipanarsi della realtà degli affetti.

### Osservazioni conclusive

In conclusione – nella consapevolezza dei plurimi profili di disciplina che meriterebbero maggiore profondità di attenzione – non può non sottolinearsi come la L. n. 76/2016 s'inquadri in un più ampio contesto di riforme che stanno incidendo profondamente sulla valenza giuridica dell'istituto matrimoniale.

La concezione tradizionale ha infatti di recente già subito un profondo mutamento a seguito della riforma della filiazione, che ha sancito la condizione unica del figlio, eliminando qualsivoglia differenziazione fondata sulla tipologia di unione che lega i genitori; in conseguenza di tale riforma il matrimonio ha cessato di costituire il fondamento della parentela (cfr. l'attuale testo dell'art. 74 così come modifi-

cato dalla L. n. 219/2012) ed ha perduto la tradizionale funzione meccanismo idoneo a decretare in capo ai figli l'acquisizione di un peculiare *status*, mantenendo un suo significato in relazione al solo rapporto orizzontale tra i coniugi. Con riguardo a quest'ultimo e più limitato contesto va ora ad incidere la L. n. 76/2016, la quale, nell'introdurre l'istituto dell'unione civile attraverso una tecnica legislativa che – sia pur con talune variazioni – si sostanzia nel recepimento di norme che costituiscono l'ossatura del matrimonio, finisce per alterare ulteriormente il tradizionale significato del matrimonio stesso, inteso come istituto destinato a soddisfare determinati interessi e bisogni di *partner* necessariamente eterosessuali<sup>41</sup>; in guisa che, l'eterosessualità non pare più elemento imprescindibile al fine di realizzare le finalità e gli interessi tradizionalmente posti a fondamento dell'unione matrimoniale.

Si tratta dunque di un intervento legislativo fortemente impattante sul tema delle relazioni affettive, che, in ultima istanza, contribuisce a restituire un'immagine del diritto di famiglia in rapida, incessante e irrequieta evoluzione.

## Profili di diritto comparato sui regimi patrimoniali

Andrea Fusaro

Sono ormai numerosi gli stati europei che hanno introdotto leggi relative alle unioni civili, le quali dettano disposizioni relative anche al regime patrimoniale.

### Una campionatura europea

Sono ormai numerosi gli stati europei che hanno introdotto leggi relative alle unioni civili<sup>1</sup>, le quali dettano disposizioni relative anche al regime patrimoniale<sup>2</sup>.

In Germania la L. 16 febbraio 2001<sup>3</sup> aveva originariamente previsto per i conviventi omosessuali che avessero provveduto alla registrazione della loro unione l'apposito regime della *Ausgleichsgemeinschaft*, modellato sulla falsariga della *Zugewinnngemeinschaft*. A seguito della riforma del 2005 è stata adottata quest'ultima quale regime legale, peraltro derogabile, come per i coniugi<sup>4</sup>.

In Francia l'originaria versione dell'art. 515-5 c.c., intro-

dotto dalla legge del 1999<sup>5</sup>, in difetto di apposita convenzione derogativa, per i *concubins pacsés* stabiliva la regola dell'*indivision* (ossia la comunione ordinaria, e non quella legale tra i coniugi) per gli acquisti compiuti anche separatamente. Dal primo gennaio 2007<sup>6</sup>, la norma è stata modificata e la nuova formulazione prevede che sia applicabile *par défaut* il regime di separazione dei beni<sup>7</sup>. La medesima soluzione era stata adottata ancor prima in Spagna dalla legge catalana del 15 luglio 1998, n. 10/1998 *de uniones estables de pareja*<sup>8</sup>.

In Inghilterra alle coppie non coniugate in caso di cessazione della convivenza non è riconosciuta la facoltà di avan-

<sup>41</sup> Sul punto, si v. la particolare posizione di M. Segni, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, II, 707 e segg., spec. 714-715, il quale, sulla base dell'assunto secondo cui l'art. 29 Cost. conserverebbe la funzione di precludere l'introduzione di regole tese a depotenziare il matrimonio, quale fondamento di quel modello familiare che nel nostro ordinamento assume a tutt'oggi un ruolo centrale, afferma che, mentre l'introduzione di regole uguali per l'unione coniugale e per la convivenza eterosessuale si porrebbe in contrasto con la Costituzione, in quanto svilirebbe profondamente il matrimonio, l'ontologica diversità tra famiglia fondata sul matrimonio ed unione omosessuale è invece idonea a legittimare pienamente l'introduzione di una disciplina che preveda per quest'ultima un trattamento giuridico simile o addirittura identico a quello accordato alla prima; e ciò nella misura in cui una disciplina del genere non potrebbe in ogni caso sortire l'effetto di ingenerare confusione tra i due fenomeni, che, essendo nei fatti del tutto distinti, conserverebbero comunque le loro peculiari caratteristiche.

<sup>1</sup> La Germania nel 2001 ha approvato una legge dedicata alle convivenze registrate delle sole coppie omosessuali, che è stata successivamente oggetto di modifiche, l'ultima da parte della legge 15 ottobre 2015. La Francia nel 1999 ha introdotto *pacs* e concubinage per le

coppie etero ed omosessuali, inserendo la normativa nel libro I del code civil. In Inghilterra il Civil partnership Act 2004 ha contemplato le unioni registrate per le sole coppie omosessuali.

<sup>2</sup> A suo tempo oggetto della monografia di Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991.

<sup>3</sup> Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG).

<sup>4</sup> Con espresso rinvio ai §§ 1363, 2° comma, nonché da 1364 a 1390 BGB.

<sup>5</sup> L. 15 novembre 1999, n. 99-944.

<sup>6</sup> Per effetto della L. 23 giugno 2006, n. 2006-728.

<sup>7</sup> A termini del 1° comma "Sauf dispositions contraires de la convention visée au deuxième alinéa de l'article 515-3, chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens pers onnels".

<sup>8</sup> L'art. 3, 2° comma, u.p., per le unioni eterosessuali, e l'art. 22, ult. comma, u.p., per le unioni omosessuali, prevedono che "cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes"; analogamente dispone l'art. 6 della legge aragonese n. 6/1999, del 25 marzo 1999, relativa a *parejas estables no casadas*.

zare reciproche pretese. Le corti non hanno il potere di derogare ai titoli di appartenenza né di attuare una distribuzione a somiglianza di quanto accade in caso di divorzio o di scioglimento di una *civil partnership*. Ai giudici è consentito soltanto emettere provvedimenti sulla base della ordinaria disciplina in tema di *trusts* o di *proprietary estoppel*. Si tratta di regole tecniche che legittimano una parte a vantare un interesse (magari in *Equity*) anche rispetto a beni di esclusiva proprietà dell'altra; oppure ad ottenere una quota maggiore dei beni cointestati. La durata della convivenza non rileva. Ogni caso è deciso sulla base delle specifiche peculiarità.

Rimane, in ogni caso, difficoltosa l'individuazione della disciplina dei rapporti patrimoniali tra conviventi: la *Law Commission* nel 2002 ha, infatti, affermato che *"It is quite simply not possible to devise a statutory scheme for the ascertainment and quantification of beneficial interests in the shared home which can operate fairly and evenly across the diversity of domestic circumstances which are now to be encountered"*<sup>9</sup>.

Molte sentenze hanno avuto ad oggetto i rapporti patrimoniali tra conviventi. In una decisione del 2007, *Lord Walker of Gestingthorpe* disse che c'era *"a good deal of uncertainty and the possibility of high litigation costs"* e la Baronessa Hale of Richmond stigmatizzò i costi della tutela giudiziaria.

### Le conseguenze economiche della fine della convivenza

In Germania si è discusso assai intensamente, fino al 2009, sulle differenze fra il diritto agli alimenti del partner di un'unione civile e quello del coniuge: quest'ultimo poteva far valere – in sede di divorzio – pretese maggiori di quanto non fosse concesso al convivente<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Nel suo *discussion paper: Sharing Homes*, fu pubblicato nel 2002.

<sup>10</sup> A seguito di una sentenza molto attesa del 2007, con cui la Corte Costituzionale tedesca decise di allineare allo standard matrimoniale il periodo entro il quale il convivente può vantare un diritto al mantenimento, il legislatore ha uniformato le discipline (§ 1570 e 1516 BGB): per riferimenti in tema si rinvia a Brunetta D'Usseaux, *I Partnerschaftsverträge nella giurisprudenza tedesca*, in *Matrimonio, matrimonio*, l'Alambicco del Comparatista 2 (a cura di Francesca Brunetta d'Usseaux e Antonino D'Angelo), Milano, 2000, 231 e segg.

<sup>11</sup> Ad esempio ha consentito di agire in compensazione in caso di acquisto comune di beni, in caso di lavori per il rinnovo di un ambiente domestico intrapresi da uno dei partner, o di collaborazione aziendale. I tribunali non si sono, tuttavia, ancora schierati per una generale introduzione della compensazione, cui seguirebbe l'introduzione, nel diritto delle unioni civili, di una compartecipazione al patrimonio acquisito in costanza di legame simile a quella prevista per i coniugi nel matrimonio: ampia panoramica è offerta da S. Patti, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 958 e segg.

<sup>12</sup> Emblematica è la vicenda di due pronunce della *Cour de Cassation* rese lo stesso giorno, a margine di domande analoghe, le cui conclusioni sono risultate opposte: in entrambi i casi, il convivente non intestatario dell'immobile adibito ad abitazione familiare aveva richiesto, al termine della convivenza, la rifusione delle spese da lui sostenute per la ristrutturazione dell'immobile di proprietà esclusiva dell'altro. Nel primo caso (Cass., 24 settembre 2008, n. 06-11294), i due conviventi avevano abitato assieme per anni nella casa oggetto della ristrutturazione, ove era stata anche fissata la sede della società di lui. La signora, proprietaria, aveva pure redatto una scrittura nella quale riconosceva che i lavori erano stati pagati dal compagno, ed ammetteva di essergli debitrice di una somma pari alla metà di quanto sborsato per acquistare la casa. Riteneva, tuttavia, che lui avesse tratto

Dopo lo scioglimento di un'unione civile in linea di principio non sussiste alcuna pretesa alla compensazione delle prestazioni, ma la giurisprudenza ha progressivamente introdotto eccezioni<sup>11</sup>.

In Francia i *concubins* non si devono assistenza, né sono vincolati alla coabitazione: la legge li considera come estranei, cosicché le uniche pretese che possono avanzare reciprocamente sono quelle inerenti la cura e l'educazione dei figli. Le corti, tuttavia, cerca di fornire soluzioni adeguate alle istanze di quanti lamentano un nocumento economico dalla cessazione della relazione: tipico l'esempio della ristrutturazione di un immobile di proprietà di uno, finanziato dall'altro. Il rimedio più diffuso è l'azione di arricchimento senza causa, il cui esperimento può essere ostacolato dal riscontro di un intento liberale in capo al soggetto che fornito la provvista; dalla presenza di un interesse personale di colui che ha sostenuto la maggior spesa; dalla proporzionalità tra i rispettivi contributi al ménage. La casistica giurisprudenziale mostra esiti anche molto diversi<sup>12</sup>. Con riguardo ai figli comuni, l'art. 371-2 code civil stabilisce che ciascun genitore contribuisce all'educazione ed alla cura in proporzione alle proprie risorse e tale obbligo non viene necessariamente meno con la maggiore età del figlio.

Per i *pacs* è, invece, previsto il dovere di assistenza reciproca (art. 515-4, 1° comma, code civil): la giurisprudenza ha cercato di disegnarne i contorni, stabilendo che da esso scaturisce il dovere di sostenere solidalmente i debiti contratti per il ménage comune, limitatamente alle risorse di ciascuno, cosicché il *partenaire* non può imporre all'altro obbligazioni alimentari a beneficio dei propri genitori<sup>13</sup>. Con riguardo ai figli comuni, l'art. 371-2 code civil impone a ciascuno genitore di contribuire all'educazione e alla cura in proporzione alle proprie risorse. Il dovere permane in caso di separazione, ma il partner non ha diritto agli ali-

vantaggi personali dalla situazione, avendo potuto risiedere nell'abitazione con la propria famiglia ed avendovi fissato la sede dell'attività, cosicché il suo arricchimento non appariva senza causa. I giudici, per queste stesse ragioni, hanno escluso che le sue spese fossero animate da spirito di liberalità nei confronti della compagna: poiché hanno ritenuto sproporzionati i contributi al ménage familiare, hanno concesso il rimedio dell'arricchimento senza causa. Nel secondo caso (Cass., 24 settembre 2008, n. 07-11928), invece, i conviventi non avevano vissuto nell'immobile ristrutturato perché la relazione si era interrotta quando i lavori non erano del tutto ultimati, ancorché già pagati. Con poche righe di motivazione, i giudici hanno valutato che gli esborsi del convivente non intestatario dell'abitazione fossero giustificati dall'obiettivo di trasferirvi la residenza comune, cosicché hanno rigettato la richiesta del partner di ottenere dalla compagna quanto versato per i lavori. A una soluzione vantaggiosa per il convivente non intestatario la Corte è giunta qualche mese fa (Cass., 23 gennaio 2014, n. 12-27180), pronunciandosi a margine di una vicenda in cui la signora era proprietaria dell'immobile ristrutturato dal compagno muratore, ancorché con materiali procurati dal di lei padre. La decisione è fondata sull'assunto per cui *"i lavori che eccedono la necessaria partecipazione al ménage familiare non possono essere compensati dall'uso gratuito dell'immobile di proprietà dell'altro durante la convivenza"*. Da questi esempi emergono le difficoltà a fornire tutela alle istanze dei semplici conviventi, l'introduzione del *pacs* e la sua distinzione dal *concubinage* sembravano confermare definitivamente la notazione che, più di un decennio prima, aveva accolto le pronunce giurisprudenziali seguite alle sentenze della Corte di Strasburgo come esempio della capacità del diritto di famiglia francese di adattarsi alla novità ed alle peculiarità sociali.

<sup>13</sup> Cass. civ., 28 marzo 2006, n. 04-10684.

menti: il giudice può solo decidere sull'eventuale risarcimento del danno causato reciprocamente (art. 515-7 code civ.).

In Inghilterra il membro di una *unmarried couple* non vanta alcun diritto sui beni del *partner* e la Corte non può imporre ad una parte di trasferire all'altra una quota dei suoi beni, oppure ordinare il pagamento di un assegno di mantenimento come, invece, accade in ipotesi di divorzio<sup>14</sup> o di scioglimento di una *civil partnership*<sup>15</sup>. Al convivente non intestatario dell'immobile può essere assegnato il bene in base alle regole vigenti in *equity*<sup>16</sup>, sviluppate dalla *Court of Chancery* già a partire dal quindicesimo secolo<sup>17</sup>, in particolare in materia di *trust*<sup>18</sup>; la giurisprudenza ha elaborato due categorie di *implied trusts*, i quali sorgono "in applicazione di principi di equity a prescindere da una dichiarazione di volontà validamente indirizzata all'istituzione di un *trust*"<sup>19</sup>.

### Patti tra conviventi

Le legislazioni straniere intervenute in tema di contratti tra conviventi possono dividersi in due categorie: mentre

nella prima – dove spicca quella francese – è evidente l'intento di fornire uno strumento per tutte le coppie, la seconda – tipica tedesca – lo mette invece a disposizione in particolare per gli omosessuali, ed accentua il carattere para – matrimoniale. L'ordinamento francese, in particolare<sup>20</sup>, ha introdotto la possibilità di distinguere patti civili di solidarietà da patti di concubinato<sup>21</sup>. L'ampia autonomia negoziale accordata sino a riconoscere la possibilità di stipulare un patto di solidarietà anche tra coppie omosessuali, incontra quindi i limiti propri del settore, sanciti da norme ritenute imperative<sup>22</sup>. I beni, mobili e immobili, acquistati a titolo oneroso dopo la conclusione del patto si presumono comuni, a meno che risulti diversamente dall'atto costitutivo<sup>23</sup>. Altro è il patto di concubinato, che è "un'unione di fatto, caratterizzata da una vita comune avente carattere di stabilità e continuità, tra due persone, di sesso differente o dello stesso sesso, che vivono in coppia"<sup>24</sup>. Mentre il patto di solidarietà civile è un accordo tra le parti, strumento che ne "organizza" la vita comune, il concubinato è un programma di vita, un'unione fondata sulla prassi e non sull'istituzione<sup>25</sup>.

<sup>14</sup> Blasi-Sarnari, *I matrimoni e le convivenze internazionali*, Torino, 2013, 143 e seg. ricorda che occasione della fine del matrimonio i giudici in Inghilterra e Galles hanno ampio potere di emettere provvedimenti per realizzare un'equa distribuzione delle risorse tra i coniugi, a prescindere dalle intestazioni formali, anche attribuendo ad uno dei coniugi beni di esclusiva proprietà dell'altro (facenti parte del *non-matrimonial property*), sulla base del sistema dell'*"equitable distribution system"*.

<sup>15</sup> "In Inghilterra i rapporti patrimoniali tra conviventi *more uxorio* sono essenzialmente regolati dalla common law, in base alla quale l'unico proprietario del bene è il soggetto che lo ha acquistato": Vagni, *Acquisti in costanza di convivenza*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2015, 1, 80.

<sup>16</sup> Giaimo, *La tutela del convivente non intestatario con riguardo agli apporti conferiti per l'acquisto della casa familiare. Confronti comparatistici*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2013, 3, 851, osserva che, essendo i principi di *equity* di generale applicazione, "potrebbero condurre a risultati non completamente aderenti alle caratteristiche peculiari della relazione affettiva e, dunque, cagionare situazioni di iniquità sostanziale, ascrivibili alla diretta applicazione di istituti di natura proprietaria ad un rapporto profondamente intriso di elementi connotati dal reciproco affidamento".

<sup>17</sup> Quando il Cancelliere "interveneva in situazioni non previste dalla common law per tutelare situazioni di privati cittadini in capo ai quali la legge non riconosceva veri e propri diritti": Rota-Biasini, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, con la revisione di Capozzi, Milano, 2006, 10.

<sup>18</sup> "... il convivente intestatario è il *legal owner* del bene stesso sul quale, tuttavia, grava l'inviolabile *equitable ownership* in favore di chi abbia contribuito all'acquisto medesimo, in modo che questi possa beneficiare di una tutela patrimoniale effettiva nel caso di una eventuale cessazione del rapporto *more uxorio*": Giaimo, *op. cit.*, 851.

<sup>19</sup> *Resulting trust e constructive trust*: Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, 1 e segg.

<sup>20</sup> Con la L. 13 ottobre 1999.

<sup>21</sup> Recita l'art. 515-1 del *Code Civil*: "Un patto civile di solidarietà è un contratto concluso da due persone fisiche maggiorenni, di sesso diverso o del medesimo sesso, per organizzare la loro vita comune". L'articolo continua elencando le cause di nullità di un simile patto,

ravvisabili in legami di parentela (tra ascendenti e discendenti in linea retta, tra affini in linea retta e tra collaterali fino al terzo grado incluso), nel precedente vincolo matrimoniale di uno dei nubendi e, infine, dell'esistenza di un patto civile di solidarietà stipulato – anteriormente – da una delle parti.

<sup>22</sup> La convenzione di solidarietà è annotata dal cancelliere su un apposito registro, dopodiché il funzionario restituisce alle parti gli originali vistati; la dichiarazione verrà quindi sottoposta, a cura del cancelliere ricevente, ad un'altra forma di pubblicità: l'annotazione in un apposito registro conservato presso il tribunale del luogo di nascita di ciascuna delle parti (o, in caso di nascita all'estero, presso la cancelleria del tribunale di grande istanza di Parigi). L'opponibilità ai terzi del patto di solidarietà civile deriva dalla circostanza che, in conseguenza di esso, le parti sono solidalmente obbligate nei confronti dei terzi per i debiti contratti anche singolarmente, per i bisogni della vita quotidiana e per le spese relative alla casa comune.

<sup>23</sup> In caso di successione testamentaria o donazione, è previsto uno sconto di imposta qualora l'erede o il donatario siano legati al testatore o al donante da un patto di solidarietà civile (ma il patto deve essere stato posto in essere da almeno due anni). Ai fini tributari, specificamente per le imposte dirette, il patto di solidarietà produce le conseguenze dell'imposizione comune a partire dal terzo anno dalla data di registrazione del patto.

<sup>24</sup> Art. 515-8.

<sup>25</sup> Il Code Civil è stato innovato al fine di prevedere la disciplina di un regolamento dedicato alla materia, rimesso comunque alla scelta negoziale delle parti. In tema di donazioni, il divieto stabilito da Luigi XIII nel Code Michaud (*l'ordonnance* n. 165 del gennaio 1629) non era stato trasfuso nel Code Napoléon, anche se la giurisprudenza francese continuava a sancire la nullità di simili donazioni per disincentivare il cattivo costume delle relazioni extraconiugali. La nullità di queste donazioni, una volta entrato in vigore il Code Napoléon, veniva sancita in virtù degli artt. 1131 e 1132: ogni qual volta, cioè, fosse possibile accertare che il donante fosse stato guidato dall'intento di far nascere, mantenere o remunerare una relazione non rientrante nei confini del matrimonio. La legge 13 dicembre 1999 ha prodotto un radicale cambiamento, che ha avvicinato l'ordinamento francese alla legislazione di Paesi come Svezia, Finlandia, Norvegia, Olanda e Danimarca.

## Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia

Michele Sesta

A seguito dell'entrata in vigore della L. n. 76/2016, che ha introdotto la regolamentazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze tra persone di diverso o dello stesso sesso, l'ordinamento contempla una pluralità di modelli familiari – matrimonio, unione civile e convivenze –. In questo mutato contesto, il saggio analizza, alla luce degli artt. 2, 3 e 29 della Costituzione, i principali caratteri dell'unione civile, mettendone in evidenza le peculiarità rispetto al matrimonio.

### Premessa

Dopo numerosi tentativi di legiferare non andati a buon fine, il Parlamento ha approvato la L. 20 maggio 2016, n. 76, recante “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”<sup>1</sup>, provvedimento che è destinato a produrre un profondo mutamento nella struttura giuridica delle relazioni familiari, già notevolmente innovata a seguito della riforma della filiazione del 2012/2013. Le nuove disposizioni, in maniera complementare rispetto a quelle che hanno introdotto lo stato unico di figlio<sup>2</sup>, intervengono sul rapporto di coppia, dando forma, accanto a quello fondato sul matrimonio, a due nuovi tipi legali: l'unione civile (art. 1, commi 1°-35°, L. n. 76/2016), indirizzata a coppie di persone maggiorenni dello stesso sesso, e le convivenze di persone maggiorenni di diverso o dello stesso sesso, unite stabilmente da legami affettivi e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile (art. 1, 36° comma, L. n. 76/2016).

Un primo rilievo è che, mediante la nuova legge, il legislatore ha ampliato le opzioni istituzionali disponibili<sup>3</sup>, specie per le coppie dello stesso sesso, che non ne avevano alcuna; ma anche, a ben vedere, per quelle eterosessuali, che ora possono modellare la loro relazione secondo differenti livelli di assunzione di reciproche responsabilità. Ciò non significa ovviamente che i tre modelli legali siano da considerarsi nella sostanza indifferenziati ed equivalenti, posto che la disciplina di ciascuno di essi si presenta in concreto notevolmente distinta. Il che vale non solo per la convivenza, etero e omosessuale, la cui regolamentazione “leggera” nasce dal fatto che la libertà di stare assieme al di

fuori dei lacci legali non può essere misconosciuta, ma anche per l'unione civile, il cui statuto, pur nato dalla costola di quello matrimoniale, si discosta notevolmente da esso, a cominciare dal nome e dalla mancata collocazione nel codice civile, che risponde alla stessa – certamente discutibile – *ratio* per cui neppure il divorzio in esso abbia trovato sede, ed anzi neppure sia così chiamato dal legislatore, se non di sfuggita, come di recente accaduto nell'art. 6, L. 10 novembre 2014, n. 162.

Una chiosa sul nome dell'istituto, unione civile, che appare più esatto di *unioni civili*, forma plurale che compare nella rubrica della legge senza giustificazione, stante l'unicità della fattispecie sottesa. Unione civile è nome volutamente differenziato da quello dell'unione coniugale, il matrimonio, che reca in sé l'essenza originaria del vincolo, cioè la generazione. A ben vedere, tuttavia, l'attributo *civile*, riferito all'unione, grazie all'assonanza con l'espressione *matrimonio civile*, contribuisce a mettere in luce la natura della relazione, nonostante la genericità del sostantivo unione. Certamente, il risultato, sul piano lessicale, non è brillante: unione civile è espressione poco evocante e di sapore vagamente burocratico; meglio suona quella tedesca *Lebenspartnerschaft*, che porta il riferimento alla comunione di vita<sup>4</sup>.

Più in generale, può dirsi che le nuove figure legali evidenzino l'assenza di vocaboli capaci di identificarle in modo adeguato, con riguardo sia al nome degli istituti – come si è visto per l'unione civile e lo stesso vale per le convivenze regolate ai commi da 37 a 67 dell'art. 1, L. n. 76/2016 –, sia a quello dei soggetti che in dette comunanze di vita svolgono la loro personalità<sup>5</sup>, asetticamente denominati, per l'unione civile, parti, con evidente richiamo alla ter-

<sup>1</sup> In argomento, R. Campione, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*; G. Oberto, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*; F. Mecenate, *Unioni civili e convivenze. Successioni, forma e pubblicità, diritto internazionale privato*; A. Figone, *Lo scioglimento delle unioni civili e la risoluzione dei contratti di convivenza*; tutti in AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016; B. De Filippis, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Milano, 2016; M. Bianca, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in *giudicedonna.it*, 2/2016; L. Dell'Osta, G. Spadaro, *Unioni civili e convivenze: tutte le novità*, Milano, 2016.

<sup>2</sup> Sull'unicità dello stato di filiazione cfr. M. Sesta, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Recte sapere, Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, III, Torino, 2014, 1647 e segg. (ed in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 1 e segg.); Id., voce “Filiazione (diritto civile)”, in *Enc. Dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, 445 e segg.; Id. (a cura di), *Codice della famiglia*, III ed., Milano, 2015, *passim*; M. Dogliotti, *La nuova filiazione fuori del matrimonio: molte luci e qualche ombra*, in *Fam. e Dir.*, 2014, 480 e segg.; P. Rescigno, *La filiazione “riformata”: l'unicità dello “status”*, in questa *Rivista*, 2014, 1261 e segg.; M. Bianca, *L'unicità dello stato di figlio*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015, 3 e segg.; Ead. (a cura di), *Filiazione. Commem-*

*to al decreto attuativo*, Milano, 2014, *passim*; C. Camardi, *Diritti fondamentali e “status” della persona*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2015, 7 e segg.; G. Chiappetta (a cura di), *Lo stato unico di figlio*, Napoli, 2014, *passim*; G. Ferrando, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 952 e segg. Sui rapporti genitori-figli nella crisi familiare cfr. M. Sesta, A. Arceri, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2016, *passim*.

<sup>3</sup> Cfr. G. Zanetti, *La coppia di fatto tra diritto e morale*, in *Elementi di etica pratica. Argomenti normativi e spazi del diritto*, a cura di Id., Roma, 2003, 147; G. Zanetti, M. Sesta, *La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto*, in *Famiglia*, 2004, 659 e segg.; M. Sesta, *Le convivenze tra libertà, solidarietà e public policy*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, t. II, Milano, 2006, 483 e segg.

<sup>4</sup> Cfr. S. Patti, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 958 e segg.; A. Renda, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, 240.

<sup>5</sup> Rileva P. Bruckner, *Il matrimonio d'amore ha fallito?* Parma, 2011, 83, che ciò è indice della difficoltà di pensare a un legame fuori del contesto coniugale proprio mentre sembrano ripeterlo.

minologia contrattuale, anche se invero il vocabolo viene talvolta utilizzato per indicare i coniugi (cfr. art. 107 c.c.); e, per le convivenze, “conviventi di fatto”, così – contraddittoriamente – definiti dallo stesso legislatore che ne disciplina la relazione. Il che non meraviglia, visto che il lessico delle relazioni familiari – formatosi in un contesto in cui le nuove figure, tanto quelle relative alla coppia che ai legami di filiazione, non solo non erano politicamente corrette, ma anzi erano fortemente osteggiate dalla morale comune e dal diritto – usava parole oggi inattuali, non ancora adeguatamente sostituite<sup>6</sup>.

In ogni caso, rispetto al recente passato, la disciplina dei rapporti familiari si è capovolta. Prima della riforma della filiazione vi era una pluralità di *status filiationis* – legittima, naturale riconosciuta, naturale non riconosciuta o non riconoscibile – ed un unico modello legale regolante la relazione di coppia, cioè il matrimonio; ora, il rapporto di filiazione si conforma ad un unico stato di figlio, mentre quello di coppia è divenuto plurale, potendo assumere le forme del matrimonio, dell’unione civile, delle – a loro volta multiformi – convivenze.

È corrente l’opinione che il nuovo diritto, cioè la richiamata legge, abbia inteso dare spazio, più spazio, ai sentimenti nella disciplina degli istituti familiari e, così facendo, abbia voluto riconoscere dignità a tutte le relazioni affettive<sup>7</sup>. A ben vedere, il tema della rilevanza dei sentimenti nei vincoli familiari e specie coniugali è carico di ambiguità<sup>8</sup>. Per secoli i sentimenti, che oggi consideriamo costituire la base “naturale” delle relazioni coniugali e genitoriali, sono stati sostanzialmente ignorati dal diritto di famiglia; solo la riforma del 1975 e, qualche anno prima, la legge introduttiva del divorzio e quella sull’adozione speciale avevano attribuito valenza giuridica a profili propriamente affettivi, mentre, in precedenza, la famiglia era regolata come istituzione portatrice di interessi propri e superiori a quelli dei singoli membri che la componevano. Di qui, regole severe, quali l’indissolubilità del matrimonio, la sostanziale irrile-

vanza dell’errore nel matrimonio, la separazione per colpa, la condizione deteriore dei figli c.d. illegittimi e così via<sup>9</sup>.

