

# DIRITTO DELLE SUCCESSIONI E DELLA FAMIGLIA

II

3, 2016



**Edizioni Scientifiche Italiane**

*Diritto delle successioni e della famiglia*, pubblicazione quadrimestrale edita con la collaborazione scientifica di:

- Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive dell'Università di Roma «La Sapienza»;
- Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi quantitativi dell'Università del Sannio;
- Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto dell'Università di Padova;
- Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto dell'Università Statale di Milano;
- Dipartimento di Economia e Giurisprudenza dell'Università di Cassino e del Lazio Meridionale;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Parma;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino;
- Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria;
- Dipartimento di Scienze Economiche e Politiche dell'Università della Valle D'Aosta;
- Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università del Salento;
- Dipartimento di Scienze Politiche «Jean Monnet» della Seconda Università di Napoli;
- Fondazione Emanuele Casale;
- Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino;
- Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile;
- Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato.

### Direzione

Giuseppe Amadio, Vincenzo Barba, Giovanni Bonilini, Roberto Calvo, Ernesto Capobianco, Alessandro Ciatti, Nicola Cipriani, Fabio Padovini, Stefano Pagliantini, Massimo Paradiso, Giovanni Perlingieri, Giuseppe Recinto.

### Comitato di direzione

Vincenzo Barba, Alberto Maria Benedetti, Vincenzo Verdicchio, Fabrizio Volpe.

### Comitato di valutazione

**Italia:** Roberto Amagliani, Franco Anelli, Luca Barchiesi, Giovanni Francesco Basini, Mirzia Bianca, Roberto Bocchini, Enrico Camilleri, Roberto Carleo, Valeria Caredda, Achille Antonio Carrabba, Donato Carusi, Michela Cavallaro, Giovanna Chiappetta, Giovanni Chiodi, Cristiano Cicero, Vincenzo Cuffaro, Stefano Delle Monache, Giovanni D'Amico, Andrea D'Angelo, Maria Vita De Giorgi, Francesco Delfini, Enrico del Prato, Andrea Federico, Gilda Ferrando, Giampaolo Frezza, Lucilla Gatt, Emanuela Giacobbe, Fulvio Gigliotti, Patrizia Giunti, Attilio Gorassini, Gioacchino La Rocca, Elena La Rosa, Marcello Maggiolo, Manuela Mantovani, Antonio Masi, Marisaria Maugeri, Andrea Mora, Enrico Moscati, Mauro Orlandi, Rosanna Pane, Antonio Palazzo, Ferdinando Parente, Mauro Pennasilico, Dianora Poletti, Stefano Polidori, Francesco Prosperi, Francesco Ruscello, Tommaso Vito Russo, Andrea Sassi, Pietro Sirena, Michele Tamponi, Antonella Tartaglia Polcini, Andrea Zoppini.

**Esteri:** Roy Alain, Santiago Álvarez González, Ana Cañizares Laso, Margarita Castilla Barea, José Ramon de Verda y Beamonte, Anatol Dutta, Antoine Eigenmann, Antonio Estella de Noriega, Augusto Ferrero Costa, Cecilia Gómez-Salvago Sánchez, Freddy A. Hung Gil, Aida Kemelmajer de Carlucci, Anne Marie Leroyer, Mariel F. Molina de Juan, María Paz García Rubio, Juan Pablo Pérez Velazquez, Pedro Robles Latorre, Jeffrey Talpis, Teodora Torres, Stephan Wolf, Lihong Zhang.

### Osservatorio

Salvatore Aceto di Capriglia, Antonio Albanese, Gianni Ballarani, Emanuele Bilotti, Andrea Bucelli, Ciro Caccavale, Gabriele Carapezza Figlia, Francesca Carimini, Cristina Coppola, Francesca Dell'Anna Misurale, Francesco Di Ciommo, Pietro Franzina, Andrea Fusaro, Marco Galli, Federica Giardini, Michele Graziadei, Mauro Grondona, Sara Landini, Ubaldo La Porta, Raffaele Lenzi, Francesco Macario, Renato Marini, Andrea Natale, Fabrizio Panza, Gian Maria Piccinelli, Massimo Proto, Vincenzo Putortí, Rolando Quadri, Giuseppe Werther Romagno, Domenico Giovanni Ruggiero, Roberto Siclari, Laura Tafaro, Marco Tatarano, Maria Francesca Tommasini, Francesco Paolo Traisci, Giuseppe Antonio Michele Trimarchi, Antonio Tullio, Loredana Tullio, Camillo Verde, Virginia Zambrano.

### Comitato editoriale

Emanuela Migliaccio (caporedattore), Marcello D'Ambrosio (responsabile successioni), Maria Porcelli (responsabile famiglia), Davide Achille, Erica Adamo, Giovanni Adezati, Enrico Astuni, Francesca Bartolini, Francesco Bilotta, Pietro Boero, Barbara Borrillo, Ettore Bucciante, Emanuele Calò, Matteo Ceolin, Mauro Criscuolo, Luigi D'Alessandro, Elisa de Belvis, Stefano Deplano, Danila di Benedetto, Antonio di Fede, Alberto Paolo Di Flumeri, Ettore William Di Mauro, Nicola Di Mauro, Antonella Di Tullio, Paola D'Ovidio, Gaetano Roberto Filograno, Matteo Maria Franciseti Brolin, Rosario Franco, Francesco Antonio Genovese, Francesco Gerbo, Luca Ghidoni, Vittorio Gialanella, Giancarlo Iaccarino, Michele Labriola, Antonio Lacatena, Pasquale Laghi, Francesco Maiello, Carmine Maiorano, Giampaolo Marcoz, Francesco Meglio, Vincenzo Miri, Antonio Musto, Gianluca Navone, Michele Nisticò, Rosanna Pagliuca, Gabriele Perano, Gaetano Petrelli, Carmine Romano, Maria Giovanna Ruo, Antonio Ruotolo, Domenico Russo, Claudio Santamaria, Benedetta Sirgiovanni, Stefania Stefanelli, Vera Tagliaferri, Giuseppe Trapani, Alberto Venturelli, Pietro Virgadamo.

Registrazione presso il Tribunale di Napoli al n. 2 del 10 febbraio 2015.

Responsabile: Fabrizio Volpe

*I lavori pubblicati in questo numero sono di:* Gianni BALLARANI, straord. Pontificia univ. Lateranense; Vincenzo BARBA, ord. «La Sapienza» univ. di Roma; Giovanni BONILINI, ord. univ. di Parma; Emanuele CALÒ dott.; Ernesto CAPOBIANCO, ord. univ. del Salento; Achille Antonio CARRABBA, ord. univ. di Bari; Cristiano CICERO, ord. univ. di Cagliari; Luca GHIDONI, ric. a t.d. univ. di Parma; Isabella MARTONE dott.; Anna Carla NAZZARO, ord. univ. di Firenze; Luca Ettore PERRIELLO, dott.; Maria PORCELLI, ric. univ. di Cassino; Vincenzo PUTORTÌ, ass. univ. di Firenze; Gabriele SALVI, dott.; Vincenzo VERDICCHIO, ass. univ. del Sannio; Virginia ZAMBRANO, ord. univ. di Salerno.

