

ATTILIO GORASSINI (*)
Prof. ord. dell'Università di Reggio Calabria

CONVIVENZE DI FATTO E C.D. FAMIGLIA DI FATTO. PER UNA NUOVA DEFINIZIONE DELLO SPAZIO TOPOLOGICO DI SETTORE

SOMMARIO: 1. La l. n. 76/2016 nella tirannide dei suoi 69 commi: unione civile 39 (35+4), convivenze di fatto 30 (+1-15). Neppure un pareggio. – 2. L'invariante "minima" comune delle fattispecie identificate nella legge con il sintagma "convivenze di fatto". – 3. Mappe ricostruttive e confinamento tipologico delle convivenze regolamentate. – 4. La strettoia del contenuto minimo e il diritto vivente giudiziale: sarà rifiuto della legge (*step child adoption docet*)? – 5. Per un alternativo possibile orizzonte degli eventi: la c.d. famiglia di fatto come terra di mezzo nella fenomenologia di settore. – 6. Conclusioni provvisorie. Per un sano orgoglio della dogmatica.

1. – La l. del 20 maggio 2016, n. 76 ha introdotto nella legislazione italiana, all'esito di una complessa vicenda parlamentare (rilevabile dal fatto stesso di essere una legge con un solo articolo di ben 69 commi) la disciplina formalizzata delle "unioni civili" tra persone dello stesso sesso, ma anche, in una specie di intermezzo tra un *incipit* (35 commi) e un breve finale (4 commi, dal 66 al 69), la prima disciplina generale in legge delle convivenze di fatto, superando le perplessità di ritenere arbitrario accordare tutele cogenti in favore di coloro che per scelta le avevano volute evitare in spazi giuridici in cui peraltro non sono rilevanti le promesse o gli obblighi assunti⁽¹⁾. Anzi, in realtà, come espressamente si legge al primo comma, si "*istituisce l'unione civile*" (al singolare)⁽²⁾ e si "*reca la disciplina delle convivenze di fatto*" (al plurale).

(*) Lo scritto rappresenta sintesi di una parte del Corso di diritto Civile tenuto nell'anno acc. 2016/2017.

(1) V. art. 79 c.c. con la logica derivata della possibile restituzione solo del dono di cui all'art. 80 c.c. Il tema è ampiamente sviluppato in dottrina e non si può affrontare in questa sede. L'affermazione è comunque quasi costante: tra gli ultimi v., proprio in relazione alla Cirinnà, M. FINOCCHIARO, *Sottoposti a norma due maggiorenni con legami stabili*, in *Guida dir.*, 25/2016, p. 59.

(2) Anche se nel titolo della Legge compare al plurale "senza giustificazione" (M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo*

Comunque, ai sensi della legge, “per le disposizioni di cui ai commi da 37 a 67” (ma in realtà a 65: *v. oltre*), “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 unione civile” (comma 36).

La istituzione della figura giuridica nuova indicata con il sintagma “unione civile”⁽³⁾ come forma di regolamentazione riconosciuta delle convivenze di coppie omosessuali, costituisce attività più volte sollecitata dalla Corte EDU e dalla nostra Corte Costituzionale: la vicenda è abbastanza nota e complessa e non costituirà oggetto di analisi specifica in questa sede⁽⁴⁾.

Si vuole, invece, qui cercare di analizzare e tentare una ermeneusi sistemica della normazione dedicata al fenomeno sociale delle convivenze, oggetto da tempo di molteplici interventi normativi specifici in più di un settore e plurimi interventi giurisprudenziali, ma sempre e solo su aspetti e prospettive contingenti, e solo dalla dottrina inizialmente focalizzato come istituto giuridico unitario⁽⁵⁾.

I commi dedicati, però, alle convivenze di fatto (al plurale), come già evidenziato, sono di molto inferiori a quelli specifici sulla unione civile e questo rende evidente (con quasi certezza) come la disciplina, probabilmente nelle intenzioni – anche se non dichiarate – proposta come organica, non possa regolamentare in modo esaustivo la fenomenologia che ormai nel diritto vivente assume rilevanza in relazione all’istituto della “famiglia di fatto”, soprattutto se si pone in evidenza come dei 30 commi

modello familiare, in *Fam. e d.*, 2016, p. 882); forse, però, al di là del poco valore normativo in quanto titolo in sé, si parla di “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso”: sembra riferirsi dunque alle concrete unioni realizzate, guarda cioè all’attuazione dell’effetto derivato dalla legge che istituisce.

⁽³⁾ Necessariamente sintagma, altrimenti si dovrebbe prospettare una unione “incivile”.

⁽⁴⁾ Si rinvia in luogo di molti a quanto reperibile in A. BUSACCA (a cura di), *La famiglia all'imperfetto?*, Napoli 2016 e in relazione alla problematica specifica della omosessualità, oltre a quanto indicato in quel testo, soprattutto R. SILVESTRO, *Il bugiardo della genitorialità, spec.* 110 ss. e per evidenze semplificate (anche in relazione alla attuale nebulosità del tema) al n. 1/2017 di *National Geographic* ad essa dedicato.

⁽⁵⁾ Si rinvia per più complete indicazioni a G. COSCO, *Convivenze fuori dal matrimonio: profili di disciplina nel diritto europeo*, in *D. fam.*, 2006, p. 349 ss.; F. ROMEO, *Famiglia legittima e unioni non coniugali*, in *Le Relazioni affettive non matrimoniali*, Torino 2014, p. 18 ss.; R. AMAGLIANI, *Autonomos e contratti di convivenza*, in *La Famiglia all'imperfetto?*, cit., p. 305 ss.; L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. e d.*, 2016, p. 919 ss. Nonché alla ricostruzione fornita da M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, *ivi*, p. 868 ss.

dedicati alle convivenze di fatto (31 se si ricomprende il comma 1 in cui si enuncia la disciplina⁽⁶⁾), ben 15 (dal comma 50 al comma 64) sono relativi alla disciplina di una figura, il c.d. contratto di convivenza, che costituisce una semplice variabile tipologica (“I conviventi di fatto *possono* ...”, comma 50)⁽⁷⁾ il cui contenuto peraltro non sembra completamente definito (“Il contratto *può* contenere ...”, si legge nel comma 53)⁽⁸⁾ e rispetto alla quale le fattispecie “convivenze di fatto” rappresentano un presupposto assunto ad elemento di validità (come risulta dal comma 57, “Il contratto di convivenza è affetto da nullità insanabile ...”, specialmente “b) in violazione del comma 36”). Siamo lungi da un pareggio di commi!!

La fenomenologia delle convivenze nella realtà complessiva della normazione è certamente mal-trattata⁽⁹⁾. Oltretutto anche il fatto stesso oggetto di normazione è tutt’altro che facile da individuare⁽¹⁰⁾, perché con certezza la nuova disciplina esclude alcune tipologie di convivenza ormai assunte da tempo come rilevanti dal diritto vivente, creando sul piano sistematico il problema di quale sia la disciplina applicabile alle tipologie escluse e in generale se esista o meno un limite alla rilevanza delle tipologie manifestabili nei fatti che impedisca il ricorso alla analogia con questa disciplina.

La lettura del testo lascia peraltro trapelare come nella stessa descrizione della fattispecie regolamentata⁽¹¹⁾ (che come detto è solo una parte della fenomenologia giuridica complessivamente rilevante) sia possibile individuare elementi differenzianti di tipologie di fatti aventi non identica disciplina, anche oltre la variabile della presenza o meno di un contratto di

(6) In realtà come detto il comma 36 richiama anche i commi 66 e 67, ma se si legge il comma 66 si evidenzia come riguarda gli oneri derivanti dalla attuazione dei commi da 1 a 35 (dunque solo l’unione civile) così come il comma 67 riguarda gli oneri relativi ai commi da 11 a 20 e peraltro “continua” nel comma 68, invece escluso dal comma 36, per cui l’unico riferimento resta proprio il comma 36 ...

(7) Si è parlato giustamente di *Formazioni sociali con doppia disciplina a “geometria variabile”*: M. FLORINI, M. LEO, in *Guida dir.*, cit., p. 62.

(8) Anche perché in relazione a ciò che invece non può contenere, il comma 56 esclude solo termine e condizione, e soprattutto se non si esclude che i conviventi possano disciplinare anche aspetti non patrimoniali, visto che ai sensi del comma 53 lett. b possono disciplinare le modalità di contribuzione (che presuppongono anche scelte non patrimoniali).

(9) V. le notazioni di P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. e d.*, 2016, p. 846 s.

(10) Basta leggere la *addenda* al Torrente-Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato*, 22^a ed., a cura di Anelli e Granelli, p. 9 o G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Torino, fascicolo addenda settembre 2016, per percepirne le evidenti ambiguità rilevate già nella manualistica.

(11) Si ritiene anzi che si parli solo dei diritti dei conviventi di fatto, non di convivenza (G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 1718 ss.).

convivenza, eppure relativi a soggetti qualificabili ai sensi del comma 36 come “conviventi di fatto”; e che renderebbe pienamente ragione del plurale utilizzato dal comma 1.

Occorre, pertanto e preliminarmente, cercare di identificare il nucleo minimo di rilevanza giuridica assunto dal documento normativo come referente del sintagma “conviventi di fatto” relativo a *due persone*⁽¹²⁾, lasciando tra parentesi tutto il resto (in primo luogo il fenomeno del contratto di convivenza, che non costituirà in questa sede oggetto di specifica analisi⁽¹³⁾), in modo di cercare di coglierne l’invariante, rispetto alla quale poi si differenziano le tipologie per incremento di elementi, così da rendere possibile distinguere le fenomenologie non regolamentate e coglierne la *eadem ratio* o la sua mancanza.

2. – La ricerca non potrà che avvenire per decostruzione e differenziazione, cercando di confinare in tal modo il contenuto minimo.

Il punto di partenza non può che essere rappresentato dalla definizione del comma 36: “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 unione civile”.