Venendo all’unione civile, che rappresenta la novità di maggior rilievo, evidentemente i titoli dei menzionati convegni intendono richiamare il fatto che questo istituto – non ritengo che l’unione civile possa essere definita quale “istituzione” nel senso che Rescigno, sulle orme di Raiser, dà al termine<sup>10</sup>, considerato che, come meglio si dirà nel prosieguo, il legame dei civilmente uniti è individuale e contrattuale<sup>11</sup> – consente di dare spazio, nell’ambito dei rapporti familiari, a quei sentimenti che legano persone dello stesso sesso, che fino ad ora non potevano ottenere un riconoscimento giuridico del loro legame.

### L’unione civile quale strumento di tutela dei diritti inviolabili della persona omosessuale

Si è già molto discettato sulla natura dell’unione civile: da varie parti si è in qualche modo lamentato che la sua disciplina non coincida con quella del matrimonio, prospettandosi violazione del principio d’eguaglianza o del divieto di non discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale<sup>12</sup>; mentre, secondo altro opposto orientamento, sarebbe censurabile proprio la sua sostanziale sovrapposizione al matrimonio, che consentirebbe di dubitare della compatibilità del nuovo istituto con l’art. 29 Cost.<sup>13</sup>. Si è anche scritto che non sussista alcuna preclusione costituzionale ad estendere alle unioni omosessuali le regole del matrimonio<sup>14</sup>.

Ad avviso di chi scrive, nessuna delle posizioni richiamate appare condivisibile, considerato che, come precisato dalla Corte costituzionale nelle note sentenze n. 138/2010<sup>15</sup> e n. 170/2014<sup>16</sup>, “la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente [...] è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso” (sentenza n. 138/2010)<sup>17</sup>. L’unione tra persone dello stesso sesso è, dunque, “forma alternativa (e diversa) dal matrimonio”<sup>18</sup>.

<sup>6</sup> Per i rapporti tra grammatica e cultura cfr. V. Coletti, *Grammatica dell’italiano adulto*, Bologna, 2015, 79 e segg.

<sup>7</sup> È significativo che uno dei primi convegni tenuti dopo l’approvazione della legge (Treviso, 20-21 maggio 2016) sia stato intitolato “La legge dei sentimenti. Famiglia e nuovo diritto”, e che un successivo incontro (Bologna, 9 giugno 2016), a cura dell’AMI Emilia Romagna e della Scuola Superiore di Studi Giuridici dell’Università di Bologna, abbia fatto riferimento al superamento del “confine dell’amore”.

<sup>8</sup> Si vedano le provocatorie tesi di P. Bruckner, *op. cit.*, *passim*, secondo il quale le culture occidentali “hanno confuso la passione con le istituzioni”.

<sup>9</sup> M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, VI ed., Padova, 2015, 1 e segg.

<sup>10</sup> P. Rescigno, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, I, 109, spec. 117: “con un linguaggio che mutua la parola “istituzione” non dalla terminologia tradizionale, dove sulla parola pesano ipoteche ideologiche che la rendono ambigua e pericolosa, ma dalle pagine di Ludwig Raiser che vede come istituzioni i momenti fondamentali della vita, quali il possesso, la promessa, il contratto, si vuol ribadire che, labili e precari anche quando si rivelano largamente diffusi e socialmente accettati, comunità e unioni extramatrimoniali sono istituti, mentre il matrimonio, pur contestato e ridimensionato e percorso da inquietudini, rimane l’istituzione”.

<sup>11</sup> Cfr. A. De Benoist, *I demoni del bene. Dal nuovo ordine morale all’ideologia del genere*, Napoli, 2015, 162.

<sup>12</sup> Cfr., ad es., M. Gattuso, *Cosa c’è nella legge sulle unioni civili*:

*una prima guida*, in <http://www.articolo29.it/2016/>, il cui pensiero è condiviso da G. Oberto, *I rapporti patrimoniali*, cit., 31.

<sup>13</sup> Per una ricostruzione delle varie posizioni cfr. M. Belletti, *Le Unioni di persone dello stesso sesso in attesa di un intervento legislativo tra giurisprudenza costituzionale, dei giudici comuni e della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Ephemerides iuris canonici*, 2015, 426 e segg.; Id., *La sollecitazione del “fatto”. Nella conformazione delle unioni di persone dello stesso sesso*, in *Percorsi costituzionali*, 2015, 193 e segg.

<sup>14</sup> M. Segni, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, 707.

<sup>15</sup> Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Iustitia*, 2010, 311, con nota di M. Costanza, *La Corte costituzionale e le unioni omosessuali*, e in *Giust. civ.*, 2010, I, 1294.

<sup>16</sup> Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Giustizia civile.com*, Editoriale 19 giugno 2014, con nota di L. Balestra, *Sugli effetti della rettificazione dell’attribuzione di sesso sul matrimonio preesistente*, e in *Fam. e Dir.*, 2014, 861, con nota di V. Barba, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*, e in *Foro it.*, 2014, I, 2685, con nota di S. Patti, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*.

<sup>17</sup> Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, cit.

<sup>18</sup> Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, cit. In argomento cfr. A. Renda, *Il matrimonio civile*, cit., 200 e segg.

Occorre pertanto procedere all'analisi della relazione tra gli istituti del matrimonio e dell'unione civile, che può prendere le mosse dall'art. 1, 1° comma, della novella, che "istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione".

È stata messa in luce l'ambiguità di questa previsione<sup>19</sup>, che conferisce la qualifica in questione solo all'unione civile e non alle convivenze, disciplinate dai commi 36-65 dell'art. 1 della L. n. 76/2016, le quali peraltro già l'hanno conseguita da almeno quarant'anni ad opera della giurisprudenza, che, più di recente, l'ha estesa anche alla convivenza tra persone omosessuali<sup>20</sup>. Probabilmente il legislatore ha così voluto enfatizzare – sul piano politico – il risultato che si apprestava a conseguire, non rendendosi conto che ciò, in ultima analisi, finiva per sminuire la realtà della coppia omosessuale, quasi si trattasse di una creazione del potere legislativo piuttosto che di una forma di comunanza di vita che si rinviene nell'esperienza sociale<sup>21</sup>. Meglio sarebbe stato che il legislatore, anziché *istituire* l'unione civile, si fosse limitato a *regolarla*, conformemente del resto a quanto enunciato nella rubrica.

Non v'è dubbio, in ogni caso, che il richiamo agli artt. 2 e 3 Cost. da parte del legislatore che istituisce l'unione civile sia significativo ed assuma una notevole valenza euristica. In prima approssimazione, è necessario sottolineare che, nella citata disposizione di apertura, non sia richiamato l'art. 29 Cost., il che già consente di ritenere che questa

nuova, *specificata* – come lo stesso legislatore non manca di sottolineare – formazione sociale non si sovrapponga alla famiglia matrimoniale, e che, quindi, nella stessa intenzione del legislatore, matrimonio e unione civile sono, in linea di principio, differenti. È interessante, poi, mettere a confronto il diverso linguaggio dell'art. 29 Cost. rispetto a quello dell'art. 1, 1° comma, L. n. 76/2016: l'odierno legislatore "istituisce", cioè crea, l'unione civile, che dunque si appalesa istituto del diritto positivo, nato per volontà legislativa, che non partecipa della natura che la Costituzione "riconosce" ai diritti della famiglia matrimoniale<sup>22</sup>. Valgano, al riguardo, le considerazioni di un acuto studioso che, con riferimento alla famiglia (eterosessuale) di fatto, ha messo in luce come "la famiglia fondata sul matrimonio costituisce il nucleo della tutela costituzionale, che riguarda non solo i diritti dei singoli componenti ma anche l'istituzione familiare in sé e per sé; la famiglia che non trae origine dal matrimonio, invece, riceve tutela al pari di qualsiasi forma sociale (una tutela indiretta, quindi), nell'ambito della quale, però, la protezione dei singoli e dei diritti dei componenti riceve un rilievo pieno e privilegiato rispetto al consorzio"<sup>23</sup>.

Quanto precede vale anche, e più ancora, per l'unione civile, che dunque può dirsi sia stata istituita per apprestare specifica tutela ai diritti inviolabili delle persone omosessuali<sup>24</sup>, e non alla "istituzione" in sé, come invece accade per quella familiare. In breve, può dirsi che dallo stesso art. 1, 1° comma, della legge possa desumersi che l'unione civile

<sup>19</sup> Cfr. L. Balestra, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 2016, 4. Tra gli altri contributi sul tema pubblicati prima dell'entrata in vigore della nuova legge, cfr. M. Trimarchi, *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze: luci e ombre*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2016, 1; E. Quadri, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a future memoria?*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 2016, 4; G. Ferrando, *Le unioni civili: la situazione in Italia alla vigilia della riforma*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2016, 3; E. Giusti-F. Vettori, *Famiglia di fatto ed unioni civili: verso un nuovo modello di famiglia*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 2016, 1; G. Iorio, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015, 1014 e segg.; F. Romeo, M.C. Venuti, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, *ibidem*, 971 e segg.

<sup>20</sup> Cfr. Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, in *Corriere Giur.*, 2015, 1048, con nota di S. Patti, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione "ancorché non più matrimoniale"*; Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Corriere Giur.*, 2015, 915 e segg., con nota di G. Ferrando, *Matrimonio same-sex: Corte di cassazione e giudici a confronto*; Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Dir. Famiglia*, 2012, 696, e in questa *Rivista*, 2012, 1669, con nota di E. Calevi, *Unioni same sex: dall'inesistenza all'inidoneità a produrre effetti giuridici*, e ancora *ivi*, 2013, 329 e segg., con nota di L. Marotti, *La tutela delle unioni omosessuali nel dialogo tra Corti interne e Corte europea dei diritti umani*.

<sup>21</sup> Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, cit.

<sup>22</sup> Più ampiamente cfr. A. Renda, *Il matrimonio civile*, cit., 46; M. Sesta, sub art. 29 Cost., in Id. (a cura di), *Codice della famiglia*, cit., 81.

<sup>23</sup> A. Morrone, sub art. 2 Cost., in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, cit., 11.

<sup>24</sup> Sulla scia delle significative aperture in favore delle persone omosessuali che si erano già registrate nella giurisprudenza: cfr. Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, cit., e Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, cit.; nella giurisprudenza di legittimità v. le già richiamate Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400 e Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, nonché, con riferimento all'affidamento del figlio al genitore legato a *partner* dello stesso sesso, Cass., 11 gennaio

2013, n. 601, in *Fam. e Dir.*, 2013, 570, con nota (critica) di F. Ruscello, *Quando il pregiudizio ... è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*.

Significativa è, inoltre, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha ricondotto le convivenze omosessuali nell'alveo della nozione di "vita familiare" da tutelare ai sensi dell'art. 8 della CEDU (Corte eur. Dir. Uomo, sez. I, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)), anche in difetto di "coabitazione", purché il rapporto abbia carattere di "stabilità" (Corte eur. Dir. Uomo, Grande camera, 7 novembre 2013, n. 29381, *Valianatos et al. c. Grecia*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, I, 703 e segg., con nota di P. Pirrone, *La Corte eur. dir. uomo sul caso Valianatos et autres c. Grèce: "patti di vita comune" e discriminazione basata sull'orientamento sessuale*, nonché, da ultimo, in un caso che ha visto coinvolto (e condannato) lo Stato italiano, riconosciuto l'esistenza di un'obbligazione positiva in capo all'Italia – ma verosimilmente a carico di tutti gli Stati firmatari della Convenzione che non prevedano né il matrimonio né altra forma di riconoscimento delle coppie omosessuali – di introdurre un regime legale per le unioni di persone dello stesso sesso, sia esso o meno "matrimonio" è questione lasciata al margine di apprezzamento degli Stati (Corte eur. Dir. Uomo, sez. IV, 21 luglio 2015, *Oliari et al. c. Italia*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 1069, con nota di P. Bruno, *Oliari contro Italia: la dottrina degli "obblighi positivi impliciti" al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*, e in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, 575 e segg., con nota di L. Lenti, *Prime note in margine al caso Oliari c. Italia*). Non solo: la Corte ha altresì ricompreso nella nozione di "vita familiare" il legame verticale che si stabilisce tra il *partner* omosessuale ed i figli del convivente, aprendo la strada alle adozioni coparentali per le coppie dello stesso sesso, ossia all'adozione da parte del *partner* omosessuale dei figli dell'altro (cfr. Corte eur. Dir. Uomo, Grande camera, 19 febbraio 2013, *X et al. c. Austria*, in questa *Rivista*, 2013, 1764 e segg., con nota di L. Poli, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore*, e in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, 525 e segg., con nota di C. Fatta, M. Wincler, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della "second-parent adoption"*).



si collochi su un piano diverso da quello proprio della famiglia dell'art. 29 Cost. e che si tratti di entità non omogenee. Sotto tale profilo, appare più ambiguo, e forse inopportuno, il richiamo all'art. 3 Cost., che, se da un lato – sempre in chiave politica – sembra voler rimarcare la “pari opportunità” che la legge attribuisce alle persone omosessuali, dall'altro, inevitabilmente, pone il dubbio – invero, da più parti affacciato, ma, a parere di chi scrive, infondato – che l'unione civile rechi in sé una irragionevole *deminutio* e che il principio d'eguaglianza finisca per esigere l'apertura del matrimonio anche a persone dello stesso sesso.

### Unione civile e matrimonio a confronto

La differenza tra unione civile e matrimonio – ricavabile, come si è detto, sin dalla disposizione di apertura della nuova legge – trova conferma nell'analisi della specifica disciplina contenuta ai commi 2°-33° dell'art. 1, L. n. 76/2016<sup>25</sup>.

Al proposito occorre considerare preliminarmente che l'art. 1, 20° comma, L. n. 76/2016, da un lato, espressamente stabilisce che le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e quelle contenenti la parola coniuge o un termine equivalente si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile, ma, dall'altro, precisa che detto principio vale con riferimento a tutte le leggi e agli atti aventi forza di legge ma non alle norme del codice civile non richiamate espressamente dalla L. n. 76/2016, nonché a quelle della legge sull'adozione. Il che conferma, sotto altro riguardo, che l'unione civile non è sovrapponibile al matrimonio, specie dal punto di vista della filiazione e dell'adozione, le cui disposizioni – come precisato nella parte

finale del predetto 20° comma – “restano ferme”; ciò che – sembra a chi scrive, ma la questione, proprio in questi giorni, è stata autorevolmente decisa in senso contrario<sup>26</sup> – comporta che la coppia omosessuale non sia ammessa all'adozione neppure nei casi particolari di cui all'art. 44, L. n. 184/1983.

Venendo nello specifico alla disciplina dell'unione civile, sempre allo scopo di ricostruirne la natura, può brevemente osservarsi quanto segue.

In primo luogo, la legge non menziona, né direttamente né indirettamente, le disposizioni relative alla affinità (art. 78 c.c.), cioè il vincolo tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge, pur richiamando (al 19° comma dell'art. 1, L. n. 76/2016) il Titolo XIII del Libro primo e, cioè, gli artt. 433, nn. 4 e 5, e 434 c.c. in tema di obblighi alimentari, che contemplano tra gli obbligati i suoceri, il genero e la nuora. Pare quindi che nessun vincolo giuridico venga a crearsi tra una parte dell'unione e i parenti dell'altra parte e che il richiamo agli obblighi alimentari tra affini che pur è stato effettuato sia privo di effetti in quanto il relativo vincolo non può sorgere tra parte dell'unione e parenti dell'altra parte, stante appunto il mancato richiamo dell'art. 78 c.c. e la generale previsione dell'art. 1, 20° comma<sup>27</sup>. Il dato è significativo, perché l'affinità, come i vincoli di parentela, che pure non vengono in rilievo a proposito dell'unione civile, è conseguenza della capacità espansiva del matrimonio<sup>28</sup>, che non è invece attribuita all'unione, i cui effetti sostanzialmente riguardano solo i membri della coppia che la costituiscono.

Ancora, la legge non richiama le disposizioni relative alla promessa di matrimonio, all'ammissione del minore al matrimonio, alle pubblicazioni, alle opposizioni, e, soprattutto

<sup>25</sup> R. Campione, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, cit., *passim*.

<sup>26</sup> Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *DeJure*, e in *Ifamiliarista.it*, 22 giugno 2016, con nota di A. Figone, *La Cassazione dice sì alla stepchild adoption*. E vedi già le aperture a favore della *stepchild adoption* registratesi nella giurisprudenza di merito: cfr. App. Torino, Sez. min., 27 maggio 2016, n. 27, inedita, sulla scia di Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, in *Fam. e Dir.*, 2015, 580 e segg., con nota di M.G. Ruo, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, confermata da App. Roma, 23 dicembre 2015, in *Foro It.*, 2016, I, 699, e di Trib. min. Roma, 30 dicembre 2015, in *Ifamiliarista.it*, 11 aprile 2016 (s.m.). V. anche App. Milano, 1° dicembre 2015, n. 2543, in *Fam. e Dir.*, 2016, 271, con nota di F. Tommaseo, *Sul riconoscimento dell'adozione piena, avvenuta all'estero, del figlio del partner d'una coppia omosessuale*; App. Napoli, 5 aprile 2016, in *Ifamiliarista.it*, 11 aprile 2016; Trib. min Bologna, 10 novembre 2014, n. 4701 (ord.), in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, 387, con nota di D. Ferrari, *I legami omogenitoriali formati all'estero all'esame del giudice delle leggi: come tutelare l'interesse del minore?*, tutte relative a casi di riconoscibilità in Italia di provvedimenti stranieri aventi ad oggetto l'adozione di minori da parte del *partner* omosessuale di uno dei genitori biologici. Peraltro la citata ordinanza del Tribunale di Bologna ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della L. n. 184/1983, “nella parte in cui – come interpretati secondo diritto vivente – non consentirebbero al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato (all'estero) il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio stesso abbia prodotto effetti in Italia (come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso)”. La Corte costituzionale (Corte cost., 7 aprile 2016, n. 76, in *Ifamiliarista.it*, 2016, 18 aprile) ha dichiarato inammissibile la questione, affermando che la sentenza straniera di adozione del figlio del *partner* omosessuale è efficace nell'ordinamento giuridico italiano,

ai sensi dell'art. 41, 1° comma, L. n. 218/1995, salvo il rifiuto dell'ufficiale di stato civile, avverso il quale gli interessati possono proporre reclamo avanti la Corte d'appello. Sotto altro ma connesso profilo significativo è Trib. Palermo, 13 aprile 2015 (decr.), in questa *Rivista*, 2015, 1363, con nota di L. Attademo, *L'interesse del minore a frequentare il genitore sociale omosessuale*, chiamato a pronunciarsi sulla domanda avanzata da una ex convivente omosessuale che chiedeva applicarsi nei suoi riguardi l'art. 337 *ter* c.c. con riferimento al figlio concepito dalla *partner* attraverso tecniche di procreazione medicalmente assistita: invocando la necessità di garantire il superiore interesse del figlio, il Tribunale ha ritenuto di poter procedere ad una interpretazione evolutiva, ma a suo dire costituzionalmente e convenzionalmente conforme, dell'art. 337 *ter*, ricomprendendo nel suo campo di applicazione anche la figura del genitore sociale, nella specie omosessuale, avente instaurato con il figlio un legame familiare di fatto significativo e duraturo; il decreto è stato riformato da App. Palermo, 31 agosto 2015, in *Corriere Giur.*, 2015, 1558 e segg., con nota di S. Veronesi, *Genitore “sociale” e relazioni di fatto: riconosciuta la rilevanza dell'interesse del minore a mantenere un rapporto stabile e significativo con il convivente del genitore biologico*.

In generale, sul tema della c.d. omogenitorialità cfr., in dottrina, A. Palazzo, *Eros e jus*, Milano-Udine, 2015, *passim*; C. Camardi, *Diritti fondamentali e “status” della persona*, cit., 35; F. Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. Famiglia*, 2011, 1375 e segg.; G. Mastrangelo, *L'affidamento, anche eterofamiliare, di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci*, in *Fam. e Dir.*, 2014, 353 e segg.; G. Palmeri, *La famiglia omosessuale. Linee di tendenza e prospettive*, in F. Romeo (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Torino, 2014, 45 e segg.

<sup>27</sup> *Contra*, G. Oberto, *I rapporti patrimoniali*, cit., 53, il quale ritiene che in forza del predetto richiamo alle norme in materia alimentare troveranno applicazione anche gli obblighi previsti per suoceri, generi e nuore.

<sup>28</sup> A. Renda, *Il matrimonio civile*, cit., 121 nt. 290, e 166 e segg.

to, alla celebrazione. Parola, quest'ultima, che reca con sé l'idea di un rito solenne, qual è nel comune sentire quello matrimoniale, e che il legislatore evita di usare all'art. 1, 2° comma, ove, con linguaggio contrattuale, si legge che "due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni", senza peraltro che sia precisato il contenuto di tale dichiarazione. Mentre il 3° comma, lungi dal riproporre la formula dell'art. 107 c.c., secondo la quale l'ufficiale dello stato civile dichiara che le parti "sono unite in matrimonio", si limita sbrigativamente a disporre che costui "provvede alla registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell'archivio dello stato civile". Sempre con riguardo all'unione, non sono menzionate neppure le disposizioni penali di cui agli artt. 134 ss. c.c., mentre le condizioni necessarie per costituirle sono previste dal 4° comma, che richiama anche l'art. 87 e, in qualche modo, gli artt. 85, 86 e 88 del codice.

Quanto ai diritti e doveri che nascono dall'unione civile, è ben noto che essi ricalcano quelli dei coniugi, cioè l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale, alla coabitazione, alla contribuzione ai bisogni comuni, così nominati in luogo di quelli della famiglia, cui si riferisce l'art. 143 c.c. Il 12° comma prevede espressamente che le parti concordino tra loro "l'indirizzo della vita familiare", il che vale a confermare che l'unione civile dà vita ad un consorzio rientrante nell'orbita degli artt. 8 CEDU e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tuttavia, la stessa disposizione omette di riprodurre quelle parole dell'art. 144 cc. che fanno obbligo ai coniugi, nel concordare l'indirizzo della vita familiare, di tenere conto non solo delle esigenze di entrambi, ma di quelle "preminenti della famiglia stessa"; omissione particolarmente significativa perché disvela una sorta di ritrosia del legislatore a definire "famiglia" l'unione civile e, quindi, a considerarla alla stregua di una istituzione in linea di principio sovraordinata ai singoli che la compongono. Il che, in sé, non appare irragionevole, considerato che essa si riduce alla dimensione di coppia, poiché, almeno secondo l'impianto legislativo, che non è scontato sarà seguito dalla giurisprudenza, non prevede la presenza di figli.

Sempre con riferimento ai rapporti personali tra le parti dell'unione civile, resta la vistosa omissione dell'obbligo reciproco di fedeltà, questione sulla quale si è già molto discettato, e non da oggi: basti ricordare le inattuali, ed anzi oramai impronunciabili, parole che scriveva Thomas Mann novanta anni or sono a proposito dell'amore coniugale e di quello che, pur chiamandolo amore omosessuale<sup>29</sup>, tuttavia egli definiva "l'esatto contrario della fedeltà". Dunque, la L. n. 76/2016 attribuisce al matrimonio il monopolio della

fedeltà, come lo ha efficacemente definito un attento studioso<sup>30</sup>, che osserva esattamente come il mancato richiamo della fedeltà tra i doveri dei civilmente uniti sia anche coerente con la disciplina dello scioglimento dell'unione, che non conosce la separazione, e quindi non prevede l'addebito (che è sanzione tipica dell'infedeltà coniugale). Ciò non toglie che, nel concreto atteggiarsi del rapporto, i *partners* possano conformarsi spontaneamente al canone della fedeltà, secondo un paradigma analogo a quello dell'obbligazione naturale.

Come si è appena riferito, la disciplina dello scioglimento dell'unione civile si discosta alquanto da quella del matrimonio, poiché non solo la novella non richiama la separazione legale tra coniugi<sup>31</sup>, ma invece introduce la possibilità di addivenire direttamente allo scioglimento, giusta quanto previsto dai commi 22°, 23°, 24° e 25° dell'art. 1. Per di più, il che costituisce una specifica peculiarità rispetto al matrimonio, come si è detto l'unione civile può sciogliersi per la mera volontà (anche di una) delle parti, manifestata anche disgiuntamente dinanzi all'ufficiale dello stato civile: decorsi tre mesi, la domanda è proposta al tribunale competente, chiamato a pronunciare lo scioglimento. In presenza di una consimile causa di divorzio, come è stato esattamente osservato<sup>32</sup>, appare pleonastico il richiamo, operato dal 23° comma dell'art. 1, L. n. 76/2016, alle cause di scioglimento previste come tassative dall'art. 3 della legge sul divorzio.

In definitiva, la volontà unilaterale di scioglimento dell'unione configura una nuova "causa di divorzio", che riduce il compito del giudice al mero accertamento della volontà di una parte, fermo restando che il tribunale adito dovrà poi adottare tutti i provvedimenti di cui agli artt. 5, commi 6, 7, 8; 9; 9 *bis*; 10; 12 *bis*; 12 *ter* (disposizione che pare invero erroneamente richiamata in quanto riferita all'ipotesi di figli comuni tra i divorziati); 12 *quater*; 12 *quinqüies* e 12 *sexies* L. n. 898/1970 (richiamati dal 25° comma dell'art. 1, L. n. 76/2016).

Con riferimento, invece, ai rapporti patrimoniali tra uniti civilmente, l'art. 1, 13° comma, L. n. 76/2016 rinvia integralmente alle norme codicistiche che governano quelli tra coniugi<sup>33</sup> e lo stesso accade per i diritti successori (art. 1, 21° comma)<sup>34</sup>.

In sintesi, alla luce di quanto precede, le differenziazioni tra matrimonio e unione civile sono numerose e assai rilevanti; il che, ad avviso di chi scrive, appare giustificato dall'ontologica distinzione tra le due fattispecie, dipendente proprio dall'identità di sesso che contraddistingue le parti dell'unione e che esclude la loro fecondità<sup>35</sup>. Diversità ontologica che, coerentemente, ha portato il legislatore all'istituzione di una nuova formazione sociale, ricompresa nell'art. 2 Cost. e distinta da quella propriamente familiare "riconosciuta" nell'art. 29 Cost.

<sup>29</sup> T. Mann, *Sul matrimonio. Brindisi a Katia*, Milano, 1993, 40.

<sup>30</sup> L. Olivero, *Unioni civili e presunta licenza di infedeltà*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2016, in corso di pubblicazione.

<sup>31</sup> Ma vedi le considerazioni di G. Oberto, *I rapporti patrimoniali*, cit., 54, che, argomentando da una serie di richiami, specie di norme processuali, conclude per l'applicabilità all'unione civile della separazione, tanto consensuale che contenziosa, alla quale le parti dell'unione civile potrebbero ricorrere "in relazione ad un periodo di crisi di gravità non tale da comportare una definitiva rottura del vincolo". Anche in questo caso, seguendo l'opinione di A. Figone, *Lo scioglimento delle unioni civili*, cit., 263, che attribuisce i richiami valorizzati

da Oberto ad "una svista", dissentiamo dal pensiero dell'attento e acuto studioso, sempre riferendoci al tenore dell'art.1, 20° comma, della legge, che non consente di dare ingresso all'istituto della separazione legale.

<sup>32</sup> E. Quadri, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a future memoria?*, cit., 7.

<sup>33</sup> Cfr. G. Oberto, *I rapporti patrimoniali*, cit., 30.

<sup>34</sup> Cfr. F. Mecenate, *Unioni civili*, cit., 133.

<sup>35</sup> Sul nesso tra matrimonio e procreazione cfr. A. Renda, *Il matrimonio civile*, cit., 211.

È prevedibile, tuttavia, che la scelta legislativa di istituire l'unione civile quale speciale formazione sociale – proprio in quanto enfatizza le differenze tra coppia matrimoniale e coppia civilmente unita – verrà prima o poi messa in dub-

bio nella sua legittimità costituzionale, prospettandosi una discriminazione sotto il profilo dell'orientamento sessuale<sup>36</sup>. La questione, dunque, è tutt'altro che definitivamente risolta.

## I regimi patrimoniali delle unioni civili

Giacomo Oberto

Lo studio intende fornire una prima analisi dell'assetto dei rapporti patrimoniali nell'ambito del nuovo istituto dell'unione civile. Preliminare a tale disamina è la considerazione della tecnica legislativa (rinvio, mancato rinvio, trasfusione) seguita dal riformatore del 2016, in particolare al comma 20. Si procede poi al commento del comma 13, che racchiude le principali disposizioni in materia. Si illustrano così i problemi posti dalla trasposizione del regime patrimoniale coniugale nel contesto dei rapporti propri della fase fisiologica dei soggetti civilmente uniti, per concludere con alcuni rilievi sulle questioni patrimoniali relative alla crisi del rapporto. Si segnala, in particolare, il problema della separazione personale e, soprattutto, il mancato adattamento del capoverso dell'art. 191 c.c. (anticipo dello scioglimento del regime legale al momento dell'emanazione dell'autorizzazione a vivere separati, per la procedura di separazione, ma non per quella di divorzio) al caso del divorzio "diretto" o "immediato", oggi consentito ai *partners* dell'unione civile (ma ancora vietato ai coniugi).