### **Criteria di valutazione e di selezione dei contributi pubblicati**

I contributi pubblicati sulla Rivista *Diritto delle successioni e della famiglia* sono tutti sottoposti a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*), nonché l'obiettività e la ponderatezza del giudizio grazie a una scheda che, oltre a esplicitare i criteri di valutazione, consente ai revisori di motivare il giudizio e di segnalare eventuali miglioramenti da apportare all'elaborato. A tal fine la Direzione potrà avvalersi di uno o più Responsabili della valutazione, i quali disgiuntamente sottopongono il contributo ad almeno due componenti del *Comitato di valutazione* e/o a *referee* esterni scelti tra i Professori ordinari di prima fascia, italiani e stranieri, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo. I *referee* ricevono l'elaborato da valutare senza l'indicazione dell'Autore; all'Autore non viene comunicata l'identità dei *referee*. Il giudizio motivato potrà essere positivo (pubblicabilità); positivo con riserva, ossia con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte (pubblicabilità condizionata); negativo (non pubblicabilità). Esso sarà trasmesso alla Direzione che, direttamente o tramite un Responsabile della valutazione, provvederà a comunicarlo all'Autore, sempre garantendo l'anonimato dei *referee*. I contributi giudicati meritevoli possono essere oggetto di pubblicazione nella Rivista in base all'insindacabile valutazione della Direzione. Qualora i *referee* esprimano un giudizio positivo con riserva, la Direzione, con la supervisione dei Responsabili della valutazione, autorizza la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei *referee* sarà la Direzione a decidere circa la pubblicazione del contributo, anche affidando l'ulteriore valutazione a terzi. La Direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori, stranieri o italiani, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo altrove o a non pubblicare parti di esso in altra rivista senza il consenso scritto dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.

Le medesime regole valgono anche per i *Quaderni* della Rivista.

## INDICE

### SAGGI

- GIANNI BALLARANI, La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle  
convivenze di fatto. Una prima lettura critica 623
- ERNESTO CAPOBIANCO e MARIA PORCELLI, Fondo patrimoniale e tutela  
dei minori d'età 653
- ANNA CARLA NAZZARO, Tutela del minore e unificazione degli *status* 671
- LUCA ETTORE PERRIELLO, Living Wills and End-of-Life Decisions: the  
Italian Case 691

### DIALOGHI CON LA GIURISPRUDENZA

- ACHILLE ANTONIO CARRABBA, *Negotium mixtum cum donatione* (o do-  
nazione mista), donazione indiretta e disciplina applicabile (Nota a  
Cass., Sez. II, 16 giugno 2014, n. 13684) 718
- LUCA GHIDONI, La tutela anticipata dei potenziali legittimari fra simula-  
zione negoziale privata, presunzione legale di affetti e ambizioni ere-  
ditarie concrete 734
- VINCENZO VERDICCHIO, Donazione dissimulata e attualità dei «diritti» del  
legittimario *in pectore* (Note a Trib. Cagliari, 21 maggio 2015) 754
- ISABELLA MARTONE, La Cassazione e la casa familiare: dalla opponibilità  
dell'assegnazione alla opponibilità della destinazione? (Nota a Cass.,  
Sez. I, 21 maggio-11 settembre 2015, n. 17971) 787
- GABRIELE SALVI, Note in tema di *institutio ex re certa* e divisione testa-  
mentaria. L'assegnazione di quota di società di persone (Nota a Trib.  
Roma, sez. VIII, 24 giugno 2015) 822

### OSSERVATORIO (CRONACHE E ATTUALITÀ)

- VINCENZO PUTORTÌ, Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del  
Regolamento UE 650/2012 845

### ESPERIENZE STRANIERE E COMPARATE

- EMANUELE CALÒ, Vite (e morti) parallele di Michel Colombier e di Mau-  
rice Jarre: la colonna sonora dell'ordine pubblico internazionale suc-  
cessorio nel diritto italiano e francese 879

VIRGINIA ZAMBRANO, Differenti traiettorie e approccio sistematico nella retorica della riproduzione umana assistita: l'esempio argentino	907
PARERI	
GIOVANNI BONILINI, Diseredazione revocante la precedente istituzione a successore?	941
ATTUALITÀ DEL PASSATO E <i>FRAGMENTA IURIS</i>	
VINCENZO BARBA, Il legato di <i>facultas alternativa</i> nel pensiero di Mario Allara	955
RECENSIONI	
VINCENZO BARBA, I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni [Cristiano Cicero]	975

GIANNI BALLARANI

## LA LEGGE SULLE UNIONI CIVILI E SULLA DISCIPLINA DELLE CONVIVENZE DI FATTO. UNA PRIMA LETTURA CRITICA

SOMMARIO: – 1. Premessa. – 2. Le unioni civili fra persone dello stesso sesso: il quadro costituzionale. – 3. La disciplina: profili attinenti all'atto. – 4. Profili attinenti al rapporto: i diritti e i doveri degli uniti. – 5. Lo scioglimento dell'unione. – 6. La disciplina della convivenza. – 7. Il contratto di convivenza. – 8. Una riflessione di fondo. – 9. Conclusioni.

1. L'11 maggio 2016 la Camera ha definitivamente approvato la legge istitutiva delle unioni civili fra persone dello stesso sesso e sulla disciplina delle convivenze di fatto (l. 20 maggio 2016, n. 76, in G.U., Serie gen., 21 maggio 2016, n. 118).

Agli esiti dell'accoglimento del c.d. maxi emendamento, la struttura del d.d.l. Cirinnà<sup>1</sup> ha perso la partizione originaria del testo in un capo I dedicato alle unioni civili e in un capo II recante la disciplina delle convivenze di fatto, componendosi la legge approvata di un unico articolo contenente 67 commi.

In linea di prima analisi, un dato significativo su cui occorre soffermarsi, attiene alla volontà legislativa di distinguere tra le unioni civili fra persone dello stesso sesso e i meri conviventi etero od omosessuali. La scelta di ripartire le discipline, se per un verso evidenzia in modo chiaro l'intento equipartativo tra le unioni civili fra persone dello stesso sesso e il matrimonio civile<sup>2</sup>, fermi i profili di differenziazione formale, per altro verso, realizza quella frammentazione in arcipelago dell'isola-famiglia<sup>3</sup>, prospettata (ma solamente in astratto sinora<sup>4</sup>)

<sup>1</sup> Cfr., *ex multis*, M. TRIMARCHI, *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze: luci ed ombre*, in *Jus*, 2016, p. 1 ss.; 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, p. 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*, *ivi*, 2015, p. 971 ss.

<sup>2</sup> M. TRIMARCHI, *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze*, cit., p. 2.

<sup>3</sup> Secondo la nota formula descrittiva di A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Sem. giur. Uni. Catania*, III (1948-1949), Napoli, 1949, p. 38, e poi in *Id.*, *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, p. 222.

<sup>4</sup> In quanto sino alla entrata in vigore della legge in commento, l'unico modello giuridico è la famiglia legittima.

in dottrina<sup>5</sup>. L'impianto normativo genera, infatti, un modello paraco-niugale ad esclusivo appannaggio delle coppie maggiorenni omosessuali (art. 1, comma 2) che ricalca in larga misura la disciplina matrimoniale, a cui si affianca l'ulteriore modello relativo alle convivenze.

Nell'economia del discorso che ci si appresta a sviluppare, le riflessioni avranno ad oggetto i soli profili di criticità che emergono ad una prima lettura del testo normativo, risultando ultroneo un commento specifico, in questa sede, delle singole disposizioni che ricalcano *in toto* la disciplina codicistica del matrimonio e con essa non confliggono.