Intanto occorre evidenziare come il riferimento al numero di “due” qualificate “persone” (non semplicemente soggetti)⁽¹⁴⁾ apre la strada ad

⁽¹²⁾ Come evidenziato sin dai primi commenti da M. FINOCCHIARO, *op. loc. cit.*

⁽¹³⁾ Si ritiene (Cfr. G. BUFFON, *L'elemento costitutivo passa per l'iscrizione agli uffici anagrafici*, in *Guida dir.*, 26/2016, p. 22 ss.) che per poterci essere un valido contratto di convivenza la stessa debba essere registrata secondo quanto previsto nel comma 37, anche se il comma 53 prevede solo che possa contenere “ a) l’indicazione della residenza”; dunque non presupposto necessitato se solo uno dei contenuti possibili, visto oltretutto che invece si prevede e non come possibilità (dato il perentorio termine utilizzato) che il contratto “reca l’indicazione dell’indirizzo”: per cui non sembrerebbe che i conviventi debbano necessariamente risiedere stabilmente insieme per stipulare un valido contratto di convivenza. Ma ciò forse proverebbe troppo, valendo l’indicazione dell’indirizzo solo come indicazione di un domicilio speciale compatibile con la necessità di una residenza comune, vero pre-requisito per la stipula del contratto, desumendosi dal comma 51 come sia necessario l’atto pubblico o la scrittura autenticata con attestazione di conformità alle norme imperative e all’ordine pubblico da parte di un professionista e dal comma 52 la necessaria iscrizione anagrafica a cura del professionista rogante o autenticante ai fini dell’opponibilità ai terzi; a ciò si aggiunga la possibilità che chiunque abbia interesse può far dichiarare (ai sensi del comma 57 lett. b) la nullità insanabile del contratto per violazione del comma 36 e sarebbe difficile per i conviventi provare la non violazione senza la dichiarazione anagrafica (non essendo peraltro opponibile ai terzi la sua esistenza).

⁽¹⁴⁾ Con una evidente intenzione di riconoscimento della unione non matrimoniale come diritto della persona.

una specifica fenomenologia di coppia, con esclusione di altri fenomeni sociali in evoluzione e transizione verso la dimensione del riconoscimento giuridico⁽¹⁵⁾.

Un primo problema è se l'espressione "unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale" sia equivalente alla "stabile convivenza" il cui accertamento può avvenire secondo le forma di cui al comma 37⁽¹⁶⁾.

Non sembra siano equivalenti, sia perché nello stesso comma 37 si legge, "ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 36" (ma potrebbe anche essere argomento contrario⁽¹⁷⁾), sia perché altrimenti la disposizione del comma 37 sarebbe imperativa⁽¹⁸⁾ e non solo prerequisito di accesso al contratto di convivenza di cui al comma 50⁽¹⁹⁾. Certo non sembra facile provare stabili legami affettivi di coppia (essendo fatti di sentimento)⁽²⁰⁾ fuori da una stabile convivenza⁽²¹⁾, ma non si può certo ritenere che la semplice dichiarazione anagrafica ne possa determinare *sic*

⁽¹⁵⁾ Spunti in A. FALZEA, *Le couple non mariè*, in III *Scritti d'occasione, Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano 2010, 101 ss. Per alcune di queste fattispecie v. comunque oltre.

⁽¹⁶⁾ Spunti per posizionare fenomenologicamente la problematica in U. ROMA, *Convivenza e coabitazione*, Padova 2005.

⁽¹⁷⁾ Cioè ritenersi rilevante solo ai fini di una sorta di presunzione di accertamento dei presupposti di cui al comma 36, per cui le espressioni sarebbero equivalenti, anziché rendere evidente la loro differente portata e far ritenere che la stabile convivenza rappresenti un elemento ulteriore dal quale far discendere effetti diversi e ulteriori rispetto a quelli derivanti dagli elementi di cui al comma 36 (come si tenterà di fare).

⁽¹⁸⁾ Come pure sostenuto (cfr. M. GORGONI, *Le convivenze di fatto meritevoli di tutela e gli effetti legali tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità*, in *Le unioni civili e convivenze di fatto* L. 20 maggio 2016 n. 76, Maggioli, Sant'Arcangelo Romagna 2016, p. 191), per cui chi fosse interessato alla applicazione della nuova disciplina sarebbe obbligato a rendere la dichiarazione all'anagrafe, assumendosi una responsabilità all'esterno. Così nettamente F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella L. 20.5.2016 n. 76*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 1738 ss.

⁽¹⁹⁾ Che può sì contenere l'indicazione della residenza (*v. retro nt.*) ma certo non può significare che possa stipularsi un contratto di convivenza senza la dichiarazione di cui al comma 37 ritenendo che in base al comma 57 la nullità insanabile riguardi la violazione del comma 36 (e non del 37): può farsi in contemporanea alla stipula e alla iscrizione del contratto o deve già essere avvenuta in precedenza. Né può ritenersi rilevante la differenziazione tra l'opponibile a terzi o meno, perché altrimenti non si capirebbe la nullità relativa alla forma del documento di cui al comma 51; sarebbe un problema giuridico "altro" relativo all'*autonomos* in generale coinvolgente la *quaestio*: possono due persone in coppia stipulare validamente un contratto diverso da quello prefigurato nel comma 50?

⁽²⁰⁾ Su cui A. FALZEA, *Fatti di sentimento*, in II *Dogmatica giuridica, Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica.*, Milano 1997, p. 435 ss.

⁽²¹⁾ Certo è più facile provare la reciproca assistenza morale e materiale attraverso correnti fatti di vita giuridicamente rilevanti.

et nunc l'accertamento, forse neppure della stabile convivenza, valendo semmai come mero atto programmatico dichiarativo dei *partners* (o del partner che dichiara) ⁽²²⁾; ma con ciò evidenziandosi ancor di più la differenza tra stabile convivenza e lo stabilmente dei legami affettivi del rapporto di cui al comma 36, per cui la dichiarazione anagrafica può esserci o non esserci (così come il contratto di convivenza), ma esserci i conviventi di fatto ai sensi di legge ⁽²³⁾.

La formulazione del comma 36 fa sorgere il dubbio altresì se per "conviventi di fatto" debbano intendersi persone di sesso diverso o dello stesso sesso o entrambe le tipologie. Con certezza debbono essere entrambe maggiorenni ⁽²⁴⁾, non essere vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione ⁽²⁵⁾, matrimonio o unione civile.

In realtà, non si parla né di persone di sesso diverso, né di persone dello stesso sesso; né alcuna indicazione certa può trarsi dal richiamo in negativo al matrimonio o all'unione civile, perché certamente non può riguardare le persone conviventi di fatto tra loro (sarebbe privo di senso e incompatibile ⁽²⁶⁾), né una condizione pregressa irreversibile (in quanto, se precedentemente unite in matrimonio o unione civile con altri, non significa che siano eterosessuali o omosessuali nella nuova relazione di fatto) ⁽²⁷⁾.

Il fatto che la disciplina sulle convivenze di fatto sia stata allocata nella legge della unione civile, farebbe propendere per una rilevanza delle sole

⁽²²⁾ V. per l'intera problematica R. SICLARI, *Commento a Trib. Milano ord.* 31 maggio 2016, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 1476 ss.

⁽²³⁾ Certo, per dare senso al richiamo in sovrapposizione alla disciplina della c.d. famiglia anagrafica (che si ricorda ai sensi del comma 2 dell'art. 4 del d.p.r. n. 223/1989 può essere costituita da una sola persona, evidenziandosi la diversità con il concetto di famiglia di cui all'art. 29 Cost.: v. *oltre*), la dichiarazione fatta da almeno un convivente deve contenere come dichiarazione di verità le indicazioni di cui al comma 36. Questo del resto secondo le prime indicazioni desunte dalla Circolare Ministero dell'Interno, Direzione centrale servizi demografici, 1° giugno 2016 ad es. per come declinata nel Comune di Milano (v. *Guida dir.*, 26/2016, p. 18 ss.). Ritiene non sia necessaria la stabile convivenza G. ALPA, *op. cit.*, 1719.

⁽²⁴⁾ Forse per scongiurare forme di pedofilia legalizzate.

⁽²⁵⁾ Peraltro con rilevanza all'infinito, anche se per molte rapporti sarebbe peraltro possibile il matrimonio o l'unione civile, per cui dovrà trovarsi una giustificazione: v. *oltre*.

⁽²⁶⁾ Anche se si è sostenuto il contrario (L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 925): esistendo la fattispecie formale peraltro risultante dagli atti di stato civile, non vi sarebbe spazio topologico per una ipotetica applicazione della disciplina (aperta al comma 37) e sarebbe priva di efficacia la previsione stessa.

⁽²⁷⁾ Certamente la disposizione acclara che non rientrano nelle fattispecie regolate come "convivenze di fatto" le relazioni tra persone separate ma non divorziate che convivono con altri rispetto al coniuge o al partner con cui non si è sciolta l'unione civile.

coppie omosessuali come destinatari della disciplina; ma la soluzione, certamente semplificante rispetto alla determinazione delle forme di convivenza escluse dalla disciplina ed astrattamente possibile e assiologicamente sostenibile⁽²⁸⁾, richiede una argomentazione sofisticata e sarebbe (almeno parimenti all'opposta interpretazione) ad alto rischio di elusione pratica, visto che – sia pure in variabile – la legge si occupa del c.d. contratto di convivenza, che potrebbe (e verrebbe) comunque (ad) essere utilizzato in ogni forma di convivenza, almeno per analogia più diretta e certa rispetto ad altra disciplina, mancando un modello legale simile altrimenti tipizzato.

Si deve ritenere, dunque, che le convivenze di cui si parla nella l. n. 76/2016 riguardino sia le coppie omosessuali che le coppie eterosessuali e la decostruzione alla ricerca dell'invariante debba riguardare altro, così come la differenziazione con la fenomenologia complessiva delle convivenze (anche quelle certamente escluse per *tabulas*) debba essere fatta su altra direttrice.

“Tuttavia è innegabile che la disciplina dell'unione civile e quella delle convivenze non matrimoniali sia stata costruita sulla premessa dell'orientamento sessuale: corrono ... su binari paralleli”⁽²⁹⁾. Pur se si devono considerare ricomprese tra quelle espressamente regolamentate tutte le convivenze di fatto etero o omosessuali, si può con sufficiente certezza ritenere che le fattispecie di fenomenologia rilevante disciplinate devono essere in qualche modo emerse di riflesso alla regolamentazione della unione civile.

Prima della l. n. 76/2016 le coppie di persone omosessuali potevano solo convivere di fatto⁽³⁰⁾ e si poneva il problema della disciplina giuridica della loro relazione⁽³¹⁾; adesso, con la possibilità della unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile, le convivenze omosessuali si contrappongono come *fatto* rilevante a quel sorgere mediante *atto*, allo stesso modo di come per le coppie etero il matrimonio

(28) Anche perché sarebbe una giustificazione della previsione di oneri finanziari solo per le unioni civili e non per le convivenze di cui ai commi 66-69, altrimenti difficilmente giustificabili in base ai valori costituzionali di riferimento; giustificerebbe altresì il richiamo dei commi 66 e 67 da parte del comma 36, altrimenti puro errore formale.