### La tecnica concretamente adottata dal riformatore e i suoi limiti

Commentando i d.d.l. che hanno preceduto la L. 20 maggio 2016, n. 76, parte della dottrina<sup>1</sup> ha osservato che l'Italia, con queste disposizioni, si è venuta ad avvicinare ai molti altri Paesi firmatari della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (e non solo quelli), che hanno dato riconoscimento giuridico alle unioni affettive *same-sex* e, più in generale, apprestato tutela alle convivenze etero- od omosessuali non matrimoniali<sup>2</sup>. Si è tentato così di colmare il vuoto di tutela segnalato, da ultimo, dalla Corte di Strasburgo, che ha stigmatizzato l'inerzia dell'Italia, evidenziando il mancato assolvimento, in violazione dell'art. 8 Cedu sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, dell'obbligo positivo di assicurare alle coppie omosessuali riconoscimento e protezione con l'emanazione di una normativa

*ad hoc*<sup>3</sup>. Si è voluto altresì dar seguito alle esortazioni della Consulta (formulate ormai nel giugno 2014) di provvedere con "la massima sollecitudine" a dare forma giuridica alle unioni, originariamente matrimoniali e divenute *same-sex* a seguito del mutamento di genere di uno dei coniugi, in presenza della volontà dei *partner* di mantenere in vita il rapporto di coppia<sup>4</sup>.

Tante buone intenzioni sono però miseramente naufragate, al momento del *redde rationem* di fronte al Senato, nel febbraio 2016, in un vero e proprio "psicodramma parlamentare", il cui esito finale, al di là della fin troppo nota vicenda della *stepchild adoption*, ha in una non trascurabile parte stravolto l'impianto originario della riforma, giungendo a risultati, se possibile, ulteriormente peggiorativi, con la vistosa umiliazione (a tacer d'altro) che il Governo ed il Parlamento hanno inteso infliggere alle coppie dello stesso sesso, sembrando quasi<sup>5</sup>, con l'abolizione del dovere di

<sup>36</sup> Correttamente esclusa da L. Balestra, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da M. Bessone, IV, *Famiglia e matrimonio*, a cura di T. Auletta, I, Torino, 2010, 22.

<sup>1</sup> Cfr. Romeo-Venuti, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015, 991 e segg. Per un quadro generale della situazione al momento dell'entrata in vigore della riforma del 2016 cfr. anche Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova, 2012, *passim*; Id., *I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 165 e segg.; T. Auletta, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015, 615 e segg. Per una disamina della novella del 2016, in relazione ai profili patrimoniali, rispettivamente, delle unioni civili e delle convivenze di fatto cfr. Oberto, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in Blasi-Campione-Figone-Mecenate-Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze – Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, 29 e segg., 59 e segg.

<sup>2</sup> Per alcune disamine comparate cfr. Bonini Baraldi, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Milano, 2005, *passim*; Id., *La famiglia de-genere. Matrimonio, omosessualità e Costituzione*, Milano-Udine, 2010, *passim*; Aa.Vv., *Le unioni tra persone dello stesso sesso: profili di diritto civile, comunitario e comparato*, a cura di Bilotta, Milano, 2008, *passim*; Aa.Vv., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di Pezzini e

Lorenzetti, Napoli, 2011, *passim*.

<sup>3</sup> Cfr. Corte EDU 21 luglio 2015 (n. 18766/11 e 36030/11), *Oliari et al. c. Italia*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 1069, con nota di Bruno; reperibile anche in <http://budoc.echr.coe.int>. Sul tema cui si fa accenno nel testo cfr. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 211 e segg.

<sup>4</sup> Cfr. Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170. Con tale sentenza è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4, L. n. 164/1982, con riferimento all'art. 2 Cost., nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore; la dichiarazione di illegittimità è estesa all'art. 31, comma 6°, D.Lgs. n. 150/2011, che ha sostituito l'art. 4, L. n. 164/1982, abrogato dall'art. 36 del medesimo D.Lgs., ripetendone, con minima ininfluyente variante lessicale, in modo identico il contenuto. Sulla decisione, in prospettiva critica, cfr. Palmeri-Venuti, *L'inedita categoria delle unioni affettive con visato giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della corte costituzionale 11 giugno 2014, n. 170 in materia di divorzio del transessuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 553 e segg.

<sup>5</sup> Come argutamente notato dalla stampa d'opinione: cfr. M. Feltri, *Tradimento libero per i gay tra nervosismi e ironie*, in *La Stampa*, 25 febbraio 2016, 2.

fedeltà, “certificare per legge l’antropologico disordine sentimentale degli omosessuali”; il tutto mentre un ministro della Repubblica si andava vantando, addirittura, di “aver impedito una rivoluzione contronatura”<sup>6</sup>, senza avvedersi del fatto che proprio le discriminazioni così introdotte rispetto al matrimonio determineranno, prima o poi, ricadute inattese sui rapporti tra coniugi: dalla maggiore libertà nella scelta del cognome, all’esclusione dell’obbligo di fedeltà, all’ulteriore semplificazione delle procedure divorzili, all’esclusione della necessità della separazione legale quale presupposto per il divorzio, alle prospettive di una diversa regolamentazione dell’adozione e della procreazione medicalmente assistita, etc.<sup>7</sup>.

Rimettendo all’impetoso giudizio dei posteri le considerazioni di politica legislativa, è d’uopo osservare che, purtroppo, tanto la regolamentazione dei rapporti tra le persone che abbiano siglato un’unione civile, così come la normativa che disciplina (si fa per dire) le relazioni tra i “conviventi di fatto”<sup>8</sup>, manifestano smagliature e criticità molto gravi, in merito sia alla formulazione tecnica di quasi tutte le previsioni, sia al difetto di coordinamento con norme già esistenti, senza parlare di una certa sciattezza nel linguaggio giuridico.

La stessa collocazione della riforma al di fuori del contesto codicistico appare sicuramente criticabile, in quanto possibile fonte di confusione ed incertezze<sup>9</sup>. Trattasi, del resto, di un’evidente scelta “politica” volta a non introdurre

nel “sacro” testo del codice le nuove disposizioni, quasi che si temesse di “contaminarlo” con la presente materia: il che marca una chiara differenza (negativa) rispetto all’opposto atteggiamento mostrato, ad esempio, dai cugini transalpini, allorché questi, ormai diversi anni or sono, introdussero il PACS nel *Code Civil*<sup>10</sup> e, nel 2013, addirittura aprirono il matrimonio alle coppie dello stesso sesso, modificando in tal senso l’art. 143 dello stesso codice<sup>11</sup>.

Quanto sopra appare particolarmente evidente con riguardo ai temi che formano precipuo oggetto del presente studio, vale a dire i rapporti e i regimi patrimoniali, per ciò che attiene tanto all’unione civile, che alla convivenza di fatto.

Le svariate criticità saranno segnalate a tempo debito. Per il momento si potrà cominciare con la constatazione per cui i rapporti patrimoniali delle unioni civili riposano in gran parte sulla tecnica del rinvio puro e semplice operato dalla novella alle disposizioni in tema di rapporti patrimoniali dell’unione coniugale. Tale rinvio, tanto per complicare (inutilmente) le cose, non si esplica però alla stessa maniera in relazione a tutte le norme che governano questo tipo di relazioni tra i coniugi.

Per comprendere appieno queste differenze occorre partire dall’esame del tenore letterale dei commi da 13 a 20 dell’art. 1 della novella. Al fine di facilitarne la comprensione (*rectius*: il tentativo di comprensione) si riportano qui testualmente in nota le disposizioni predette<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> Sul tema si vedano anche le condivisibili osservazioni di Gattuso, *Cosa c’è nella legge sulle unioni civili: una prima guida*, in <http://www.articolo29.it/2016/cosa-ce-nella-legge-sulle-unioni-civili-una-prima-guida/>, secondo cui “È inaccettabile che nel 2016, undici anni dopo la legge Zapatero e dopo quel che è successo in tutto il mondo occidentale, in parlamenti a noi vicini come quelli di Londra e Parigi, dopo la sentenza della Corte suprema americana, dopo il referendum irlandese, e tante altre vicende che abbiamo avuto modo di seguire e commentare in questo sito, una classe politica che non possiamo non definire provinciale e, almeno in parte, bigotta, non abbia posto fine alla discriminazione matrimoniale nei confronti della minoranza omosessuale”. L’Autore conclude peraltro con una nota di ottimismo, rilevando come “nella legge la natura familiare delle famiglie *gay* e lesbiche venga oggi espressamente e formalmente riconosciuta, attraverso l’univoco uso dell’espressione “vita familiare”. Non che ci fossero dubbi. Come detto è evidente che le coppie *gay* e lesbiche formano famiglia, ma il fatto che adesso lo dica anche la legge segna certamente un passaggio storico che non può essere sottovalutato e che nessuno potrà più ignorare”.

<sup>7</sup> Per uno spunto in questo senso v. anche Gattuso, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>8</sup> Su cui si fa rinvio a Oberto, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., 59 e segg.; Id., *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in corso di pubblicazione in *Fam. e Dir.*, 2016 e disponibile dal 24 giugno 2016 alla seguente pagina web: [http://www.giacomooberto.com/Oberto\\_Convivenza\\_di\\_fatto\\_Rapporti\\_patrimoniali\\_contratto\\_di\\_convivenza.htm](http://www.giacomooberto.com/Oberto_Convivenza_di_fatto_Rapporti_patrimoniali_contratto_di_convivenza.htm).

<sup>9</sup> In questo senso v. anche, con riguardo alla precedente (penultima) versione del d.d.l. in tema di unioni civili, Casaburi, *Il disegno di legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso: verso il difficile ma obbligato riconoscimento giuridico dei legami omosessuali*, in *Foro It.*, 2016, V, 11.

<sup>10</sup> Cfr. artt. 515-1 e segg. del *Code Civil*, introdotti dalla L. n. 2007-308 del 3 maggio 2007, in vigore dal 1° gennaio 2009.

<sup>11</sup> “Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe” (cfr. art. 1, L. n. 2013-404 del 17 maggio 2013).

<sup>12</sup> “13. Il regime patrimoniale dell’unione civile tra persone dello stesso sesso, in mancanza di diversa convenzione patrimoniale, è costituito dalla comunione dei beni. In materia di forma, modifica,

simulazione e capacità per la stipula delle convenzioni patrimoniali si applicano gli articoli 162, 163, 164 e 166 del codice civile. Le parti non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto dell’unione civile. Si applicano le disposizioni di cui alle sezioni II, III, IV, V e VI del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile.

14. Quando la condotta della parte dell’unione civile è causa di grave pregiudizio all’integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell’altra parte, il giudice, su istanza di parte, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui all’articolo 342 *ter* del codice civile.

15. Nella scelta dell’amministratore di sostegno il giudice tutelare preferisce, ove possibile, la parte dell’unione civile tra persone dello stesso sesso. L’interdizione o l’inabilitazione possono essere promosse anche dalla parte dell’unione civile, la quale può presentare istanza di revoca quando ne cessa la causa.

16. La violenza è causa di annullamento del contratto anche quando il male minacciato riguarda la persona o i beni dell’altra parte dell’unione civile costituita dal contraente o da un discendente o ascendente di lui.

17. In caso di morte del prestatore di lavoro, le indennità indicate dagli articoli 2118 e 2120 del codice civile devono corrispondersi anche alla parte dell’unione civile.

18. La prescrizione rimane sospesa tra le parti dell’unione civile.

19. All’unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano altresì le disposizioni di cui al titolo XIII del libro primo del codice civile, nonché gli articoli 116, primo comma, 146, 2647, 2653, primo comma n. 4) e 2659 del codice civile.

20. Al solo fine di assicurare l’effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall’unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole ‘coniuge’, ‘coniugi’ o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell’unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti”.

Come appare evidente, il comma 20 estende il rinvio alle disposizioni in materia, eventualmente contenute in norme diverse da quelle citate nei commi precedenti, che si riferiscono al matrimonio o che contengano le parole “coniuge”, “coniugi” o “termini equivalenti” (dunque, verosimilmente: “marito”, “moglie”, “sposi”, etc.). Norme, si badi, contenute non solo nelle leggi speciali, ma anche in codici diversi da quello civile, naturalmente anche al di fuori del campo dei rapporti patrimoniali (si pensi, ad es., a quegli articoli che nel codice penale o nel codice di procedura penale che trattano del coniuge, quale soggetto attivo o passivo di reati propri, o, ancora, quale titolare del diritto di astenersi dalla testimonianza, etc.), posto che il comma cit. – come emerge dal relativo tenore letterale – è volto ad “assicurare l’effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall’unione civile tra persone dello stesso sesso”.

Proprio per ciò che riguarda tale ultimo inciso sarà il caso di precisare che non sembrano giustificati gli allarmismi sparsi da alcuni penalisti in sede di primo commento alla riforma. Invero, non pare corretto affermare che l’aggravante per l’omicidio del coniuge “non potrà pesare su assassini legati da unioni civili alla persona assassinata, mentre continuerà a valere per mariti e mogli”<sup>13</sup>, posto che, se è vero che “l’omicidio non è certo norma a rafforzamento ‘degli obblighi derivanti dall’unione civile’”, è altrettanto vero che ciò che viene qui in rilievo è (non già l’omicidio, bensì) l’aggravante, che è posta proprio a rafforzamento degli obblighi di solidarietà (oltre che, ovviamente, del generale dovere negativo di astensione rispetto ad atti lesivi della vita e dell’integrità fisica altrui) *inter coniuges* e dunque non può non estendersi anche ai *partners* dell’unione civile<sup>14</sup>. Lo stesso è a dirsi per reati quali la bigamia, o per la non punibilità di chi a favore di un prossimo congiunto commette reato di assistenza ai partecipi di associazioni per delinquere o con finalità di terrorismo o per la non punibilità del furto o della truffa ai danni del coniuge non legalmente separato.

In altre parole, sembra a chi scrive che all’infelice inciso “Al solo fine di assicurare l’effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall’unione civile tra persone dello stesso sesso” debba attribuirsi significato semplicemente pleonastico. Si tratta, cioè, di una vera e propria “zeppa” inserita per esorcizzare i timori di possibili eccezioni di legittimità costituzionale per un avvicinamento “eccessivo” dell’unione civile al matrimonio, cui, a ben vedere, va attribuita valenza sul solo piano politico, con esclusione di ogni ricaduta sul piano tecnico-giuridico.

Per ciò che attiene, invece, al codice civile, provvede la parte finale del citato comma 20 a stabilire che il rinvio di cui alla prima parte dello stesso comma, per l’appunto, “non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184”.

L’ansia di pervenire ad un testo che non scontentasse troppo i settori più retrivi del Paese ha così portato al superamento, in senso sicuramente peggiorativo, dell’impostazione originariamente impressa al c.d. “testo Cirinnà”, che, nella sua versione originale (2 luglio 2014), appariva riposare su di un art. 3 così concepito:

“Art. 3.

(Regime giuridico)

1. Ad ogni effetto, all’unione civile si applicano tutte le disposizioni di legge previste per il matrimonio, ad esclusione della disciplina di cui all’articolo 6 della legge 4 maggio 1983, n. 184.

2. La parte dell’unione civile tra persone dello stesso sesso è familiare dell’altra parte ed è equiparata al coniuge per ogni effetto.

3. Le parole ‘coniuge’, ‘marito’ e ‘moglie’, ovunque ricorrono nelle leggi, decreti e regolamenti, si intendono riferite anche alla “parte della unione civile tra persone dello stesso sesso”.

Il testo originale (e cioè la prima versione del c.d. “testo Cirinnà”) appariva, dunque, estremamente chiaro: accantonata la materia delicata delle adozioni, la riferibilità delle norme matrimoniali ai *partners* dell’unione civile si poneva come il frutto di un’agevole, pressoché integrale, trasposizione.

La curiosa soluzione adottata in via definitiva, già introdotta dalla seconda versione del c.d. “testo Cirinnà” e fatta propria poi dal “maxiemendamento” presentato al Senato il 26 febbraio 2016, risulta, invece, fondata sulla *summa divisio* tra norme del codice civile (e della legge del 1983 sull’adozione), da un lato, e norme di tutte le altre leggi (ma anche dei regolamenti, degli atti amministrativi e dei contratti collettivi), dall’altro.

La via così prescelta, dettata, evidentemente, dal timore di avvicinare “troppo” l’unione civile al matrimonio, suscita perplessità in ordine a possibili dubbi di costituzionalità (oltre che... di evidente mancanza di buon senso) in ordine a lacune di un certo peso. Lacune che – per quanto attiene agli istituti disciplinati dal codice civile – non appaiono certo colmabili con il ricorso all’analogia, posto che la ricordata disposizione di cui al comma 20 rende evidente il carattere eccezionale e tassativo dei richiami a determinati articoli, sezioni, capi e titoli del codice civile, contenuti nei commi

<sup>13</sup> Cfr. ad es. le opinioni riportate da Ferrarella, “Bigamia” consentita e gli altri vuoti del testo sulle unioni civili, in *Corriere della sera*, 10 maggio 2016.

<sup>14</sup> Semmai ciò che potrebbe destare perplessità al riguardo è l’estensione *in malam partem* di una norma incriminatrice (o comunque prevedente un’aggravante), senza che tale effetto sia contemplato da un rinvio normativo specifico e dettagliato, con possibili dubbi in merito al rispetto del principio di tassatività, come pure adombrato dal parere del Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati, emesso il 12 aprile 2016 (disponibile al sito *web* seguente: <http://www.centrostudiliviano.it/wp-content/uploads/2016/04/Parere-del-Comitato-per-la-Legislazione-della-Camera.pdf>), secondo cui “al comma 20, che, con norma che sembrerebbe avere carattere generale,

estende alle parti delle unioni civili i diritti e i doveri derivanti dal rapporto di coniugio ad eccezione di quelli disciplinati nel codice civile e non espressamente richiamati nella legge n. 184 del 1983 in materia di adozioni, parrebbe opportuno precisare se con il suddetto rinvio si intendano richiamare anche le norme *in malam partem* derivanti dalla qualità di coniuge (a mero titolo esemplificativo, si consideri l’articolo 577 del codice penale, che, nel caso di omicidio, prevede un aumento di pena se il reato è stato commesso contro il coniuge, ovvero le diverse normative che pongono quale causa di incompatibilità nell’esercizio di una professione o della funzione assegnata il rapporto di coniugio con un’altra parte) e, in caso affermativo, individuare le suddette norme in maniera puntuale”.

precedenti (ma anche seguenti: si pensi ad es. a quanto previsto dall'immediatamente successivo comma 21).

Come si avrà modo di chiarire oltre<sup>15</sup>, alla luce di qualche esempio concreto, la citata tassatività non riguarda però *tutte* le norme del codice civile astrattamente applicabili alle unioni civili.

Essa, invero, sembra riferibile a quelle sole disposizioni (del codice civile) che hanno quale campo d'azione diretto il matrimonio o comunque i rapporti tra i coniugi, come reso evidente dall'inciso di apertura del comma 20 cit., che si riferisce alle "disposizioni che si riferiscono al matrimonio e [al]le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti". Dunque l'impossibilità per l'interprete di avvalersi della prima parte del citato comma 20 per estendere all'unione civile varie norme codicistiche non espressamente richiamate vale in relazione a quegli articoli (sezioni, capi e titoli) del codice civile che, per l'appunto, direttamente disciplinano il matrimonio e i rapporti tra i coniugi, soprattutto per ciò che attiene ai profili personali<sup>16</sup>; non a quelle norme che, pur potendo dispiegare effetti sui coniugi o comunque sui loro reciproci rapporti, abbiano a precipuo oggetto materie diverse da quelle sopra indicate: dal contratto, all'illecito, ai diritti reali, alla pubblicità immobiliare e mobiliare e così via.

Non solo.

Si tratterà poi anche di vedere come il Governo attuerà la delega di cui ai commi 28 ss., a mente dei quali l'esecutivo dovrà adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della novella, "uno o più decreti legislativi in materia di unione civile fra persone dello stesso sesso nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: (...) c) modificazioni ed integrazioni normative per il necessario coordinamento con la presente legge delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti".

Ora, se è chiaro che, in astratto, tra le "leggi" dovrebbe rientrare anche il codice civile, in concreto l'inciso con cui la norma citata si apre ("Fatte salve le disposizioni di cui alla presente legge"), oltre al carattere "chiuso" del "blocco" operato attorno alle norme codicistiche (direttamente inerenti al matrimonio) dal descritto combinato disposto della parte finale del citato comma 20, con i rinvii espressi a norme del codice civile, non sembrano concedere al Governo la possibilità di avvalersi della delega, per porre rimedio a diverse lacune che si andranno qui ad evidenziare<sup>17</sup>.

### **Le disposizioni codicistiche in tema di rapporti patrimoniali escluse dal rinvio: in particolare l'art. 161 c.c.**

Per tornare, dunque, ai rapporti e ai regimi patrimoniali

dei soggetti legati da unione civile, due disposizioni del codice civile, sicuramente escluse dal rinvio, sono costituite dagli artt. 159, 160, 161, 165 e 166 *bis* c.c., come è dato agevolmente arguire da una lettura *a contrariis* del 13° comma. Sono, questi, gli articoli la cui espunzione spiega il perché del mancato rinvio del citato 13° comma all'intera sezione I del capo VI del titolo VI del libro I, laddove tutte le altre sezioni del predetto capo VI sono, per l'appunto, espressamente richiamate "in blocco".

Perché, nell'*iter* che ha condotto dal "secondo testo Cirinnà" al testo concretamente approvato dal Parlamento, si sia passati dall'esclusione dei soli artt. 161 e 165 all'esclusione anche degli altri tre articoli, rimane un mistero. O meglio, l'unica spiegazione plausibile ha a che vedere con quel tentativo – operato per soddisfare le sempre più pressanti richieste di una parte della maggioranza governativa – di pervenire ad una più evidente "dematrimonializzazione" della riforma. Il tutto, naturalmente, senza comprendere i guai che, dal punto di vista della complessiva tenuta del testo normativo, si venivano in tal modo a creare. Come si dirà tra poco, l'esclusione degli artt. 159 e 160 c.c. si "giustifica" (almeno parzialmente) per il fatto che il relativo contenuto, per formare oggetto di un vero e proprio "giochetto" linguistico, è stato trasposto nel testo del citato 13° comma.

Cominciando, dunque, dall'art. 161 c.c., va detto che non si riesce proprio a comprendere per quale occulta ragione ai *partners* dell'unione civile omosessuale dovrebbe essere consentito, a differenza dei coniugi eterosessuali, "pattuire in modo generico che i loro rapporti patrimoniali siano in tutto od in parte regolati da leggi alle quali non sono sottoposti o dagli usi", e ad essi non sia pertanto imposto (come invece accade agli sposi eterosessuali) di "enunciare in modo concreto il contenuto dei patti con i quali intendono regolare questi loro rapporti".

Sia consentito rammentare al riguardo che la *ratio* di tale disposizione va ricercata storicamente nel fatto che il legislatore francese del 1804 temeva che i cittadini francesi optassero in massa per i regimi del diritto consuetudinario<sup>18</sup>. L'art. 161 c.c. conserva peraltro oggi una sua utilità, consistente nel fatto di evitare tre inconvenienti: innanzitutto, quello che i paciscenti si sottraggano al rigoroso formalismo dell'art. 162 c.c. adottando *per relationem* norme e regole di cui il notaio non potrebbe dar loro lettura. Secondariamente, viene risparmiata al giudice una troppo penosa ricerca sul diritto straniero o, peggio, sugli usi. Infine, si evita ai terzi di veder frustrato il meccanismo della pubblicità mediante rinvii ad indici che in ipotesi potrebbero essere difficilmente reperibili, o disagiati da tradurre

<sup>15</sup> V. *infra*, §§ 3 e 4.

<sup>16</sup> Si pensi – con riguardo al matrimonio inteso come negozio (e non come rapporto) – che già il "d.d.l. Cirinnà", nella sua seconda versione, espressamente richiamava le sezioni I e VI del capo III, del titolo VI del libro I del codice civile (più precisamente, della sez. I riprendeva solo alcune norme). Non richiamava, invece, la sez. II ("Formalità preliminari del matrimonio"), la sez. III ("Opposizione al matrimonio"), la sez. IV ("Celebrazione del matrimonio"), la sez. V ("Matrimonio dei cittadini in paese straniero e degli stranieri nello Stato"), la sez. VII ("Delle prove della celebrazione del matrimonio") e la sez. VIII ("Disposizioni penali"). Rilevava giustamente Iorio, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*,

2015, 1016 che "sfuggono le ragioni di tale mancato rinvio". Anche nel testo definitivo si riscontrano, in buona sostanza, le medesime lacune.

<sup>17</sup> Anche Iorio, *op. cit.*, 1016, sottolinea (con riguardo alla seconda versione del "d.d.l. Cirinnà", ma con osservazioni sicuramente valide ancora oggi) che il rinvio alle disposizioni matrimoniali non richiamate dalla riforma qui in commento non potrà avvenire "in sede di decreto legislativo, da emanare in attuazione della legge delega, non essendo quella la *sedes materiae* per la regolamentazione di aspetti che riguardano, direttamente, la disciplina delle unioni civili".

<sup>18</sup> Cfr., anche per i rinvii, Oberto, *Del regime patrimoniale della famiglia*, Commento agli artt. 159-166 *bis* c.c., in AA.VV., *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, Milano, 2015, 668.

e da interpretare<sup>19</sup>. Sotto il primo profilo, dunque, la *ratio* è identica a quella delle norme che impongono, per determinati negozi, l'obbligatorietà della forma pubblica *ad substantiam*, e cioè l'esigenza di garantire al massimo la certezza e la legalità della volontà espressa dalle parti.

Si dovrà poi tenere presente che le leggi alle quali si riferisce l'art. 161 c.c. sono: le leggi diverse da quella italiana, se i coniugi sono cittadini italiani e le leggi diverse da quelle dello Stato di appartenenza, se i coniugi hanno la medesima cittadinanza straniera. Le leggi e gli usi richiamati nella convenzione valgono come comuni clausole contrattuali da interpretare secondo le norme stabilite per i contratti (artt. 1362 ss. c.c.) senza alcun riferimento al significato che hanno nell'ordinamento richiamato. È ovvio che il successivo mutamento della legge o dell'uso non esplica alcun effetto sulla convenzione. Poiché gli usi e le leggi straniere entrano in tal modo a far parte del contenuto contrattuale, la loro interpretazione deve basarsi sull'accordo raggiunto dalle parti e non sul significato che dette norme possono avere nell'ambito dell'ordinamento di provenienza per effetto di altre norme non richiamate; a meno che quel particolare significato non debba intendersi implicitamente voluto dalle parti con la riproduzione degli usi o delle leggi straniere di cui si tratta.

È pertanto chiaro che, se l'intenzione del legislatore è quella di garantire la certezza della volontà espressa dalle parti (cioè da entrambe le parti), ciò che l'art. 161 c.c. vieta è la semplice *relatio* al regime straniero o consuetudinario, laddove è consentito pervenire al medesimo risultato, enunciando però in modo concreto nella convenzione il contenuto dei patti con i quali i coniugi intendono regolare i loro rapporti. Il divieto della *relatio* concerne solo il richiamo a norme straniere o consuetudinarie. Restano pertanto ammissibili altri tipi di rinvio, per esempio a convenzioni in precedenza stipulate tra le parti. L'ostacolo posto dall'art. 161 c.c. è dunque di natura puramente formale, nel senso che nulla impedisce che le parti si limitino a tradurre dalla lingua straniera la regolamentazione di un certo istituto e ad inserirla tale e quale nelle loro pattuizioni. Proprio per questo motivo si è rilevato come la disposizione finisca con il fornire un argomento alla tesi della libera stipulabilità di convenzioni atipiche, osservandosi in proposito che "La norma (...) non stabilisce quali regimi si possono o non si possono adottare, ma presuppone che gli sposi siano liberi di adottare regimi patrimoniali diversi da quello legale tipico con i soli limiti sanciti dalla disciplina della comunione convenzionale ed afferenti alla inderogabilità delle norme relative all'amministrazione e all'egualianza di quote per i beni oggetto della comunione legale, e quindi anche di uniformare il regime liberamente prescelto ad un modello disegnato da un ordinamento straniero o da una consuetudine, anch'essa eventualmente straniera; sulla base di tale presupposto la norma stabilisce che l'adozione di tali regimi diversi da quello tipico dev'essere stipulata con enunciazione espressa dei contenuti del regime prescelto"<sup>20</sup>.

L'art. 161 c.c. va poi coordinato con l'art. 30, l. rif. d.i.p. La l. rif. d.i.p. (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) stabilisce all'art. 30 (Rapporti patrimoniali tra coniugi) quanto segue: "30. Rapporti patrimoniali tra coniugi. 1. I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge applicabile ai loro rapporti personali. I coniugi possono tuttavia convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede. 2. L'accordo dei coniugi sul diritto applicabile è valido se è considerato tale dalla legge scelta o da quella del luogo in cui l'accordo è stato stipulato. 3. Il regime dei rapporti patrimoniali fra coniugi regolato da una legge straniera è opponibile ai terzi solo se questi ne abbiano avuto conoscenza o lo abbiano ignorato per loro colpa. Relativamente ai diritti reali sui beni immobili, l'opportunità è limitata ai casi in cui siano state rispettate le forme di pubblicità prescritte dalla legge dello Stato in cui in beni si trovano".

La disposizione da ultimo citata, potenziando – rispetto alla disciplina previgente – l'autonomia dei coniugi, è venuta a concedere ai coniugi la facoltà di una *optio juris*, ai sensi del co. 1° dell'art. 30 cit., conformemente ad uno dei criteri ispiratori della riforma del 1995, tesa ad esaltare nel suo complesso ben più che in passato il criterio della volontà per l'individuazione della legge applicabile<sup>21</sup>. La scelta del diritto applicabile potrà attuarsi sul presupposto della sussistenza delle condizioni sopra evidenziate, e cioè che l'accordo sia concluso per iscritto e che si riferisca alla legge di uno stato di cui uno dei coniugi abbia la cittadinanza o in cui uno di essi sia residente, oltre alla circostanza che il patto sia considerato valido dalla legge scelta o da quella del luogo in cui l'accordo è stato stipulato (art. 30 cpv., l. rif. D.i.p.).

