

Unione civile

# La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare

di Michele Sesta

## 1. 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" (1), 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 (2), 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 matri-

monio o da un'unione civile (art. 1, comma 36, L. n. 76/2016).

Un primo rilievo è che, mediante la nuova legge, il legislatore ha ampliato le opzioni istituzionali disponibili (3), 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.

Questo 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. Ciò a cominciare dal nome stesso e dalla sua mancata col-

(1) 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; L. Dell'Osta - G. Spadaro, *Unioni civili e convivenze: tutte le novità*, Milano, 2016; M. Bianca, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in *giudicedonna.it*, 2/2016.

(2) 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 ss. (ed in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1 ss.); Id., voce *Filiazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VIII, Milano, 2015, 445 ss.; 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 questa *Rivista*, 2014, 480 ss.; P. Rescigno, *La filiazione*

*"riformata": l'unicità dello "status"*, in *Giur. it.*, 2014, 1261 ss.; M. Bianca, *L'unicità dello stato di figlio*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015, 3 ss.; Ead. (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, *passim*; C. Camardi, *Diritti fondamentali e "status" della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 7 ss.; 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 questa *Rivista*, 2015, 952 ss. 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*.

(3) 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 ss.; M. Sesta, *Le convivenze tra libertà, solidarietà e public policy*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Milano, 2006, 483 ss.

locazione nel codice civile, che risponde alla medesima - certamente discutibile - *ratio* per cui neppure il divorzio ivi abbia trovato sede, ed anzi neppure sia stato così chiamato dal legislatore, se non di sfuggita, come di recente 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 (4). 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 35 a 65 dell'art. 1, L. n. 76/2016 -, sia a quello dei soggetti che in dette comunanze di vita svolgono la loro personalità (5), asetticamente denominati, per l'unione civile, parti, con evidente richiamo alla terminologia contrattuale, anche se invero il vocabolo viene talvolta utilizzato nel codice 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 (6).

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 (7). A ben vedere, il tema della rilevanza dei sentimenti nei vincoli familiari e specie coniugali è carico di ambiguità (8). 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 irrilevanza dell'errore nel matrimonio, la separazione per colpa, la condizione deteriore dei figli c.d. illegittimi e così via (9).

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 (10), considerato che, come meglio si dirà nel prosieguo, il legame dei civilmente uniti è indivi-

(4) Cfr. S. Patti, *Le unioni civili in Germania*, in questa *Rivista*, 2015, 958 ss.; A. Renda, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, 240.

(5) 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.

(6) Per i rapporti tra lingua e cultura cfr. V. Coletti, *Grammatica dell'italiano adulto*, Bologna, 2015, 79 ss.

(7) È significativo che uno dei primi convegni tenutisi 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".

(8) Si vedano le provocatorie tesi di P. Bruckner, *op. cit.*, *passim*, secondo il quale le culture occidentali "hanno confuso la passione con le istituzioni".

(9) M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, VI ed., Padova, 2015, 1 ss.

(10) P. Rescigno, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla ri-*

duale e contrattuale (11) - 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.

## 2. 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 (12); 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. (13). Si è anche scritto che non sussista alcuna preclusione costituzionale ad estendere alle unioni omosessuali le regole del matrimonio (14).

Ad avviso di chi scrive, nessuna delle posizioni richiamate appare condivisibile, considerato che, come precisato dalla Corte costituzionale nelle note

sentenze n. 138/2010 (15) e n. 170/2014 (16), "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 del 2010) (17). L'unione tra persone dello stesso sesso è, dunque, "forma alternativa (e diversa) dal matrimonio" (18).

Occorre pertanto procedere all'analisi della relazione tra gli istituti del matrimonio e dell'unione civile, che può prendere le mosse dall'art. 1, comma 1, 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 (19), 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 (20). Probabilmente il legislatore ha così voluto enfatizzare - sul piano politico - il risultato che si apprestava a conseguire, non rendendosi conto che ciò, in ultima

forma, 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".

(11) Cfr. A. De Benoist, *I demoni del bene. Dal nuovo ordine morale all'ideologia del genere*, Napoli, 2015, 162.

(12) 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.

(13) 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 ss.; Id., *La sollecitazione del "fatto". Nella conformazione delle unioni di persone dello stesso sesso, in Percorsi costituzionali*, 2015, 193 ss.

(14) M. Segni, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 707.

(15) 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.

(16) Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, in [www.giustiziavile.com](http://www.giustiziavile.com), Editoriale 19 giugno 2014, con nota di L. Balestra, *Sugli effetti della rettificazione dell'attribuzione di sesso sul matrimonio preesistente*, e in questa *Rivista*, 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*.

(17) Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, cit.

(18) Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, cit. In argomento, cfr. A. Renda, *Il matrimonio civile*, cit., 200 ss.

(19) Cfr. L. Balestra, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, in [www.giustiziavile.com](http://www.giustiziavile.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.giustiziavile.com](http://www.giustiziavile.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.giustiziavile.com](http://www.giustiziavile.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 ss.; 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 ss.