(29) M. GORGONI, *op. cit.*, 187.

(30) Salvo le ipotesi eccezionali recenti dei matrimoni persistenti pur dopo il mutamento di sesso di uno dei coniugi: v. C. cost. nn. 170/2014 e 221/2015.

(31) Si rinvia a R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino 2012.

come atto aveva evidenziato nella sua mancanza nel mondo del diritto l'esistenza di una famiglia di fatto.

E come prima, per alcuni aspetti, le convivenze di fatto eterosessuali potevano interessare per analogia di disciplina le convivenze omosessuali⁽³²⁾, adesso la disciplina delle convivenze formalizzata tendenzialmente per le persone omosessuali si pone al confine con la fenomenologia delle famiglie di fatto, nel senso che quella disciplina può essere utilizzata anche per le convivenze eterosessuali che abbiano caratteristiche simili.

Anzi, in questa dimensione, la disciplina nella stessa legge dei due fenomeni (convivenze etero e omo), ha ragion d'essere quanto più la unione civile si differenzia dal matrimonio; per cui esistono convivenze che si avvicinano più ad uno che ad un altro dei fenomeni e non soltanto, evidentemente, per la diversità o omogeneità di sesso dei componenti la coppia, ma per qualche ulteriore elemento che merita di essere individuato.

3. – Per tentare di definire la fattispecie minima e le varianti tipologiche di essa⁽³³⁾, occorre prima definire le fattispecie sicuramente escluse dalla nuova disciplina⁽³⁴⁾ e collocare l'insieme non regolamentato nel complessivo spazio topologico di settore⁽³⁵⁾, andando a tracciare (almeno come schizzo) gli orizzonti dei confini del fenomeno della “convivenza di fatto” nella sua massima estensione nel mondo della rilevanza giuridica (per evidenziare quanto spazio è occupato dalla disciplina della l. n. 76/2016).

Ai sensi del comma 36, alcune convivenze di fatto sono certamente escluse.

⁽³²⁾ Proprio in ragione di queste interferenze risalenti si potrebbe giustificare la possibile coerenza di una disciplina delle convivenze nello stesso documento legislativo: F. VIGLIONE, *I rapporti di convivenza: esperienze europee*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 1724.

⁽³³⁾ F. ROMEO, *Le relazioni affettive non matrimoniali: nuove mappe ricostruttive*, in *La famiglia all'imperfetto?*, cit., 325 ss. Parla invece di tavola sinottica (ma l'esigenza è la stessa) M. BIANCA, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in *giudicedonna.it*, 2/2016.

⁽³⁴⁾ Che la l. n. 76 non si occupi di tutte le ipotesi di convivenza è già stato evidenziato da M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. e d.*, 2016, p. 864 e M. RIZZUTI, *Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, in *Giust. civ. com.*, 12 giugno 2016.

⁽³⁵⁾ Individua partendo dalla l. n. 76 almeno otto modelli di aggregazioni familiari M. PARADISO, *Filiazione, stato di figlio e gruppi familiari tra innovazioni normative e riforme annunciate*, in *DFS*, 1/2016, 104 ss.

Non è disciplinata la convivenza tra minori o tra un maggiorenne e un minore; non sembra che però le fattispecie siano da considerare sempre irrilevanti: la convivenza tra minori con procreazione, visto l'ultimo comma dell'art. 251 c.c., potrebbe comportare la nascita di effetti; la convivenza tra minorenni e maggiorenni, potrebbe essere penalmente rilevante come pedofilia.

Non è disciplinata la convivenza tra due persone legate da vincoli di parentela o affinità all'infinito; ma visto che in alcune ipotesi sarebbe possibile sia il matrimonio che l'unione civile (art. 87 c.c., comma 4 l. n. 76), certamente residuano fenomeni di rilevanza (ancor più se si pensa alla possibilità di riconoscimento incestuoso *ex art. 251 c.c.*).

Non è disciplinata la convivenza tra persone ancora legate da vincoli di matrimonio o unione civile con altre persone, ma difficilmente in virtù del diritto vivente potrebbe escludersi una rilevanza giuridica delle stesse in ragione della esclusione nella l. n. 76/2016⁽³⁶⁾.

Non è disciplinata espressamente la convivenza tra persone con pregresse esperienze coniugali con prole (le c.d. famiglie ricomposte⁽³⁷⁾), anche se il secondo inciso del comma 42 prevede l'ipotesi di una convivenza con coabitazione di "figli minori o figli disabili del convivente superstite"; certamente però la fattispecie non rappresenta invariante minima e probabilmente sembra porsi in una zona ibrida, visto che lo stesso comma 42 prevede "Salvo quanto previsto dall'art. 337-*sexies* del codice civile" e in esso, a differenza di quanto indicato nel comma 43, si fa riferimento alla convivenza *more uxorio* e non alle nuove "convivenze di fatto". Dunque tutte le esperienze in cui occorre tener conto dell'interesse dei figli sembra debbano differenziarsi almeno come variante rispetto alle convivenze disciplinate nella l. n. 76/2016, come del resto può desumersi dal fatto della loro omeomorfa rilevanza rispetto alle unioni civili (in queste per scelta è esclusa la filiazione)⁽³⁸⁾. E ciò tenendo presente come non appare molto soddisfacente in questi casi ritenere che la previsione della l. n. 76/2016 rappresenti un minimo per la rilevanza dei fenomeni

⁽³⁶⁾ S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Laterza 2016.

⁽³⁷⁾ Termine proposto dalla sociologa francese I. THÉRY, *Remariage et familles composées: des évidence aux incertitudes*, in *Année sociologique*, 1987, p. 119 ss. Sul tema v. anche per ulteriori indicazioni T. Auletta, *Disciplina delle Unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2016, p. 403 ss.

⁽³⁸⁾ Soprattutto ricordando anche quanto statuito in C. cost. n. 225/2016 sulla infondatezza della questione di illegittimità dell'art. 337 *ter* c.c. rispetto alla giurisprudenza della CEDU per non includere la compagna della madre tra i parenti (v. *Guida dir.*, 45/2016, p. 67 ss.).

che poi avrebbero discipline speciali per effetti ulteriori⁽³⁹⁾: rispetto al fenomeno della filiazione sembrerebbe proprio il contrario, come già evidenziato.

Non è disciplinata la convivenza tra persone maggiorenni non unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale (argomento *a contrario* comma 36): anche in questo caso non sembra che la fattispecie sia però assolutamente irrilevante visto l'operare, in limite, dell'art. 2034 c.c. sull'avvenuto adempimento di dovere legato ad una obbligazione naturale⁽⁴⁰⁾.

Si stanno evidenziando, così, collocandosi all'interno, i confini che si pongono al limite assoluto della rilevanza, come orizzonti massimi possibili visibili dalla prospettiva.

Ma, collocandosi dall'esterno, sembra possibile definire meglio i confini in altre direzioni.

Da un lato, certamente si pone – sia pure come zona anche d'ombra – la procreazione tra due persone: forse non la sola coesistenza spazio-temporale per rapporti sessuali senza legami affettivi o reciproca assistenza⁽⁴¹⁾, ma se si verifica la procreazione si reputa esistente una “convivenza di fatto” che lega i genitori e il figlio⁽⁴²⁾ (con il paradosso apparente di poter far rientrare anche la procreazione medicalmente assistita, se si supera l'anonimato del donatore o si guarda al consenso⁽⁴³⁾): per l'esistenza del figlio in comune, nascono tra i genitori effetti giuridici indiretti anche legati al semplice diritto del figlio di “crescere in famiglia” (comma

(39) Su cui v. M. GORGONI, *op. cit.*, 195 s. che però si occupa delle norme specifiche in tema di locazione, cooperative e similari. Per una sintesi di peculiari discipline v. G. BUFFON, *Convivenze di fatto, si gioca la partita degli orientamenti*, in *Guida dir.*, 26/2016, p. 14 ss.

(40) V. tra tante Cass. 22 gennaio 2014, n. 1277 in *G. it.* 2015, p. 1090 ss. Si rinvia a F. Gigliotti, *Il pagamento dell'indebito, Obbligazioni naturali art. 2034*, in *Comm. Codice civile* Schlesinger Busnelli, Milano 2014, spec. p. 254 ss.

(41) Cass. 4 aprile 1998, n. 3503; 6855/2015; 8037/2016.

(42) Anche se il genitore non voglia e non si sottopone alla indagine ematologica: il rifiuto ha un così alto valore indiziario “da potere da solo consentire la dimostrazione della fondatezza della domanda di dichiarazione giudiziale” (Cass. 29 novembre 2016, n. 24292) essendo peraltro infondata ogni questione di illegittimità costituzionale circa la imprescrittibilità di cui all'art. 270 c.c. e per converso non essendosi costituita famiglia di fatto senza legame biologico (Corte EDU 24 gennaio 2017 ricorso n. 25358).

(43) Come accade in alcuni Paesi (ad es. Germania e Svezia: v. A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per una analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *AIC* 1/2012) ma anche da noi nel momento in cui il convivente acconsente alla procreazione del partner: art. 5, l. n. 40/2004.

2 art. 315 *bis*)⁽⁴⁴⁾, anche se la procreazione è avvenuta con la presenza di due donne⁽⁴⁵⁾.

In realtà qui si percepisce la difficoltà di gestire una dinamica che da sempre contraddistingue la fenomenologia di settore⁽⁴⁶⁾, quella tra atto e fatto, la cui distinzione empiricamente utile richiederebbe sempre l'attenzione su una specificazione, perché ciò che in questo settore chiamiamo *fatto* non è mai un mero evento (salvo ipotesi penalmente rilevanti) ma sempre un comportamento materiale partecipativo del soggetto che si contrappone ad un comportamento dichiarativo (che chiamiamo *atto*). Dunque non esiste una grossa differenza nella struttura degli effetti potenziali che scaturiscono, se non per la dimensione tendenzialmente attuosa del comportamento materiale e tendenzialmente programmatica di quello dichiarativo⁽⁴⁷⁾.