2. Con riguardo alle unioni civili fra persone dello stesso sesso, il legislatore ha optato per la costituzione di un modello giuridico proprio, secondo il principio del c.d. doppio binario<sup>6</sup>, in ossequio al formante giurisprudenziale europeo<sup>7</sup>, attingendo, in larga misura, all'impianto normativo tedesco introdotto con la *Lebenspartnerschaftsgesetz* (LpartG, 2001)<sup>8</sup>, così come modificata nel 2005 dalla *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsgesetz*<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 509 ss.; sulla unicità o pluralità dei modelli familiari, cfr. l'attenta analisi di T. AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 615 ss., spec. p. 619 ss., nonché le stimolanti e profonde considerazioni di V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, rispettivamente pp. 1043 ss. e 1287 ss.; leggasi, inoltre, F. ROMEO, *Famiglia: sostantivo plurale?*, in questa *Rivista*, 2015, p. 67 ss.

<sup>6</sup> F.D. BUSNELLI e M.C. VITUCCI, *Frammenti europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 767 ss., spec. p. 774.

<sup>7</sup> Corte EDU, 21 luglio 2015, ricc. 18766/11 e 36030/11, *Oliari e altri c. Italia, ex pluribus* in *Fam. dir.*, 2015, p. 1069 ss., 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*, con cui la Corte ha condannato l'Italia per non aver ottemperato all'*obbligo positivo* correlato all'art. 8 della CEDU, di introdurre una disciplina generale delle unioni omosessuali; in proposito, cfr. da ultimo M. FORTINO, *Piccoli passi e cautele interpretative delle Corti sui diritti delle unioni omosessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 129 ss.; al riguardo, però, la nota illustrativa della Carta di Nizza specifica che il diritto di «uomini e donne, in età adulta di sposarsi» di cui all'art. 12 della stessa non impone né vieta agli S.M. la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso, su cui v. F.D. BUSNELLI e M.C. VITUCCI, *Frammenti europei di famiglia*, cit., p. 772. Cfr., inoltre, Corte EDU, 24 giugno 2010, ric. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria, ex multis* in *Dir. um. dir. int.*, 2010, p. 639.

<sup>8</sup> F.D. BUSNELLI e M.C. VITUCCI, *o.c.*, p. 774 s.

<sup>9</sup> BGBI, 20 dicembre 2005, I, 3396, entrata in vigore il 1 gennaio 2005, che ha risolto la maggior parte dei profili di distinzione delle unioni fra persone dello stesso sesso rispetto al matrimonio, prevedendo per le prime il fidanzamento, l'adozione del figlio del partner, il regime legale della comunione degli incrementi, gli obblighi di contribuzione fra i partner, il divorzio, i diritti successorî; a ciò si aggiunge BVerfG, 7 luglio 2009, in *Neue jur. Wochenschr.*, 2010, p. 1439 ss., in ordine alla pensione di reversibilità; sul punto, cfr. S. PATTI, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 958 ss., spec. p. 959.



Il comma 1 dell'art. 1, oltre a specificare il contenuto generale della legge, apre con una precisazione di fondo, oggetto di ampio dibattito in fase di stesura definitiva, qualificando l'unione civile fra persone dello stesso sesso come «specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione», individuando in esse un luogo di sviluppo della persona umana<sup>10</sup>. Nel chiaro intento di ancorare sul terreno dei principi costituzionali le unioni civili e tentando, al contempo, di segnare con ciò un profilo di distinzione (più formale che sostanziale) con il matrimonio e con la disciplina costituzionale della famiglia legittima, in armonia con quanto espresso dalla Corte costituzionale<sup>11</sup>, la specificazione dell'unione civile nei suddetti termini, apre al confronto con la definizione costituzionale della famiglia coniugale come società naturale e con il correlato regime di tutele costituzionali suo proprio.

A ben vedere, infatti, sebbene la famiglia legittima sia il primo fra i luoghi di sviluppo delle personalità individuali e, pertanto, sia formazione sociale di cui all'art. 2 cost., il quadro costituzionale distingue la famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio di cui all'art. 29 cost. da ogni altra formazione sociale, riservando solo alla prima uno specifico regime di protezione (*favor matrimonii*, artt. 29, comma 2 e 30, comma 3, cost.) e di ausilio statale (art. 31, comma 1) a garanzia dell'unità familiare, in ragione degli interessi superindividuali dei componenti la famiglia, riconducibili agli *status* familiari<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> V. BARBA, *Unione civile e impugnazione per errore sulle qualità personali*, in questa *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 315 ss.; F. ROMEO e M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali*, cit., p. 973; F.D. BUSNELLI, *Prefazione*, in D. AMRAM e A. D'ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Padova, 2011, p. IX ss. spec. p. XVIII.

<sup>11</sup> Con riferimento agli artt. 3 e 29 cost., la Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli del codice civile che «sistematicamente interpretati», non consentono l'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali: Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, 1, c. 1361, con nota di R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio* (in senso conforme, cfr. Corte cost., 22 luglio 2010, n. 276 e 5 gennaio 2011, n. 4); al riguardo, cfr., *ex multis*, M. FORTINO, *Piccoli passi e cautele interpretative delle Corti*, cit., p. 132 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Status e contratto nel mosaico della famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, II, p. 221 ss.; R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 527 ss. Da ultimo, cfr. Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2680 ss. che ha sostenuto la necessità di un intervento legislativo in tema di rapporti di convivenza omosessuale; al riguardo, cfr. V. BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 861 ss.; G. PERLINGIERI, *Il «discorso preliminare» di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia*, in questa *Rivista*, 2015, p. 671 ss., spec. p. 680 ss., testo e nota 23.

<sup>12</sup> Nel quadro dell'interpretazione sistematica dell'art. 29 cost., evidenziano il carattere esclu-

Orbene, potrebbe essere agevole osservare come le tutele costituzionali in parola, in quanto prevalentemente orientate alla protezione dello *status filiationis* e della maternità, siano da leggersi in armonia con il mutato quadro definitivamente stigmatizzato con la l. 10 dicembre 2012, n. 219 e con il decreto attuativo 28 dicembre 2013, n. 154<sup>13</sup> che hanno obliterato, in punto di tutele della filiazione, ogni residuo discriminatorio<sup>14</sup>, sicché potrebbe obiettarsi che l'assunto possa non avere effetto dirimente sulla questione in analisi. Ma rimane da considerare come il terreno di confronto fra le unioni civili e la famiglia legittima non si rifletta sullo *status filiationis* o sullo *status* genitoriale, bensì attenga al rapporto fra lo *status* di coniuge e la posizione giuridica dell'unito e, pertanto, al rapporto specifico fra l'art. 29 e l'art. 2 cost.

E su questo terreno di confronto fra le unioni civili e la famiglia legittima, il dato dal quale occorre prendere le mosse attiene, per un verso, al rifiuto da parte della legge in commento di parte dei sistemi tipici ed esclusivi posti a protezione dello *status* coniugale, per altro verso, all'esclusione normativa implicita di ogni riferimento alle vicende procreative fra le persone dello stesso sesso, in conformità con l'ineludibile impossi-

sivo della protezione costituzionale riservata alla sola famiglia legittima *ex multis* G. GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 487 ss.; ID., *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, spec. p. 1230 e A. TRABUCCHI, *Pas par cete voie s'il vous plait!*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 329 ss., spec. p. 343. Per una approfondita disamina dei lavori della Assemblea Costituente al riguardo, cfr. P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale, Il percorso storico della società coniugale in Italia*, Milano, 2011, p. 501 ss.