L'art. 30 cit. è venuto dunque ad erodere almeno due dei limiti tradizionalmente posti dalle norme imperative in materia di convenzioni matrimoniali. Il primo è di carattere formale ed attiene al requisito dell'atto notarile ex art. 162 c.c., stabilendosi invece, con riguardo all'accordo sulla legge applicabile, la sufficienza della mera forma scritta.

Il secondo tocca invece proprio il disposto dell'art. 161 c.c. È chiaro infatti che, nel momento in cui si consente ai coniugi (beninteso, alle condizioni sopra specificate) di stipulare un *pactum de lege utenda*, si viene ad ammettere che in tale fattispecie le parti possono limitarsi ad un generico richiamo al sistema di un dato paese, posto che, come emerge anche dai lavori preparatori della novella del 1995, l'art. 161 c.c. trova applicazione solo quando i rapporti patrimoniali tra coniugi sono sottoposti alla legge italiana. In presenza, dunque, di un obiettivo elemento di estraneità preso in esame dall'art. 30 cit., l'art. 161 c.c. dovrà ritenersi superato<sup>22</sup>.

Tornando, quindi, all'unione civile, va detto che, il mancato rinvio all'art. 161 c.c., di cui al 13° comma, qui in commento, potrebbe essere interpretato come dovuto al fatto che, per le ragioni sopra illustrate, il riformatore ha

<sup>19</sup> Cfr. sempre Oberto, *Del regime patrimoniale della famiglia*, cit., 668.

<sup>20</sup> Per i richiami cfr. ancora Oberto, *Del regime patrimoniale della famiglia*, cit., 669.

<sup>21</sup> Sul tema v. per tutti Picone, *La teoria generale del diritto inter-*

*nazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, in *Riv. dir. int.*, 1996, 289 e segg., spec. 307 e segg.

<sup>22</sup> Cfr. Oberto, *Del regime patrimoniale della famiglia*, cit., 669 e seg.

ritenuto non più operativa, neppure tra coniugi, la norma in esame. Il che però non è vero per ciò che attiene ai matrimoni (che statisticamente costituiscono la stragrande maggioranza) non caratterizzati dalla presenza di un elemento di estraneità, secondo quanto detto. Rimane dunque assai fitto il mistero su di una regola che introduce una ingiustificata disparità di trattamento in favore (questa volta) della coppia legata da un'unione civile<sup>23</sup>.

Alla luce di quanto sopra sembra dunque superfluo sottolineare che il mancato richiamo della novella, per ciò che attiene ai *partners* omosessuali di un'unione civile, all'art. 161 c.c. dovrebbe formare oggetto di declaratoria di incostituzionalità, per evidente irrazionalità della disparità di trattamento rispetto al rapporto coniugale.

### **Le disposizioni codicistiche in tema di rapporti patrimoniali escluse dal rinvio: in particolare gli artt. 159, 160, 165 e 166 bis c.c.**

Passando all'esame delle altre disposizioni attinenti alla parte generale dei regimi patrimoniali e delle convenzioni matrimoniali non richiamate dal 13° comma cit. (la cui espunzione dal testo normativo è dovuta alla redazione del c.d. "maxi emendamento" presentato dal Governo al Senato il 25 febbraio 2016), va detto che, quanto all'art. 159 c.c., esso è stato sostanzialmente trasfuso nella prima parte del comma medesimo, laddove l'art. 160 c.c. fa ora capolino nel contesto del terzo periodo del citato capoverso. Il (piuttosto penoso, va detto) tentativo di sostituire l'espressione "convenzione matrimoniale" con quella "convenzione patrimoniale", con giochetti di prestidigitazione linguistica, quasi evocanti sciarade da "Settimana Enigmistica", riesce, a ben vedere, solo in parte: gli artt. 162, 163 e 164 c.c., espressamente richiamati, contengono la terminologia incriminata (talora addirittura nella rubrica), mentre l'art. 166 c.c. racchiude niente di meno che la "perla" ottocentesca del "contratto di matrimonio".

Per quanto attiene invece all'art. 165 c.c., la ragione del mancato richiamo (e della mancata trasfusione) risiede nel fatto che la norma ha ad oggetto la situazione del minore (eccezionalmente) ammesso (*ex art. 84 c.c.*) a contrarre matrimonio, laddove il minore non è mai ammesso a contrarre un'unione civile. Qui il problema di legittimità costituzionale si pone piuttosto rispetto alla mancata estensione dell'art. 84 c.c., posto che non si riesce proprio a comprendere per quale arcano motivo ad un soggetto ultrasedicenne, dotato di maturità psico-fisica e in presenza di gravi motivi, dovrebbe essere consentita la celebrazione delle nozze, ma non la stipula di un'unione civile.

Ulteriore "mistero della fede" (è il caso di dirlo...) è costituito dal mancato richiamo all'art. 166 *bis* c.c.

Qui sembra potersi presumere che il mancato richiamo

trovi la sua "giustificazione" nel fatto che, essendo l'apporto dotale considerato, tradizionalmente, come apporto muliebre, effettuato (dalla moglie o dalla sua famiglia) in favore del marito, l'identità di sesso dei contraenti propria dell'unione civile escluderebbe *in nuce* la possibilità di dar vita ad un istituto vietato dall'art. 166 *bis* c.c.

Se questa fosse l'*arrière pensée* alla base della citata esclusione, andrebbe pur sempre considerato che, secondo i contributi dottrinali più recenti, la dote vietata dalla riforma del 1975 è riscontrabile in ogni forma di convenzione che attribuisca ad un coniuge, indipendentemente dal fatto che sia il marito o la moglie, una posizione di supremazia rispetto all'altro, conferendogli il potere di amministrare e gestire beni nei confronti dei quali egli non vanti (o non vanti esclusivamente) alcun diritto reale<sup>24</sup>. Così stando le cose, ben sarebbe immaginabile, in astratto, una convenzione matrimoniale tra *partners* di un'unione civile in grado di incorrere negli strali comminati dall'art. 166 *bis* c.c. (però) solo ai coniugi, con ulteriore discriminazione "favorevole" (qui intesa, ovviamente, nel senso di ampliativa dell'autonomia negoziale) per l'unione civile, rispetto al matrimonio. Un indubbio "passo in avanti", verrebbe da commentare amaramente!

### **Ulteriori dubbi su norme codicistiche non richiamate**

Per dare un senso alle affermazioni con cui si è cercato, nel contesto del § 1, di illustrare la tecnica adottata dal riformatore del 2016, si potrà pensare ancora ad alcuni istituti di rilievo patrimoniale che, sebbene non risultino legati ai temi classicamente ricondotti alla materia del regime patrimoniale della famiglia, contengono pur tuttavia espressi richiami al coniuge o al matrimonio, all'interno di particolari articoli del codice civile. Articoli cui la novella qui in esame si è scordata di fare espresso rinvio.

Si pensi, ad esempio, all'inibitoria (sostanziale) per abuso dell'immagine altrui, laddove l'art. 10 c.c. riconosce il diritto di chiedere all'autorità giudiziaria l'ordine di cessazione dell'abuso stesso. Orbene tale diritto può riguardare anche l'immagine del "coniuge", ma il mancato rinvio da parte del citato comma 3 non consente di estendere la disposizione (se non tramite la via del ricorso alla Consulta) al *partner* di un'unione civile.

Lo stesso è a dirsi per il diritto riconosciuto dall'art. 51 c.c. al "coniuge" dell'assente di richiedere al "tribunale, in caso di bisogno, un assegno alimentare da determinarsi secondo le condizioni della famiglia e l'entità del patrimonio dell'assente".

Anche le norme sulla promessa di matrimonio (artt. 79-81 c.c.) non risultano applicabili ai conviventi<sup>25</sup>, per effetto del mancato rinvio, da parte della riforma, alle relative disposizioni, che disciplinano, come noto, una rilevante

<sup>23</sup> Sarà solo il caso di aggiungere, per chiudere sul tema, che tanto le unioni matrimoniali che le unioni civili, in presenza di un elemento di estraneità, dovranno in un futuro (si spera, ormai) non troppo remoto fare i conti con le regole eurounitarie di cui, rispettivamente, alla Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi COM(2011) 126 definitivo — 2011/0059 (CNS) e alla Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento

e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate COM(2011) 127 definitivo — 2011/0060 (CNS). Atti, questi, che danno ampio rilievo agli accordi *inter partes* sulla scelta del diritto applicabile ai regimi patrimoniali (senza necessità di apposita "ritrascrizione" delle relative norme nelle convenzioni matrimoniali).

<sup>24</sup> Cfr., anche per i richiami, Oberto, *Del regime patrimoniale della famiglia*, cit., 700, 702.

<sup>25</sup> Per un rilievo critico in proposito v. anche Iorio, *op. cit.*, 1016.



serie di conseguenze d'ordine patrimoniale<sup>26</sup>. Sul punto sarebbero possibili amari rilievi sul deterioramento della tecnica legislativa, ponendo a raffronto con la odierna novella, ad es., quella di ventun anni precedente, con cui si riformò il sistema di diritto internazionale privato, nel contesto della quale pure la promessa di matrimonio trovò acconcia sistemazione. È chiaro che alla (casuale?) dimenticanza non sembra possibile ovviare in via di estensione analogica, per le ragioni più volte ricordate.

Nella stessa situazione si trovano poi istituti quali la donazione obnuziale (art. 785 c.c.), o, ancora, norme che, nel campo del diritto societario, prevedono disposizioni speciali relativamente alla figura del “coniuge”: dall’art. 2399 c.c. (sulle cause d’ineleggibilità e di decadenza alla carica di sindaco delle s.p.a.), all’art. 2539 c.c. (sulla rappresentanza nell’assemblea delle cooperative disciplinate dalle norme sulla società per azioni).

Anche in tema di giuramento deferibile al coniuge superstite la relativa norma (art. 2960 c.c.) non è stata estesa al *partner* dell’unione civile, laddove, in ulteriori ipotesi, dubbi sorgono non tanto per effetto della tecnica del rinvio prescelta, ma per il fatto che la figura del coniuge è stata, per così dire, “introdotta” da interventi manipolativi della Corte costituzionale. Si pensi, ad esempio, all’art. 1916 c.c., il cui primo comma (a mente del quale “L’assicuratore che ha pagato l’indennità è surrogato, fino alla concorrenza dell’ammontare di essa, nei diritti dell’assicurato verso i terzi responsabili. Salvo il caso di dolo, la surrogazione non ha luogo se il danno è causato dai figli, dagli ascendenti, da altri parenti o da affini dell’assicurato stabilmente con lui conviventi o da domestici”) è stato dichiarato incostituzionale “nella parte in cui non annovera, tra le persone nei confronti delle quali non è ammessa surrogazione, il coniuge dell’assicurato”<sup>27</sup>.

I primi interpreti non hanno mancato di rilevare altre possibili lacune.

Prendiamo, ad esempio, la questione del mancato rinvio all’art. 2685 c.c., pure segnalata in dottrina<sup>28</sup>.

Essa consente di tornare brevemente nella presente sede sul *modus operandi* che (ovviamente, a modesto avviso dello scrivente, il quale non gode certo di fonti d’informazione privilegiate) sembra squadrato dagli scampoli di prosa normativa qui in esame. Ed invero, chi ha “tecnicamente” (si fa per dire) apprestato l’articolato normativo per il riformatore del 2016 sembra aver operato cercando attraverso strumenti elettronici – mercé l’utilizzo della funzione “ricerca per parole” – l’occorrenza del termine “coniuge” (sia al singolare che al plurale) in tutte le norme codicistiche. Ciò al fine di individuare quali articoli avrebbero potuto determinare problemi “politici” nell’estensione *envisagée* al “campo minato” delle unioni civili. Una volta reperite le disposizioni che non sembravano sollevare soverchi problemi, si è deciso di richiamarle in modo specifico nel citato 13° comma, “blindando” il sistema con quanto stabilito dal successivo comma 20, che fa divieto – come più volte ricordato – di estendere previsioni del codice civile non richiamate dal 13° comma (così come da altri commi

dell’unico articolo di legge in cui si sostanzia questa squinternata novella).

Va però ricordato<sup>29</sup> che il divieto in esame vale solo in relazione a quanto previsto dalla prima parte del citato comma 20, cioè per le “disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti”. Ciò, dunque, non può essere vero per le norme che, per l’appunto, tale riferimento (al matrimonio) e tali termini (“coniuge”, “coniugi” o “termini equivalenti”) non contengono: per l’applicazione di queste ultime, quindi, non potranno che seguirsi le ordinarie regole ermeneutiche.

È chiaro pertanto che, una volta ammessa l’estensione del fondo patrimoniale (e, come si vedrà tra poco, di tutti i regimi patrimoniali tra coniugi) ai *partners* dell’unione civile, mercé l’esplicito richiamo alla sezione II (del capo VI del titolo VI del libro I), l’applicazione dell’art. 2647 c.c. conseguirebbe comunque *naturaliter*; il riformatore del 2016 ha però voluto espressamente richiamare la norma sulla pubblicità del fondo, lo si ripete, perché lì la parola “incriminata” (coniugi) compare. Altrettanto naturalmente dovrà ritenersi applicabile al fondo patrimoniale (e agli altri regimi patrimoniali) tra i contraenti di un’unione civile l’art. 2685 c.c., ove la famosa parola, invece, non compare: proprio per questa ragione, se, da un lato, il richiamo espresso non si rende necessario, va considerato che, non essendo comunque l’articolo in questione una disposizione matrimoniale in senso proprio, dovrà ammettersene l’estensione al fondo patrimoniale e più in generale ad ogni tipo di convenzione matrimoniale tra *partners* dell’unione civile. Istituti, questi che, ai fini della norma in oggetto, rileveranno per l’appunto in quanto tali, quali sicuri presupposti della pubblicità ivi descritta.

### Il regime patrimoniale dell’unione civile, come ricalcato sul regime patrimoniale del matrimonio

Dopo il tentativo di individuazione delle disposizioni sui rapporti patrimoniali tra coniugi non richiamate nel campo dell’unione civile e dei relativi dubbi, rimane ora da presentare qualche considerazione generale sugli effetti del rinvio di quelle disposizioni che sicuramente risultano trasponibili all’unione civile.

In base a quanto già esposto in precedenza<sup>30</sup>, i rapporti patrimoniali dei *partners* dell’unione civile appaiono sicuramente ricalcare, in gran parte, quelli dei coniugi.

Ciò vale, *in primis*, per quell’istituto (*rectius*: complesso di istituti) che si individua con l’espressione sintetica “regime patrimoniale della famiglia” e che forma oggetto del capo VI del titolo VI del libro I del codice civile.

In base alla fondamentale regola scolpita nell’art. 159 c.c., non richiamata, ma riprodotta con gli “opportuni” adattamenti e sterilizzazioni (“p”atrimoniale, anziché “m”atrimoniale) nel contesto del 13° comma, anche nei confronti della coppia omosessuale, civilmente unita, che non abbia operato una scelta di tipo diverso, troverà applicazione il regime della comunione legale dei beni. L’esplicito richia-

<sup>26</sup> Cfr. per tutti Oberto, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, Padova, 1996, 107 e segg., 201 e segg.

<sup>27</sup> Cfr. Corte cost., 21 maggio 1975, n. 117.

<sup>28</sup> Cfr. Romeo e Venuti, *op. cit.*, 995.

<sup>29</sup> V. quanto già illustrato *supra*, § 1.

<sup>30</sup> V. *supra*, § 1.

mo all'art. 162 c.c. consente di affermare che la coppia potrà optare per il regime di separazione nella stessa "dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile", resa "alla presenza di due testimoni" (ex art. 1, comma 2, della novella sulle unioni civili), che dovrà ritenersi costituire (anche se l'uso della parola è stato evitato per evidenti ragioni "politiche") quell'"atto di celebrazione" in cui, dal Concilio di Trento e dall'*Ordonnance de Blois*<sup>31</sup>, si sostanzia il matrimonio; atto cui fa, appunto, rinvio l'art. 162 cpv. c.c.

Per quanto attiene ai tradizionali regimi patrimoniali della famiglia coniugale ed alle relative convenzioni matrimoniali, non vi sono, dunque, altre particolarità da segnalare rispetto a quelle già individuate, se non il curioso effetto "terminologico" per cui, in un istituto che si è voluto (per le sin troppo note ragioni) tenere separato dal matrimonio, trovano perfetta applicazione tutte le principali disposizioni in materia di convenzioni *matrimoniali*. "Matrimoniali", per l'appunto (e non "convenzioni d'unione civile" o simili), posto che qui il legislatore non ha disposto un mutamento di terminologia, come è avvenuto, ad es., nel campo della filiazione, ove si sono espressamente voluti cancellare i termini "potestà", "figlio legittimo", "figlio naturale", "figlio adulterino", "figlio legittimato" con un'apposita disposizione *omnibus*<sup>32</sup>. Come già detto<sup>33</sup>, infatti, il tentativo di "dematrimonializzazione", anche linguistica, mercé il cambio di un'iniziale ("p" anziché "m"), non appare pienamente riuscito.

Dunque i *partners* dell'unione civile, pur non potendo

unirsi in "matrimonio", perché omosessuali, potranno stipulare tra di loro convenzioni "matrimoniali". Con il che l'ipocrisia della soluzione politica adottata non può far altro che mostrare tutta la (pessima) corda di cui è composta.

Quanto sopra vale anche per le disposizioni in tema di impresa familiare, estese in blocco all'unione civile dal citato 13° comma, mercé l'espreso rinvio al capo VI del titolo VI del libro primo. Dal punto di vista della tecnica legislativa non si è, invece, ritenuto di inserire il *partner* dell'unione civile nel testo dell'art. 230 *bis* c.c., confermandosi così, ancora una volta, una scelta "politica" di non introdurre nel "sacro" testo del codice le nuove disposizioni, quasi che si temesse di "contaminarlo" con la presente materia.

Fermo quanto sopra, è chiaro che tutta l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di regimi patrimoniali e convenzioni matrimoniali sarà trasponibile alla materia qui in esame.

Anche per i *partners* dell'unione civile tra persone dello stesso sesso dovrà quindi considerarsi valevole il principio di atipicità delle convenzioni e dei regimi, con la conseguenza che pure a siffatte nuove situazioni dovranno applicarsi regole, idee, soluzioni a lungo discusse con riguardo ai rapporti *inter coniuges*: dalla possibilità di dar vita a regimi patrimoniali non espressamente previsti e "nominati" dal codice<sup>34</sup>, alla libera costituibilità di vincoli di destinazione nell'interesse della famiglia, ex art. 2645 *ter* c.c.<sup>35</sup>,

<sup>31</sup> Per il percorso storico si rinvia a Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 24 e segg.

<sup>32</sup> Cfr. art. 105, D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 "Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219", in vigore dal 7 febbraio 2014: "Art. 105

(Sostituzione termini)

1. La parola: "potestà" riferita alla potestà genitoriale, le parole: "potestà genitoriale", ovunque presenti, in tutta la legislazione vigente, sono sostituite dalle seguenti: "responsabilità genitoriale".

2. Le parole: "figli legittimi" o le parole: "figlio legittimo", ovunque presenti, in tutta la legislazione vigente sono sostituite dalle seguenti: "figli nati nel matrimonio" o dalle seguenti: "figlio nato nel matrimonio".

3. Le parole: "figli naturali" o le parole: "figlio naturale", ovvero "figli adulterini" o "figlio adulterino" ove presenti, in tutta la legislazione vigente sono sostituite dalle seguenti: "figli nati fuori del matrimonio" o dalle seguenti: "figlio nato fuori del matrimonio".

4. Le parole: "figli legittimati", "figlio legittimato", "legittimato", "legittimati" ovunque presenti in tutta la legislazione vigente, sono soppresse".

<sup>33</sup> V. *supra*, § 3.

<sup>34</sup> Cfr. Oberto, *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Famiglia*, 2003, 617 e segg.; Id., *Contratto e famiglia*, in *Aa.Vv.*, *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, VI, *Intrferenze*, a cura di Roppo, Milano, 2006, 147 e segg.; Id., *La comunione legale tra coniugi*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, I, Milano, 2010, 193 e segg.; v. anche E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*. Artt. 159-166-bis, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2004, 27 e segg.; Autorino Stanzone, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2004, 11 e segg.; E. Quadri, *Regime patrimoniale e autonomia dei coniugi*, in *Dir. fam.*, 2006, II, 1817 (che ammette in quest'ottica la possibilità per i coniugi di dar vita anche in Italia a regimi del genere di quello tedesco della *Zugewinnngemeinschaft* o di quello francese della *participation aux acquêts*, partendo dalla separazione dei beni, opportunamente modificata); Andrini, *L'autonomia privata dei coniugi tra status e contratto. Le convenzioni coniugali*, Torino, 2006, 5 e segg., 13 e segg.; S. Patti, *I rapporti patrimoniali*

*tra coniugi. Modelli europei a confronto*, in *AA.VV.*, *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da Ferrando, II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, 239 e segg., 243 e segg.; Petrelli, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla "tassatività" alla "tipicità"*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri*, Napoli, 2009, 326 e seg. Per il diritto comparato cfr. Caparros e Damé-Castelli, *Les rapports patrimoniaux dans la famille en droit interne comparé*, in *Union Internationale Du Notariat Latin - Commission Des Affaires Europeennes, Régimes matrimoniaux. Successions et libéralités. Droit international privé et Droit comparé*, sous la direction de M. Verwilghen, I, Neuchâtel, 1979, 89 e segg. Per la Francia cfr. Carbonnier, *Le régime matrimonial: sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux, 1932, 556 e segg. Per il diritto tedesco, nel senso che "l'ammissibilità di regimi atipici non è (più) un tema controverso in Germania" cfr. Henrich, *La comunione dei beni e la comunione degli incrementi*, in *AA.VV.*, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, a cura di S. Patti e Cubeddu, Milano, 2008, 238. Sulla libertà contrattuale nella stipula di convenzioni matrimoniali atipiche e di regimi non previsti dal legislatore nel moderno diritto tedesco v. anche Thiele e Rehme, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Viertes Buch, Familienrecht, §§ 1363-1563*, Berlin, 2000, 9 e seg., 24, 342 e segg. (in partic. 345 e segg., ove si prende chiaramente posizione circa l'inesistenza di un *Typenzwang* nel diritto vigente, al punto da autorizzare veri e propri "Misch- und Phantasiegüterstände", con l'unico limite posto dalle norme e dai principi inderogabili: v. 348 per alcuni significativi esempi al riguardo). Da notare che, dopo la caduta del Muro di Berlino, anche nei Paesi dell'Est il principio della libertà negoziale nella stipula delle convenzioni matrimoniali sembra essere stato adottato: cfr. ad es. Rusakova, *Difficulties in Drafting Marital Contracts*, in *AA.VV.*, *Building a Law Based State: Reality and Problems. Perspectives of Russian and Belgian Lawyers*, Leuven, 1999, 53 e seg.

<sup>35</sup> A dispetto dell'esistenza per i coniugi (e, di conseguenza, per i *partners* dell'unione civile) dello specifico istituto del fondo patrimoniale, con cui il vincolo di destinazione introdotto nel 2006 ben potrà convivere: cfr., anche per i richiami, Oberto, *Atto di destinazione e rapporti di famiglia*, in *Giur. It.*, 2016, 239 e segg., 243 e segg.

alla istituzione di *trusts* familiari, eventualmente “interni”<sup>36</sup> e via dicendo.

Ciò significa, in buona sostanza, che le parti ben potranno continuare ad attingere dalla già ricordata ricca messe di modelli e clausole che, nel 2013, nel perdurante vuoto normativo, un’iniziativa del Consiglio Nazionale del Notariato, unica nel suo genere, si era premurata di raccogliere e vagliare criticamente – sotto la direzione e il coordinamento del prof. Luigi Balestra e dello scrivente – nel contesto dell’elaborazione di un vero e proprio *vademecum* per la tutela patrimoniale del convivente *more uxorio* in sede di esplicitazione dell’autonomia negoziale<sup>37</sup>.

## Il “regime primario”

Nel campo matrimoniale si individua come “regime patrimoniale primario” quello che si realizza attraverso la disposizione dell’art. 143, 3° comma, c.c., che sancisce l’obbligo, per entrambi i coniugi, di contribuire ai bisogni della famiglia in proporzione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo<sup>38</sup>. Disposizione, quella citata, che è destinata a trovare sempre applicazione, indipendentemente dal regime patrimoniale “secondario” adottato dai coniugi (comunione legale o convenzionale, separazione dei beni, fondo patrimoniale, regime patrimoniale atipico), stante la sua inderogabilità ai sensi dell’art. 160 c.c. Si noti che, proprio dall’inderogabilità di siffatto regime primario si può trarre ulteriore conferma del fatto che la regola contributiva costituisce effettivamente espressione di un principio costituzionale, laddove analoga inderogabilità non è invece stabilita per il regime patrimoniale secondario legale, che, ai sensi dell’art. 159 c.c., può essere evitato, sia in tutto (con l’opzione per la separazione dei beni), che in parte: basti pensare alla sicura stipulabilità di una comunione convenzionale di tipo “ridotto” rispetto al modello legale.

Ora, la scelta sul punto di politica legislativa del riformatore del 2016 è stata quella, non già di richiamare, mercé un rinvio, gli artt. 143 e 144 c.c., ma di trasporne il testo *ex novo*, stabilendo, ai commi 11° e 12° dell’art. 1 della novella quanto segue: “11. Con la costituzione dell’unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti

e assumono i medesimi doveri; dall’unione civile deriva l’obbligo reciproco all’assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni. 12. Le parti concordano tra loro l’indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l’indirizzo concordato”.

Dal comma 11 cit. sono dunque scomparsi (non solo il “famoso” dovere di fedeltà, ma anche) elementi quali la “collaborazione nell’interesse della famiglia” e la fissazione della residenza “secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa”, quasi si volesse negare<sup>39</sup> il carattere di “famiglia” proprio dell’unione civile, in quanto unione omosessuale. In realtà, ciò che sembra scorgersi è, ancora una volta, il timore di evocare principi che potrebbero anche alludere, sebbene in modo del tutto indiretto, alla presenza (*horribile dictu!*) di una prole comune (si pensi in particolare alle “esigenze preminenti della famiglia”; ogni dubbio al riguardo è tolto, poi, dall’impiego dell’espressione “... a contribuire ai bisogni comuni”, in luogo di quella “... a contribuire ai bisogni della famiglia”).

Come notato in dottrina, però, già con riguardo alla versione originale del d.d.l., si tratta di espedienti di nessun rilievo: il dovere di collaborazione è insito, quasi tautologicamente, in quello di assistenza reciproca, mentre le esigenze dei due componenti e quelle, superiori, dell’unione non possono che essere un parametro di riferimento per ogni scelta e decisione della coppia: oltretutto i bisogni comuni, la residenza comune, costituiscono meri sinonimi di bisogni familiari e residenza familiare<sup>40</sup>.

Peraltro, sui profili che vengono qui in rilievo, e cioè il dovere di contribuzione e l’assistenza materiale, il *pendant* può dirsi integrale. La già ricordata trasfusione del contenuto dell’art. 160 c.c. nel 13° comma, terzo periodo, viene a munire di carattere inderogabile sia l’obbligo di contribuzione, che la necessaria proporzionalità (in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo) del modo in cui allo stesso le parti debbono concretamente adempiere.

Potrà ancora aggiungersi che, al di là del regime di con-

<sup>36</sup> Per chi crede a tale ultima possibilità, naturalmente, su cui non si può in questa sede intrattenere; per i richiami v. per tutti Oberto, *Le destinazioni patrimoniali nell’intreccio dei rapporti familiari*, in AA. VV., *Trattato dei contratti*, diretto Rescigno ed E. Gabrielli, 19, *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di Calvo e Ciatti, Torino, 2014, 147 e segg.

<sup>37</sup> Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente more uxorio in sede di esplicitazione dell’autonomia negoziale. Contratti di convivenza open day, 30 novembre 2013*, Roma, 2013 (il testo è disponibile, tra l’altro, al seguente sito web: [http://www.notaicomelecco.it/www.notaicomelecco.it/Downloads/Guida%20operativa\\_Contratti%20di%20convivenza.pdf](http://www.notaicomelecco.it/www.notaicomelecco.it/Downloads/Guida%20operativa_Contratti%20di%20convivenza.pdf)).

<sup>38</sup> Per alcuni richiami sul tema cfr. Falzea, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1977, I, 619; F. Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1979, 56; Alagna, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1983, 465 e segg.; G. Gabrielli-Cubeddu, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, 13; Paradiso, *La comunità familiare*, Milano, 1984, 384 e segg.; Id., *I rapporti personali fra coniugi. Art. 143-148*, in *Il codice civile*, Commentario fondato da

Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 1990, 79 e segg.; Lazzara, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Catania, 1991, 136 e segg.; Vettori, *Il dovere coniugale di contribuzione*, in Aa.Vv., *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1997, 4 e segg.; Bechini, *Disposizioni generali*, in Aa.Vv., *La famiglia, Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, II, Torino, 2000, 12; E. Quadri, *Il principio di contribuzione come principio generale. La portata dell’art. 143 c.c. nel matrimonio e oltre il matrimonio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 505 e segg.; E. Russo, *L’oggetto della comunione legale e i beni personali. Artt. 177-179*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1999, 38 e segg.; Sesta, *Titolarità e prova della proprietà nel regime di separazione dei beni*, in *Famiglia*, 2001, 873 e segg.; Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 343 e segg.

<sup>39</sup> Contro ogni principio nazionale e sovranazionale: sul tema v. per tutti Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 211 e segg.

<sup>40</sup> Così Casaburi, *op. cit.*, c. 13, il quale rileva poi anche come sia “curiosamente saltato il richiamo del pur innocuo art. 145 c.c., sull’intervento del giudice in caso di disaccordo tra i coniugi (norma, in realtà, di nessuna applicazione giurisprudenziale)”.

tribuzione, ai *partners* dell'unione civile si estendono le regole in tema di obbligo alimentare, in base al disposto dell'art. 1, comma 19, della riforma, che richiama integralmente il titolo XIII del libro I del codice civile.