Questa precisazione, permette di evidenziare un altro confine topologico esterno di rilevanza giuridica dei fenomeni attenzionati. Quello che scaturisce dalla nullità degli atti che sono assunti dal diritto come costitutivi, siano essi il matrimonio o l'unione civile, ove nella realtà fenomenica può esserci stato o non stato anche accanto al comportamento dichiarativo un comportamento materiale reputato rilevante (es. art. 123 c.c.) o co-

⁽⁴⁴⁾ Almeno come aspettativa giuridica qualificata. Certo rimane aperto il problema di cosa significhi famiglia, ma certamente per il figlio non è la c.d. famiglia sintetica tecnomorfica (su cui F. D'AGOSTINO, *Dalla famiglia naturale alla famiglia sintetica*, in *Famiglia all'imperfetto?*, cit., spec. 248 ss.) dovendo essere comunque una comunità funzionale alla sua realizzazione come Persona. E parimenti i genitori vantano una presunzione di capacità genitoriale ad essere famiglia Cfr. Cass. n. 23635/2016. E non si può ritardare la garanzia effettiva di un rapporto padre-figlio: C. eur. dir. uomo. Sez. I, 4 maggio 2017, ric. n. 66396/14.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. Cass. 30 settembre 2016, n. 19599 nel caso anomalo di nascita del figlio da due madri per donazione di ovulo di una e gestazione dell'altra dopo inseminazione, senza che ciò sia in contrasto con l'ordine pubblico. V. anche App. Milano, decr. 28 dicembre 2016. in *Nuova g. civ. comm.*, 5.2017, 657 in relazione a due padri di figli gemelli nati con PMA.

⁽⁴⁶⁾ Si rinvia a quanto pubblicato in A. BUSACCA (a cura di), *La famiglia all'imperfetto?*, cit., p. 7 ss.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. A. FALZEA, *Comportamento*, in *II Dogmatica giuridica, Ricerche*, cit., 605 ss. Pur garantendo la libertà dei soggetti che vogliono che il rapporto tra loro resti informale, nulla impedisce al diritto di considerare genitore il mero donatore di gameti (che ha posto in essere un comportamento materiale) o il richiedente che accetta la PMA del partner (comportamento dichiarativo) per creare una relazione giuridicamente rilevante con il figlio nella sua qualità di soggetto del fatto e dell'effetto della dinamica normativa. Spunti in A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in *III Scritti di occasione, Ricerche*, cit., p. 153 ss. Ciò che non può creare è una comunità di affetto (giustamente P. FEMIA, *Dichiarazione d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili*, in *La famiglia all'imperfetto?*, cit., p. 255 ss.): ma è tutta un'altra dimensione.

munque irrilevante (ad es. art. 124 c.c.), ovvero un comportamento perdurante per un certo tempo (es. artt. 119, 120, 122 c.c.); e comunque, pur nella nullità dell'atto, possono scaturire degli effetti dal mero comportamento (artt. 128, 129 c.c.) e in particolare può sorgere un obbligo agli alimenti (art. 129 *bis*) che sembra far superare al comportamento-fatto dichiarativo la soglia del dovere morale dell'art. 2034 c.c.⁽⁴⁸⁾ e chiudere il cerchio di rilevanza di settore fenomenologico (osservazione particolarmente interessante visto che il comma 65, l. n. 76/2016 prevede qualcosa di simile per la cessazione della convivenza di fatto, che dunque sembra proprio porsi ai confini di rilevanza nel suo contenuto minimo).

La rilevanza del comportamento dichiarativo nullo nella sua valenza programmatica, apre però anche il varco verso un'altra terra di confine, gestita in gran parte dal diritto vivente consolidato: quella del comportamento materiale protratto nel tempo che ha nei fatti di vita espletato in attuazione la potenza programmatica dell'atto affetto da nullità; e che si evidenzia nella considerazione di limite dell'ordine pubblico nel riconoscimento della nullità del matrimonio canonico dopo tre anni di convivenza⁽⁴⁹⁾, cui fa da *pendant* (o viceversa) lo stesso termine di tre anni di cui all'art. 6, comma 4, l. n. 184/1983, come rilevante comunque ai fini dell'adozione prima dell'atto dichiarativo matrimoniale.

Delineato così, (anche se forse non completamente⁽⁵⁰⁾) un possibile

⁽⁴⁸⁾ Ma facendo così rientrare nel diritto di settore il limite dell'etica sociale (alcune relazioni sono ancora repute moralmente illecite ed escluse dalla giuridicità delle convivenze, potendo solo al limite rilevare le prestazioni *ex art.* 2035 c.c.).

⁽⁴⁹⁾ Cfr. le sentenze gemelle Cass., sez. un., 17 aprile 2014, nn. 16379/16380 su cui v. E. QUADRI, *Il nuovo intervento delle sezioni unite in tema di convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, II, p. 47 ss. ma anche C. IRTI, *Digressioni intorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 488 s. Ciò anche se forse la Cassazione ha esorbitato dai limiti della sua funzione nomofilattica (G. GIACOBBE, *Le sezioni unite tra monofilachia e nomofantasia*, in *D. fam.*, 2014, p. 1417 ss. e E. MARTINELLI, *L'araba fenice: post fata resurgo: La riforma del processo matrimoniale canonico e i suoi riflessi sulla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2016, spec. p. 1070 ss.) e sarebbe più opportuna una diversa soluzione (E. MARTINELLI, *La prolungata convivenza come coniugi ovvero il letto di Procuste delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in questa Rivista, 2015, p. 733 ss. V. anche adesso Cass. nn. 19811 e 23640/2016 e E. A. EMILIOZZI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio: l'incerto cammino della Cassazione*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2017, p. 71 ss. anche in relazione alla problematica della assunta sua non rilevanza d'ufficio).

⁽⁵⁰⁾ Basti pensare alle famiglie poligamiche o alle convivenze anticipate fondate su una promessa di matrimonio; o anche solo a fidanzati stabili (per la restituzione dei doni, la responsabilità precontrattuale rispetto a singoli contratti, revoca di donazioni per indegnità, ecc.), ma possono confluire anche altre relazioni tra persone connotate dalla gratuità e spirito di liberalità su un piano fortemente comunitario e solidaristico (spunti interessanti

schizzo del confinamento topologico di settore complessivo⁽⁵¹⁾, possiamo provare a posizionare le diverse fattispecie rilevanti di convivenze disciplinate nella l. n. 76/2016, ponendole in tensione verso uno dei limiti, al fine di identificarne l'invariante minima e verificarne poi le varianti tipologiche per elementi aggiunti.

Sembra plausibile individuare tre tipologie di "convivenze di fatto", partendo da una struttura minima (e giustificando così il plurale evidenziato al comma 1, rispetto al singolare della unione civile):

a. due persone maggiorenni libere da vincoli giuridici unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale senza stabile residenza comune (struttura minima)⁽⁵²⁾:

b. stessa tipologia di persone che però abbiano una stabile convivenza da accertare ai sensi dell'art. 37 in quanto fondata con atto programmatico (divenendo come coppia una famiglia anagrafica), cui sembra aggiungersi una disciplina peculiare rispetto a quella minimale (i commi 42, 43, 44, 45);

c. una convivenza di fatto con stabile convivenza e con contratto di convivenza, atto programmatico maggiore rispetto alla semplice dichiarazione anagrafica (che potrebbe anche essere unilaterale) cui si applicano anche i commi dal 50 al 64 e che sembra aprire il varco verso altri settori (verso la fenomenologia dei contratti con causa familiare o sociale non tipizzata e struttura anche plurilaterale meritevoli di tutela)⁽⁵³⁾.

4. – La mappatura, ancorché approssimativa, ha messo in evidenza come la fattispecie a struttura minima che sembra disciplinata si scosta di

in L. LENTI, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Torino 2016, 104), potendosi sovrapporre piani differenti come si è cercato di evidenziare in altra sede (*Alla ricerca di una allocazione delle c.d. liberalità non donative*, in *Studi in onore di Cataudella*, Napoli 2013, II, p. 1121 ss.).

⁽⁵¹⁾ Si badi, l'analisi condotta non appare contraddetta neppure seguendo quella sociologia che ritiene il fenomeno della famiglia umana non questione di natura (cfr. C. SARACENO, *Coppie e famiglie Non è questione di natura*, Feltrinelli 2013) dovendo essa riconoscere che se non è natura sono le norme a costituire la famiglia e di quelle in questa sede comunque si parla. Del resto anche in questa dimensione si evidenzia una differenziazione tra coppia e famiglia (ID., *op. cit.*, p. 46 ss.) e non può negarsi che comunque esiste un senso di famiglia nel figlio (ID., *op. cit.*, p. 57 s.).

⁽⁵²⁾ Cfr. L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 927. Come detto (v. retro) parte della dottrina ritiene sempre necessaria la dichiarazione anagrafica, peraltro imposta per norma e anche unilaterale (v. la problematica in F. ROMEO, *op. cit.*, in *Famiglia all'imperfetto?*, cit., p. 332 ss.). Non sembra però questo l'orientamento desumibile da Nota Ministero dell'interno 6 febbraio 2017, n. 231.

⁽⁵³⁾ Su cui in questa sede per approfondimenti si rinvia alle osservazioni di G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 1766 ss.

poco dalla rilevanza della convivenza tra persone maggiorenni unite da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale non stabile, posta verso il limite dell'assolutamente irrilevante (oltre l'operare in limite dell'art. 2034 c.c.) dei rapporti sessuali senza legami affettivi o reciproca assistenza e senza procreazione (che permette la restituzione dei doni al pari della irrilevanza della promessa non adempiuta⁽⁵⁴⁾).

Questa collocazione, oltre a rivelare come il fenomeno sia lontano dal nucleo centrale, manifesta come l'espressione "due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale" utilizzata quale definizione dal comma 36, nasconde in sineddoche la necessità di rapporti sessuali tra i membri della coppia, che rende evidente la esclusione di tipologie di convivenze il cui interesse fondamentale sia orientato diversamente (dalla realizzazione del reciproco impulso sessuale).

Ma nelle varianti tipologiche, con gli elementi aggiuntivi, a cominciare dalla stabile convivenza del comma 37, si affiancano altri possibili interessi che si realizzano o possono realizzarsi anche in concomitanza, ma che possono diventare anche totalmente altri, come può accadere ad es. con la sottoscrizione del contratto di convivenza con cui si disciplinano i rapporti patrimoniali della vita in comune, e spostare così la stessa allocazione della fattispecie verso fenomeni lontani capaci di cambiare l'interesse fondamentale alla base della convivenza, pur rimanendo nello stesso settore di rilevanza fenomenica⁽⁵⁵⁾.