<sup>13</sup> In proposito, si leggano le prime riflessioni sulla portata riformatrice della legge proposte dall'autorevole penna di chi ne ha presieduta la Commissione: C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1 ss.; cfr., inoltre, G. FERRANDO, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *juscivile.it*, 2013, 2, p. 132 ss.; ID., *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 952 ss.; L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 201 ss.; con riferimento ai lavori preparatori, si v. V. CARBONE, *Le nuove proposte su filiazione e rapporti di parentela*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1314 ss. Per un primo commento cfr. G. BALLARANI e P. SIRENA, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 534 ss.; cfr., inoltre, le riflessioni dei vari Autori che hanno partecipato alla redazione del fascicolo monografico di *Fam. dir.*, 2013, 225 ss. Con riguardo al decreto delegato, cfr. C.M. BIANCA, *La Delega al Governo per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 592 ss.; M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, *passim*; AA. VV., *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, Napoli, 2014, *passim*; M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 231 ss.; M. DOGLIOTTI, *Nuova filiazione: la delega al governo*, *ivi*, p. 279 ss.

<sup>14</sup> Con la sola eccezione dell'ancora mantenuta necessità del riconoscimento del figlio nato al di fuori del matrimonio. Al riguardo, cfr. E. GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla Riforma «Bianca»*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 817 ss.

bilità biologica e, da ultimo, alla natura stessa dell'unione dal punto di vista dell'inquadramento negoziale, per quanto si avrà modo di argomentare.

Con riguardo al rapporto fra l'art. 29 e l'art. 2 cost., ferme le considerazioni svolte in dottrina quando le riflessioni vertevano sulle sole convivenze di fatto e sulla legittimità delle pretese fra conviventi<sup>15</sup>, occorre precisare che l'eventuale sillogismo secondo il quale, se tanto le unioni civili, quanto la famiglia legittima, sono formazioni sociali di cui all'art. 2 cost. e se la legge in materia di unioni civili richiama l'art. 3 cost., allora alle unioni civili deve riservarsi la medesima disciplina costituzionale riservata alla famiglia legittima dall'art. 29 cost. appare, a ben vedere, una forzatura, in quanto ciò presupporrebbe una possibile interpretazione bidirezionale assoluta delle norme di cui agli artt. 2 e 29 cost., già esclusa peraltro dalla Corte costituzionale<sup>16</sup>.

Sebbene la famiglia coniugale e l'unione omosessuale (così come le convivenze non formalizzate) possano trovare radice comune nell'affetto<sup>17</sup>, mentre la protezione riservata dalla legge in analisi agli uniti civilmente con il rinvio all'art. 2 cost. è quella tipica di questo, ossia è rivolta al singolo individuo, a prescindere se in sé considerato ovvero inserito in un contesto ove si svolge la sua personalità, l'oggetto della protezione costituzionale in ambito familiare non è da individuarsi solamente nei diritti dei singoli membri della comunità familiare, bensì anche e soprattutto nella comunità familiare stessa, in un'ottica di tutela degli interessi, non solo dei singoli, ma superindividuali<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Ci si vuol riferire a quella dottrina che ebbe ad affermare com'anche il rifiuto dello schema formale non valesse ad obliterare l'oggettiva idoneità della famiglia di fatto ad assolvere alla funzione, «istituzionalmente propria della famiglia legittima», di sviluppo e promozione delle personalità individuali: A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, p. 9 s.

<sup>16</sup> Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, cit.

<sup>17</sup> N. LIPARI, *Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza (Note a margine di un iter legislativo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 1028 ss.; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, p. 143 ss.; al riguardo, cfr., altresì, le chiare note di P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in AA. VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, p. 136 ss.

<sup>18</sup> Indaga la relazione sul piano costituzionale tra famiglia e matrimonio, «al fine di lumeggiare il ruolo dello Stato al cospetto della famiglia», L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 4, p. 1105 ss., spec. p. 1106, rilevando, sia pur con il condizionale, come il Costituente l'abbia intesa in termini di esclusività: «lo Stato [...] mostra di non volersi limitare a riconoscere le realtà familiari, ma intende imporre un preciso modello» (p. 1108), pur ritenendo che il modello familiare costituzionale non sia più in grado di «riflettere in maniera esaustiva l'intera gamma delle relazioni affettive»; cfr., inoltre, N. LIPARI, *Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto*

Si vuol dire che, ferma la riconducibilità delle realtà familiari non coniugali entro il novero delle formazioni sociali di sviluppo della personalità umana<sup>19</sup>, in forza dalla interpretazione assiologica dell'art. 2 cost.<sup>20</sup> come «norma capace di arricchirsi di valori progressivamente emergenti dalla realtà sociale»<sup>21</sup>, il disposto in parola rimane volto alla protezione dei diritti inviolabili dell'uomo nella sua individualità, in ogni contesto e a prescindere da ogni contesto; in altri termini oggetto di protezione in esso è la persona umana e non la formazione sociale ove si sviluppa la sua personalità; ed è ciò che consente di escludere la interscambiabilità e la sovrapponibilità tra le unioni civili e la famiglia legittima, se non a rischio di privare di ogni contenuto specifico il regime costituzionale di protezione proprio della famiglia coniugale, stigmatizzato nella formula «*favor matrimonii*» che, sebbene possa non implicare un criterio di esclusività, impone comunque un criterio di compatibilità «dirimente in caso di eventuale conflitto»<sup>22</sup>.

Del pari inconferente sembra apparire, nel confronto suddetto, il richiamo all'articolo 3 cost., non potendosi ravvisare profili di discriminazione tra quanti si vedano riconosciute situazioni giuridiche soggettive ricondotte al loro *status* (quello di coniuge) e quanti detto *status* non abbiano, non essendo l'unione civile costitutiva dello *status* di unito, né fonte delle medesime situazioni giuridiche soggettive che sorgono in capo ai coniugi con il matrimonio.

Sebbene, infatti, la normativa sulle unioni civili fra persone dello stesso sesso stabilisca che con la costituzione dell'unione civile le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri (art. 1, comma 11) e ciò possa ricondursi alla prescrizione costituzionale di cui all'art. 29, comma 2, secondo cui il matrimonio è ordinato all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare (norme, entrambe, che hanno senso, peraltro, solo se fra le parti vi sia differenza di sesso) e sebbene il disposto in parola sia una evidente proie-

*di famiglia*, in G. FREZZA (a cura di), *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 2005, p. 17 ss.; *contra*, cfr. G. GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia*, cit., p. 487 ss.

<sup>19</sup> P. PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Dir. giur.*, 1979, p. 777 ss.; ID., *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in ID., *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli 1982, p. 44 ss.; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 145 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 474 ss., poi ampliato e ripreso in ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, Napoli, 2006, p. 919 ss., spec. pp. 933 ss. e 943 ss.

<sup>20</sup> P. PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, cit., p. 777 ss.

<sup>21</sup> A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio*, cit., p. 22; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 175.

<sup>22</sup> A. SPADAFORA, *o.c.*, p. 19 ss.

zione in ambito matrimoniale del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, cost., l'art. 29 richiama esplicitamente l'interesse generale dello Stato alla unità familiare che, in ultima analisi, è la ragione del *favor matrimonii* e dello specifico regime di protezione dello *status* di coniuge.

Nonostante forte sia la tendenza odierna ad accogliere e armonizzare le istanze della famiglia tradizionale e delle altre formazioni sociali su base affettiva in una prospettiva di «superamento definitivo della tecnica dello *status*»<sup>23</sup>, in un'ottica di *deregulierung*<sup>24</sup>, la tendenza non implica, né impone, il superamento dello *status* medesimo, né il senso proprio di questo nell'ordinamento vigente, se lo *status* descrive la posizione specifica di un soggetto rispetto all'ordinamento ed è sintesi delle prerogative, dei diritti e dei doveri da questo ad esso ricondotti<sup>25</sup>.