Poiché gli artt. da 433 a 448 *bis* c.c. non hanno ricevuto modifiche di sorta, né si è proceduto ad attribuire alle parti dell'unione civile una collocazione autonoma, distinta da quella dei coniugi, è evidente che le norme menzionanti, direttamente o indirettamente, il rapporto di coniugio troveranno integrale e diretta trasposizione anche al caso in esame: si pensi ad es., oltre ai "gradi" individuati dall'art. 433 c.c. (con collocazione dei *partners* dell'unione civile al n. 1), a quanto previsto in tema di suocero, suocera, generi e nuore, a dispetto del fatto che l'art. 78 c.c., in materia di affinità, non risulti tra le norme civilistiche espressamente richiamate (ma un'ulteriore conferma nel senso del riconoscimento di una situazione di affinità rispetto ai parenti del *partner* sembra giungere dal comma 4, lett. c), dell'art. 1, della riforma sulle unioni civili, a mente del quale "Sono cause impeditive per la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso: (...) c) la sussistenza tra le parti dei rapporti di cui all'articolo 87, primo comma, del codice civile; non possono altresì contrarre unione civile tra persone dello stesso sesso lo zio e il nipote e la zia e la nipote; si applicano le disposizioni di cui al medesimo articolo 87").

### **I rapporti patrimoniali nella crisi dell'unione civile e l'applicabilità della separazione personale**

Problemi di una certa gravità si pongono anche con riguardo al profilo della crisi dell'unione civile.

Qui, mentre nelle due prime versioni del "d.d.l. Cirinnà" era chiaramente espresso il principio secondo cui tutte le regole in tema di separazione e divorzio avrebbero dovuto trovare applicazione all'ipotesi della crisi dell'unione civile, il c.d. "maxiemendamento" presentato al Senato dal Governo il 25 febbraio 2016 è venuto ad introdurre elementi di confusione.

Al riguardo vengono in considerazione (lasciando qui da parte gli effetti della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso) i commi da 23 a 25 dell'art. 1 della novella, del seguente letterale tenore:

"23. L'unione civile si scioglie altresì nei casi previsti dall'articolo 3, n. 1) e n. 2) lettera a), c), d) ed e) della legge 10 dicembre 1970, n. 898.

24. L'unione civile si scioglie, inoltre, quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile. In tale caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi dalla data di manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione.

25. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 4, 5, primo comma e dal quinto all'undicesimo comma, 8, 9, 9 *bis*, 10, 12-*bis*, 12-*ter*, 12-*quater*, 12-*quintus* e 12-*sexies*, della legge 1 dicembre 1970, n. 898, nonché le disposizioni di cui al Titolo II del libro quarto del codice di procedura civile ed agli articoli 6 e 12 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162".

Il primo dubbio attiene alla sorte dell'istituto della separazione personale.

Al riguardo, se è vero che, a differenza dei d.d.l. prece-

denti, il richiamo al "Capo V, Titolo VI, del Libro I del codice civile" risulta espunto, e se è pure vero che spicca nel nuovo testo il mancato rinvio alla lett. b) dell'art. 3, n. 2), l. div. (che, per l'appunto, prevede la separazione legale quale condizione di proponibilità della domanda di divorzio), è altrettanto innegabile che tra le norme del "Titolo II del libro quarto del codice di procedura civile", espressamente richiamate, invece, dalla novella, fanno bella mostra di sé gli artt. da 706 a 711 c.p.c., proprio in materia di separazione personale, tanto consensuale che contenziosa.

Ora, se anche è vero che il tutto è sottoposto ad una sibillina riserva di compatibilità, è pure incontestabile che nessuna delle disposizioni del citato titolo II è dettata in materia di divorzio; d'altro canto, come già più volte ricordato, la prima parte del citato comma 20 dell'art. 1, della riforma consente un richiamo a tutte le norme (purché non contenute nel codice civile) in cui compaiono le parole "coniuge", "coniugi" o "termini equivalenti", esattamente come accade nei citati artt. da 706 a 711 c.p.c., che, per l'appunto, norme del codice di rito (e non del codice civile) sono.

Più che legittimo sorge quindi il dubbio che l'applicabilità delle norme processuali sulla separazione personale comporti la riferibilità ai *partners* dell'unione civile anche delle relative disposizioni sostanziali. Il dubbio è rafforzato, poi, dall'esplicito richiamo agli artt. 6 e 12, D.L. 12 settembre 2014, n. 132, conv. con modificazioni in L. 10 novembre 2014, n. 162, in tema di c.d. negoziazione assistita: norme, queste, che, ancora una volta, *expressis verbis* evocano la separazione consensuale dei coniugi.

Ulteriore e definitiva conferma è fornita dal comma 19 dell'art. 1 della novella, a mente del quale "All'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano altresì le disposizioni di cui al titolo XIII del libro primo del codice civile, nonché gli articoli 116, primo comma, 146, 2647, 2653, primo comma n. 4) e 2659 del codice civile". Ora, l'art. 146 c.c., richiamato nella sua interezza, contiene un comma secondo, a mente del quale anche "la proposizione della domanda di separazione (...) costituisce giusta causa di allontanamento dalla residenza familiare". La disposizione viene, quindi, a confermare, da un lato, il carattere (indubitabilmente) "familiare" della convivenza nel contesto di un'unione civile e, dall'altro, l'applicabilità anche in questa situazione dell'istituto della separazione personale, tanto consensuale che contenziosa.

A nulla varrebbe obiettare che la separazione non viene qui elevata a condizione di proponibilità della domanda di divorzio, atteso che le parti dell'unione civile ben potrebbero decidere di ricorrere alla procedura separatizia in relazione ad un periodo di crisi di gravità non tale da comportare una definitiva rottura del vincolo. Si verrebbe così a creare per i *partners* dell'unione civile quella possibilità di scelta tra separazione e divorzio, che caratterizza sostanzialmente tutti i Paesi (ad eccezione del nostro) nei quali, pur mantenendosi per tradizione storica la separazione, si concede ai coniugi di ricorrere, in alternativa, al c.d. divorzio immediato. Potrebbe essere, questo, allora, un piccolo seme di buon senso destinato, sperabilmente, a germogliare anche nel campo matrimoniale!

Naturalmente l'eventuale riconoscimento dell'applicabilità della separazione personale alle parti dell'unione civile porrebbe il problema dell'individuazione dei criteri in tema

di (possibile) addebito, a fronte di una disciplina dei diritti e doveri di quei soggetti assai più “soft” di quella corrispondente tra coniugi. Peraltro, che diritti e doveri derivino dall’unione civile è ammesso dallo stesso riformatore nel contesto di quella parte del 13° comma (il terzo periodo), che, come già ricordato a suo tempo, ha proceduto a rimodellare e trasfondere il testo dell’art. 160 c.c.

Configurabile sarà pure una situazione di separazione di fatto, in relazione alla quale sarà applicabile il consistente *corpus* dottrinale e giurisprudenziale elaborato in materia in relazione ai coniugi<sup>41</sup>.

### Segue: I rapporti patrimoniali nella disciplina del divorzio e dell’annullamento dell’unione civile

Tornando al tema del divorzio, va considerato che il 24° comma concede alle parti dell’unione civile di proporre domanda di scioglimento dopo tre mesi dalla manifestazione di volontà di scioglimento da effettuarsi (congiuntamente o disgiuntamente) dinanzi all’ufficiale dello stato civile. Poiché, però, il successivo art. 25 richiama le norme sulla negoziazione assistita, è da ritenere che la domanda di scioglimento vada proposta congiuntamente allo stesso ufficiale dello stato civile, nel caso di procedura ai sensi dell’art. 12, D.L. 12 settembre 2014, n. 132, conv. con modificazioni in L. 10 novembre 2014, n. 162, ma che non sia esclusa la possibilità di seguire la via della negoziazione assistita da avvocati, ai sensi dell’art. 6, D.L. cit., o, addirittura, anche la procedura camerale descritta dal (pure richiamato) art. 4, comma 16, L. div. In caso di procedura contenziosa la domanda non potrà essere proposta che al tribunale, visto il già ricordato generale rinvio all’art. 4, L. div.

Da quanto sopra deriva inoltre che saranno ugualmente trasponibili tutte le conclusioni raggiunte in dottrina e giurisprudenza in materia di contributo per il mantenimento del coniuge separato e di assegno di divorzio, con tutte le questioni ivi connesse: dai trasferimenti di diritti (immobiliari e non) in sede di crisi coniugale, alle relative agevolazioni ed esenzioni fiscali, alla possibilità di riferire alle intese in sede di separazione e divorzio principi e regole contrattuali, all’ammissibilità di una simulazione della separazione personale (e delle relative intese patrimoniali), alla prospettabilità di accordi preventivi in vista dello scioglimento del rapporto<sup>42</sup>.

In altre parole, anche per le parti di un’unione civile potrà parlarsi di “contratti della crisi dell’unione civile”, con integrale trasposizione delle conclusioni cui dottrina e giurisprudenza sono pervenute in materia di contratti della crisi coniugale<sup>43</sup>.

Un problema peculiare all’ipotesi di divorzio tra i *part-*

*ners* dell’unione civile è legato allo scioglimento di un eventuale regime di comunione legale.

Riallacciandoci qui a quanto ampiamente illustrato in altra sede, in merito alla mancata equiparazione alla separazione del divorzio (nel caso di c.d. “divorzio immediato”), in punto anticipazione degli effetti della cessazione del regime, per effetto della modifica, operata nel 2015, dell’art. 191 c.c.<sup>44</sup>, dovrà considerarsi che, comunque si intenda risolvere, per i *partners* omosessuali, il quesito circa l’applicabilità dell’istituto della separazione personale<sup>45</sup>, la pronuncia di separazione non costituisce sicuramente antecedente necessario del divorzio per i soggetti qui presi in considerazione. Poiché, quindi, il riformatore del 2015 non ha inteso prendere in considerazione le (rare in pratica, ma pur contemplate dalla legge) fattispecie di “divorzio immediato” tra coniugi, rifiutando l’estensione al divorzio non preceduto da separazione della regola oggi scolpita nel capoverso dell’art. 191 c.c. (per la sola separazione, per l’appunto), in difetto (pure) di autonoma ed apposita disposizione nella novella qui in commento, non rimarrà che concludere che le parti dell’unione civile per (loro dis)avventura sottoposte al regime legale, dovranno attendere, in caso di divorzio (e in difetto, ovviamente, di autonoma e distinta causa rilevante ai sensi della norma citata: si pensi ad una convenzione di scioglimento del regime), il passaggio in giudicato della relativa sentenza contenziosa<sup>46</sup>, perché la comunione legale possa ritenersi a tutti gli effetti cessata.

È noto, poi, che la crisi del rapporto coniugale può trovare, di fatto, esplicazione giudiziale tramite la procedura di annullamento del matrimonio.

Chiaro che qui stiamo parlando di una situazione che, *stricto iure*, nulla dovrebbe aver a che vedere con quegli stati di fatto che rendono impossibile o estremamente penosa la prosecuzione della vita coniugale, sopravvenuti in costanza di rapporto e che costituiscono presupposto della separazione o del divorzio. È, però, innegabile che la via dell’annullamento (specie per i matrimoni concordatari, tramite la decisione in sede ecclesiastica, successivamente deliberata dall’autorità giudiziaria statale), viene spesso e volentieri percorsa proprio per ovviare ai difetti di quello che in materia contrattuale si definirebbe il “sinallagma funzionale”. Una delle ragioni che convincono molti a percorrere questa strada è proprio quella per cui l’annullamento, ove determinato da sentenza intervenuta prima del passaggio in giudicato di un’eventuale decisione di divorzio, elimina radicalmente i possibili effetti di quest’ultimo, comportando comunque la disciplina civilistica dell’invalidità sequele patrimoniali ben più “leggere” per la parte onerata.

Anche tali regole (ovviamente ponendo a raffronto con il divorzio e la separazione il solo annullamento civile, certo

<sup>41</sup> Sul tema v. per tutti Scalisi, *La separazione di fatto*, Milano, 1978; Olivero, *La separazione di fatto dei coniugi*, Milano, 2006.

<sup>42</sup> Cfr., con particolare riguardo a questo tema, Oberto, *Simulazioni e frodi nella crisi coniugale (con qualche accenno storico ad altri ordinamenti europei)*, Nota a Cass., 5 marzo 2001, n. 3149, in *Famiglia*, 2001, 774 e segg.; Id., *Simulazione della separazione consensuale: la Cassazione cambia parere (ma non lo vuole ammettere)*, nota a Cass., 20 novembre 2003, n. 17607, in *Corr. giur.*, 2004, 309 e segg.; Id., *La simulazione della separazione consensuale (Versione aggiornata al 10 ottobre 2015)*, in [http://giacomooberito.com/simulazione\\_della\\_separazione\\_personale\\_2015.htm](http://giacomooberito.com/simulazione_della_separazione_personale_2015.htm); da ultimo v. anche de Belvis, *I rapporti*

*tra simulazione e separazione consensuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, 1439 e segg.

<sup>43</sup> Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I e II, Milano, 1999, *passim*.

<sup>44</sup> Cfr. Oberto, “*Divorzio breve*”, *separazione legale e comunione legale tra coniugi*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 628 e segg.

<sup>45</sup> Sul punto v. il § immediatamente precedente.

<sup>46</sup> O, in alternativa, una delle altre fattispecie analiticamente descritte in Oberto, “*Divorzio breve*”, *separazione legale e comunione legale tra coniugi*, 624 e segg., con particolare riferimento alla negoziazione assistita.

non la delibazione di un'impossibile sentenza ecclesiastica di annullamento di una – *absit iniuria verbis!* – inimmaginabile unione civile concordataria) saranno trasponibili nel campo delle unioni civili. Ed in effetti le regole sulla nullità del matrimonio civile (sezione VI del capo III del titolo VI del libro primo del codice civile) sono in parte espressamente richiamate dal comma 5 dell'art. 1 della novella e in

parte "ricostruite" *ad usum unionis civilis* dai successivi commi 6, 7 e 8. Tra le norme appena ricordate compaiono anche quelle sulle conseguenze patrimoniali dell'invalidità matrimoniale, di cui agli artt. 128, 129 e 129 *bis* c.c. (e, per ciò che riguarda la comunione legale, quelle di cui all'art. 191 c.c. riferite al caso di annullamento del matrimonio).

## I rapporti paraconiugali dinanzi alla legge

Antonello Spadafora

La normativa recentemente introdotta in tema di unioni civili da parte della L. n. 76/2016 privilegia il rapporto formalizzato tra persone dello stesso sesso, al punto da decretarne, ad onta delle scelte nominalistiche e di mero dettaglio, la sostanziale assimilazione al vincolo di coniugio: ciò, tuttavia, avviene al costo di assecondare un'inopinata deriva discriminatoria in danno della convivenza eterosessuale.

### La morfogenesi di plurimi tipi familiari e l'impatto sulla realtà ordinamentale

La tralatizia idealizzazione antropomorfa attraverso la quale i giuristi sono soliti evocare la figura del legislatore rischia, talora, di apparire eccessivamente nobilitante, nel confronto tra l'altezza della funzione e l'inadeguatezza del risultato prodotto.

Così, in particolare, chi si accinga ad analizzare la disciplina di recente approvata in tema di convivenze paraconiugali, avrà difficoltà ad intravedervi i riflessi dell'annoso dibattito che – per quasi mezzo secolo – ha impegnato la nostra dottrina nel delicato compito di selezione degli interessi da presidiare in materia, con il corrispondente sforzo di enucleazione di principi e di criteri direttivi da seguire nell'approntamento di un regime precettivo inteso a garantirne la soddisfazione.

Ed invero, nel recuperare definitivamente alla dimensione qualificante del diritto positivo gli organismi sociali riconducibili al *genus* familiare, secondo un ineludibile processo di allineamento della realtà giuridica alla realtà sociale, gli apparati di legale mediazione denotano un approccio manifestamente dominato dal calcolo politico, che postula soluzioni compromissorie ben lungi dal rispondere in modo congruo alle aspettative dei protagonisti della vicenda intersoggettiva: e con malcelata noncuranza quanto agli inevitabili effetti distorsivi rispetto ad inequivoche direttive ordinamentali.

Giacché ogni disamina destinata a valutare se l'articolata disciplina giuridica di tali relazioni familiari riveli un'intrinseca razionalità non può che prendere le mosse dal rilievo che l'iniziativa di giuridicizzazione di detti rapporti è chiamata a svolgersi in ossequio a precise coordinate sistemati-

che, le quali, nell'additare le linee di sviluppo sul piano dello *ius positum*, dovrebbero essere acquisite come saldi referenti nell'opera giuspoietica demandata al legislatore.

Orbene, nel confronto con quelle coordinate e con il patrimonio dogmatico che esse involgono, il quadro normativo tratteggiato *in subiecta materia* testimonia come l'esercizio prescrittivo e di sistematizzazione oggi tentato alimenti le incognite del travisamento, quanto alle prime, e del depauperamento, quanto al secondo.

Già *prima facie*, ad esporsi ad una fondamentale obiezione, dirimente anche perché non scevra di implicazioni in punto di compatibilità con i principi consacrati a livello di fonte primaria, è la scelta di elevare l'orientamento sessuale della coppia a fattore di discriminazione quanto al trattamento giuridico del fenomeno: e ciò in ragione del *favor* inopinatamente accordato al legame tra omosessuali rispetto a quello tra soggetti eterosessuali.

L'intento di assumere l'unione civile tra persone dello stesso sesso a schema di elezione nel campo dei rapporti che ci occupa viene apertamente esplicitato nella norma di apertura: laddove, nel lumeggiare il fondamento di legittimazione costituzionale, si solennizza che una consimile unione deve essere sussunta entro la categoria delle formazioni sociali preordinate allo sviluppo della personalità individuale, secondo il disposto dell'art. 2 Cost.<sup>1</sup>

Ancorché la mancanza di analogo riferimento con riguardo alle convivenze tra persone di sesso diverso non possa, evidentemente, essere interpretata come ripudio degli esiti ricostruttivi tradizionalmente conseguiti, in proposito, in sede di elaborazione dottrina e giurisprudenziale, la mentovata proclamazione appare indice eloquente della preminenza riconosciuta *ex lege* alle unioni omosessuali. Di tal che,

<sup>1</sup> Alla stregua dell'indicazione offerta, del resto, dal giudice delle leggi: in tal senso cfr. Corte cost. n. 138/2010, in *Foro It.*, 2010, I, 1361 e segg., con note di R. Romboli, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, e di F. Dal Canto, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*; cfr., altresì, Corte cost. n. 170/2014, *ivi*, 2014, I, 2674 e segg., con note di R. Romboli, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, e di S. Patti, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*. Per analoghi riferimenti, nella giurisprudenza della Suprema Corte, cfr. Cass., 15 marzo 2012,

n. 4184, *ivi*, 2012, I, 2727 e segg., con nota di R. Romboli, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei "dicta" della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione della Corte di cassazione*; Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, 649 e segg., con nota di T. Auletta, *Ammissibilità nell'ordinamento vigente del matrimonio fra persone dello stesso sesso*; Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, *ivi*, 2015, I, 777 e segg., con nota di M. Azzalini, *Dal "divorzio imposto" al matrimonio "risolutivamente condizionato": le bizzarre ed inique sorti del matrimonio della persona transessuale*.

l'esigenza di valorizzare un modello pluralistico – alla stregua dell'indicazione offerta dallo stesso giudice delle leggi – ne risulta irrimediabilmente frustrata, trascolorando in un'inattesa ambizione ordinamentale di presidiare nel modo più intenso ed efficace il diritto fondamentale delle persone dello stesso sesso a vivere liberamente una condizione di coppia, con il riconoscimento, per la comunità sociale così creata, della garanzia di massima protezione.

Una volta trasposta sul piano dispositivo, l'indicata impostazione viene portata alle sue estreme conseguenze, dando luogo a differenze di disciplina altrettanto inaspettate.

Nel delineare lo statuto giuridico della convivenza omosessuale, il legislatore guarda e si conforma al paradigma offerto dalla famiglia legittima e dalla sua regolamentazione, nella prospettiva di una piena equiparazione dal punto di vista dello *status*.

Del che può aversi contezza sol che si consideri che, sotto il profilo del regime personale, i diritti e i doveri in capo alle parti dell'unione civile – peraltro assistiti dall'inderogabilità – rispecchiano fedelmente le situazioni giuridiche soggettive contemplate all'art. 143 c.c., eccezion fatta, oltre che per l'obbligo di collaborazione, per l'obbligo di fedeltà, espunto dal testo definitivo del provvedimento sotto la pressione di quei gruppi politici che vi hanno scorto uno strumento volto ad introdurre surrettiziamente una forma di matrimonio omosessuale.

A far da corollario è l'assimilazione relativamente ai poteri previsti all'art. 144 c.c., nonché – con evidente significatività – alle regole codicistiche in materia di invalidità dell'atto (anche con riferimento al regime delle opposizioni) e di successione legittima e necessaria<sup>2</sup>; analogamente, per quanto attiene alla fase patologica del rapporto, si estendono all'unione civile numerose tessere dell'articolato precettivo in tema di divorzio, soprattutto con riguardo alle cause di scioglimento ed agli effetti patrimoniali della dissoluzione del legame.

Su tali basi, in perfetta coerenza con l'opzione di fondo, la comunione dei beni assurge a regime patrimoniale legale dell'unione civile (ferma restando la possibilità di aderire ai regimi alternativi previsti in costanza del vincolo di coniugio).

E, a definitivo suggello della postulata identità di *status*, si stabilisce che, sia pur asseritamente al solo scopo di assicurare l'effettività della tutela dei diritti ed il pieno adempimento

degli obblighi scaturenti dall'unione civile, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio ed ogni accenno normativo alla figura del coniuge (ricorrente non solo nelle leggi e negli atti aventi forza di legge, ma anche nei regolamenti, negli atti amministrativi e nei contratti collettivi) debbano applicarsi anche al vincolo tra persone dello stesso sesso.

In un contesto dominato dalla logica dell'eteronomia, al perfezionamento di un negozio di diritto familiare di evidente rilevanza pubblicistica si riconnettono, dunque, per la coppia di individui di ugual sesso, effetti pressoché simmetrici a quelli prodotti dall'atto fondativo solenne matrimoniale. Con ciò, lo sforzo di tipizzazione profuso dal legislatore si sostanzia nell'enucleazione di uno schema formale nuovo, qualificabile, con formula di sintesi, in termini di simil-matrimonio: e che del matrimonio ha tutto (sotto il profilo sia dell'atto che del rapporto), eccetto il nome.

Diametralmente opposta è la logica sottesa al trattamento giuridico della convivenza eterosessuale.

Qui l'opzione normativa è in favore dell'autonomia privata. Ai *partners* viene concesso, infatti, di regolare la loro vita in comune mediante lo strumento pattizio: il quale, tuttavia, ha – e non può che avere – un ambito di operatività circoscritto alla sfera patrimoniale.

L'anelito di protezione dei membri del *consortium* familiare si rivela, in questo caso, viepiù affievolito. Detta constatazione procede da un assetto in cui la legittimazione a disciplinare in via convenzionale il legame intersoggettivo si combina con un intervento eteronomo deputato ad introdurre uno statuto giuridico minimo, del tutto residuale. Esso, plasmato per sottrazione, astrae dal richiamo al complesso dei diritti e dei doveri che connotano la posizione dei coniugi, limitandosi a compendiare in sé delle pretese volte, per lo più, a ricalcare quelle che la giurisprudenza – nell'inerzia legislativa – ha progressivamente esteso ai conviventi *more uxorio*: con particolare riguardo al diritto al risarcimento del danno da uccisione del *partner*; al diritto temporaneo di abitazione, per il convivente superstite, della casa di comune residenza, a seguito della morte del proprietario (come nitido riflesso del consolidato diritto alla successione nel contratto locatizio, oggi pure espressamente riconosciuto); ai poteri ed alle utilità evocate all'art. 230 *bis* c.c. in tema di impresa familiare<sup>3</sup>. *Pauca, sed matura*.

Né può omettersi di rilevare che è la stessa rappresenta-

<sup>2</sup> La mentovata assimilazione concerne altresì, esplicitamente, l'istituto dell'impresa familiare (art. 1, 13° comma), nonché le materie relative agli ordini di protezione contro gli abusi familiari (art. 1, 14° comma), alla scelta dell'amministratore di sostegno ed alla legittimazione all'istanza di interdizione e di inabilitazione, oltre che all'istanza di revoca (art. 1, 15° comma), alla sospensione del decorso del termine prescrizione (art. 1, 18° comma), al diritto agli alimenti (art. 1, 19° comma), all'allontanamento dalla residenza familiare (art. 1, 19° comma), all'indegnità, alla collazione ed al patto di famiglia (art. 1, 21° comma), al riacquisto dello stato libero all'esito della morte o della dichiarazione di morte presunta del *partner* (art. 1, 22° comma). Alle parti dell'unione civile si applica, nondimeno, il disposto degli artt. 2647, 2653, 1° comma, n. 4, e 2659 c.c. (art. 1, 19° comma), oltre che degli artt. 2118 e 2120 c.c., quanto alle indennità ivi previste (art. 1, 17° comma).

<sup>3</sup> Detto statuto minimo involge, nondimeno, l'estensione ai conviventi eterosessuali dei diritti spettanti ai coniugi nelle ipotesi previste dall'ordinamento penitenziario (art. 1, 38° comma), così come del diritto reciproco di visita, di assistenza, nonché di accesso alle informazioni personali, in caso di malattia o di ricovero (art. 1, 39° com-

ma). Completano lo scarno quadro normativo: a) la previsione secondo cui ciascun convivente può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati in caso di malattia che comporti incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute, ovvero, in caso di morte, per quanto attiene alla donazione degli organi, alle modalità del trattamento del corpo ed alle celebrazioni funerarie (art. 1, 40° comma); b) la norma secondo cui, qualora l'appartenenza ad un nucleo familiare costituisca titolo o causa di preferenza nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare, di tale titolo o causa di preferenza possono godere, a parità di condizioni, anche i conviventi di fatto (art. 1, 45° comma); c) la disposizione in forza della quale il convivente di fatto può essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno, laddove il *partner* sia stato dichiarato interdetto o inabilitato, ovvero ricorrano i presupposti di cui all'art. 404 c.c. (art. 1, 48° comma); d) l'integrazione del disposto dell'art. 712, 2° comma, c.p.c. attraverso il richiamo alla figura del convivente di fatto (art. 1, 47° comma); e) relativamente alla patologia del rapporto, il riconoscimento, in favore del convivente che versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento, del diritto di ricevere dall'ex convivente la

zione del negozio da cui promana il rapporto formale tra persone dello stesso sesso a denotare, nel confronto con il contratto di convivenza, la conquistata primazia – secondo l’odierna concezione di legge – della *same-sex family*.

Le eloquenti differenze di disciplina sul punto hanno tratto, per un verso, al *vestmentum* solenne dell’accordo, e, per altro verso, alla garanzia di tendenziale stabilità dello stesso: posto che – sotto il primo aspetto – il patto istitutivo dell’unione civile consiste in una dichiarazione di volontà recepita dall’ufficiale dello stato civile alla presenza di due testimoni, cui fa seguito la registrazione nell’archivio dello stato civile, laddove, invece, il contratto di convivenza tra soggetti eterosessuali<sup>4</sup> richiede nulla più che la forma scritta (dell’atto pubblico o della scrittura privata autenticata da un notaio o da un avvocato, chiamati peraltro ad un singolare avallo di legittimità, ossia ad una attestazione di rispondenza alle norme imperative ed ai principi di ordine pubblico, alla stessa stregua di quanto contemplato in tema di negoziazione assistita), con conseguente onere di trasmissione al comune di residenza delle parti ai fini dell’iscrizione presso l’anagrafe, in vista dell’opponibilità ai terzi; e tenuto conto che – sotto il secondo aspetto – l’intento di caducare l’atto di unione civile richiede comunque la manifestazione di ambo le parti (sia congiuntamente che disgiuntamente) dinanzi all’ufficiale di stato civile, mentre il contratto di convivenza ammette finanche il recesso unilaterale (peraltro esercitabile senza alcun limite di tempo, secondo le forme previste ai fini della validità di tale negozio).

Se ne ricava una evidente accentuazione della dimensione pubblicistica del rapporto formalizzato omosessuale, a scapito della dimensione eminentemente privatistica in cui rimane confinato il legame *more uxorio*.

Da ultimo, non può sottacersi come anche il dato terminologico – pur nella sua manifesta ingenuità – sia espressivo di un approccio proclive a marginalizzare, relegandolo in una zona d’ombra, l’organismo sociale formato dalla coppia eterosessuale: nei cui confronti il malcauto legislatore continua ad utilizzare la consueta formula di convivenza di fatto, senza avvedersi, che, all’esito dell’intervento precettivo *ex iure*, quell’organismo abbandona la dimensione puramente fattuale per abbracciare quella della piena giuridicità, trasformandosi da fenomeno “di fatto” a fenomeno “di diritto”.

L’insieme dei rilievi, univocamente orientati, dianzi riferiti segna dunque un radicale rovesciamento di prospettiva rispetto alla tendenza sistematica che, nel quadro della più moderna ed evoluta edificazione dell’ordinamento dei rapporti familiari, impone di ovviare a qualunque forma di emarginazione fondata sull’identità sessuale dei soggetti che compongono la coppia, ma pur sempre secondo una

vocazione che ha origine e si sviluppa intorno all’esigenza di evitare che le conseguenze di un atteggiamento oscurantista abbiano a tradursi nel pregiudizio degli interessi e delle aspettative ascrivibili ai componenti della famiglia omosessuale.