(20) Cfr. Cass. 21 aprile 2015, n. 8097, in *Corr. 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 *Corr. giur.*, 2015, 915 ss., con nota di G. Ferrando, *Matrimonio same-sex: Corte di cassazione e giudici a confronto*; Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, in *Dir. fam.*, 2012, 696, e in *Giur. it.*, 2012, 1669, con nota di E. Calevi, *Unioni same sex: dall'inesistenza all'inidoneità a produrre effetti giuridici*, e ancora *ivi*, 2013, 329 ss., con nota di L. Marotti, *La tutela delle unioni omosessuali nel dialogo tra Corti interne e Corte europea dei diritti umani*.

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 (21). 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, comma 1, 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 (22). 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" (23).

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 (24), e non alla "istituzione" in sé, come invece accade per quella familiare. In breve, può dirsi che dallo stesso art. 1, comma 1 della legge possa desumersi che l'unione civile 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.

(21) Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138, cit.

(22) 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.

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

(24) 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 questa *Rivista*, 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*), anche in difetto di "coabitazione", purché il rapporto abbia carattere di "stabilità" (Corte eur. Dir. Uomo, Grande camera, 7 novembre 2013, n. 29381, Vallianatos et al. c. Grecia, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2014, I, 703 ss., con nota di P. Pirrone, *La Corte eur. dir. uomo sul caso Vallianatos 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 questa *Rivista*, 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 ss., 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 *Giur. it.*, 2013, 1764 ss., 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 ss., con nota di C. Fatta, M. Winkler, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della "second-parent adoption"*).



### 3. 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 (25).

Al proposito occorre considerare preliminarmente che l'art. 1, comma 20, della 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 comma 20 - "restano ferme"; ciò che - sembra a chi scrive, ma la questione, proprio in questi giorni, è stata autorevolmente decisa in sen-

so contrario (26) - 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 comma 19 dell'art. 1, L. n. 76/2016) il Titolo XIII del Libro primo e, quindi, anche 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, comma 20 (27). Il dato è significativo, perché l'affinità, come i vincoli di parentela, che pure non vengono in rilievo a proposito dell'unio-

(25) R. Campione, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, cit., *passim*.

(26) Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *DeJure*, e in *Ilfamiliarista.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: App. Torino, sez. min., 27 maggio 2016, n. 27, inedita, sulla scia di Trib. min. Roma 30 luglio 2014, in questa *Rivista*, 2015, 580 ss., 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 *Ilfamiliarista.it*, 11 aprile 2016 (s.m.). V. anche App. Milano 1° dicembre 2015, n. 2543, in questa *Rivista*, 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 *Ilfamiliarista.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 *Ilfamiliarista.it*, 18 aprile 2016) 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, comma 1, l. n. 218 del 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 *Giur. it.*, 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 *Corr. giur.*, 2015, 1558 ss., 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. fam.*, 2011, 1375 ss.; G. Mastrangelo, *L'affidamento, anche eterofamiliare, di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci*, in questa *Rivista*, 2014, 353 ss.; G. Palmeri, *La famiglia omosessuale. Linee di tendenza e prospettive*, in F. Romeo (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Torino, 2014, 45 ss.

(27) *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.

ne civile, è conseguenza della capacità espansiva del matrimonio (28), 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, 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, comma 2, 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 comma 3, 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 comma 4, 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, il comma 11 dell'art. 1, parafrasando l'art. 143 c.c., stabilisce che con la costituzione dell'unione civile le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco dell'assistenza morale e materiale e della coabitazione. Entrambe le parti dell'unione sono tenute, in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo - non o come nell'art. 143 c.c., norma quest'ultima che sembra richiamare la tradizionale (ma nella prassi ampiamente superata) divisione dei compiti tra i coniugi - a contribuire ai "bisogni comuni"; mentre il comma 12 (che richiama l'art. 144 c.c.) aggiunge che le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la loro residenza comune; a ciascuna di esse spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato. Comparando le richiamate disposizioni con quelle corrispondenti dettate dal codice in materia di matri-

monio, emerge la sostituzione delle parole "bisogni della famiglia" - cui i coniugi sono chiamati a far fronte ai sensi dell'art. 143 c.c. - con quelle "bisogni comuni", cioè delle parti dell'unione civile. È altresì da rilevarsi che è invece espressamente previsto che le parti concordino tra loro "l'indirizzo della vita familiare" - il che, ancorché sia forse frutto di un *lapsus* del legislatore, vale a confermare che l'unione civile dà vita ad un consorzio familiare, rientrando nell'orbita degli artt. 8 Cedu e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tuttavia, la stessa disposizione del comma 12 non riproduce le parole dell'art. 144 c.c., che impongono 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, questa, particolarmente significativa, perché evidenzia la ritrosia del legislatore a qualificare "famiglia" l'unione civile, e a considerarla alla stregua di una istituzione che trascende gli interessi dei singoli che la compongono, certamente anche in relazione al fatto che essa si riduce alla coppia e, almeno secondo l'impianto legislativo, non prevede la presenza di figli.