Di certo questi ulteriori interessi non possono divenire esclusivi o superare un certo limite di rilevanza preponderante (altrimenti non si giustificherebbe più come certamente legittima l'esclusione di minori, maggiorenni e minorenni o esclusione di parentela o affinità all'infinito⁽⁵⁶⁾); ma si comprende anche come questo limite possa risultare supe-

(54) E il termine di un anno di cui all'art. 80 (collegato anche alla avvenuta morte del promittente) potrebbe essere il tempo della mancata attuazione rilevante.

(55) P. FEMIA, *op. cit.*, p. 269 nt. 35 individua la c.d. formazione sociale affettiva con molteplici varianti, ricomprendendo famiglie, convivenze, appartenenze, ecc. ma senza fissare i limiti di specie (anzi cercando di ricavare una nuova funzione dell'art. 29 Cost., rivolgendo l'attenzione al matrimonio più che alla famiglia e alla mera fatticità degli affetti, pervenendo ad una interpretazione quasi abrogativa, non necessaria nella visione in questa sede prospettata).

(56) Essendo il soddisfacimento dell'impulso sessuale l'interesse assunto come fondamentale, è facile giustificare con l'etica sociale consolidata e non contestata l'esclusione di ogni convivenza etero o omo tra persone non mature o soggette ad altri vincoli che possono aver influito sulla libertà della scelta. Diversa la soglia delle formazioni sociali istituzionalizzate (matrimonio, unione civile).

rato proprio nel momento in cui si manifesti una procreazione o la presenza di figli all'interno della coppia: l'interesse collegato a questa presenza – per assioma di sistema – tende a divenire sempre interesse fondamentale, trascinandolo le fattispecie comunque verso altre posizioni strutturali, in deformazione topologica dell'insieme.

E questo giustifica il grande dibattito legato al fenomeno della filiazione che ha accompagnato la *gestazione* della l. n. 176/2016 e l'ambiguità dell'ultima proposizione del comma 20 ("Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti"), dopo aver escluso per mancato richiamo espresso tutte le norme del c.c. in materia di filiazione e le disposizioni della l. 4 maggio 1983, n. 184 in materia di adozione⁽⁵⁷⁾.

Tutto ciò, peraltro, sembra preludere ad un rifiuto di una applicazione della legge nella sua reale portata di valenza normativa positivizzata (relativa solo ad una peculiare porzione dei fenomeni di convivenze di fatto) da parte del diritto vivente, che sarà portato a leggere la normatività assunta per documento normativo in modo olistico, ibridandola nell'insieme del settore di fenomenologia rilevante⁽⁵⁸⁾; ma con ciò considerando tutti e nessuno dei vari interessi rilevanti come determinanti per decidere della direzione e dell'ampiezza degli effetti (oltre forse la narcisistica verifica della realizzazione identitaria dei soggetti coinvolti nei fatti in equilibrio instabile bilanciabile in funzione della contingente domanda di giudizio).

La vicenda legata alle questioni relative alla filiazione delle coppie omosessuali⁽⁵⁹⁾ anche per procreazione medicalmente assistita e/o conse-

⁽⁵⁷⁾ Soprattutto alla luce di un certo orientamento dei giudici di merito che negano la possibilità dell'adozione in casi particolari anche in presenza di convivenza more uxorio (V. Trib. Milano nn. 261 e 268 /2016 in *Guida dir.*, 5/2017, p. 27 ss.). V. oltre.

⁽⁵⁸⁾ V. L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e d.*, 2016, p. 931 ss.

⁽⁵⁹⁾ Che il profilo della filiazione anche adottiva sia il problema più rilevante perché elemento differenziante l'inter-esse fondamentale della coppia/comunità lo si può evidenziare anche dalle vicende proprie dell'ordinamento tedesco su cui v. le attente analisi di P. AZZONI, *Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2016, p. 1105 ss. Anche in questa direzione la discussione appare però attualmente molto politica e poco scientifica: basterebbe osservare come, mentre in tutte le strutture comunitarie giuridicamente rilevanti nei Paesi occidentali si assume sia valore assiologico non derogabile la presenza tendenzialmente paritaria di individui maschili e femminili (presupponendo dunque le differenze esistenti tra i generi), nella famiglia (luogo dell'educazione e della coscienza della identità dei nati) si assume non necessaria la presenza di un uomo e di una donna, con forte contraddizione assiologica generale e soprattutto una conseguenza ultima destabilizzante per il valore che si vorrebbe tutelato: se solo dove è presente il trans-gender è possibile superare il valore sociale della presenza di entrambi i generi, ciò dovrebbe poter valere in ogni comunità giuridicamente rilevante e allora il trans-

quenziale richiesta di adozione del partner sembrano emblematiche⁽⁶⁰⁾. E lo scenario possibile si delinea oltre le indicazioni di legge⁽⁶¹⁾, evidenziando la inutilità di una legislazione propositiva di stili di vita oltre il tipo di vita realmente vissuto⁽⁶²⁾.

5. – È però possibile immaginare uno scenario diverso, se la cultura giuridica – almeno nel piccolo dei microsettori di rilevanza di singoli documenti normativi – riuscirà a proporre una lettura sistematica che convinca gli operatori giuridici della possibilità di una coerenza assiologica e operativa in grado di prospettare certezza di risultati senza la contingenza dell'*ex post* da bilanciamento casuale.

In questa sede si tenterà di suggerire un percorso che certamente non è l'unico possibile, ma che si assume plausibile sino a confutazione dogmatica o accettazione nei fatti di vita per attuazione spontanea o coattiva di una strada diversa.

Il comma 1 della l. n. 76/2016, nell'istituire l'unione civile, assume che lo fa "quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione". Nel recare la disciplina "delle convivenze di fatto" non

gender incarnerebbe una sorta di nuova super-umanità (l'Adam uomo-donna di genesi) con discriminazione al contrario (rispetto a coloro che sono solo uomo o solo donna). Certo, diversa sarebbe la situazione nelle ipotesi di adozione non legittimante del partner (sempre che ancora esista): pur essendo utilizzata come grimaldello politico, non esclude la possibile presenza in genitorialità di padre o madre (genetica o sociale) e potrebbe solo rappresentare un di più per il minore (secondo l'originaria valenza assiologica dell'istituto). Così come sembrano totalmente altro le vicende decise dalla App. Trento 23 febbraio 2017 e App. Milano, sez. V civ. Decreto 28 ottobre 2016, n. 3990, entrambe in *Guida dir.*, 13/2017: hanno ricevuto una consistente eco mediatica "basata più sull'impatto sociologico e culturale che su una lettura ragionata dei principi giuridici posti a suo fondamento" (M.FIORINI, *Salvaguardato lo status familiare conseguito dai minori*, *ivi*, p. 58).

⁽⁶⁰⁾ Cfr. Trib. Roma 23 dicembre 2015 e 30 dicembre 2015 in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 956 ss. con nota di M. FARINA; più possibilista Cass. 22 giugno 2016, n. 12962 in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 1135 ss. su cui G. FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner*, *ivi*, p. 1213 ss.

⁽⁶¹⁾ Cfr. L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, spec. p. 1717.

⁽⁶²⁾ Che sembra preluda ad un regresso verso la giustizia come pura equità del giusto (quella dell'uomo reputato giusto chiamato a dirimere il contrasto tra due contendenti) che in mancanza di credo religioso o etica sociale condivise o supremazia di posizione di potere etologicamente inteso preludono all'anarchia e al ri-cominciamento (più o meno temporalmente vicino): cfr. R. De Stefano, *Il rifiuto della legge*, Reggio Calabria 1977, *passim*, in una logica meno formale di quella rinvenibile in N. Irti, *Nomos e lex*, in *R. d. civ.*, 2016, 589 ss. che comunque sembra portare ad identico risultato.

assume invece per esse la stessa qualificazione⁽⁶³⁾; e ciò nonostante ormai da tempo risalente sia la dottrina che la giurisprudenza Costituzionale avessero collocato la meritevolezza di tutela della c.d. famiglia di fatto nella copertura dell'art. 2 Cost., pur differenziando la copertura costituzionale della famiglia legittima contenuta nell'art. 29 Cost. rispetto anche alla convivenza *more uxorio* che ha impedito l'estensione automatica di regole fra le due realtà nel mondo giuridico⁽⁶⁴⁾.

La differenza (o mancanza di identica collocazione) può essere spiegata assumendo che la qualifica di formazione sociale dell'unione civile sia affermata solo per legge⁽⁶⁵⁾ (parificazione legale di effetti di fattispecie diverse) tanto da essere "*specificata*", con una regolamentazione propria; proprio questa assunzione peraltro impedisce espressamente, ai sensi del comma 20, una applicazione delle norme del codice civile che vada oltre il richiamo espresso operato dalla legge (a differenza della parificazione terminologica tra matrimonio, coniuge, coniugi o *equivalenti* contenuti in altre leggi, atti aventi forza di legge, regolamenti, atti amministrativi, contratti collettivi, però "al solo fine" di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi), evidenziando come senza la parificazione i fenomeni rimarrebbero distanti per interesse fondamentale differente posto a base della normazione che impedisce anche la identificazione della *eadem ratio* necessaria per una applicazione analogica.

La istituzione della specie nuova, quale specifica formazione sociale da riportare per legge al genere di quelle di cui agli artt. 2 e 3 Cost., non essendo nata per differenziazione o accorpamento ma essendo appunto *istituita*, non permette ibridazione: deve avere i caratteri delle formazioni sociali in cui si svolge la personalità dei singoli nella dimensione dei diritti inviolabili dell'uomo con eguaglianza e pari dignità sociale, ma le varianti

⁽⁶³⁾ Lo notano M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. e d.*, 2016, p. 859 nt. 2 e M. GORGONI, *op. cit.*, p. 197 e richiede una giustificazione: v. oltre.

⁽⁶⁴⁾ Basti ricordare C. cost. nn. 237/1986, 310/1989, 8/1996, 166/1998, 352/2000 121/2004, 140/2009; per poi spostarsi ancora sulla rotta dell'art. 2 Cost. verso le coppie omosessuali: C. cost. nn. 138/2010; 245/2011; 213/2016; e quelle collaterali già cit. sul mutamento di sesso rispetto al pregresso matrimonio: C. cost. nn. 170/2014; 221/2015. In dottrina sulla impossibilità di una applicazione analogica pur in presenza di una famiglia di fatto cfr. R. TOMMASINI, *Famiglia di fatto*, in Bessone, *Il diritto di famiglia*, Torino 1999, p. 504.

V. per l'intera vicenda le chiarissime e puntuali osservazioni di F.D. BUSNELLI, *Architetture costituzionali, frantumi europei, incursioni giurisprudenziali, rammendi legislativi. Quale futuro per la famiglia?*, in M. GORGONI, *op. cit.*, p. XI ss.