In tal senso, del resto, depone a conforto della ricostruzione in parola, la matrice eminentemente «privatistica» dell'unione civile che emerge dalla disciplina sua propria e che segna il punto di maggior divergenza con il matrimonio, rinviando alle pagine che seguono gli approfondimenti specifici, in ragione della indisponibilità dello *status* e della inidoneità dell'autonomia privata negoziale a costituirlo<sup>26</sup>.

Al riguardo, ferme le condivisibili riflessioni critiche sul senso odierno degli *status* in relazione alla sempre maggiore spinta verso l'autonomia privata in ambito familiare<sup>27</sup>, in ragione di un non sempre opportuno richiamo al principio di sussidiarietà<sup>28</sup>, la disciplina delle unioni civili sembra gettare nuova luce sul concetto di *status* di coniuge. Non può che concordarsi, infatti, con quanti individuano nel matrimonio la fattispecie costitutiva dello *status* in parola determinata dal legislatore e volta al riconoscimento di una qualità personale, che esprime l'interesse della per-

<sup>23</sup> M.R. MARELLA, *Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in F. GRILLINI e M.R. MARELLA (a cura di), *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Napoli, 2001, p. 50.

<sup>24</sup> Come correttamente osservato da Busnelli in F.D. BUSNELLI, M.C. VITUCCI, *Frammenti europei di famiglia*, cit., p. 771.

<sup>25</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 663; ID., *Gli status* (1984), in *Lecture di diritto civile*, raccolte da Alpa e Zatti, Padova, 1990, p. 948 ss.

<sup>26</sup> L. LENTI, *Status*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIX, Torino, 2000, p. 29 ss., spec. p. 33.

<sup>27</sup> L. ROSSI CARLEO, *Status e contratto nel mosaico della famiglia*, cit., p. 221 ss.

<sup>28</sup> Sia consentito un rinvio a G. BALLARANI, *La mediazione familiare alla luce dei valori della Costituzione italiana e delle norme del diritto europeo*, in *Giust. civ.*, 2012, II, p. 495 ss., spec. p. 500 s.; sul principio di sussidiarietà, cfr. R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, Torino, 2014, p. 3 ss.



sona all'appartenenza alla comunità familiare, non coincidente «con la somma dei singoli interessi sottesi alle situazioni soggettive di vantaggio che ne discendono, né dei singoli obblighi dipendenti, e che si fonda sul riconoscimento di un valore intrinseco (quello, appunto, dell'essere coniuge e di far parte della famiglia)»<sup>29</sup>.

In ragione di ciò, allora, non può ritenersi fondato individuare un profilo di discriminazione tra coloro che godono di detto *status* in forza della specifica protezione accordata dalla Costituzione al loro specifico rapporto e coloro che non godono di quello *status*, in ragione di un rapporto differentemente qualificato sul piano costituzionale.

Argomentando *a contrario*, se dovesse affermarsi un profilo di discriminazione fra i membri della famiglia coniugale e i membri della unione omosessuale, interpretandosi il rinvio operato dalla legge all'art. 2 cost. in chiave di tutela costituzionale delle unioni civili in sé considerate, questo determinerebbe un profilo di ulteriore discriminazione rispetto a quanti, non coniugati e non uniti, vivono relazione di convivenza affettiva, oggi non più di fatto ma di diritto.

Del resto, che non possano argomentarsi margini di discriminazione per disparità di trattamento degli uniti rispetto ai membri della famiglia legittima, sembra trovare conforto proprio nel disposto di cui all'art. 3, in quanto il principio di non discriminazione è volto ad imporre il rispetto delle differenze e non ad annullarle; ed in tal senso può ben leggersi il comma 2 dell'art. 3 cost. come eccezione alla regola generale di cui al primo comma<sup>30</sup>. Del resto ancora, sarebbe contrario a ragionevolezza e a proporzionalità il senso stesso del disposto di cui all'art. 3 cost.<sup>31</sup> se non presupponesse le differenze e se non le celebrasse come tratto maggiormente qualificante la tutela della persona umana nella sua individualità, così come emerge chiaramente dal dato testuale del secondo comma della norma in parola.

3. Il comma 2 dell'art. 1, nel limitare ai soli maggiorenni l'accesso alle unioni civili fra persone dello stesso sesso, precisa che questa si costituisce, al pari del matrimonio civile, mediante dichiarazione resa innanzi all'ufficiale di stato civile e alla presenza di due testimoni<sup>32</sup>. Dal combinato

<sup>29</sup> E. DEL PRATO, *Principi di sussidiarietà sociale e diritto privato*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà*, cit., p. 575 ss.

<sup>30</sup> M. AINIS, *La piccola eguaglianza*, Torino, 2015, p. 66.

<sup>31</sup> M. AINIS, *o.c.*, pp. 48 ss. e 52 ss. In ordine al rapporto tra ragionevolezza e proporzionalità si leggano le attente osservazioni di G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 131 ss.

<sup>32</sup> Anche se parenti, proprio in quanto la norma non pone specificazioni, né divieti, in tal senso.

disposto dei commi 3, 9 e 10 emerge come il certificato attestante l'unione civile, redatto dall'ufficiale di stato civile e da questo registrato nell'archivio dello stato civile<sup>33</sup>, dovrà contenere i dati anagrafici delle parti, l'indicazione del loro regime patrimoniale e della loro residenza, l'eventuale scelta del cognome comune, nonché i dati anagrafici e la residenza dei testimoni.

Ma, se hanno senso le previsioni di cui ai commi 2, 3, 9, 11 e 12, occorre, in primo luogo, osservare come l'ufficiale di stato civile sia, evidentemente, tenuto a ricevere il consenso degli *unendi*, reso alla presenza di due testimoni, al pari di quanto accade in ambito di celebrazione matrimoniale, a riprova della certificazione pubblica della dichiarazione in oggetto e della conseguente assunzione dei reciproci diritti e doveri che dal vincolo dell'unione civile derivano in capo agli uniti<sup>34</sup>. Del resto, che la libera e piena espressione del consenso alla unione svolga un ruolo determinante per la costituzione dell'atto (dato che gli effetti si produrranno se e in quanto manifestati innanzi all'ufficiale di stato civile, dovendosi ravvisare in ciò la condizione di efficacia della fattispecie) è dimostrato implicitamente dall'aver la legge limitato l'accesso all'atto ai soli soggetti maggiorenni, non prevedendo la normativa l'emancipazione di chi abbia compiuto i sedici anni (art. 84, comma 2, c.c.)<sup>35</sup>.

Non si spiega, pertanto, la ragione per cui il legislatore non abbia provveduto a richiamare al comma 2 il contenuto dei commi 11 e 12 della legge, né perché non abbia previsto l'obbligo in capo all'ufficiale di stato civile di darne lettura agli *unendi*.

Del pari, non risulta comprensibile l'omesso rinvio alle disposizioni codicistiche in ordine, sia alla promessa di matrimonio<sup>36</sup>, in ragione del disposto di cui agli artt. 79 e 80 c.c., sia alla promessa formale di cui all'art. 81 c.c., così come non comprensibile è il mancato richiamo delle formalità preliminari del matrimonio (artt. 93 ss. c.c.) e delle opposizioni allo stesso (artt. 102 ss. c.c.), data la rilevanza della pubblicità notizia in rela-

<sup>33</sup> Sarà compito del decreto attuativo di cui alla specifica delega al Governo contenuta ai commi 28 ss., introdurre l'apposito registro e disciplinare il diritto intertemporale ai sensi del comma 34 dell'art. 1 della legge in commento.