Di tale caposaldo concettuale si rinviene traccia non solo nel contributo ricostruttivo offerto, sul versante interno, dal giudice delle leggi, ma anche, sul piano sovranazionale, negli indirizzi della Corte di Strasburgo, che, nel sanzionare l’ostinata riluttanza dello Stato italiano a farsi carico del riconoscimento e della giuridica salvaguardia delle unioni tra persone dello stesso sesso, non ha mancato – anche di recente – di ribadire l’urgenza di un regime protettivo in materia, idoneo a neutralizzare ogni esito discriminatorio<sup>5</sup>.

Orbene, il nostro legislatore, nel trasporre una simile indicazione – ormai ritenuta cogente – sul terreno dello *ius positum*, si induce a reinterpretarla in modo quanto mai artificioso ed arbitrario: e, nel rimanere condizionato dalla *vis attractiva* esercitata dal paradigma matrimoniale, su di esso ricalca il nuovo archetipo dell’unione civile tra omosessuali, ritenendo, tuttavia, che il proprio margine di apprezzamento involga il potere di sottoporre ad un trattamento di gran lunga deteriore la convivenza eterosessuale, che ne risulta manifestamente discriminata. E ciò anche a costo dell’inevitabile interferenza con le garanzie costituzionali previste in tema di uguaglianza e di divieto di discriminazione per motivi di orientamento sessuale, nonché con le idealità espressamente recepite dalla CEDU (agli artt. 8 e 14) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (all’art. 21, 1° comma).

Ne deriva che al propugnato modello pluralistico in tema di relazioni familiari viene in realtà sostituendosi, nell’odierna, distorta, visione dei nostri apparati legislativi, un modello atomistico, nel quale le comunità sociali riconducibili al *genus* della famiglia sembrano combinarsi nello spazio giuridico in base ad una mera casualità aggregativa, nel vuoto prodotto dall’assenza di un criterio ordinante.

E, ad aggravare il quadro, concorre la facoltà ulteriormente riconosciuta ai *partners* dello stesso sesso: ai quali, se desiderosi di veder protetta la loro affettività in forma attenuata, non si nega la legittimazione ad accedere pure al regime affievolito della convivenza di fatto, e dunque ad intraprendere, come alternativa, una strada che per i soggetti eterosessuali è l’unica percorribile<sup>6</sup>.

### **La connotazione teleologica del consorzio familiare e l’indeffettibilità dell’impegno di reciproca dedizione tra i conviventi**

Di difficile comprensione, se non chiave in metagiuridica, si rivela, altresì, la scelta di espungere, dal novero delle

prestazione alimentare, per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell’art. 433, 2° comma, c.c. (art. 1, 65° comma).

<sup>4</sup> Mette conto, in ogni caso, sottolineare che – secondo l’odierna disciplina di legge – a detto contratto, preordinato esclusivamente a regolare i rapporti di natura patrimoniale (cfr., al riguardo, art. 1, 50° comma), può accedere anche la coppia omosessuale (su cui v. *infra*, testo e nota 6). In termini generali, va altresì osservato che un simile strumento negoziale rappresenta nulla più che un eventuale corollario della dichiarazione anagrafica attestante, ai sensi del D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, la stabile convivenza tra i conviventi di fatto: in propo-

sito cfr. art. 1, commi 36° e 37°.

<sup>5</sup> In tal senso cfr. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. IV, sentenza 21 luglio 2015, nn. 18766/11 e 36030/11, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, 918 e segg., con nota di L. Lenti, *Prime note in margine al caso Oliari c. Italia*, *ivi*, II, 575 e segg.

<sup>6</sup> Ciò è, infatti, quanto si ricava dalla generica formulazione testuale dell’art. 1, 36° comma, secondo cui si intendono per “conviventi di fatto” due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un’unione civile.



situazioni doverose in capo a soggetti che formulano un progetto esistenziale in comune, l'obbligo di fedeltà.

Non è dato, segnatamente, scorgere ragioni di coerenza tra, da un lato, la postulata sostanziale assimilazione – quanto allo *status* che ne discende – tra unione civile e vincolo di matrimonio, e, dall'altro, l'ostentato ripudio del canone di esclusività, che in sé racchiude, alla stessa stregua del canone di responsabilità e di quello di solidarietà, un valore fondante dell'impegno di vita coniugale.

Il silenzio normativo sul punto, se interpretato a stretto rigore, sembrerebbe sottendere una *ratio* rivolta ad escludere la doverosità del rapporto di reciproca dedizione fisica e spirituale che l'obbligo in parola esprime.

Eppure, un tale esito ermeneutico finirebbe per collidere con l'assunto – il cui saldo radicamento ne disvela il carattere di acquisizione dogmatica – secondo cui il modo di strutturarsi di ogni rapporto di genere familiare implica la creazione di un *consortium omnis vitae* teleologicamente orientato ad assicurare la soddisfazione delle aspettative fondamentali dei membri del gruppo, di guisa che è l'aspetto della connotazione funzionale della comunità forma-

tasi a giustificarne la tutela, per il fatto di assurgere a luogo di promozione e di sviluppo della personalità individuale<sup>7</sup>.

In altri termini, la consolidata distinzione tra *istituzione* e *funzione* familiare<sup>8</sup> consente, mediante un giudizio a carattere assiologico, di superare gli ostacoli all'ammissibilità di organismi altri rispetto al modello tradizionale: i quali, tuttavia, sono destinati ad emergere al livello della giuridicità se ed in quanto idonei a garantire la realizzazione di un programma solidaristico – e dunque di responsabile cooperazione – nell'ottica dell'unità e della stabilità, di modo che ne risulti l'adesione al paradigma comportamentale imposto con riguardo al vincolo di matrimonio.

Non sembra revocabile in dubbio che le linee di tendenza del c.d. ordinamento costituzionale della famiglia assecondino una logica di *favor familiae*.

Ed inverò, il consorzio familiare è ivi concepito come "società naturale", ossia come fenomeno primigenio, che presiste allo Stato ed è da questo recepito e tutelato, attraverso la previsione di diritti che costituiscono la somma degli interessi fondamentali comuni ai soggetti che detta *societas* compongono<sup>9</sup>. A ragione può dirsi che i diritti

<sup>7</sup> Per quanto attiene alla dottrina tradizionale in materia, si segnala, al riguardo, il contributo di G. Piepoli, *Realtà sociale e modello normativo nella tutela della famiglia di fatto*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1972, 1440 e segg. Secondo l'Autore, la Costituzione, in linea con gli artt. 2 e 3, individua ed attribuisce nell'art. 29 al nucleo familiare una capacità sanante, una funzione educativa chiaramente diretta allo sviluppo della personalità individuale, il che troverebbe conferma negli artt. 30 e 31. Ciò che in realtà interessa all'ordinamento – egli afferma – è che il gruppo familiare rivesta i caratteri di una formazione sociale funzionale all'esercizio di quei diritti fondamentali della persona che la Costituzione medesima riconosce garantisce e che esprimono il contenuto di quella sfera di attività riconosciuta al soggetto per il suo stesso essere (sfera della personalità) (1442). Affronta il problema della tutela della famiglia naturale dall'angolo visuale della responsabilizzazione reciproca dei suoi componenti, soprattutto nell'interesse della prole naturale ed in funzione di una civile educazione della stessa, G. Gandolfi, *Alcune considerazioni (de iure condendo) sulla famiglia "naturale"*, ripubblicato in *Studi di diritto privato*, Milano, 1994, 174 e segg. Mette conto sottolineare che la dottrina dominante ha costantemente rinvenuto negli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost. l'affermazione di una tutela concorrente di quelle formazioni sociali a carattere familiare in grado di svolgere compiti educativi e di sostentamento nel rispetto degli interessi fondamentali di ciascun componente e delle esigenze di coesione, di unità e di fedeltà all'interno del gruppo: in tal senso cfr. M. Bessone, *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, sub art. 29, 32, secondo cui l'interpretazione sistematica delle norme indicate offre indicazioni di politica legislativa che si sostanziano in precise direttive costituzionali di *favor familiae*, estese alla serie di rapporti di natura familiare non legittimati dal matrimonio. Dello stesso Autore cfr., altresì, *Lavoratrice madre nubile, qualifica di capo-famiglia e famiglia di fatto*, in *Temi*, 1975, 57 e segg.; *La famiglia "società naturale", matrimonio civile e questioni di legittimità costituzionale del divorzio, in margine ai problemi di interpretazione dell'art. 29, comma 1, Cost.*, *ibidem*, 284 e segg.; *Norma costituzionale, ideologia della famiglia e regime positivo del convivere in assenza di matrimonio*, in *Giur. di Merito*, 1979, 912; *Convivenza more uxorio e tutela della famiglia di fatto in una giurisprudenza non conformista, ibidem*, 1151; *Ambito di rilevanza e garanzie costituzionali della convivenza more uxorio*, in *Foro Pad.*, 1979, I, 214; *Favor matrimonii e regime del convivere in assenza di matrimonio*, in *Dir. Fam.*, 1979, 1187. In proposito cfr., altresì, N. Lipari, *La categoria giuridica della "famiglia di fatto" e il problema dei rapporti personali al suo interno*, in *Atti del convegno nazionale "La famiglia di fatto"*, Pontremoli, 27-30 maggio 1976, Montereleggio, s.d. ma 1977, 55 e segg.; F. Bile, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali, ivi*, 73-74; G. Ferrando, *Sul problema della famiglia di fatto*, in *Giur. di Merito*, 1976, 260; Id.,

*Famiglia legittima e famiglia di fatto nella disciplina costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1977, 930; Id., *La famiglia di fatto verso una svolta?*, in *Pol. Dir.*, 1979, 234; M. Dogliotti, *Famiglia di fatto, orientamenti giurisprudenziali e costume sociale*, in *Dir. Fam.*, 1980, 1059; Id., *Famiglia di fatto e intervento del giudice (a proposito di una singolare ipotesi di applicazione dell'art. 145 c.c.)*, in *Foro It.*, 1982, I, 1460; P. Perlingieri, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Dir. giur.*, 1979, 777; S. Alagna, *Convivenza more uxorio e successione nel contratto di locazione*, in *Giur. It.*, 1980, I, 2, 534 e segg.; E. Roppo, *Convivenza more uxorio e autonomia privata (Ancora su presupposti e modalità di rilevanza giuridica della famiglia senza matrimonio)*, *ibidem*, 549; Id., *Ipotesi per uno "statuto minimo" delle convivenze extramatrimoniali*, in *Pol. Dir.*, 1980, 111; F. Uccella, *Persone e famiglia*, Padova, 1980, 63 e segg.; F. Mazza Galanti, *Affidamento dei minori e famiglia di fatto*, in *Giur. di Merito*, 1982, 102; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2, Milano, 1985, 24 e segg.; M. Bessone-G. Alpa-A. D'Angelo-G. Ferrando, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna-Roma, 1986, 20 e segg. Per un'ampia ricostruzione del panorama dottrinario in materia cfr., in particolare, A. e M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, 426 e segg. Per l'affermazione secondo cui la convivenza che si realizza nella famiglia di fatto presenta, nella sostanza, lo stesso contenuto della convivenza che ha origine dal matrimonio, ingenerando una *communio omnis vitae* tra i membri del gruppo, talché, legandosi a detta comunione il profilo della realizzazione personale dei componenti, riesce agevole ricomprendere il fenomeno, con dignità non minore della famiglia legittima, nel novero delle formazioni sociali "intermedie" della società pluralista, cfr. P. Rescigno, *Società naturale, esperienze contrattate*, in *Memoria o futuro della famiglia*, Milano, 2000, 166 e segg.

<sup>8</sup> In proposito cfr. G. Piepoli, *op. cit.*, 1445 e segg.; R. Tommasini, *La responsabilità per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione dei figli naturali*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973, 213; P. Ghirelli, *Una nuova decisione della Corte costituzionale in tema di successione dei figli naturali*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1974, 216 e segg.

<sup>9</sup> Si segnalano, al riguardo, i rilievi svolti da C. Grassetti, voce "Famiglia (dir. priv.)", in *Nov. Dig. it.*, VII, Torino, s.d. ma 1961, 48 e segg.; C.M. Bianca, voce "Famiglia (diritti di)", *ivi*, 68 e segg.; Id., *Diritto civile*, 2, cit., 10-11; P. Barcellona, voce "Famiglia (dir. civ.)", in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, s.d. ma 1967, 782 e segg.; M. Bessone, *Rapporti etico-sociali*, cit., 18 e segg.; Id., *La famiglia "società naturale"*, *ecc.*, cit., 284 e segg.; M. Bessone-G. Ferrando, *Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto*, in *Dir. Fam.*, 1979, 1318 e segg.; G. Furguele, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 73 e segg., spec. 77. Sul punto cfr., altresì, P. Perlingieri, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, 44 e segg.; F. D'Angeli, *La famiglia di*

della famiglia si giustificano in quanto espressione della difesa, nella sfera sociale, dei valori essenziali della persona umana<sup>10</sup>. Il superamento di una rappresentazione monadica delle esigenze primarie dell'individuo connota, del resto, anche gli altri corpi intermedi nei quali l'uomo vive e realizza la propria personalità<sup>11</sup>.

Pertanto, nella disamina della direttiva espressa a livello di fonte primaria, occorre riflettere sull'esaltazione del profilo funzionale della comunità familiare. Nella prospettiva degli artt. 2, 3 e 29 Cost., essa diviene un organismo socialmente qualificato in funzione della crescita e della realizzazione personale dei soggetti coinvolti. Quel che è assunto ad oggetto della garanzia costituzionale è essenzialmente l'interesse che ciascun partecipante al gruppo ha in comune con gli altri a veder salvaguardati i "diritti inviolabili" evocati all'art. 2, attraverso il mentovato programma di solidarietà.

Ad esser raffigurato, nitidamente, nella Carta costituzionale è un modello di comunità familiare dall'inelidibile connotazione teleologica, in vista dell'effettivo svolgimento dei valori personalistici: e ciò postula il carattere di stabilità della struttura, quale necessario presupposto dell'assunzione di un impegno di responsabilità non sottratto ad una considerazione sociale<sup>12</sup>.

Un indice particolarmente significativo dell'impostazione

appena richiamata è fornito, con ogni evidenza, dall'art. 30, 1° comma, Cost. Nello spirito della norma, è l'inevitabile preminenza dell'interesse del minore ad escludere che la rilevanza del rapporto che lega costui a coloro che lo hanno generato sia subordinato all'istituzionalizzazione del legame tra questi ultimi (secondo un approccio che ha trovato, del resto, compiuto svolgimento nella recente novella legislativa in tema di filiazione naturale). Si conferma, per tal via, che la garanzia viene accordata al lume di una precisa scelta di valori, che, proprio per una valutazione non formalistica della personalità individuale, induce ad un giudizio di favore nei confronti di ogni organismo in cui la relazione in parola si manifesta con i contenuti che l'ordinamento vuole realizzati<sup>13</sup>.

In sintesi, il modello prefigurato dal legislatore costituzionale riflette una generale tendenza del sistema verso una più ampia e complessa articolazione dell'aggregato familiare, che consente di superare la tradizionale contrapposizione tra famiglia legittima e famiglia non fondata sul matrimonio. Ciò nondimeno, se è vero che l'esigenza di giuridica salvaguardia si profila anche con riguardo a quei fenomeni della realtà sociale che oggi il legislatore intende giuridicizzare mediante l'elaborazione di modelli alternativi tipici, non può obliterarsi – per ragioni di ossequio alle nitide coordinate sistematiche *in subiecta materia* – che condizio-

fatto, Milano, 1989, 313 e segg. Tale orientamento segna il definitivo abbandono dell'idea, legata a quella concezione giusnaturalistica proclive ad esaltare il carattere di ordinamento primario ed originario della famiglia, secondo cui dall'art. 29, 1° comma, Cost. emergerebbe il riconoscimento della soggettività privata di diritto costituzionale della comunità familiare, la quale, pertanto, si configurerebbe come un ente portatore di propri interessi superindividuali: cfr., in tal senso, U. Majello, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Milano, 1965, 13 e segg. Per la tesi generale relativa alla soggettività delle formazioni sociali cfr. P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 14 e segg. Va ricordato che la concezione pubblicistica della famiglia, cui si ricollega l'affermazione di un suo fine superiore rispetto a quello dei singoli membri, risale ad Antonio Cicu, il quale sottolineava che la posizione giuridica dell'individuo all'interno dell'organismo familiare, così come nello Stato, è necessariamente di soggezione ad un fine che, in quanto sovraordinato ai fini individuali, lega organicamente i soggetti. In particolare, ad opinione dell'Autore, "la natura superiore del fine familiare giustifica la più frequente e penetrante ingerenza dello Stato, poiché la tutela d'interessi superiori non può essere attuata che da un potere superiore": cfr. *Il diritto di famiglia nello Stato fascista*, in *Jus*, 1940, 378 e segg. Dello stesso Autore cfr., altresì, *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914 (rist. Bologna, 1978, a cura e con introduzione di M. Sesta), in particolare 106; *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1939, 3 e segg. Sulla qualificazione pubblicistica del diritto di famiglia cfr., nella scia del pensiero di Cicu, F. Vassalli, *Diritto pubblico e diritto privato in materia matrimoniale*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1960, 135 e segg.; L. Barassi, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Milano, 1940, 6 e segg. Per una prospettazione della teoria della personalità giuridica dell'organismo familiare in epoca precedente all'entrata in vigore della Costituzione cfr. P. Fiorentino, *Le persone morali nel diritto civile italiano*, Catania, 1892, 28 e segg. Mette conto, tuttavia, sottolineare che la nostra dottrina appare comunque ormai saldamente orientata nel senso del carattere privatistico del diritto di famiglia: cfr., in particolare, L. Campagna, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Milano, 1966, 23. L'Autore peraltro ritiene che con la formula "diritti della famiglia" si sia inteso circoscrivere di garanzia costituzionale l'interesse che ciascun membro ha in comune con gli altri "a tutelare la vita intima del gruppo, opponendosi a iniziative o comportamenti...che potrebbero turbare l'ordine interno della famiglia, il rispetto di quelle situazioni di equilibrio e di quei valori fondamentali sui quali riposa, in fin dei conti, la vita stessa

della comunità familiare": detto interesse – egli conclude – potrebbe anche indicarsi, in forma puramente traslata, come interesse della famiglia (69). In termini parzialmente difforni cfr. N. Irti, *Il governo della famiglia*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Atti del Convegno organizzato dal Sindacato avvocati e procuratori di Milano e Lombardia, Milano, 1976, 37 e segg., il quale sostiene che in alcuni casi la legge di riforma del 1975 ha configurato la famiglia come società trascendente l'insieme dei suoi membri e come portatrice di interessi non coincidenti con quelli dei singoli, coerentemente all'ideologia pluralistica di tradizione cattolica.

<sup>10</sup> Osserva, in proposito, G. Furguele, *op. loc. ult. cit.*, che i diritti dell'individuo precedono, non conseguono, anche in forma solo diversificata, al determinarsi della formazione sociale di natura familiare: "in una valutazione analitica si ha che ai singoli diritti costitutivi della personalità si offre uno strumento ulteriore per realizzarsi, quindi per essere esercitati". Per l'affermazione secondo cui il valore della persona costituisce il fondamento dell'intera architettura costituzionale, di tal che le formazioni sociali vengono riconosciute e garantite a livello di fonte primaria a condizione che esse consentano e favoriscano il pieno ed effettivo sviluppo della personalità individuale cfr., tra gli altri, P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, *passim* e spec. 145 e segg.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 474 e segg.; A. Barbera, *Principi fondamentali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, *sub art.* 2, 109. Cfr., altresì, F. Uccella, *Persona e famiglia*, Padova, 1980, 5 e segg.

<sup>11</sup> Merita di essere richiamato, in proposito, il contributo offerto da P. Rescigno, *Persona e comunità*, Bologna, 1966, 20 e segg., secondo cui la libertà nella fase formativa ed organizzativa, la peculiarità degli interessi perseguiti, il legame con la persona e con l'autonoma esplicazione delle possibilità individuali valgono a radicare le comunità intermedie nel diritto privato.

<sup>12</sup> Esplicitamente, in tal senso, G. Piepoli, *op. cit.*, 1443; M. Bessone, *Rapporti etico-sociali*, cit., 2 e segg.; E. Quadri, *La crisi dell'unione matrimoniale*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di A. Belvedere e C. Granelli, Padova, 1996, 58.

<sup>13</sup> In proposito cfr. G. Gandolfi, *op. cit.*, 182; G. Piepoli, *op. cit.*, 1446; P. Barile, *La famiglia di fatto. Osservazioni di un costituzionalista*, in *Atti del convegno nazionale "La famiglia di fatto"*, cit., 45; M. Bessone-G. Ferrando, *Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto*, cit., 1323; F. D'Angeli, *op. cit.*, spec. 160 e 320.

ne di tale tutela è, pur sempre, la conformità al modello primario sotto il duplice aspetto dell'attitudine funzionale e della tendenziale stabilità.

In una siffatta prospettiva concettuale, l'obbligo di fedeltà, alla stessa stregua degli altri obblighi contemplati all'art. 143 c.c., richiede comunque – ancorché in mancanza della coazione legale – l'adempimento (spontaneo) nel rapporto tra conviventi, siano essi omosessuali od eterosessuali, affinché l'organismo da essi creato possa essere attratto a pieno titolo nella sfera della giuridicità, ed assumere rilevanza dinanzi all'ordinamento giuridico. Giacché, come dianzi illustrato, presupposto del rilievo gius-familiare del rapporto paraconiugale è l'idoneità del gruppo a realizzare un progetto di vita in comune improntato alla solidarietà ed alla cooperazione, nell'ottica di un equilibrato sviluppo della personalità individuale: ed il raggiungimento di tale obiettivo guarda alla condotta imposta ai soggetti coniugati – ovvero al loro regime personale – come ad un imprescindibile referente<sup>14</sup>.

Vi è da chiedersi, ragionando sulla vincolatività del predetto obbligo, se sia ammissibile, nel corso della relazione, un contegno non conforme all'esclusività che connota un legame intimamente sorretto dall'*affectio*. Ebbene, fornendo una risposta affermativa al quesito, si rischierebbe di giungere a risultati davvero aberranti, col legittimare finanche la coesistenza di più rapporti personali: fenomeno rispetto al quale non sarebbe improprio ricorrere al concetto di poligamia di fatto<sup>15</sup>, con inemendabile devianza dai principi generali di ordine pubblico.

In realtà, l'elemento subiettivo che qualifica la vicenda richiama le parti ad un impegno globale di devozione non dissimile da quello che l'uomo e la donna formalmente assumono allorché essi decidono – mediante la contrazione del vincolo di matrimonio – di uniformarsi allo schema di qualificazione e di regolazione giuridica tradizionalmente istituzionalizzato<sup>16</sup>.

Ne discende che l'osservanza degli obblighi personali di cui all'art. 143 c.c. assurge, con riferimento alla relazione paraconiugale, a vera e propria modalità di emersione del rapporto: il quale, se ed in quanto vissuto in termini di fedeltà, di coabitazione, di assistenza morale e materiale, di reciproca collaborazione, nonché di contribuzione, rive-

lerà dei tratti corrispondenti all'archetipo originario di *societas* familiare, a ciò ricollegandosi, in definitiva, il suo riconoscimento sul piano giuridico.

Orbene, di tale corredo dogmatico il legislatore sembra aver piena contezza, nel momento in cui, nel far propria l'indicazione offerta dall'art. 2 Cost. in sede di proclamazione di apertura dell'odierna disciplina (sia pur con esclusivo riferimento all'unione civile tra persone di ugual sesso), sembra riconoscervi una norma che – coerentemente con il carattere proprio di una clausola aperta – è capace di predisporre all'accoglimento di aspettative e di bisogni che si affermano sul terreno della fenomenologia sociale, e non già un precetto esaurito dalle specificazioni della Costituzione formale.

Eppure, nonostante detta consapevolezza, un patrimonio che la nostra esperienza giuridica tratteggia come indissipabile viene sacrificato sull'altare del calcolo politico. E la disamina che l'interprete è chiamato ad impostare sul piano dei valori si immiserisce, degradando a mera presa d'atto di un impoverimento che rappresenta nulla più che il portato di un censurabile realismo ingenuo.

### Il problema teorico connesso all'assunzione in via pattizia del dovere di fedeltà

La comoda operazione traspositiva dello statuto della famiglia fondata sul matrimonio – inopinatamente compiuta con riguardo alla disciplina dell'unione civile – non manca di prestare il fianco all'osservazione critica che l'opportunità di assoggettare il legame "di fatto" all'impero ed alla coazione della legge, disgregandone la veste di atipicità, è ben lungi dal postulare, secondo una prospettiva totalizzante, l'anzidetta equiparazione.

Un intervento di tale impatto sul piano sistematico non solo crea interferenze con la posizione di preminenza dell'organismo edificato conformemente allo schema costituzionale (di cui all'art. 29, 1° comma, Cost.): ma finisce, nondimeno, per obliterare che l'ingerenza statale *in subiecta materia* è chiamata a tradursi nella previsione di specifici precetti normativi, preordinati a soddisfare quegli interessi fondamentali che inevitabilmente emergono dalla situazione di convivenza, e rispetto ai quali l'ordinamento non può rimanere inerte<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Tale concetto viene lucidamente espresso da N. Lipari, *La categoria giuridica della "famiglia di fatto" e il problema dei rapporti personali al suo interno*, cit., 68 e seg., secondo cui gli obblighi di cui all'art. 143 c.c. rilevano come criterio di riconoscibilità del rapporto coniugale, ossia come strumento di individuazione di quella "struttura sociale" che la Carta costituzionale assume a luogo di svolgimento della personalità dell'individuo. Sotto questo profilo – afferma l'Autore – non sussiste alcuna differenza tra famiglia legittima e famiglia di fatto, atteso che quest'ultima non può essere riconosciuta come tale, in termini di rilevanza sociale del fenomeno, se non in quanto i *partners* attuino il rapporto in chiave di fedeltà, di assistenza morale e materiale, di collaborazione, di coabitazione, nonché di reciproca contribuzione economica. In una siffatta prospettiva, gli obblighi in parola si atteggiavano ad indici di emergenza di un rapporto, piuttosto che porsi come effetto di un atto (solenne) (69). Anche ad avviso di F. Bile, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali*, cit., 72, la famiglia di fatto, dal punto di vista del legame personale tra i conviventi, sarebbe qualificata dai connotati sostanziali tipici del rapporto matrimoniale. Per l'idea che gli obblighi reciproci di cui all'art. 143 c.c. sono funzionali alla realizzazione della comunione materiale e spirituale tra i coniugi ed il loro fondamento risiede nell'attuazione del principio di

solidarietà e di rispetto della pari dignità cfr. altresì, nella dottrina più recente, G. Ferrando, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2013, 83.

<sup>15</sup> In proposito cfr. A. Trabucchi, *Natura, legge, famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1977, I, 20; F. Gazzoni, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, 57.

<sup>16</sup> Sul ruolo centrale di tale elemento soggettivo nell'ambito del legame *more uxorio* cfr. F. Gazzoni, *op. cit.*, 69 e segg. In termini non dissimili A. Trabucchi, *Pas par cette voie, s'il vous plait!*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1981, I, 345, il quale pone in evidenza che "la caratterizzazione della convivenza sarà data dall'*animus* di coloro che vivono insieme". In proposito cfr., altresì, G. Piepoli, *op. cit.*, 146.

<sup>17</sup> Nel tradizionale confronto tra famiglia legittima e famiglia di fatto, si tende a sottolineare che la famiglia legittima e la struttura c.d. "parafamiliare" sono fondate su identiche basi sostanziali (convivenza, *affectio*, solidarietà, adempimento dei compiti assistenziali ed educativi nei confronti della prole), le quali prospettano comuni interessi, non derogabili da parte dell'ordinamento giuridico: in proposito cfr., tra gli altri, F. D'Angeli, *La famiglia di fatto*, cit., spec. 323 e segg. Per un'approfondita indagine incentrata sull'individuazione degli interessi e dei valori meritevoli di pari trattamento (e comunque di tutela o di controllo) anche in mancanza dell'atto fondativo matrimo-

Dinanzi ad aspettative individuali che reclamano la garanzia della legge, si tratta di introdurre un regime che, sottraendo la vicenda alla logica dell'individualismo, preveda adeguate forme di riconoscimento e di protezione, onde creare – lo si ribadisce – le condizioni indispensabili ai fini di un equilibrato sviluppo della personalità dei soggetti che alla comunità familiare partecipano, ossia di definire i contorni del nucleo regolativo indefettibile, strutturato intorno agli elementi di *ius positum* diretti ad imporre alla coppia un modello etico precostituito, a salvaguardia dei valori essenziali della persona umana.

A tal fine, l'ossequio verso la disciplina del vincolo matrimoniale dovrebbe consigliare di attingere alle disposizioni che si pongono a presidio di analoghi interessi, e che, proprio in ragione di ciò, racchiudono i soli principi ispiratori teorizzabili in materia.

L'analisi della regolamentazione paradigmatica offerta da detta disciplina si dimostra, cioè, di estrema utilità, e finanche dirimente, nella selezione degli strumenti idonei a rispondere alle aspirazioni esistenziali che qualunque stabile comunione di vita affettiva e materiale necessariamente implica. E, in quest'ottica, il c.d. regime personale della famiglia legittima sembra costituire, invero, un *unicum* inscindibile: con la conseguenza che ogni visione parcellizzante di esso finisce per intaccarne il sostrato valoriale unitario.

Senonché, dichiaratamente dissonante dall'indicata impostazione è l'odierno assetto *ex lege*.