⁽⁶⁵⁾ Evidenzia questo aspetto M. SESTA, *La disciplina dell'unione tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello di famiglia*, in *Fam. e d.*, 2016, p. 884.

devono essere tutte contenute nei caratteri di specie (non nella totalità di quelle di genere).

E questa peculiarità deve valere anche per le sottospecie nate per contrapposizione e differenziazione di alcuno dei caratteri della nuova specie istituita, come appare la realtà delle convivenze di fatto disciplinate nella stessa legge istitutiva, figura che potrebbe addirittura non appartenere neppure alla peculiare sotto-specie se non presenta i caratteri qualificanti (quelli di cui al comma 36) – e dunque non essere neppure per contrapposizione una formazione sociale divenuta rilevante per la istituzione delle unioni civili –; ma quei caratteri, se caratterizzanti la sotto-specie, devono essere reputati rilevanti anche per l'atto programmatico della unione (visto che il richiamo agli artt. 119, 120, 123 rende rilevante il concetto di coabitazione)⁽⁶⁶⁾.

Già da tempo la dottrina più attenta ha distinto tra convivenza e famiglia di fatto⁽⁶⁷⁾, così come è possibile distinguere tra famiglia di fatto e vita familiare⁽⁶⁸⁾, potendo essere diverso l'interesse fondamentale che sta a fondamento delle diverse realtà⁽⁶⁹⁾; e che potrebbe essere anche rilevato con maggiore facilità all'interno della l. n. 76/2016 per il semplice fatto che la unione civile non richiede una *celebrazione*, come attestazione per dichiarazione del pubblico ufficiale in nome proprio (richiesta dall'art. 107 c.c.) della unione in matrimonio⁽⁷⁰⁾, prototipo della nascita nella dimensione giuridica di una realtà che non è soltanto la somma dei componenti e che probabilmente sposta la rilevanza giuridica dagli artt. 2 e 3 della Cost. (formazione sociale per la realizzazione dei diritti inviolabili dei singoli)

⁽⁶⁶⁾ E rendere possibile una applicazione analogica (ad es. dei commi 40 e 41) alle unioni egoitarie istituite per legge (ma non in presenza di famiglia: v. oltre).

⁽⁶⁷⁾ Cfr. E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia* 2002, p. 960 e M. GORGONI, *op. cit.*, p. 202 ss. M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *La famiglia all'imperfetto?*, cit., p. 285 ss. Ma già A. FALZEA, *La couple*, cit., p. 106.

⁽⁶⁸⁾ Rinvio al mio *Il nuovo ordine della famiglia nel terzo millennio*, in *La famiglia all'imperfetto?*, cit., p. 15 ss. La non distinzione tra famiglia e vita familiare potrebbe portare a far ritenere che nonostante nella legge sia nitida la distinzione tra unione e matrimonio, ci sia comunque spazio ermeneutico per considerare l'unione variante del coniugio (v. P. ZATTI, *Introduzione al convegno Modelli familiari*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 1663 ss.).

⁽⁶⁹⁾ Pur essendo tutte riportabili come genere alle formazioni sociali ex art. 2 Cost. senza necessità di parificazione. Ma ciò è riconosciuto anche da chi rileva la retorica del legislatore: L. LENTI, *op. cit.*, p. 163.

⁽⁷⁰⁾ Che permane nonostante i decreti legislativi nn. 5, 6, 7 emanati ai sensi del comma 28 della l. n. 76/2016, con i quali si è molto spesso semplicemente ampliato le previsioni del matrimonio all'unione civile (ma non nell'art. 70 *octies* aggiornato del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 sulle modalità di costituzione dell'unione civile). Né argomento contrario sembra potersi trarre dall'all.2 del Decreto del Ministero dell'Interno del 27 febbraio 2017 (in *Guida dir.*, 17/2017, p. 15 ss.), chiaramente di portata esclusivamente burocratica.

verso la realtà giuridica dell'art. 29 Cost. (società naturale, sia essa fondata o meno sul matrimonio per necessità duale, essendo questo solo causa di riconoscimento e garanzia *in re ipsa* della comunità)⁽⁷¹⁾: entrambe scelte di libertà, ma una per l'esaltazione delle identità singolari, l'altra per un *oltre* in funzione di *altro*⁽⁷²⁾.

E se entrambe presentano caratteri comuni che possono tutte confluire nel *genus* della generica formazione sociale, presentano comunque differenti manifestazioni di specie⁽⁷³⁾.

L'inter-esse (in senso etimologico forte) di due persone in coppia etero o omosessuali può essere il più vario, non manifestare neppure *in nuce* una formazione sociale o manifestare qualcosa in più⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷¹⁾ Anche senza arrivare alla istituzione (su cui le belle pagine di A. RENDA, *Il matrimonio. Una teoria neo-istituzionale*, Milano 2013 spec. p. 289 ss.) non può che concordarsi con l'osservazione che "la stessa formulazione dell'art. 2 già dall'incipit esprime una tutela dell'individuo all'interno della formazione sociale e non una tutela della formazione sociale in sé" (M. BIANCA, *op. cit.*, p. 3); cfr. anche M. Sesta, *op. cit.*, 884. Probabilmente a base della decisione del Cons. St. 26 ottobre 2015, n. 4897 sulla non trascrivibilità del matrimonio omosessuale estero.

⁽⁷²⁾ Difficile ricordare tutta la dialettica dottrinale sul punto. Si rinvia per una ricostruzione a F. ROMEO, *Famiglia legittima e unioni non coniugali*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Torino 2014, p. 3 ss. e più in generale a tutto il contenuto del volume (e in particolare per l'aspetto qui evidenziato R. DI MARIA, *Aggregati familiari e Costituzione*, *ivi*, p. 203 ss.). Ma proprio in questa chiave si può intuire il disagio con l'utilizzo di un *escamotage* da parte della C. cost. nella sent. 170/2014 e la adesione ad una palese giurisprudenza creativa della Cass. nella sent. 221/2015 rispetto allo scioglimento della famiglia per mutamento di sesso di un coniuge: sono situazioni in cui si verifica, come in fisica, una sovrapposizione di stati fattuali, che si scioglie solo con la decisione dell'osservatore interno al fatto. V. le vicende in A. BUSACCA, *Il diritto alla vita familiare delle coppie same sex e transessuali: indirizzi della Corte EDU e incertezze della giurisprudenza nazionale*, in *La famiglia all'imperfetto?*, cit., spec. p. 61 ss.

⁽⁷³⁾ E nonostante le audaci manipolazioni interpretative non si riesce ad annichilare la chiara bellezza del nostro art. 29 Cost.: ancora cfr. F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, spec. p. XVII ss. Come ammesso anche da chi sembra orientato diversamente (A. SPADARO, *Matrimonio tra gay?: mero problema di ermeneutica costituzionale-come tale risolubile dalla Corte re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, in *Forum quad. cost. rassegna online* 9/2013, p. 1 ss.). V. anche A. RUGGIERI, *Unioni civili e convivenze di fatto: famiglie mascherate?*, in *Consulta online* 2016, p. 251 ss.

⁽⁷⁴⁾ L'interesse da meramente individuale, diventa reciproco e poi si espande verso interessi comuni non distinguibili che necessitano di una nuova realtà soggettiva che può anche diventare persona giuridica; quanto più i singoli sono tutelati esclusivamente come persona, tanto meno serve famiglia come istituzione risalente al suo fondamento sacrale di due che saranno una persona sola in funzione (anche solo in direzione biologica) rispetto ai figli pur nella loro dualità. La problematica non è affrontabile in questa sede, ma sembra si stia consumando in paradosso la genesi con implosione di una estesa realtà sistemica: il singolo chiede Famiglia come realtà che serva a lui come persona che vuole essere libera anche nella scelta genitoriale da gestire solo come auto-obbligazione in bilanciamento instabile con l'inter-esse dei nuovi nati e le esigenze dell'ordine pubblico delle società in cui

Così come la famiglia non coincide con la filiazione e i due concetti si differenziano, perché può esserci famiglia senza figli anche se fondata sul matrimonio, e teoricamente anche figlio senza famiglia, ma l'evoluzione della realtà giuridica e la tensione assiologica di fondo presente nel settore di giuridicità porta il sistema a “creare” la famiglia (al limite attraverso l'adozione) al figlio che ormai ne ha diritto (art. 315 *bis* c.c.)⁽⁷⁵⁾; così che i fenomeni nella dimensione giuridica si sovrappongono per tendenza, creando la possibilità di una realtà unitaria pur se di specie differente⁽⁷⁶⁾.

Per cui, nel mondo del diritto si è verificato in paradosso un punto di non ritorno⁽⁷⁷⁾: si rileva con certezza “famiglia” se esiste un figlio (se c'è procreazione è accertata la famiglia)⁽⁷⁸⁾, mentre c'è solo presunzione di famiglia anche se fondata l'unione sul matrimonio (essendo peraltro per assioma aperta alla adozione legittimante, non legittimante, dei maggiorenni)⁽⁷⁹⁾.

E se si cerca la caratterizzazione di specie tra formazione sociale *tout court* e società naturale “famiglia” osservando la fenomenologia di settore, è possibile scientificamente trovare il *discrimen* (se solo si voglia vedere): senza figli una formazione sociale di coppia è solo in funzione reciproca dei singoli, non si apre alla donazione a terzi, come invece accade nella formazione naturale biologicamente orientata (almeno tra madre e figlio) luogo di educazione e formazione delle generazioni future⁽⁸⁰⁾.

vive (si pensi ai minori allontanati dalle famiglie mafiose o da quelle propense ad una educazione islamica sovversiva) capace di una revoca delle adozioni (ad es. in casi particolari: artt. 51 ss. spec. 54, l. n. 184/1983), con una sorta di poligamia di ritorno nel medium delle c.d. famiglie ricomposte. Non si vuole più nelle relazioni fra Persone un inter-esse fondamentale stabile ma solo un interesse cangiante, baumanianamente liquido, senza però pre-valutare i pericoli delle apoptosi delle relazioni anche empatiche non sopportabili dalla struttura neurovegetativa dell'essere umano evoluto e della involuzione sociale nella rottura del binomio libertà-responsabilità (come il nuovo esplodere del fenomeno del c.d. femminicidio sembra stia evidenziando nelle società occidentali avanzate).

⁽⁷⁵⁾ Cfr. L. LENTI, *op. cit.*, p. 310 s.