<sup>34</sup> In relazione alla funzione pubblica assolta dall'ufficiale di stato civile nella celebrazione matrimoniale, cfr. A. DONATI, *La famiglia fra diritto pubblico e diritto privato*, Padova, 2004, p. 202.

<sup>35</sup> Al riguardo può, peraltro, profilarsi una questione di legittimità costituzionale per contrarietà della norma con l'art. 3 cost.

<sup>36</sup> Del medesimo avviso, G. IORIO, *Il disegno di legge sulle «unioni civili»*, cit., p. 1016; in materia di promessa di matrimonio si rinvia a G. OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, Padova, 1996, *passim*.

zione agli impedimenti alla unione. Basti, in tal senso, pensare al disposto di cui alla lett. *d*) del comma 4 dell'art. 1, nella parte in cui questa prevede che, a fronte del rinvio a giudizio per omicidio o tentato omicidio del coniuge o dell'unito della parte con cui si vorrebbe contrarre unione, la costituzione dell'unione civile è *sospesa* sino alla sentenza di proscioglimento. Ma in assenza di formalità preliminari, quando e come svolgere gli accertamenti? Probabilmente gli unendi dovranno produrre, oltre alla documentazione attestante lo stato di famiglia e i rapporti di parentela, affinità e adozione, un certificato dei carichi pendenti e del casellario giudiziario. Ma, se così sarà, allora l'eventuale rilevato profilo di contrarietà alle prescrizioni di legge non sospenderà l'unione, bensì ne impedirà la celebrazione, sicché non comprensibile è l'omesso richiamo al rifiuto della celebrazione da parte dell'ufficiale di stato civile (art. 112 c.c.).

Peraltro, se le pubblicazioni valgono come promessa solenne e se questa, per quanto non obblighi a contrarre il matrimonio né ad eseguire ciò che si fosse convenuto per il caso di non adempimento (art. 79 c.c.), obblighi il promittente che ricusi di eseguirla senza giusto motivo a risarcire il danno cagionato all'altra parte per le spese fatte e per le obbligazioni contratte a causa di quella (art. 81 c.c.), per un verso, nulla impedisce agli unendi di vincolarsi con una «promessa di unione»<sup>37</sup> e, per altro verso, qualora uno degli unendi rifiutasse la «celebrazione» dell'unione senza giusto motivo, mancherebbe una disposizione di legge in forza della quale la parte che subisse ingiustamente la ricusazione potrebbe agire per il risarcimento del danno, in quanto, per espressa disposizione del comma 20 dell'art. 1 della legge in commento, si esclude l'estendibilità agli uniti della disciplina prevista in ogni norma del codice civile che rinvii ai coniugi o termini analoghi (quindi, anche i nubendi) non espressamente richiamata nella legge in commento.

Nondimeno, il mancato richiamo delle forme di pubblicità notizia e della opposizione all'unione renderanno meno agevole l'impugnazione da parte di coloro che avranno un interesse legittimo e attuale in tal senso (art. 1, comma 6), se è vero che, in materia matrimoniale, la legge ricollega la proposizione della opposizione al matrimonio per cause impeditive proprio alla richiesta delle pubblicazioni o alla richiesta della celebra-

<sup>37</sup> Per quanto si andrà ad argomentare sulla natura dell'unione civile, sembrerebbe non potersi escludere *in radice* l'ipotesi di liceità di una promessa ad effetti obbligatori o l'apposizione di penali o caparre confirmatorie, a differenza di quanto accade nel matrimonio, in relazione al quale si rinvia a F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, art. 79-83, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1971, p. 83.



zione (artt. 102 c.c. e 59 del d.P.R., 3 novembre 2000, n. 396 sullo stato civile)<sup>38</sup>.

Avuto riguardo alle cause impeditive la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, l'art. 1, comma 4, alla lett. *a*, individua la sussistenza per una delle parti di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile, mentre non si contempla come impedimento il fatto che una di esse sia convivente «certificata» e vincolata da contratto di convivenza con altro partner ai sensi dei commi 36 s. e 50 ss. della legge in analisi; per converso, ai sensi del comma 36 testé citato, a che si possa riconoscere la «qualifica» di convivente di fatto, occorre che i maggiorenni uniti stabilmente fra loro da legami affettivi di coppia, non siano vincolati da parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da unione civile e, del pari, ai sensi del comma 57 dell'art. 1, il contratto di convivenza è affetto da nullità insanabile in presenza di un vincolo matrimoniale, di una unione civile o di un altro contratto di convivenza.

Ma ciò non sembra sufficiente a dimostrare le ragioni per le quali il legislatore non abbia contemplato, fra gli impedimenti all'unione, la stabile convivenza di fatto: l'eventuale matrimonio o l'eventuale unione civile, infatti, «risolvono» di diritto il solo contratto di convivenza (art. 1, comma 58), mentre la legge nulla prescrive in ordine alla eventuale cessazione della convivenza medesima, avendo invece dovuto prevedere l'ipotesi, in quanto questa, dal fatto, è, per forza di legge, trasposta sul piano del diritto.

Se la norma di cui alla lett. *b*) in ordine alla interdizione, ricalcando il disposto di cui all'art. 85 c.c., non pone problemi interpretativi, decisamente oscura risulta la formulazione della lett. *c*) del medesimo comma 4 dell'art. 1, ove la norma individua come causa impeditiva la costituzione dell'unione la sussistenza dei rapporti di parentela, affinità, adozione di cui al primo comma dell'articolo 87 c.c., richiamando al contempo espressamente i divieti di contrarre nozze tra zio e nipote e zia e nipote già previsti dall'art. 87, comma 1, medesimo, per poi esplicitare la applicazione generale di ogni disposizione di cui all'articolo 87 c.c. Sfugge a chi scrive il perché il legislatore non si sia limitato a prevedere come causa impeditiva la sussistenza tra le parti dei rapporti di cui all'articolo 87 c.c.

Peraltro, occorre osservare come la normativa in commento non preveda il sorgere di rapporti di parentela e di affinità a séguito dell'unione civile. Con riguardo alla parentela questa, qualora sorgesse a séguito di p.m.a. eterologa<sup>39</sup>, seguirebbe le regole di quella «naturale» così come mo-

<sup>38</sup> Cfr., in proposito, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2014, p. 50.

<sup>39</sup> A non voler considerare, per ora, le ipotesi giurisprudenziali di ammissibilità della c.d.

dificate dalla con la l. 10 dicembre 2012, n. 219 e con il decreto attuativo 28 dicembre 2013, n. 154; il problema rimane aperto per i rapporti di affinità fra l'unito e i parenti dell'altro unito<sup>40</sup>, in quanto questi non sorgono con l'unione civile, non essendo richiamato l'art. 78 c.c. Le conseguenze di ciò si riflettono in tema di impedimenti alle nozze per ragioni di affinità (art. 87, comma 1, nn. 4 e 5, c.c.) in quanto la norma di cui alla lett. c del comma 4 dell'art. 1 si applica alle unioni, ma la legge in commento non pone modifica alcuna ai suddetti numeri 4 e 5 dell'art. 87 c.c. e, del pari, l'art. 1, comma 20 della legge in commento, esclude l'equiparazione degli uniti ai coniugi nelle norme del codice civile non espressamente richiamate nella legge in commento. Del pari, il medesimo problema potrà sorgere in materia di obblighi alimentari in capo agli «affini di fatto», in quanto, seppure la norma di cui all'art. 1, comma 19 estende all'unione civile l'applicabilità delle disposizioni in materia di alimenti, manca ai generi, alle nuore e ai suoceri la qualifica di affine. Al riguardo, l'eventuale questione potrà però risolversi presumibilmente sul piano applicativo in forza del ricorso all'interpretazione per analogia.