A segnare la distanza più marcata è senza dubbio il trattamento del legame eterosessuale, ove – in omaggio al criterio della piena contrattualizzazione del rapporto familiare – la tensione dialettica tra libertà e autorità, intesa come ricerca di un temperamento tra autonomia ed intervento regolatore dello Stato, viene riletta nel senso della prevalenza, ed anzi dell'assorbente rilevanza, della prima. Ma, non meno criticabile, è che, persino in un quadro dominato dall'imposizione autoritativa di diritti e doveri reciproci, con l'assoggettamento ad uno *status* similconiugale, ad esser rinnegato sia, unitamente all'obbligo di collaborazione (forse perché correlato, nella trama codicistica, a quel termine, famiglia, che l'odierna legge dimostra di voler accuratamente mantenere sotto traccia), l'obbligo di fedeltà: il quale – non a caso primo tra le situazioni doverose in capo ai coniugi secondo lo stesso dettame dell'art. 143 c.c. – della *communio omnis vitae* rappresenta l'imprescindibile presupposto, quale premessa necessaria

affinché la relazione intersoggettiva possa nascere e svolgersi su basi di condivisione e di unità<sup>18</sup>.

Si tratta, allora, di stabilire se l'obbligo *de quo* sia, eventualmente, suscettibile di essere riprodotto in via convenzionale, e se dunque siano gli stessi conviventi (tanto omosessuali che eterosessuali) a potersi reciprocamente offrire, rispetto ad esso, quella garanzia cui la legge sembra, quest'oggi, voler abdicare.

Occorre, al riguardo, prendere le mosse dall'assunto che l'ordinamento consente di attribuire giuridico rilievo, nonché piena efficacia vincolante anche in punto di coercibilità, ai doveri di cui alla menzionata norma codicistica ed ai comportamenti personali che essi involgono solo nell'ambito della valutazione tipica effettuata dal legislatore: ciò che avviene, alla luce dell'odierno apporto *de iure condito*, non solo a seguito dell'evento formale della celebrazione del matrimonio, ma anche in ragione della contrazione del vincolo personale secondo l'innovativo schema pattizio del negozio di unione civile (sia pur con le sterili limitazioni ivi introdotte).

A tale stregua, deve verificarsi se gli esiti del dibattito dottrinario storicamente sviluppatosi in tema di convivenza *more uxorio* conservino tuttora la loro saldezza concettuale, quanto ai corollari del postulato – radicatosi anteriormente all'iniziativa di istituzionalizzazione del fenomeno – che la scelta compiuta dai *partners* escludesse in radice l'idoneità della fonte negoziale a sopperire alla fonte legale nella produzione degli effetti tipici dell'atto fondativo solenne, e che, in altri termini, la libertà connotante l'unione non legittimata da titolo matrimoniale mal tollerasse restrizioni di sorta. Di guisa che ogni accordo volto a soffocare la menzionata istanza libertaria ne sarebbe risultato affetto da nullità, siccome contrario alle direttive di ordine pubblico<sup>19</sup>.

Questo approccio getterebbe senz'altro luce sul problema della liceità di un'eventuale clausola penale predisposta allo scopo di rendere obbligatori i precitati impegni di natura personale (come accade, ad esempio, allorché le parti convengano che il convivente infedele ovvero colpevole di aver abbandonato l'altro sia tenuto a corrispondere una somma di denaro)<sup>20</sup>.

Si è infatti osservato, in proposito, che una clausola di tale contenuto avrebbe costituito un indice rivelatore dell'intento dei contraenti di giuridicizzare il rapporto extra-istituzionale: e tuttavia, essa, svolgendo un ruolo di coazio-

niale cfr. M. Santilli, *Note critiche in tema di "famiglia di fatto"*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1980, 793 e segg.

<sup>18</sup> In argomento cfr. F.D. Busnelli, *Il dovere di fedeltà coniugale, oggi*, in *Giur. It.*, 1975, IV, 129 e segg., secondo cui la previsione del dovere di fedeltà mira a salvaguardare ed a consolidare la comunione tra i coniugi, nella prospettiva della stabilità del nucleo familiare, anche nell'interesse dei figli (133); F. Santoro-Passarelli, *Art. 143-146*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. Carraro, G. Oppo e A. Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, 228 e segg.; M. Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990, 31 e segg. Per l'idea che il tema della fedeltà diviene quello della misura di sacrificio imposto, alla libera ricerca di un itinerario personale, dal rapporto di coppia e dal gruppo che su questo si fonda, P. Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 3. *Personae e famiglia*, II, Torino, 1996 (II ed.), 39. Cfr., altresì, G. Bonilini, *Nozioni di diritto di famiglia*, Torino, 2006 (V ed.), 52; G. Ferrando,

*Diritto di famiglia*, cit., 84.

<sup>19</sup> In tal senso cfr. G. Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 194 e segg.; M. Franzoni, *I contratti tra conviventi "more uxorio"*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1994, 750 e seg.; F. Tassinari, *Funzioni e limiti dello strumento negoziale nella disciplina dei rapporti matrimoniali di fatto*, in *La famiglia di fatto ed i rapporti patrimoniali tra conviventi*, Atti del XXXIII Congresso nazionale del notariato (Napoli, 29 settembre-2 ottobre 1993), Roma, 1993, 92-96. Sull'idea che l'ammissibilità di una previsione contrattuale avente ad oggetto le situazioni doverose evocate all'art. 143 c.c. incontri l'ulteriore ostacolo rappresentato dalla circostanza che esse si presenterebbero, in ogni caso, connotate da incoercibilità, di guisa che la loro eventuale inosservanza potrebbe condurre unicamente alla cessazione della convivenza, cfr. F. Gazzoni, *op. cit.*, 164; F. D'Angeli, *op. cit.*, 426.

<sup>20</sup> Sul punto cfr. F. Gazzoni, *op. loc. ult. cit.*; G. Oberto, *op. cit.*, 194-197; M. Franzoni, *op. cit.*, 748 e segg.

ne indiretta – limitando, cioè, la sfera della libertà soggettiva ritenuta incomprimibile nell’ottica tradizionale – si sarebbe esposta alla sanzione della radicale invalidità per la richiamata violazione di un principio fondamentale di ordine pubblico<sup>21</sup>.

Orbene, la conclusione appena ricordata sembra conservare intatto il suo pregio nell’attuale quadro precettivo, tenuto conto che una sorte non dissimile viene di regola riconnessa ad una clausola di ugual tenore prevista a suggello degli obblighi reciproci *ex art. 143 c.c.*<sup>22</sup> Sotto questo profilo, deve peraltro sottolinearsi che una diversa soluzione comporterebbe una disciplina del rapporto paraconiugale addirittura più rigorosa di quella derivante dal matrimonio, atteso che la facoltà dei coniugi di chiedere – in ogni tempo – la separazione o il divorzio (ricorrendo i presupposti legali, ed anche, evidentemente, come reazione alla condotta illecita del coniuge), così come di accedervi – ora – convenzionalmente per il tramite della negoziazione assistita, non ammette restrizioni di elaborazione pattizia, attenendo all’ordinamento familiare, e dunque, ancora una volta, all’ordine pubblico<sup>23</sup>. Secondo una prospettiva che l’odierno assetto regolativo tende, del resto, decisamente a rafforzare, visto il ruolo concesso all’autonoma decisione dei privati rispetto alla formale assunzione del vincolo paraconiugale, e, di riflesso, rispetto al suo scioglimento (concedendosi, addirittura, spazio – come detto – al recesso unilaterale dal contratto di convivenza “di fatto”).

Preclusa la strada dianzi indicata, rimane da accertare se, in vista della deducibilità dell’obbligo in parola, siano percorribili delle alternative sul terreno dell’autodeterminazione.

La dottrina formatasi in materia di famiglia di fatto ha avuto modo di soffermarsi sull’ipotesi che il contegno relativo alla sfera personale venga elevato non già a vero e proprio obbligo, bensì a mero elemento accidentale, ossia a condizione, nel contesto dell’accordo volto a regolare il rapporto nei suoi molteplici aspetti.

Al riguardo si è sottolineato che potrebbero, in astratto, prospettarsi due concretizzazioni contenutistiche: a) condizione che subordina una prestazione patrimoniale da un convivente all’altro all’inadempimento di una prestazione non patrimoniale da parte del promittente (ad esempio, prometto che ti darò cento se non ti sarò fedele); b) condizione che subordina una prestazione patrimoniale all’esecuzione di una prestazione non patrimoniale da parte del promissario (ad esempio, prometto che ti darò cento se mi sarai fedele).

Sulla scorta di tale duplice configurazione, si è sostenuto che mentre la prima clausola, che trascolora *ictu oculi* in una penale, è da ritenersi nulla poiché in essa la deduzione

in condizione finisce col celare l’impegno alla prestazione non patrimoniale, sanzionato con la corresponsione della somma di cui alla promessa, al contrario, la seconda clausola, qualificabile come “premia”, non sarebbe in grado di suscitare obiezioni di sorta, in quanto diretta soltanto ad attribuire un compenso per l’effettuazione della prestazione (non patrimoniale) da parte del destinatario della promessa (e consistente, in buona sostanza, nella prosecuzione del rapporto su basi di piena dedizione fisica ed affettiva)<sup>24</sup>.

Orbene, ancorché nella clausola *sub b)*, analogamente a quanto accade nella clausola *sub a)*, l’elemento accidentale acquisti un’indubbia potenzialità coercitiva, la cui intensità appare direttamente proporzionale all’ammontare della prestazione pecuniaria (con una formula poco elegante, ma incisiva, potrebbe dirsi che l’attribuzione promessa diverrebbe il “prezzo” della fedeltà sperata da parte dell’autore della dichiarazione), non sembra che la ricostruzione proposta in termini di liceità della suddetta gratifica si esponga a rilievi critici sul piano teorico generale. Giacché, a differenza di quanto potrebbe concludersi relativamente al legame non formalizzato (per la richiamata libertà che esso permea), non ne deriverebbe, qui, un abusivo condizionamento per il promissario: il quale con il soggetto promittente pur sempre *contrae* – in forza di un negozio solenne – un impegno vincolante di natura personale.

Ciò nonostante, la possibilità di ricondurre il meccanismo condizionale alla funzione di rendere giuridicamente doverosi – nel dispiegamento della privata autonomia – i comportamenti evocati all’art. 143 c.c., con particolare riguardo al contegno imposto dall’obbligo di fedeltà, incontra, allo stato, un impedimento *ex iure*, stante la previsione secondo cui il contratto di convivenza non ammette l’opposizione di termini o condizioni. Ne discende che, anche sotto tale aspetto, il pur esiguo strumentario tecnico teoricamente utilizzabile onde favorire – in chiave pattizia – l’adeguamento al modello etico prefigurato per il vincolo di coniugio appare deprivato delle sue potenzialità applicative, almeno per quel che attiene alla convivenza di fatto. Atteso che, rispetto all’accordo di unione civile, una soluzione di segno diverso – connessa all’apponibilità dell’elemento accidentale – sembra invero, almeno ad oggi, ipotizzabile, in virtù del mancato richiamo normativo al disposto dell’art. 108 c.c.<sup>25</sup>.

Dette precisazioni non possono, tuttavia, condurre ad obliterare – secondo quanto dianzi posto in risalto – che, nel campo delle relazioni di cui trattasi, l’attrazione della fenomenologia sociale nella dimensione giuridica procede in ogni caso dal recupero dei valori che l’ordinamento vuole veder attuati nella vicenda intersoggettiva. Nel senso che

<sup>21</sup> In tal senso cfr. G. Oberto, *op. loc. ult. cit.*; M. Franzoni, *op. loc. ult. cit.*

<sup>22</sup> Argomentando alla stregua dell’art. 79 c.c., sottolinea al riguardo F. Finocchiaro, *Del matrimonio*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro I, *Delle persone e della famiglia* (Art. 79-83), Bologna-Roma, 1971, *sub art. 79*, 82 e segg. che la norma in esame esprime l’intenzione del legislatore di “moralizzare gli sponsali”, eliminando quelle spinte di ordine economico che, nelle forme della clausola penale o della caparra, potrebbero incidere sulle determinazioni dei nubendi (84). Traggono dalla norma in parola una conferma della nullità della clausola penale destinata ad influire sugli aspetti personali del rapporto *more uxorio* G. Oberto, *op. loc. ult. cit.*,

nonché M. Franzoni, *op. cit.*, 749, testo e nota 29.

<sup>23</sup> Sul punto cfr. M. Franzoni, *op. cit.*, 749.

<sup>24</sup> In tal senso cfr. G. Oberto, *op. cit.*, 197-198.

<sup>25</sup> Quale norma ritenuta, verosimilmente, “pericolosa” dal legislatore, in quanto riferita alla dichiarazione delle parti di prendersi, rispettivamente, come marito e moglie.

Non è, tuttavia, da escludere che un intervento correttivo in materia, destinato ad ovviare a quella che potrebbe anche considerarsi come una “dimenticanza” in ordine al carattere puro del patto di unione civile, possa aversi all’atto dell’emanazione dei decreti legislativi che il Governo è delegato ad adottare entro sei mesi dall’entrata in vigore della L. n. 76/2016 (cfr., in proposito, art. 1, 28° comma).

l'organismo ascrivibile al *genus* familiare deve rivestire i caratteri di un luogo-comunità, ove la qualificazione assiologica della libertà individuale impone di abbandonare la logica dell'individualismo, reclamando una piena rispondenza a quell'istanza solidarista che, già a livello di fonte primaria, si riflette nella garanzia dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà.

Così concepita, la libertà di strutturare e di perfezionare il *cum vivere* secondo il modello della famiglia implica pur sempre l'adesione ad un criterio di mutualità e di responsabilizzazione, stringente ed ineludibile sul piano della condotta, tanto nel rapporto tra i conviventi, quanto nel rapporto tra genitori e figli: sostanziosamente, quel potere, in una legittimazione che può essere declinata soltanto nel solco della direttiva ordinamentale connessa ad un equilibrato sviluppo delle personalità individuali.

Ora, proprio l'inveramento di un valore come la solidarietà postula che, ancor prima che il processo di giuridicizzazione abbia compiutamente a realizzarsi, si affermi un'etica della condotta conforme – sotto il profilo dell'adempimento spontaneo – agli obblighi di natura personale che il legislatore ha positivizzato (nel delineare lo *status* di coniuge), riconoscendovi i fondamentali dati ricettivi delle idealità ritenute incomprimibili nella visione sistematica, da ascrivere alla sfera degli interessi esistenziali.

Ed il grado di consapevolezza che gli apparati legislativi dimostrano rispetto a detto quadro concettuale non manca di affiorare dalle stesse improvvise scelte normative oggi compiute, sol che si consideri che, pur dinanzi al ripudio degli obblighi afferenti al regime personale della famiglia legittima quanto alla definizione del contenuto del legame tra *partners* conviventi “di fatto”, si sottolinea – nell'odierno testo di legge – che costoro si uniscono stabilmente proprio in ragione di una sintonia di affetti che involge una reciproca assistenza morale e materiale.

Il primato dell'istituzione matrimoniale nell'odierna luce crepuscolare. La disciplina di cui alla L. n. 76/2016 attesa al vaglio del giudice delle leggi

Tra i vari modelli mutuabili dalle diverse esperienze giuridiche continentali, i nostri apparati legislativi, che intervengono per ultimi a disciplinare il fenomeno, si rivelano maggiormente attratti da quello della *Eingetragene Lebenspartnerschaft* del diritto tedesco, piuttosto che da quello dei PACS del diritto francese, il quale, nel quadro della contrattualizzazione dei legami paraconiugali, è ben lungi dal cedere ad improvvise disegualanze giustificate dall'orientamento sessuale della coppia<sup>26</sup>.

Ma l'insieme di principi e di valori che emerge dall'impianto ordinamentale appare intimamente refrattario alle concessioni relativistiche cui la L. n. 76/2016 indulge.

La massima dissonanza si coglie nel ripudio del primato dell'istituzione matrimoniale. Per tal via, il legislatore mostra di volersi sottrarre all'insegnamento espresso dal giudice delle leggi, secondo cui il pur opportuno riconoscimento delle unioni omosessuali non può spingersi fino alla piena assimilazione alla famiglia legittima, per l'interferenza

che ne risulterebbe rispetto al modello edificato a livello di fonte primaria.

È, dunque, una visione alterata e distorta del nostro assetto costituzionale in materia a conceder spazio ad un simil-matrimonio – ovvero ad uno pseudo-matrimonio – omosessuale, che del paradigma forgiato dalla tradizione rispecchia fedelmente i tratti distintivi, soprattutto avuto riguardo alle conseguenze derivanti dalla contrazione del vincolo, alla stregua dell'innovativo schema tipico di diritto familiare. E ciò senza voler postulare che i principi costituzionali siano da ritenersi ipostatizzati, attesa la loro permeabilità alle trasformazioni della realtà sociale, per la caratteristica di “valvola aperta” – anche nel campo dei rapporti in parola – dell'art. 2 Cost.

Anziché far ricorso a nulla più che ad un espediente nominalistico, utile solo a macelare l'intento effettivamente perseguito, un legislatore orientato ad equiparare, legittimamente, il sodalizio tra persone dello stesso sesso all'unione matrimoniale avrebbe dovuto curarsi – in conformità al disegno voluto – di una preventiva rivisitazione dell'art. 29 Cost., consacrando, a quel livello, l'indistinzione di genere ai fini della riferibilità del rapporto all'istituto del matrimonio. Ciò che avrebbe, tuttavia, richiesto non solo un ben altro slancio evolutivo, ma anche e soprattutto un consenso, sul piano sociale e parlamentare, non mediato dalla convenienza politica.

Né si comprende, in termini di ragionevolezza, il *deficit* di tutela che segna il *cum vivere* tra soggetti di sesso diverso, nel confronto con lo *status* riservato alle parti dell'unione civile: la marginalità delle situazioni giuridiche soggettive scaturenti dalla convivenza di fatto, a differenza dell'organico regime simil-coniugale previsto in favore della *same-sex family*, si traduce, infatti, in un'irragionevole discriminazione, tanto più stridente in quanto la situazione personale da tutelare non evidenzia, nei due contesti familiari, profili di difformità, né interessi diversi.

Soltanto attraverso un approccio condizionato da comprensione ideologica avrebbe potuto combinarsi, e giustificarsi, la spinta verso un deciso rafforzamento della posizione della coppia omosessuale con la spinta inversa all'indebolimento della garanzia legale offerta alla coppia eterosessuale: al costo di ingenerare una disegualanza di trattamento giuridico che reinterpreta, distorcendola, quell'esigenza protettiva che ha storicamente indotto – specie in altri ordinamenti – ad interrogarsi sul modo di declinare la salvaguardia *ex lege* del vincolo interpersonale da sottrarre ad ogni considerazione o deriva discriminatoria.

Al punto che quella odierna trascolora, invero, in una discriminazione di segno opposto. Quasi che la vanamente enfatizzata possibilità, per l'uomo e la donna, di convolare *ad iustas nuptias* (e sempre che detta possibilità, nella singola fattispecie, concretamente si profili) renda giustificabile la precarietà di un progetto esistenziale condiviso, al di fuori dell'istituzionalizzazione del vincolo offerta dal paradigma tradizionale.

Per tal via, si determina, e si radicalizza, una giustappo-

<sup>26</sup> L'art. 1 della L. n. 99-944 del 15 novembre 1999 prevede, infatti, che il patto civile di solidarietà è un contratto stipulato da due persone fisiche maggiorenni, di sesso diverso o del medesimo sesso, per organizzare la loro vita in comune. Va peraltro ricordato come, a

seguito dell'approvazione della L. n. 2013-404 del 17 maggio 2013, sia stato introdotto, in Francia, il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

sizione di impronta chiaroscurale tra le situazioni paraconiugali, che – evocata finanche nell’instestazione del provvedimento – concorre invero a disattendere le finalità, ed il senso stesso, che l’intervento prescrittivo in materia vedeva assegnarsi.

Ed allora, a chi vorrà interrogarsi sui futuri sviluppi del *corpus* regolativo oggi introdotto, si dischiuderà un ambito di indagine che, ancor prima di attestarsi sul piano della prassi applicativa, involgerà gli esiti del controllo di adeguatezza e di proporzionalità che inevitabilmente si preannuncia da parte del giudice delle leggi, ed al quale spetterà

di ricondurre un simile apparato precettivo nell’alveo delle direttive ordinamentali.

Nell’esercizio di un potere che – in materia – si prefigura, anche e soprattutto per i valori in gioco, non solo come caducatorio, ma anche come additivo, competerà dunque a quel giudice di riscrivere su più solide basi ciò che un malaccorto legislatore, vieppiù digiuno di tecnica e di estetica legislativa, ma soprattutto vagolo in una navigazione a vista non inconsapevolmente sottratta ai saldi punti di riferimento che pure le si offrivano, sembra aver scritto sull’acqua.

## Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze

Fabio Padovini\*

La disciplina su unioni civili e convivenze incide anche sul regime successorio con due soluzioni assai divergenti. La parte dell’unione civile gode di una piena equiparazione al coniuge, sia quanto a statuto generale sia nell’ambito delle vocazioni anomale. Al convivente sono riconosciuti, invece, soltanto alcuni modesti legati *ex lege*. La soluzione così prescelta si distacca da alcuni precedenti disegni di legge e ingessa il sistema successorio odierno, probabilmente esaltandone le criticità e rendendo ancora più palese la necessità di un generale ripensamento.

### Osservazioni introduttive

La disciplina dedicata alle unioni civili tra persone dello stesso sesso e alle convivenze di fatto abbraccia anche il regime successorio e ripropone, pure in questo più limitato ambito, una profonda contrapposizione tra gli effetti propri all’uno o all’altro legame.

Su un piano metodologico non sorprende la strada così preferita dal legislatore: corrisponde, invero, a nozione ormai consolidata il rilievo che tutte le più rilevanti riforme del diritto di famiglia devono toccare anche i trattamenti successori, sì da raggiungere un punto di equilibrio normativo, il quale tenga in conto i reciproci riflessi che i due plessi normativi naturalmente registrano.

Nel merito, l’intervento del legislatore è ispirato a due principi radicalmente divergenti: per le unioni civili, l’estensione sostanzialmente lineare della disciplina dedicata al coniuge superstite; per le convivenze, l’individuazione di alcune rarefatte figure di nuove vocazioni anomale legali.

La scelta così operata ha privilegiato la continuità normativa rispetto al diritto positivo vigente e ha preferito la rinuncia a soluzioni innovative.

Al riguardo, l’interprete non può non manifestare rammarico, perché il legislatore ha perso l’occasione di iniziare ad intervenire su un assetto normativo, qual è quello successorio, oggettivamente in crisi per una molteplicità di ragioni, che possono riassumersi nel crescente iato tra società civile odierna e assetti familiari postulati dai regimi successori legali.

In altre parole, il legislatore ha perso l’opportunità per intervenire, ad esempio, sulla successione necessaria – oggi troppo invadente –, tuttora incisiva sul piano quantitativo e qualitativo, o sul divieto dei patti successori – oggi in crisi

anche nelle declinazioni pratiche –, tuttora chiamato ad aprire il libro secondo del codice civile.

### Le (articolate) soluzioni prefigurate da alcuni disegni di legge

Al di là dei modelli che altri ordinamenti conoscono, lo stesso Parlamento italiano si era mostrato sensibile verso strade diverse, innovative rispetto all’assetto successorio tradizionale, dove al rapporto coniugale è assicurata primazia piena e dove la convivenza era relegata ad una condizione di assoluta marginalità.

Il disegno di legge 2069 (Senato), d’iniziativa dei senatori Malan e Bonfrisco, immaginava – com’è noto – la figura unica delle “unioni registrate”, che regolava ogni forma di convivenza, indipendentemente dal sesso diverso o comune, delle parti.

Ora, questo disegno di legge spezzava il parallelismo fra successioni legittime e successioni necessarie, che oggi impronta il diritto vigente. Da un lato, nelle successioni legittime (art. 11, 1° comma) “alla persona unita in unione registrata con il defunto (erano) riconosciuti i diritti spettanti al coniuge del defunto”. D’altro lato, mancava l’attribuzione alla persona unita in unione registrata della qualità di legittimario, perché (art. 11, 2° comma) le erano riservati soltanto “i diritti di abitazione nella casa adibita a residenza della coppia e di uso sui beni mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni”.

Dubbia era l’applicabilità, quale estrema tutela per il superstite, di un assegno periodico (cfr. art. 13) modellato sull’attuale assegno postmatrimoniale o divorzile: esso era previsto – in caso di scioglimento dell’unione registrata: senza escludere la morte – ma era espressamente posto a

\* Questo contributo muove dall’intervento svolto alla Tavola Rotonda su “Le unioni civili” tenuta presso Sapienza Università di Roma il 12 dicembre 2015.

carico dell'altra parte, sicché probabilmente non poteva gravare sugli eredi della medesima.

La via prescelta da questo disegno di legge era oggettivamente attenta, perché contemperava il riconoscimento massimo all'autonomia testamentaria con la garanzia del diritto all'abitazione, rinunciando, però, agli strumenti tipici della tutela riservata ai legittimari, che implicano la rilevanza delle liberalità donative e l'esercizio dell'azione di riduzione.

Non meno interessante era il disegno di legge 2084 (Senato), d'iniziativa dei senatori Caliendo, Cardiello e Zizza, dedicato alle unioni civili, intese come unioni di persone maggiorenni, anche dello stesso sesso. La disposizione dell'art. 15 attribuiva al superstite dell'unione civile soltanto la posizione di legatario, a condizione che l'unione civile si fosse protratta per almeno nove anni.

Più specificamente, quella disposizione riconosceva l'usufrutto su metà dell'eredità: la frazione scendeva a un quinto nel caso di concorso con più figli, ma risaliva a un quarto nel caso di concorso con un figlio e ad un terzo nel caso di concorso con altri chiamati.

In ogni caso, e salva una diversa disposizione convenzionale, al superstite dell'unione civile sarebbero spettati i diritti di abitazione e di uso previsti dall'attuale art. 540 c.c.

Al di là di ulteriori previsioni puntuali – sulla successione nel rapporto di locazione (art. 14) e sulla devoluzione dei diritti nascenti dal rapporto di lavoro subordinato (art. 20) – di nuovo la successione dei legittimari era trascurata a tutto vantaggio dell'autonomia testamentaria.

Inoltre, si recuperava lo strumento, oggi desueto, dell'attribuzione di un legato nell'ambito della successione legittima.

### **Il regime successorio dell'unione civile**

La legge appena entrata in vigore preferisce – quanto alle unioni civili – la via dell'equiparazione fra parte dell'unione civile e coniuge.

Il 21° comma opera, infatti, una serie di richiami indiscriminati alla disciplina dedicata alla successione del coniuge. Così è, in particolare, per le regole sull'indegnità, ma soprattutto per tutte le norme, in blocco, su tutela dei legittimari, successioni legittime, collazione e patto di famiglia.

Inoltre, il 17° comma aggiunge che “in caso di morte del prestatore di lavoro, le indennità indicate dagli articoli 2118 e 2120 del codice civile devono corrispondersi anche alla parte dell'unione civile”.

Non è dubbio, poi, che la parte dell'unione civile goda, altresì, di tutte le vocazioni anomali già regolate da leggi speciali: la previsione del comma 20 – che equipara, al di fuori del codice civile, il termine coniuge alla locuzione parte dell'unione civile – consente di estendere proprio alle parti dell'unione civile tutti gli strumenti costruiti da norme puntuali.

Così è ad esempio, in materia di locazioni d'immobili urbani, per le norme degli artt. 6 e 37, L. 27 luglio 1978, n. 392.

Conferma a questo rilievo viene dal rinvio espresso che il comma 25 fa alla disciplina sul divorzio, là dove richiama

gli artt. 9-*bis* e 12-*bis*, l. 1° dicembre 1970, n. 898, i quali prevedono anche un assegno in favore dell'ex-coniuge e a carico dell'eredità, ove il defunto fosse obbligato a corrispondere un assegno postmatrimoniale.

Con una formula di sintesi può dirsi che l'ambito dei soggetti chiamati alla successione viene allargato con una piena equiparazione della parte dell'unione civile al coniuge superstite.

### **Il regime successorio nella convivenza di fatto**

In caso di morte di un convivente di fatto, invece, la nuova legge prevede soltanto l'attribuzione di pochi, modesti, legati *ex lege*: al comma 42, il diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza, ove il defunto ne fosse proprietario, per due anni o per un periodo pari alla convivenza, se superiore a due anni, ma comunque non oltre un quinquennio; al comma 44, il diritto di succedere nel contratto per la locazione della casa di comune residenza.

La modestia di queste attribuzioni non è temperata dalla disciplina – dettata con il comma 65 – degli effetti patrimoniali in caso di scioglimento della convivenza di fatto: la norma riconosce soltanto il diritto agli alimenti in senso proprio, sicché essi sono dovuti soltanto dall'obbligato e non dai suoi eredi.

Né una risposta può venire dai contratti di convivenza, perché essi sono destinati a disciplinare – così dispone il comma 50 – “i rapporti patrimoniali relativi alla (loro) vita in comune” e hanno per oggetto – come insegna il comma 53 – le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, nonché il regime patrimoniale della comunione dei beni.

Una soluzione, insomma, assai severa, soprattutto là dove centellina anche le vocazioni anomali legali, ad esempio in materia di locazione di immobili urbani, escludendone l'estensione alla locazione di immobili ad uso non abitativo oppure all'affitto di fondi rustici, del tutto ignorati dal legislatore.

### **Considerazioni conclusive**

Due sono i profili generali che meritano di essere sottolineati.

Intrinsecamente, la divaricazione tra i due regimi – che separano i regimi successorii delle unioni civili da quelli sulle convivenze – è oggettivamente assai forte e suscita dubbi quantomeno sul piano della opportunità, se non sul piano della ragionevolezza.

Ma soprattutto, la legge appena entrata in vigore manca di una vera spinta innovatrice: il legislatore ha, invero, perso l'opportunità di avviare quella riforma di cui da molto tempo si sente il bisogno.