⁽⁷⁶⁾ Fenomenologia che può osservarsi nel fenomeno delle c.d. famiglie ricomposte rispetto ai doveri di mantenimento e alla cessazione degli assegni tra gli ex ma con la permanenza per i figli (salvo adattamento ma solo per la presenza di altri figli): v. E. AL MUREDEN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in *Fam. e d.*, 2016, p. 966 ss.

⁽⁷⁷⁾ Così anche M. PARADISO, *Filiazione*, cit., p. 117 s.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. da ultimo Trib. Milano ord. 31 maggio 2016, in *Nuove l. civ. comm.*, 11/2016, 1473. Ma ancor di più se si prende in considerazione C. cost. n. 286/2016, in *Guida dir.*, 5/2016, p. 71 ss. sulla illegittimità della disciplina che non consente ai genitori di trasmettere il cognome materno nei suoi esiti assiologici finali.

⁽⁷⁹⁾ Discorso affrontato in altra sede (in *La famiglia all'imperfetto?*, cit., p. 5 ss.) v. anche M. PARADISO, *op. cit.*, p. 228 ss.; R. FADDA, *op. cit.*, p. 1393 s.

⁽⁸⁰⁾ Emblematica forse la inammissibilità di cui alla C. cost. 7 aprile 2016, n. 76 in

E ciò senza scomodare visioni giusnaturalistiche in contrapposizione al giuspositivismo, ma solo in funzione alla peculiarità degli interessi umani di pura matrice materialistica legati alla sopravvivenza della specie, secondo strutture invarianti considerate anche come necessità geneticamente, secondo alcune visioni scientiste⁽⁸¹⁾. E ciò anche in base alle sole strutture biologiche-ontologiche dei neuroni specchio e della eusocialità che esprime solidarietà animale presente anche nell'uomo⁽⁸²⁾.

Ma in questa direzione, la ricerca giuridica dovrebbe essere almeno coordinata con i risultati delle ricerche di altre scienze⁽⁸³⁾, verso cui però i giuristi non sono propensi a confrontarsi, con il verificarsi di paradossi (volutamente) non esplicitati⁽⁸⁴⁾.

Questo spiega, però, la ricerca affannosa di garantire comunque e in ogni caso una filiazione (anche solo adottiva) riproposta a proposito della l. n. 76 (ancora non sopita nella dialettica pubblica) e l'affanno al riconoscimento comunque della procreazione medica anche surrogata⁽⁸⁵⁾. Si vuole in questo campo che la cultura sovrasti la natura, come in epoche passate, prima dell'avvento ecologico necessitato, si chiedeva la prevalenza della artificialità sul mondo materiale.

Ma si spiega anche la portata peculiare del mancato riconoscimento nel comma 11 di alcune discipline previste per il matrimonio nell'art. 143 c.c., proprio quelle in cui si ha il riferimento alla famiglia come qualcosa di *oltre* la mera somma dei soggetti in coppia: contribuire ai bisogni comuni,

Nuova g. civ. comm., 2016, p. 1172 ss. per l'adozione di persone dello stesso sesso pur se unite in matrimonio all'estero.

⁽⁸¹⁾ R. DAWKINS, *Il gene egoista*, Mondadori 1995; J. MONOD, *Il caso e la necessità*, Mondadori 2001. Si veda anche la recentissima ricerca sulle differenze tra sessi nei livelli di espressione di oltre 6500 geni negli stessi tessuti, con differenziazione anche nel cervello (cfr. http://w.w.w.lescienze.it/news/2017/05/10/news/espressione_geni_differenze_maschi_donne_-_finire-3521396/).

⁽⁸²⁾ V. le notazioni dell'accademico linceo F. SALAMINI, *Biologia e verità. Le basi scientifiche del comportamento. Leggi di natura e verità scientifiche*, in *Emmeci-quadro* n. 60 marzo 2015.

⁽⁸³⁾ Non si comprende fino in fondo il perché, ma la meiosi ha la prevalenza sulla mitosi: v. da ultime le osservazioni di MATT RIDLEY, *La regina rossa, Sesso ed evoluzione*, Le scienze 2017.

⁽⁸⁴⁾ Come quello per cui ormai la maggioranza dei giuristi riconosce l'influenza forte sul Diritto del fenomeno economico, ma poi disconosce ogni importanza alla dogmatica almeno sistemica, volutamente ignorando che ormai la scienza matematica e la logica formale sono utilizzate come fondamento della scienza economica.

⁽⁸⁵⁾ Vedila in P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Progetti di procreazione e procedimenti di adozione*, in M. GORGONI, *op. cit.*, p. 143 ss. e in Cass. n. 14878/2017 sulla trascrizione nei registri dello Stato civile dell'atto di nascita estero con l'indicazione di due madri.

non ai bisogni della famiglia e alla collaborazione nell'interesse della famiglia⁽⁸⁶⁾.

Nella struttura preordinata alla presenza dei figli (formazione sociale biologico-culturale) si assiste ad una limitazione dei diritti dei singoli componenti una coppia per fare spazio sia ai doveri di solidarietà biologica e sociale che ai diritti inviolabili del nuovo nato (soggetto debole “*imputabile*” ai procreatori), che comprimono i diritti dei componenti la coppia (altrimenti non sacrificabili neppure per reciproco accordo e neppure unilateralmente, non essendo disponibili se non in mera via di fatto⁽⁸⁷⁾), anche quelli fondamentali, non annullandoli ma ponendoli in posizione di subordinate ai doveri, peraltro in conseguenza di una loro pregressa scelta libera che però – per la presenza di una nuova persona – non è più ritrat- tabile nella sua interezza⁽⁸⁸⁾.

Tutte sono formazioni sociali caratterizzate dalla dualità di coppia (escludendo tutte le altre possibili⁽⁸⁹⁾) possono essere ricomprese nell'art. 2 Cost., ma alcune preordinate alla società naturale famiglia sono caratterizzate più dal dovere solidale che dalla realizzazione egoitaria dei singoli come persone; e in quelle familiari alcune sono tendenzialmente intrise di doverosità perché legate alla loro genesi sacrale forse risalente al diritto muto ancestrale (ancora presente nella celebrazione dei matrimoni religiosi, ma di fondo presente anche nella “celebrazione” del rito civile, e non presente nella unione civile⁽⁹⁰⁾).

⁽⁸⁶⁾ Acute osservazioni in R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, spec. p. 1389 ss. Ma v. spunti di grande interesse già in A. FALZEA, *Famiglia e aspetti patrimoniali*, in *II Dogmatica giuridica*, cit., p. 859 ss.

⁽⁸⁷⁾ Come percepibile rispetto al suicidio o alla menomazione fisica permanente o ancora alla scelta della madre di morire per far nascere il figlio.

⁽⁸⁸⁾ Peraltro questa pre-comprensione sembra rendere più semplice il collegamento del nucleo della fenomenologia non solo attraverso la relazione dell'art. 29 con gli artt. 30 e 31 Cost., ma attraverso la rilevanza anche del portato dell'art. 37 Cost. (“adempimento della essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione”), che permetterebbe – proprio nella linea del valore/lavoro di cui all'art. 4 Cost. (immediatamente successivo proprio agli artt. 2 e 3) – una visione coerente e anche sufficientemente rigida di sistemica assiologica (peraltro in linea con la natura della nostra Carta Costituzionale e sino alla sua abrogazione).

⁽⁸⁹⁾ Si badi sono ricomprese anche le famiglie poligamiche o matriarcali, essendo sempre rintracciabili profili necessitati di coppia: su cui v. M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, Napoli 2016, spec. p. 138 ss. anche in relazione agli aspetti di diritto successorio, non considerati in questa sede anche se hanno una possibile sovrapposizione di fenomenologia rilevante con i fenomeni attenzionati.

⁽⁹⁰⁾ Anche se fosse una mera dichiarazione di scienza con funzione certificativa, come comunemente ormai ritenuto (anche se forse appare più come dichiarazione di verità, ma non è questa la sede per approfondire).

La convivenza di fatto regolamentata dalla l. n. 76/2016 è allora solo quella derivante dalla tipologia di vita familiare ma non dalla famiglia in funzione della prole. E questa visione non contrasta neppure con tutti i possibili limiti derivanti dagli orientamenti della CEDU⁽⁹¹⁾.

E in questi binari può forse leggersi – oltre e contro le reali modalità approssimative della tecnica legislativa utilizzata – in modo sufficientemente coerente e compiuto la normazione, al di là di tutte le perplessità manifestate dai primi commentatori⁽⁹²⁾, che vorrebbero trovare cose che non appartengono al livello di fenomeni rilevanti nel documento normativo⁽⁹³⁾.

6. – Sembra allora possibile giustificare la disciplina della *tipologia minima* di “famiglia di fatto” contemplata nella l. n. 76/2016 in funzione dell’interesse fondamentale evidenziato (disciplina contenuta nei commi 38, 39, 40, 41, 46, 47, 48, 49, 65)⁽⁹⁴⁾.

Il comma 38 non è innovativo nella sostanza dei diritti riconosciuti⁽⁹⁵⁾, ma lo è in quanto parificazione legale del convivente al coniuge che appartiene ad altra tipologia di formazione sociale, non coperta neppure dal portato del comma 20, relativo solo alla unione civile come parificazione.

Lo stesso può dirsi per la parificazione ai coniugi e familiari in caso di malattia e ricovero, di cui al comma 39, e per la parificazione al danno subito dal coniuge superstite per la morte derivante da illecito di terzo, di

⁽⁹¹⁾ Non si può approfondire, ma certo non è mai stata imposta come necessaria eguaglianza di diritti l’equiparazione dei matrimoni eterosessuali alle relazioni affettive omosessuali, neppure attraverso le esternazioni più politicizzate del concetto di vita familiare. A ciò si aggiunga il fermo predominio assiologico della Costituzione sulla Convenzione europea (C. cost. nn. 348 e 349 del 2007 e n. 49/2015).

⁽⁹²⁾ Alcune soprattutto rispetto alla unione civile peraltro probabilmente fondate: v. M. RIZZUTI, *op. cit.*, 112 nt. 28.

⁽⁹³⁾ A cominciare dalle fattispecie escluse. I minorenni non possono pienamente esprimere scelte egoitarie per assioma; parentela e affinità offuscano come sfondo le scelte egoitarie modificando il punto di genesi del fenomeno; matrimonio cambia prospettiva, unione civile offusca il fatto di identica natura ma soggettivamente orientato in modo diverso; le c.d. famiglie ricomposte sono realtà che hanno una assoluta genesi diversa che hanno superato nei fatti il punto di non ritorno assiologico della presenza dei figli. In questa logica non sembra possano considerarsi rilevanti né le convivenze di persona interdetta (proprio per la difficoltà di considerarle pienamente scelte libere della persona), né quelle derivanti da delitto tentato o consumato (come invece sembra ritenere M. RIZZUTI, *op. cit.*, p. 183 nt. 142).