Merita una particolare sottolineatura il comma 10 dell'art. 1, che, con disposizione originale - che si discosta notevolmente dall'omologa previsione codicistica, la quale fa obbligo alla moglie di aggiungere al proprio il cognome del marito (art. 143 *bis* c.c.) -, dispone che le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile, un cognome comune, scegliendolo tra i loro cognomi, che potrà essere anteposto o posposto a quello della parte il cui cognome non sia stato scelto come comune.

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 (29), 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 (30), che osserva esattamente come il mancato richiamo della fedeltà tra i doveri dei civilmente uniti sia

(28) A. Renda, *Il matrimonio civile*, cit., 121 nt. 290, e 166 ss.

(29) T. Mann, *Sul matrimonio. Brindisi a Katia*, Milano, 1993,

40.

(30) L. Olivero, *Unioni civili e presunta licenza di infedeltà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, in corso di pubblicazione.

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). Lo stesso autore osserva che la fedeltà, "benché cancellata dai doveri tra *partner*, [...] tende a riaffiorare negli interstizi di altre disposizioni", e cita al riguardo gli artt. 119, 120 e 123 c.c. (richiamati dal comma 5), nonché alcune disposizioni in materia di divorzio, e soprattutto l'enunciazione del principio monogamico "che è il fattore di massima assimilazione tra vecchio matrimonio e nuove famiglie", che riflette un'idea dell'amore coniugale esclusivo e fedele. Non v'è dubbio che le disposizioni dei commi 4, lett. a) - che qualifica come causa impeditiva per la costituzione dell'unione civile la sussistenza per una delle parti di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile -, 32 - che ha modificato l'art. 86 del codice civile qualificando come ostativi alla libertà di stato non solo il vincolo matrimoniale, ma anche quello discendente da un'unione civile -, 36 - che qualifica 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 -, ed il infine il comma 59, lett. c) - alla cui stregua il contratto di convivenza si risolve per matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona - testimoniano che sia l'unione civile che la convivenza rechino con sé l'idea di un rapporto di coppia analogo, sotto questo riguardo, a quello matrimoniale, che è infatti con esse in vario modo incompatibile.

Occorre anche considerare che il tema della fedeltà è tradizionalmente legato alla presunzione di paternità di cui all'art. 231 c.c., che nell'unione civile non viene in rilievo. A ben vedere, il tema della fedeltà, in ultima analisi, porta con sé quello della rilevanza della relazione sessuale nell'ambito dell'unione civile, che il legislatore sembra voler tenere in disparte, tanto è vero che non richiama al comma 5, né ripropone al comma 7, l'errore sulle anomalie o deviazioni sessuali cui fa riferimento l'art. 122, comma 3, n. 1, c.c.; né l'inconsumazione qua-

le causa di scioglimento dell'unione, anch'essa non riproposta dal comma 23, che non richiama l'art. 3, n. 2, lett. f), L. div. (31). Il che fa dubitare che l'unione civile presupponga, dal punto di vista del diritto, l'unione sessuale. Quanto si è rilevato in ordine all'ambiguità legislativa relativamente alla vita sessuale dei civilmente uniti 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.

Un profilo in cui la disciplina dell'unione civile si discosta alquanto da quella del matrimonio è quello relativo allo scioglimento, poiché non solo la novella non richiama la separazione legale tra coniugi (32), ma 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 mera volontà anche di una delle parti, manifestata 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 (33), appare pleonastico il richiamo, operato dal comma 23, 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; 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 *quinquies* e 12 *sexies* L. n. 898/1970 (richiamati dal comma 25 dell'art. 1, L. n. 76/2016). Con riferimento, invece, ai rapporti patrimoniali tra uniti civilmente, l'art. 1, comma 13, L. n. 76/2016 rinvia integralmente alle norme codicistiche che governano quelli tra coniugi (34) e lo stes-

(31) Sul punto cfr. A. Figone, *Lo scioglimento*, cit., 265.

(32) 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, comma 20, della legge, che non consente di dare ingresso all'istituto della separazione legale.

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

(34) Cfr. G. Oberto, *I rapporti patrimoniali*, cit., 30.

so accade per i diritti successori (art. 1, comma 21) (35).

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 (36). Diversità ontologica che, coerentemente, ha portato il legislatore all'istituzione di una nuova formazione sociale, ri-

compresa nell'art. 2 Cost. e distinta da quella propriamente familiare "riconosciuta" nell'art. 29 Cost. 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 dubbio nella sua legittimità costituzionale, prospettandosi una discriminazione sotto il profilo dell'orientamento sessuale (37). La questione, dunque, è tutt'altro che definitivamente risolta.

(35) Cfr. F. Mecenate, *Unioni civili*, cit., 133.

(36) Sul nesso tra matrimonio e procreazione cfr. A. Renda, *Il matrimonio civile*, cit., 211.

(37) 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.