Forse la soluzione così preferita esalterà le contraddizioni che oggi percorrono il sistema e renderà ancora più evidente l'insoddisfazione che le regole attuali suscitano. E così forse il legislatore sarà costretto ad affrontare i problemi reali del diritto delle successioni in Italia, adesso ancora più ingessato che nel passato dall'ampliamento della platea dei legittimari nella perdurante vigenza del divieto dei patti successorii.



## La filiazione nella coppia omosessuale

Alessandra Bellelli\*

Il lavoro è impostato sulla distinzione tra diritto degli appartenenti alla coppia omosessuale alla genitorialità, che non è riconosciuto nel nostro ordinamento, e diritto del minore ad uno stato giuridico di figlio corrispondente al rapporto di fatto creatosi all'interno di un nucleo familiare omogenitoriale fondato sugli affetti, pur in mancanza di un legame genetico. Questo diritto del minore trova fondamento nei principi espressi dalla legge di riforma della filiazione e ha avuto effettivo riconoscimento nella recente giurisprudenza, principalmente attraverso il ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari applicato in funzione dell'esclusivo interesse dell'adottato da valutare in concreto. Il fatto della presenza di figli in un modello familiare omoaffettivo viene, quindi, a incidere sul diritto, determinando risposte giuridiche volte unicamente alla tutela del preminente interesse dei minori.

### Introduzione

Nella legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, recentemente emanata (L. 20 maggio 2016, n. 76), volta a disciplinare i diritti e i doveri tra le parti che costituiscono l'unione, non è presente una norma sulla filiazione. Nonostante l'unione civile sia definita come "specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione" (v. art. 1, 1° comma, L. cit.), secondo la previsione legislativa il rapporto si esaurisce tra le parti e non contempla la presenza di figli.

Ai sensi della norma di cui all'art. 1, 20° comma, tutte le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e ai coniugi, siano esse contenute in leggi, in atti aventi forza di legge, in regolamenti, in atti amministrativi o contratti collettivi, trovano applicazione all'unione civile. Fanno eccezione, però, le norme del codice civile non espressamente richiamate dalla legge, tra cui sono comprese quelle riguardanti la filiazione, nonché le norme sull'adozione previste dalla L. 4 maggio 1983, n. 184, le quali, invece, non si applicano. La prescrizione normativa si limita a mantenere "fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti", utilizzando un'espressione che presenta margini di ambiguità e che affida in definitiva all'attività interpretativa dei giudici, come è effettivamente avvenuto, la soluzione dei casi di richiesta di adozione del figlio del (o della) *partner* nella coppia omosessuale.

Nel progetto di legge<sup>1</sup>, invece, era stata inserita, all'art. 5, la cosiddetta *stepchild adoption*, estendendo espressamente anche alla parte dell'unione civile la possibilità, prevista per il coniuge, di adottare con l'adozione in casi particolari *ex art. 44, 1° comma, lett. b), L. 4 maggio 1983, n. 184*, il figlio minore dell'altra parte. La *stepchild adoption* è stata oggetto di vivace dibattito nell'opinione pubblica e di forti contrasti

e dissensi a livello parlamentare, in modo trasversale, per superare i quali e al fine di consentire l'approvazione della legge si è presa la decisione politica di eliminare la previsione di questa forma di adozione dal testo normativo. La regolamentazione della materia è ora rinviata alla futura riforma dell'intera disciplina dell'adozione, il cui *iter* è stato già avviato.

In sede di riforma legislativa dell'adozione, la netta contrapposizione ideologica concernente la filiazione nella coppia dello stesso sesso non potrà essere superata se si continua a impostare il tema facendo leva esclusivamente sui diritti degli omosessuali alla genitorialità. La prospettiva va invece rovesciata e l'analisi dovrà prendere le mosse principalmente dai diritti dei figli e dalla constatazione dei nuovi e vari modelli familiari oggi presenti nella nostra società. In questa direzione un faro che illumina la strada da percorrere è la recente legge di riforma della filiazione (L. 10 dicembre 2012, n. 219), che proclama l'unificazione dello stato giuridico<sup>2</sup> e lo "statuto" dei diritti del figlio, di ciascun figlio, a prescindere dal vincolo che unisce i genitori e dal modello di famiglia in cui il minore sia inserito<sup>3</sup> (artt. 315 e 315 *bis* c. c.). Tra questi diritti si evidenziano in modo particolare nuovi diritti: il diritto all'assistenza morale, ovvero il diritto dei figli ad essere amati<sup>4</sup>, e il diritto, strettamente collegato al primo, a crescere in famiglia e ad avere rapporti significativi con i parenti<sup>5</sup> (art. 315 *bis*, commi 1° e 2°, c. c.).

Deve quindi essere considerata la posizione del minore, che sia già nato e abbia vissuto all'interno del nucleo familiare fondato sull'unione omosessuale, e il suo interesse alla stabilità delle relazioni affettive e alla costituzione di uno stato giuridico di figlio corrispondente al rapporto che di fatto si è creato e consolidato nel tempo. Si sottolinea il

\* Il saggio riproduce con i dovuti aggiornamenti e l'aggiunta delle note le relazioni sul tema svolte rispettivamente nel *Congresso Internazionale Hispano-Italiano* presso l'Università di Siviglia il 5 novembre 2015 e nella Tavola rotonda su "Le unioni civili" tenutasi nell'Università La Sapienza di Roma il 12 dicembre 2015.

<sup>1</sup> V., in particolare, disegno di L. n. 2081 presentato al Senato d'iniziativa dei senatori Cirinnà ed altri, comunicato alla Presidenza il 6 ottobre 2015.

<sup>2</sup> Si richiama al riguardo l'incisiva espressione di C.M. Bianca, "La legge italiana conosce solo figli", che costituisce anche il titolo del suo saggio in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 1 e segg.

<sup>3</sup> Per un'approfondita analisi del principio di unicità dello stato di figlio e, in particolare, sullo "sganciamento" dello *status filiationis* dallo *status familiae*, v. Mir. Bianca, *L'unicità dello stato di figlio*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015, 3 e segg.

Cfr. anche l'interessante prospettiva di G. Ferrando, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 952 e segg., la quale, nel ridefinire i rapporti tra filiazione e matrimonio a seguito dell'unificazione dello stato di figlio, valorizza la molteplicità delle relazioni affettive nelle quali si svolge la personalità del minore.

<sup>4</sup> Per l'affermazione del diritto all'amore come diritto fondamentale del minore nei confronti dei genitori, cfr., in dottrina, C.M. Bianca, *La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, a cura di G. Frezza, Milano, 2005, 95 e seg.; Id., *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, V ed., Milano, 2014, 335 e seg. Cfr. anche P. Spaziani, *Il diritto all'assistenza morale (art. 315 bis c. c., come inserito dall'art. 1, comma 8, l. n. 219/2012)*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, cit., 67 e segg.

<sup>5</sup> V., per tutti, P. Sirena, *Il diritto del figlio minore di crescere in famiglia*, in *La riforma della filiazione*, *ult. cit.*, 119 e segg.

riferimento fondamentale al diritto del minore e non a quello dei genitori o del futuro adottante, in quanto la decisione giudiziale riguardante l'adozione da parte del *partner* del genitore biologico o il riconoscimento dello *status* di figlio conseguito all'estero o, anche, la semplice continuazione di un rapporto preesistente basato sugli affetti deve essere guidata esclusivamente dal raggiungimento dell'interesse del minore ed essere a questo fine preceduta da accurate indagini sociali e psicologiche volte principalmente a verificare l'idoneità affettiva e la capacità educativa di chi ha svolto e svolgerà il ruolo genitoriale, oltre alla situazione personale, economica e familiare.

In questo senso, con specifico riferimento all'adozione del *partner*, la giurisprudenza ha seguito un orientamento<sup>6</sup>, che, smentito solo da alcune decisioni<sup>7</sup>, trova oggi conferma nella sentenza della prima sezione della Cassazione civile appena emanata<sup>8</sup>. Di fronte a casi concreti in cui rileva nell'ambito di un nucleo familiare omogenitoriale un rapporto fondato sugli affetti, sull'assistenza e sulla cura del minore da parte del membro della coppia che si comporta come genitore pur non essendo tale biologicamente, i giudici privilegiano, come si esaminerà più approfonditamente in seguito, la soluzione corrispondente alla realizzazione del migliore interesse del minore, giungendo ad accogliere la domanda di adozione in casi particolari attraverso il ricorso alla lett. d) del 1° comma dell'art. 44 della L. 184/1983.

Alla scelta effettuata dal legislatore di non intervenire nella legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso sul tema caldo e delicatissimo della filiazione e di non riconoscere, quindi, il diritto dei membri della coppia omosessuale a divenire genitori fa riscontro l'opera di supplenza e "creatrice" dei giudici, che, volti unicamente al perseguimento del *best interest* del minore, si avvalgono degli strumenti forniti dall'ordinamento per garantire una copertura giuridica a situazioni di fatto, mediante la costituzione o attraverso il riconoscimento in Italia<sup>9</sup> dello stato giuridico di figlio, con i relativi diritti.

### **Inquadramento della problematica e fattori di trasformazione sociale e giuridica**

La materia della filiazione nella coppia omosessuale deve oggi essere inquadrata in una realtà sociale, culturale e giuridica, che, anche in seguito all'evoluzione scientifica, ha subito nel tempo profonde trasformazioni.

Anzitutto è ormai un dato di palese evidenza che alla famiglia tradizionale fondata sul matrimonio si affiancano altri diversi e molteplici modelli familiari, tra i quali anche il nucleo familiare costituito da persone dello stesso sesso, che, secondo la nota sentenza della Corte cost., n. 138/2010<sup>10</sup>, deve essere incluso a pieno titolo tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. Alle coppie non coniugate di sesso uguale o diverso, afferma la Corte, spetta "il diritto di vivere liberamente una condizione di coppia... ottenendo il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri". Riconoscimento giuridico che veniva affidato alla discrezionalità del legislatore quanto ai tempi, modalità e contenuti, ma che costituiva un preciso obbligo per il legislatore stesso di assicurare dignità e tutela alle unioni omosessuali e alle convivenze di fatto, ora attuato con la recente legge.

Passando al contesto europeo, si osserva che le forti pressioni e le raccomandazioni, ripetutamente provenienti dall'Unione Europea per una regolazione giuridica da parte dei singoli Stati membri delle unioni tra persone dello stesso sesso, non hanno trascurato la filiazione, in particolare i profili della tutela e protezione dei figli<sup>11</sup>. D'altro canto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato la discriminazione fondata sul sesso con riguardo all'adozione co-genitoriale, sostenendo che se uno Stato appartenente all'UE prevede che a questo tipo di adozione possa accedere il convivente di fatto, non potrà essere negata in quello Stato l'adozione in ragione soltanto della omosessualità del richiedente, in quanto il diniego sarebbe in contrasto con gli artt. 8 e 14 C.E.D.U., che sanciscono rispettivamente il rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> V. Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, 109 e segg., annotata in senso adesivo da J. Long, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, *ibidem*, 117 e segg. e in senso decisamente contrario da R. Carrano e M. Ponzani, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali*, in *Dir. Fam.*, 2014, 1550 e segg. La sentenza è stata confermata da App. Roma, Sez. min., 23 dicembre 2015, n. 7127, in *www.articolo29.it*. Vedi, inoltre, Trib. min. Roma, 22 ottobre 2015, *ibidem*. Sull'adozione cosiddetta incrociata, ovvero proveniente da ciascun appartenente alla coppia omosessuale che richiede di adottare il figlio dell'altro, cfr. App. Napoli, 30 marzo 2016, in *www.dirittoegustizia.it*, che riconosce l'efficacia in Italia delle rispettive sentenze di adozione piena emesse in Francia.

V. anche, sul diritto del minore alla stabilità delle relazioni affettive, Trib. Palermo decr., 13 aprile 2015, in *www.personaedanno.it*. Secondo questa pronuncia il minore ha diritto a mantenere rapporti con il genitore c.d. sociale, che ha contribuito a fondare la sua identità personale e familiare, anche dopo l'interruzione della convivenza omosessuale con la propria madre.

<sup>7</sup> V. Trib. min. Piemonte e Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, n. 258 e Trib. min. Piemonte e Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, n. 259, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, I, 205 e segg., con nota di A. Nocco, *L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura "eversiva" dell'art. 44, lett. d)*, L. n. 184/1983.

<sup>8</sup> Cass. civ., Sez. I, 22 giugno 2013, n. 12962, che ha respinto il ricorso proposto contro App. Roma, Sez. min., 23 dicembre 2015, n.

7127, cit.

<sup>9</sup> Cfr. App. Torino decr., 4 dicembre 2014, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, 441 e segg., con nota di L. Franco, *Il nome del bambino nato da due madri: tra diritto al nome e diritto sul nome*. Questa decisione ha riconosciuto la trascrizione in Italia dell'atto di nascita, formato all'estero, di un minore risultante figlio di una coppia di donne (nella specie le due madri avevano contratto matrimonio omosessuale in Spagna ed erano ricorse alla procreazione assistita eterologa contribuendo entrambe alla filiazione attraverso l'impianto di gameti dall'una all'altra). I giudici hanno ritenuto che la valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico deve essere effettuata tenendo conto dell'interesse superiore del minore con specifico riferimento al diritto all'identità personale e allo *status* di figlio nello Stato italiano.

Per la trascrizione nei registri dello stato civile di un provvedimento straniero di adozione piena di un minore da parte della convivente della madre biologica, v. App. Milano ord., 1 dicembre 2015, in *Fam. e Dir.*, 2016, 199 e segg.

<sup>10</sup> Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro It.*, 2010, I, c. 1361 e segg.

<sup>11</sup> V., in particolare, Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 marzo 2012, secondo la quale gli Stati membri non devono dare al concetto di famiglia definizioni restrittive allo scopo di negare protezione alle coppie dello stesso sesso e ai loro figli, al contrario sono invitati dal Parlamento Europeo ad elaborare proposte per il riconoscimento delle unioni civili e delle famiglie omosessuali.

<sup>12</sup> Corte europea dir. uomo, 19 febbraio 2013, ric. 19010/07, *X and Others v. Austria*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, I, 519 e segg.,

Altro dato di cui tener conto è che la genitorialità non è più solo ed esclusivamente quella fondata sul legame genetico. Da un lato, attraverso la procreazione assistita di tipo eterologo, ora ammessa nel nostro ordinamento in seguito all'intervento della Corte costituzionale (Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162) che ha dichiarato illegittimo il divieto, nei casi di infertilità si può divenire genitori senza aver dato il proprio contributo genetico, ma con l'apporto di un donatore esterno alla coppia. D'altro lato, si afferma, specialmente nelle attuali famiglie allargate o ricomposte, e trova riconoscimento da parte della giurisprudenza la figura del "genitore sociale", che si prende cura del minore in senso morale e materiale, svolgendo un ruolo genitoriale e costituendo per il minore una persona significativa di riferimento affettivo ed educativo. La scissione tra filiazione genetica e filiazione giuridica, prima riscontrabile solo nell'istituto dell'adozione, diviene il risultato di un più ampio processo evolutivo al quale contribuiscono anche le nuove tecniche di riproduzione assistita e da cui non può prescindere nell'affrontare il tema qui oggetto di esame.

La forte sensibilità giuridica e morale che emerge dalla legge di riforma della filiazione, la quale pone al centro del rapporto genitori-figlio l'interesse di quest'ultimo ad un'equilibrata crescita e a un sano sviluppo psico-fisico, proclamando, da un lato, i suoi diritti tra cui, principalmente, il diritto all'amore, e configurando, dall'altro, in luogo della potestà, la responsabilità genitoriale, deve orientare e guidare anche nella materia in esame. In particolare si dovrà privilegiare la soluzione che assicuri al minore la stabilità delle relazioni affettive e il calore familiare di cui ha bisogno indispensabile nel suo processo di formazione.

### L'inconfigurabilità nel nostro ordinamento di un diritto della coppia omosessuale alla genitorialità

Nel nostro ordinamento non è riconosciuto un diritto della coppia omosessuale, pur se fondata sulla costituzione di un'unione civile, alla genitorialità<sup>13</sup>.

Per una genitorialità intesa come progetto di coppia, comune e condiviso, le vie che dovrebbero essere percorse sono o l'adozione piena di un minore in stato di abbandono o la procreazione assistita di tipo eterologo, che, per le coppie *gay*, deve necessariamente prevedere anche il ricorso alla gestazione per altri (comunemente denominata maternità surrogata). Né l'adozione, né le tecniche di procreazione assistita sono accessibili in Italia alle coppie omosessuali<sup>14</sup>, in quanto per la prima la richiesta deve provenire da una coppia unita in matrimonio (art. 6, 1° comma, L. 4 maggio 1983, n. 184), per la seconda da soggetti "maggiorenni di sesso diverso", coniugati o conviventi, (art. 5, L. 19 febbraio 2004, n. 40). La maternità surrogata, inoltre, indispensabile perché le coppie omosessuali maschili possano avere figli, incontra un divieto assoluto e generale nella legge sulla fecondazione assistita.

Al tema della genitorialità non è ovviamente estraneo il rapporto di differenziazione o di assimilazione che voglia individuarsi tra l'istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso e il matrimonio. La distinzione, ben salda nella coscienza sociale e nelle posizioni assunte precedentemente dalla nostra giurisprudenza<sup>15</sup>, appare confermata nella legge<sup>16</sup>, sebbene delineata più sul piano formale che sostanziale. Certamente, però, come precedentemente rilevato, il legislatore ha intenzionalmente evitato di introdurre nella legge sulle unioni civili norme che attribuissero un diritto di divenire genitori. Era stata prevista nel progetto di legge Cirinnà l'adozione in casi particolari del figlio del *partner*

---

con nota di C. Fatta e M. Winkler, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second parent adoption*. V. anche, precedentemente, sul divieto di discriminazione sessuale in materia di adozione da parte del *single*, Corte europea dir. uomo, 22 gennaio 2008, ric. 43546/02, E.B. c. Francia, in *Fam. e Dir.*, 2008, 221 e segg., con nota di E. Faletti, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*.

<sup>13</sup> Per l'inconfigurabilità in generale, anche al di fuori della materia in esame, di un diritto soggettivo ad avere figli e, in particolare, di un diritto ad adottare, v. A. Morace Pinelli, *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam. e Dir.*, 2016, 719 e segg. L'A., nell'interessante saggio ora pubblicato, fonda l'affermazione sulla posizione centrale che assume nel sistema il minore dopo la riforma della filiazione e che si ripercuote anche nel rapporto con i genitori.

<sup>14</sup> Cfr., sul punto, M. Segni, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, II, 715. Rileva, però, l'a. che, essendo ora ammessa la procreazione assistita di tipo eterologo, il diniego di accesso a tale metodo procreativo alle coppie omosessuali femminili potrebbe essere condannato dalla Corte di Strasburgo, la quale, "al di fuori del matrimonio, vieta ogni differenza di trattamento tra la coppia omosessuale e quella eterosessuale".

<sup>15</sup> Anteriormente alla legge sulle unioni civili, oltre alla sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010, già citata, che ha negato fondamento costituzionale al diritto al matrimonio tra due persone dello stesso sesso, vedi nella giurisprudenza di legittimità, Cass. civ., Sez. I, 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, 649 e segg., con nota di T. Auletta, *Ammissibilità nell'ordinamento vigente del matrimonio fra persone del medesimo sesso*. Questa sentenza, pur affermando che l'unione omo-affettiva riceve un diretto riconoscimento costituzionale dall'art. 2 Cost., che può consentire una protezione equiparabile a quella matrimoniale in caso di lesione di diritti fondamentali scaturiti dalla relazione, ritiene legittimo il rifiuto op-

posto dall'Ufficiale di stato civile alle pubblicazioni di matrimonio tra persone dello stesso sesso. V. anche Cass. civ., Sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, *ibidem*, 2012, I, 588 e segg., con nota di D. Ferrari e D. Fiorato, *Lo status giuridico delle coppie omosessuali. Il diritto alla vita familiare in due recenti pronunce*, secondo la quale il matrimonio omosessuale celebrato all'estero non può essere trascritto in Italia, essendo riservata nell'ambito dell'Unione Europea alla competenza del legislatore nazionale l'individuazione delle forme di riconoscimento e garanzia delle unioni tra persone del medesimo sesso. Nello stesso senso, per la non trascrivibilità del matrimonio omosessuale costituito all'estero, v. Cons. di Stato 26 ottobre 2015, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Nella giurisprudenza europea v. Corte Europea dir. uomo, 24 giugno 2010, ric. 30141/04, *Schalk and Kopf v. Austria*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, I, 1137 e segg., con nota di M. Winkler, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*. La Corte ritiene che il diritto di sposarsi e di formare una famiglia di cui all'art. 12 C.E.D.U. non può essere esteso fino a garantire il diritto delle coppie omosessuali di contrarre matrimonio, ma la scelta dell'istituto matrimoniale o di altra forma di riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso deve essere lasciata alla discrezionalità degli Stati membri, in quanto "il matrimonio presenta connotazioni sociali e culturali radicate, che possono molto variare nelle differenti realtà nazionali".

<sup>16</sup> Per un'attenta analisi delle differenze tra matrimonio e unione civile si segnala, in sede di correzione di bozze, l'incisivo lavoro di Mir. Bianca, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, appena pubblicato in *Giudicedonna.it*, 2016, 2, 1 e segg., L'a., nel distinguere i due modelli sotto i profili dell'atto e del rapporto, qualifica correttamente l'unione civile quale istituzione attributiva di un nuovo *status* diverso da quello matrimoniale.

dell'unione civile, che costituiva un compromesso tra le rivendicazioni omosessuali ad una genitorialità di coppia, piena e condivisa, da un lato, e l'opinione, largamente diffusa a livello trasversale nella società, volta ad escludere il diritto delle persone dello stesso sesso ad adottare minori e a svolgere il ruolo di genitori sull'assunto che l'inserimento nel nucleo familiare omogenitoriale sia pregiudizievole per un'equilibrata crescita del minore, d'altro lato. La disposizione normativa, come già detto, è stata stralciata in fase di approvazione della legge.

### **Il diritto del minore al riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione "di fatto"**

Pur in assenza di norme specifiche, sul piano del diritto effettivo si è giunti, come precedentemente accennato, al riconoscimento giuridico del rapporto che di fatto si sia creato all'interno del nucleo familiare omogenitoriale tra il figlio biologico di una delle due parti della coppia e l'altra parte.

La decisione in merito alla "giuridicizzazione" del rapporto ovvero all'accoglimento della domanda di adozione in casi particolari deve essere presa dal giudice considerando preminentemente il superiore interesse del minore, così come previsto all'art. 57, commi 1°, 2°, L. n. 184/1983<sup>17</sup>, e, più in generale, per ogni procedimento o atto concernente il minore, nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (v. art. 3, 1° comma), resa esecutiva in Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176, e nella Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 24, 2° comma).

L'adozione in casi particolari ha trovato fondamento nelle recenti pronunce dei giudici sulla lett. d) del 1° comma dell'art. 44 della legge sull'adozione, attraverso un'interpretazione estensiva della disposizione normativa. Presupposto richiesto per l'applicazione della norma è "l'impossibilità di affidamento preadottivo", che, originariamente, si riferiva a situazioni di impossibilità di fatto legate a particolari condizioni fisiche, psichiche, di età (minore quasi maggiorenne) degli adottandi in stato di abbandono per i quali fosse stata dichiarata l'adottabilità. Secondo l'interpretazione ora seguita, invece, l'impossibilità di affidamento preadottivo viene intesa anche quale impossibilità giuridica, come tale riscontrabile in tutti i casi in cui manchi la situazione di abbandono del minore perché convivente con il proprio genitore e da esso assistito moralmente e materialmente. La "forzatura" interpretativa risponde all'esigenza di ampliare l'ambito di applicazione dell'istituto, distanziandolo maggiormente dai rigorosi requisiti richiesti per l'adozione piena, anche in ragione degli effetti più limitati che da esso derivano. L'adozione in casi particolari, infatti, non si sostituisce, ma si aggiunge al rapporto di filiazione originario che permane<sup>18</sup>. E pertanto richiesto l'assenso dei genitori dell'adottando e, quindi, anche dell'altro genitore, se esiste, estraneo alla coppia omosessuale, il cui eventuale rifiuto non potrà essere superato ove eserciti la responsabilità genitoriale (art. 46, commi 1° e 2°).

La soluzione giurisprudenziale si pone in linea con l'evoluzione legislativa in materia di filiazione, con la recente novella 19 ottobre 2015, n. 173 sul diritto alla continuità affettiva nell'affido familiare e, principalmente, con la legge di riforma della filiazione. Quest'ultima, nel proclamare lo statuto dei diritti del figlio, con l'affermazione di nuovi diritti quali il diritto all'assistenza morale, il diritto a crescere in famiglia e ad intrattenere rapporti significativi con i parenti, valorizza l'essenza più intima e profonda del rapporto di filiazione che è basato sull'amore e sugli affetti familiari. Se attraverso questi diritti si vuole garantire al minore, all'interno della famiglia, la carica affettiva, le cure e le attenzioni di cui ha bisogno per uno sviluppo sano ed equilibrato della sua personalità, non si vede perché questi stessi diritti non debbano trovare effettiva attuazione e garanzia anche nell'ambito di un nucleo familiare omosessuale attraverso l'adozione del figlio del *partner* o della *partner*. Non importa che il figlio sia nato da un progetto voluto e attuato insieme dalla coppia, all'estero, attraverso l'utilizzazione delle tecniche di procreazione assistita, o che sia nato da una precedente relazione eterosessuale: ciò che rileva è che il futuro adottante si comporti come genitore, dando piena realizzazione ai diritti del minore all'amore e alla protezione e costituisca per questo una figura significativa di riferimento all'interno del gruppo familiare.

A tal fine, un ruolo importante gioca l'ascolto del minore, potenziato dalla riforma della filiazione (v., in particolare, art. 315 *bis*, 3° comma), che consente al giudice di esaminare il rapporto concretamente instaurato dal punto di vista del diretto interessato, il quale ha diritto di essere ascoltato se ha compiuto i dodici anni e anche se di età inferiore purché capace di discernimento. Qualora il minore abbia raggiunto il quattordicesimo anno d'età, è inoltre richiesto il suo consenso all'adozione (art. 45, 1° comma, L. ad.). L'adozione in casi particolari risulta quindi funzionale al riconoscimento giuridico dei diritti del figlio nei confronti del *partner* del proprio genitore che svolga esso stesso un ruolo genitoriale, pur non essendo legato da vincoli genetici.

### **Considerazioni conclusive: la prevalenza del caso concreto e degli interessi effettivamente emergenti**

Nel tirare le fila conclusive, si rileva la distinzione, operata nel presente lavoro, tra diritto della coppia omosessuale alla genitorialità, attualmente non legislativamente previsto in Italia, e diritto del minore, effettivamente riconosciuto dai giudici, ad uno stato giuridico di figlio corrispondente ad una situazione di fatto creatasi all'interno di un nucleo familiare omogenitoriale fondato sugli affetti, sull'assistenza materiale e sulla cura del minore.

Si assiste pertanto, anche in questa materia, ad una rilevanza del fatto che condiziona il diritto. La soluzione giuridica non discende, infatti, dalla pura applicazione di una norma giuridica sulla genitorialità nell'ambito delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, che, come si è visto, non

<sup>17</sup> La realizzazione dell'interesse del minore è stata significativamente definita (v. Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, cit.) come "limite invalicabile e chiave interpretativa dell'istituto".

<sup>18</sup> Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., 458 e segg.; C.M. Bianca, con la collaborazione di Mir. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, 797 e segg.

esiste, ma dall'esigenza di dare risposte concrete a situazioni concrete.

Nell'odierna scienza giuridica si segnala il capovolgimento di prospettiva nella relazione tra categorie giuridiche e fatti socio-economici, sottolineando la decisa tendenza verso la cosiddetta "fattualità del diritto", per usare l'espressione coniata da un autorevole giurista<sup>19</sup>. L'importanza centrale del fatto, letto alla luce dei valori e interessi espressi dall'ordinamento nella sua attuale complessità, ha la forza di incidere sul diritto e di plasmarlo. Anche nel settore in esame, il fatto della presenza di figli all'interno del nucleo familiare omosessuale sollecita forme di protezione dell'interesse dei minori, determinando, come si è potuto constatare, risposte dall'ordinamento giuridico e la produzione di effetti analoghi a quelli che si sarebbero realizzati se non fosse stata stralciata nel progetto di legge la norma sulla *stepchild adoption*, ma più estesi in quanto non necessariamente legati alla formale costituzione di un'unione civile e,

soprattutto, funzionali unicamente allo sviluppo e alla tutela della personalità del minore<sup>20</sup>.

Infine, nel volgere lo sguardo a prospettive future, si rilevano con riguardo alla revisione dell'istituto dell'adozione forti segnali di cambiamento. In particolare, per la finalità di realizzare in modo più ampio il superiore interesse del minore ad essere amato ed inserito in un gruppo familiare, interesse che dovrà sempre essere verificato in concreto, si profila il superamento del requisito del matrimonio degli adottanti e l'apertura dell'adozione piena alle coppie non coniugate, purché stabilmente conviventi, e alla persona *single*<sup>21</sup>. Una tale apertura non potrà escludere, in applicazione del principio di non discriminazione, le coppie conviventi dello stesso sesso e le persone singole in ragione esclusivamente della loro omosessualità, sempre che, in seguito alla valutazione delle particolarità del caso concreto, la decisione sia quella che meglio realizzi l'interesse del minore.

<sup>19</sup> P. Grossi, *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, 10 e segg.

<sup>20</sup> Per l'applicazione dell'adozione in casi particolari co-genitoriale nelle convivenze di fatto, sia omosessuali che eterosessuali, cfr. A. Nocco, *L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso*, cit., 209

e segg.

<sup>21</sup> Vedi le *Osservazioni* di C.M. Bianca nell'ambito dell'indagine conoscitiva in tema di adozione, svolte nella seduta della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 23 maggio 2016.