⁽⁹⁴⁾ Cui potrà aggiungersi il c.d. ricongiungimento familiare con permesso di soggiorno riconosciuto alla coppia omosessuale dalla Corte EDU 26 febbraio 2016, Pojlc contro Croazia o gli effetti di cui all’art. 33, comma 3, l. n. 104/1992 di cui alla C. cost. n. 213/2016.

⁽⁹⁵⁾ GORGONI, *op. cit.*, p. 219 che paventa una limitazione alla prassi pregressa creatasi sulla legge penitenziaria.

cui al comma 49. Così anche deve valutarsi la portata del comma 47 per l'aggiunta del convivente ai fini dalla domanda *ex art.* 712 c.p.c. in materia di interdizione e inabilitazione.

I commi 40 e 41 riconoscono la validità di atti che accordano poteri forti, pieni o limitati (indipendentemente dagli artt. 82 e 83 del d. legisl. 196/2003 – codice della privacy), superiori ai poteri stessi di un amministratore di sostegno in funzione di una rappresentanza molto qualificata (alla Reinach) proprio perché il convivente può essere chiamato in funzione dell'interesse egoitario a realizzare fiduciarmente – per ruolo – i diritti personalissimi del *partner*, al di là di ogni aspetto comunitario che se anche ci fosse non sarebbe caratterizzante⁽⁹⁶⁾. E forse proprio per ciò è richiesta la forma scritta autografa o la presenza di un testimone per la designazione.

Il comma 48 appare evidente come sia quasi consequenziale e rispetto all'art. 408 c.c., che prevede la persona stabilmente convivente, ne attua la parificazione al soggetto con i requisiti di cui al comma 36 (unito stabilmente da legami affettivi di coppia).

Nella logica seguita si spiega anche la necessità nel comma 46 di quell'art. 230 *ter* che ha fatto discutere, in quanto non essendoci famiglia come interesse fondamentale della convivenza non avrebbe potuto riproporsi l'art. 230 *bis* c.c.⁽⁹⁷⁾, anche se le prestazioni non esulano i normali doveri materiali di convivenza devono poter essere oggetto di compenso economico⁽⁹⁸⁾.

Il comma 65 compie il passaggio dalla obbligazione naturale al fenomeno del giuridicamente rilevante per durata fattuale obbligante attraverso la struttura assiologica della forma normativa, legato nella effettività della dimensione giuridica anche alla possibilità in qualche modo della coercibilità (o meno) della reciproca assistenza morale e materiale oltre la specifica disciplina formalizzata (in virtù ad es. dei principi di affidamento o dei doveri di protezione⁽⁹⁹⁾) e il vero problema sarà quello di declinare nei fatti la durata dell'obbligo agli alimenti "assegnati per un

⁽⁹⁶⁾ In presenza di una comunità l'interesse giuridico fondamentale non può mai essere esclusivamente egoitario: si rinvia a *Appunti sparsi sul c.d. testamento biologico*, in *Rass. d. civ.*, 2011, p. 41 ss.

⁽⁹⁷⁾ Come evidenziato già da GORGONI, *op. cit.*, p. 235.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. Cass. 25 gennaio 2016, n. 1266 in *Guida dir.*, 12/2016, p. 64 ss.

⁽⁹⁹⁾ V. retro. Per le problematiche relative alle conseguenze patrimoniali legate alle convivenze in generale v. M.G. VENUTI, *Rapporti patrimoniali tra conviventi*, in *Le relazioni*, cit., spec. p. 272 ss. Rilevante nella logica seguita è che si è ritenuto non riconoscibile un diritto agli alimenti nel caso in cui la convivenza sia cessata prima dell'entrata in vigore della legge sulle unioni civili (Trib. Milano 23 gennaio 2017, in *Guida dir.*, 19/2017, p. 56 ss.).

periodo proporzionale alla durata della convivenza”⁽¹⁰⁰⁾; certo sull’obbligo alimentare giocano un ruolo sicuramente le varianti tipologiche della “stabile convivenza” e/o della presenza di un contratto di convivenza⁽¹⁰¹⁾.

Ma anche allargando lo sguardo alle varianti, sembra che la deformabilità topologica condizionata dell’interesse fondamentale di volta in volta riesca a spiegare coerentemente la disciplina della convivenza di fatto connotata anche dalla stabile convivenza anagrafica.

L’interesse fondamentale si allarga verso un orizzonte comunitario di vita più intensa rispetto a quella meramente affettiva e di reciproca assistenza, di condivisione costante di spazi oltre che di tempi (anche se sempre e solo in funzione di migliore realizzazione egoitaria); e così si capisce perché il convivente superstite ha diritto ad abitare nella stessa casa⁽¹⁰²⁾; si noti, si parla di “casa di comune residenza”⁽¹⁰³⁾ e ciò sembra spiegare il contenuto del comma 44: la facoltà di succedere nel contratto di locazione al compagno convivente premorto deriva da un diritto individuale (non familiare) condiviso, ma anche il limite del comma 43 con la cessazione per mancata abitazione stabile o per nuova convivenza e *in progress*, unione civile, matrimonio (nella legge ricordati in ordine inverso, visto che più forte è la situazione divergente nelle realtà formalizzate).

E nelle fattispecie ipotizzate come possibili si lambiscono in sovrapposizione anche spazi apparentemente topologicamente differenti, come quelli previsti nell’ultimo inciso del comma 42, in presenza di figli del convivente superstite, ove il diritto allo spazio di vita spetta anche al figlio (ma sempre in funzione egoitaria del genitore) con una dilatazione tempo-

⁽¹⁰⁰⁾ Valutazione equitativa come nell’art. 9 *bis*, l. n. 898/70, collegamento indiretto alla fedeltà della convivenza, alla durata in anni dell’*affectio* ecc.

⁽¹⁰¹⁾ Il comma 50 permette ai conviventi di “disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune”; dunque anche gli aspetti relativi allo scioglimento del rapporto di convivenza. Comunque la presenza del contratto incide sugli effetti dello scioglimento, andando oltre il mero fenomeno degli alimenti di cui al comma 65, visto che la “risoluzione” ex comma 59 avviene anche *ex lege*.

⁽¹⁰²⁾ Per due anni o per un periodo pari alla convivenza ma non oltre i cinque anni (tempo massimo fissato *ex lege* di riconoscimento egoitario allo spazio altrui di permanenza legittimato dalla scelta di vita del *de cuius*). Più difficile (e forse falso problema) porsi un problema successorio, non essendoci parentela ma soprattutto perché non si capisce perché non avendo voluto vincoli in vita, debbano esistere dopo la morte, oltre la libera scelta della disponibilità testamentaria, anche perché facendo un po’ si ipotesti si evidenzia come la sfera disponibile nelle possibili fattispecie concrete è comunque alta.

⁽¹⁰³⁾ Che non sembra possa intendersi solo come “casa di pregressa convivenza” anche senza certificazione anagrafica (come sembrerebbe dire S. PARDINI, *I diritti post mortem del convivente superstite*, in GORGONI, *op. cit.*, p. 250 s.) essendoci un contrasto di diritti con i terzi da risolvere.

rale; ma come anche *in incipit* garantito, nel caso non sia quello (“Salvo quanto previsto dall’art. 337-sexies” c.c. che parla di convivenza *more uxorio* e non di *convivenza di fatto* nel caso di convivente con figli, lasciando intendere che le regole sono diverse se la fenomenologia si sposta nell’interesse fondamentale).

È il comma 45 che opera una parificazione legale tra le forme di convivenza regolamentate e le convivenze altre, ma al solo limitato fine della assegnazione di alloggi: per cui siamo in presenza sempre e solo di parificazione *ex lege*.

E lo stesso potrebbe dirsi per la presenza di un contratto di convivenza ai sensi del comma 50, con la definizione anche dei possibili conii di normatività derivanti dalla sua mancanza per carenze formali⁽¹⁰⁴⁾ che però non può essere affrontato in questa sede perché il più delicato, portando la tensione topologica al limite di rottura con debordo in altra tipologia di settore che deve confrontarsi con la funzione e la portata dell’*autonomos* negoziale nel nostro ordinamento al di là degli stessi rapporti di coppia⁽¹⁰⁵⁾.

Una sola provocazione: perché il regime patrimoniale che può essere contenuto nella prima stesura dell’atto può essere solo quello della comunione legale ai sensi del comma 53 lett. c) ma può essere modificato in qualunque momento nel corso della convivenza ai sensi del comma 54?

Le coordinate dogmatiche⁽¹⁰⁶⁾ proposte suggeriscono la soluzione possibile⁽¹⁰⁷⁾, per chi voglia cercarla nel rigore della ricerca scientifica e riconquistare un poco di sano orgoglio per la fatica del giurista operatore (non solo pratico) di una scienza pratica (quella che studia la particolare realtà che è la realtà giuridica)⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ Si può ravvisare una responsabilità precontrattuale oltre che una responsabilità per i professionisti autenticanti?

⁽¹⁰⁵⁾ Sulla necessità di riconoscere agli interessati la possibilità di fare ricorso a contratti di convivenza diversi da quelli proposti dal legislatore v. G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in questa *Rivista* 2016, p. 1319 ss. e U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 1749 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Dogmatica intesa come attività (che sta sopra l’esegesi) capace di abbracciare tutta la realtà sociale con l’enunciazione di una trama di criteri generali e persino generalissimi capaci di suggerire un orientamento unitario e una completezza sia pure relativa e di massima temporalmente condizionata (nella declinazione di dogmatica, sistematica e teoria generale su cui non può che rinviarsi a A. FALZEA spec. *Dogmatica giuridica e diritto civile, in Teoria generale I, Ricerche, cit.*, Milano 1999, p. 223 ss.).

⁽¹⁰⁷⁾ La si trova proprio in un lontano scritto di Falzea; ma è desumibile anche da alcune osservazioni in scritti di Trabucchi o di Mengoni (ma anche dalle analisi di altri giuristi ancora viventi esponenti del diritto civile a matrice scientifica strutturante).

⁽¹⁰⁸⁾ E rendere possibile manifestare ancora, per chi lo voglia, l’Amore per il Diritto.