Da ultimo, analogo problema si potrebbe porre con riguardo alla sottoscrizione di un contratto di convivenza, in quanto il comma 57 lett. b) contempla l'affinità fra le cause di nullità dello stesso, attraverso il rinvio operato al comma 36.

In relazione alla lett. d) del comma 4 dell'art. 1, in ordine all'*impedimentum criminis*, va posto in luce come la norma non si premuri di modificare l'art. 88 c.c., sicché, l'omicidio o il tentato omicidio del coniuge o dell'unito con l'altra parte con cui ci si vorrebbe unire impedisce l'unione, mentre l'omicidio o il tentato omicidio dell'unito con la parte con cui ci si vorrebbe sposare non impedisce il matrimonio.

Sembra, al riguardo, che la legge si limiti a considerare l'eventuale passaggio dalla propensione eterosessuale a quella omosessuale di un soggetto mentre non consideri il mutamento inverso di attitudine sessuale.

La medesima considerazione ha ragione di essere anche con riferimento al fatto che, paradossalmente, la legge non contempla il c.d. lutto vedovile, non considerando l'eventualità che all'unione tra donne di cui una in stato interessante (p.m.a. eterologa o rapporto naturale con un uomo) possa seguire a breve distanza un matrimonio. Nel silenzio della legge, l'eventuale figlio, nato entro 300 giorni dalla fine della unione, sarà considerato figlio nato in costanza del nuovo matrimonio se celebrato prima dei 300

*stepchild adoption*, su cui a breve si tornerà, anche perché comunque fatte rientrare nelle ipotesi di adozione in casi particolari che non determinano effetti legittimanti.

<sup>40</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, cit., p. 17 ss.

giorni, ai sensi dell'art. 232 c.c. in forza della presunzione di concepimento, con ogni diretta conseguenza sul piano personale e successorio, in ragione della presunzione di paternità.

In rapporto alle ipotesi di nullità della unione e dei legittimati ad impugnarla (commi 5 e 6), ricalcando queste la disciplina codicistica dettata in ambito matrimoniale, non pongono problemi: il comma 5 dell'art. 1, oltre a comminare la nullità per i casi di unione contratta in violazione di quanto disposto al comma 4 dello stesso, prevede che all'unione si applichino gli artt. 65 e 68 c.c., nonché le disposizioni in ordine alla interdizione (art. 119 c.c.), alla incapacità di intendere e di volere (art. 120 c.c.), alla simulazione (art. 123 c.c.), all'azione del p.m. (art. 125 c.c.), alla separazione in pendenza di giudizio di nullità (art. 126 c.c.), all'intrasmissibilità dell'azione (art. 127 c.c.), nonché le norme sul matrimonio putativo (artt. 128, 129 e 129-*bis* c.c.) e sul vincolo di precedente unione (art. 1, comma 8, della legge in commento) che ricalca la prescrizione in ordine al vincolo di precedente matrimonio (art. 124 c.c., così come modificato dall'art. 1, comma 33 della legge in analisi).

Medesime considerazioni per quel che concerne il regime dei vizi del consenso, in quanto mutuato anch'esso da quello civilistico, sebbene, con riguardo all'errore<sup>41</sup>, il comma 7 dell'art. 1 non richiami la circostanza di cui all'art. 122, comma 3, n. 5, c.c. in ordine allo stato di gravidanza causato da persona diversa dal soggetto caduto in errore, purché ci sia stato disconoscimento ai sensi dell'art. 233 c.c. se la gravidanza è stata portata a termine.

Il regime patrimoniale e quello successorio non sembrano porre problemi, limitandosi la legge ad estendere la disciplina civilistica agli uniti. Con riguardo alla materia successoria, il comma 21 dell'art. 1 della legge in analisi rinvia alla normativa sulla indegnità, sui legittimari, sulla successione legittima, sulla collazione, sulla divisione e sul patto di famiglia. In relazione al regime patrimoniale tra gli uniti, l'unico rilievo attiene al rinvio operato dalla legge alla disciplina del fondo patrimoniale, dovendosi considerare come l'istituto sia volto prevalentemente alla creazione di un patrimonio destinato alle esigenze della prole minore di età, in ragione della sopravvivenza dello stesso sino alla maggiore età dell'ultimo figlio.

Il comma 14 dell'art. 1 estende l'applicabilità dei provvedimenti giudiziari in materia di ordini di protezione contro gli abusi familiari anche agli uniti, ancorché, sia in ragione della formulazione aperta dell'art. 342-*bis*

<sup>41</sup> In ordine all'errore sulle qualità personali quando questo riguardi l'esistenza di una malattia fisica o psichica tale da impedire lo svolgimento della vita comune, cfr. V. BARBA, *Unione civile*, cit., p. 315 ss.

c.c., sia in forza del disposto di cui all'art. 1, comma 20, della legge in commento, la precisazione si potrebbe ritenere superflua. Medesima considerazione può farsi per le norme richiamate al comma 19 in materia di alimenti (salvo quanto specificato in ambito di affinità), al matrimonio dello straniero nello Stato, all'allontanamento dalla residenza, alla costituzione del fondo e alla separazione dei beni, alla trascrizione delle domande di separazione degli immobili dotali e di quelle di scioglimento della comunione avente ad oggetto beni immobili e alle note di trascrizione.

Per converso, corretto appare il dettato del comma 15 che, imponendo al giudice tutelare di preferire ove possibile l'unito nella scelta dell'amministratore di sostegno, prevede implicitamente la possibilità in capo all'unito di richiedere l'amministrazione di sostegno e, peraltro, consente all'unito di promuovere l'interdizione, l'inabilitazione e la revoca di queste.

Da ultimo, il comma 17 dell'art. 1 replica la prima parte dell'art. 2122 c.c. in tema di indennità in caso di morte del prestatore di lavoro, integrando la disposizione civilistica specificando che le indennità dovranno corrispondersi anche all'unito. Al riguardo, sembra potersi prefigurare un possibile inasprimento dei conflitti in ordine all'eventuale riparto dell'indennità tra l'ex coniuge, l'ex unito e i figli.

4. I commi 11 e 12 ricalcano in parte, nei contenuti, le disposizioni di cui agli artt. 143 e 144 del codice civile.

Il comma 11 omette, però, rispetto all'art. 143 c.c., l'obbligo di fedeltà e la collaborazione nell'interesse della famiglia<sup>42</sup>, così come il comma 12 non riconduce, rispetto all'art. 144 c.c., l'accordo sull'indirizzo della vita familiare e l'elezione della residenza alle esigenze di entrambi e a quelle preminenti della famiglia. La normativa esclude, peraltro, l'applicabilità agli uniti dell'art. 145 c.c. in quanto non espressamente da questa richiamato; sicché, alla concreta tutela delle eventuali doglianze in ordine alle violazioni del disposto di cui al comma 12 dell'art. 1 della legge in analisi non si applicherà il regime previsto dall'art. 145 c.c.<sup>43</sup>, bensì si dovrà eventualmente ricorrere per le vie ordinarie.

Con riguardo a quanto sopra riferito, nonostante la sovrapposibilità della posizione degli uniti a quella dei coniugi, specie in forza del contenuto proprio dei commi 11 e 12 che rafforzano il carattere familiare dell'unione e l'intento equiparativo del legislatore, qualche riflessione occorre.

In tal senso, il mancato richiamo all'obbligo di fedeltà e all'interesse preminente della famiglia, pongono un elemento di distinzione forte del-

<sup>42</sup> Cfr., in proposito, V. BARBA, *Unione civile*, cit., p. 315 ss.

<sup>43</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, cit., p. 64 ss.

l'unione civile rispetto al matrimonio, confermando implicitamente la riconduzione del *favor matrimonii* sul piano costituzionale alla funzione procreativa primaria della famiglia legittima.

L'obbligo di fedeltà coniugale, infatti, ben lungi dall'essere un mero re-taglio del passato, trova ragione nella naturale proiezione della relazione eterosessuale coniugale verso la procreazione<sup>44</sup> e nella conseguente specifica protezione costituzionale degli interessi preminenti della famiglia: ciò che trova conferma nelle norme sulla certezza della maternità in forza del disposto di cui all'art. 269 c.c. e della correlata presunzione di paternità in costanza di matrimonio stabilita agli artt. 231 s. c.c.<sup>45</sup> anche in relazione al concepito.

Così, la scelta del legislatore di omettere ogni riferimento alla sfera procreativa, sebbene rifletta la volontà di disciplinare esclusivamente il rapporto fra gli uniti, non pare non possa ricondursi anche alla evidenza biologica di un rapporto omosessuale, e dunque al profilo di maggior distinzione rispetto al rapporto eterosessuale<sup>46</sup>.

La volontà di escludere dal quadro normativo ogni proiezione procreativa dell'unione civile fra le persone dello stesso sesso trova, del resto, conferma, non solo nella esclusione dell'obbligo di fedeltà, bensì anche nel fatto che, per un verso, nell'ambito degli impedimenti all'unione non è contemplato il richiamo all'art. 89 c.c. sul divieto temporaneo di nuove nozze; per altro verso, in ambito di vizi del consenso la norma non richiama la circostanza di cui all'art. 122, comma 3, n. 5, c.c., in ordine allo stato di gravidanza causato da persona diversa dal soggetto caduto in errore; per altro verso ancora, con riferimento allo scioglimento dell'unione e al rinvio alle disposizioni in materia di divorzio, è escluso il richiamo al matrimonio non consumato di cui all'art. 3, n. 2, lett. f)<sup>47</sup> e, da ultimo, dalla norma di cui al comma 20 nella parte in cui questa esclude l'estendibilità agli uniti delle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 144,

<sup>44</sup> A. NICOLUSSI, *Che cos'è il matrimonio (Recensione a S. GIRGIS, R.T. ANDERSON e R.P. GEORGE, Che cos'è il matrimonio, Milano, 2015)*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 977 ss.

<sup>45</sup> Cfr., al riguardo, da ultimo, E. GIACOBBE, *Dell'insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, II, p. 590 ss.; del resto, in dottrina non si manca di ricordare come il differente trattamento che la legge riservava all'adulterio della donna era giustificato proprio in forza di ciò: A. TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait!*, cit., p. 333.

<sup>46</sup> Si leggano, in proposito, le osservazioni di M. SEGNI, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 707 ss., spec. p. 708, ove l'A. intende il matrimonio come «strumento naturale di una funzione centrale nella vita di qualunque società, e cioè la procreazione» e, con essa, l'educazione e la cura del minore.

<sup>47</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, cit., pp. 175 e 283 s.



precisando però che resti fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti.

Con riferimento all'esclusione della estensione agli uniti civilmente della disciplina dell'adozione, il disposto di cui al comma 20 merita qualche breve precisazione, in relazione al fatto che, rispetto alla formulazione originaria, la legge in commento ha stralciato il rinvio alla lett. *b*)<sup>48</sup> dell'art. 44 della legge 4 maggio 1983, n. 184 e s.m. che prevedeva la c.d. *stepchild adoption*<sup>49</sup>, ossia estendeva la portata della norma in parola agli uniti, nel caso del minore figlio anche adottivo dell'altra parte<sup>50</sup>: il legislatore ha espresso, con ciò, una chiara intenzione di precludere agli uniti, non solo l'adozione ad effetti legittimanti<sup>51</sup>, bensì anche quella nel caso particolare di cui alla norma surrichiamata proprio in forza dell'ultimo cpv. del medesimo comma 20 che ribadisce la piena vincolatività delle disposizioni in materia di adozione.

Al riguardo, occorre però richiamare quella tendenza di taluni giudici del merito a fornire una lettura estensiva di quanto disposto alla lett. *d* in relazione alla *constatata impossibilità di affidamento preadottivo*, intendendo l'impossibilità come non solo *di fatto*, ma anche *di diritto*<sup>52</sup>, ammettendo alla adozione coppie dello stesso sesso, per la c.d. «continuità affettiva» con il minore, ora anche in ragione della legge 19 ottobre 2015, n.173 in ambito di affidamento familiare<sup>53</sup>. Alla tendenza in parola si contrappone, però, altro orientamento, secondo il quale «ritenere compresa nella nozione di constatata impossibilità di affidamento preadottivo l'impossibilità giuridica conduce ad una lettura eversiva della norma. Se un minore non è in stato di abbandono, posto che è giuridicamente impossibile che sia collocato in affidamento preadottivo, tanto significa che non

<sup>48</sup> Con riguardo all'ipotesi di riconoscimento di provvedimento straniero di adozione da parte del convivente omosessuale, cfr. App. Milano, Sez. min., 1 dicembre 2015, in *Fam. dir.*, 2016, p. 271 ss., con nota di F. TOMMASEO, *Sul riconoscimento dell'adozione piena, avvenuta all'estero, del figlio del partner d'una coppia omosessuale*.

<sup>49</sup> Cfr., N. CIPRIANI, *Coppie omosessuali, affidamenti e adozioni di minori*, in questa *Rivista*, 2015, p. 25 ss.; D. FERRARI, *Lo statuto giuridico dell'omogenitorialità in Italia e in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 111 ss.

<sup>50</sup> M. TRIMARCHI, *Il disegno di legge sulle unioni civili*, cit. p. 3; G. IORIO, *Il disegno di legge sulle «unioni civili»*, cit., p. 1017.

<sup>51</sup> M. TRIMARCHI, *ibidem*; F. ROMEO, in F. ROMEO, M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali*, cit., p. 980.

<sup>52</sup> Ci si vuol riferire, in particolare, a Trib. min. Milano, 28 marzo 2007, in *Fam. min.*, 2007, p. 83 ss.; App. Firenze, Sez. min., 4 ottobre 2012, in *aiaf-avvocati.it*; Trib. min. Roma, 30 luglio 2014 ss., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 109; App. Roma, Sez. min., 23 dicembre 2015, in *articolo29.it*; Trib. min. Roma, 22 settembre 2015, *ivi*.

<sup>53</sup> Su cui, cfr. M. DOGLIOTTI, *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 1107 ss.

è consentito dall'ordinamento che possa conoscere l'adozione»<sup>54</sup> di cui alla lett. d) in questione<sup>55</sup>.

Inoltre, occorre in proposito considerare, per un verso, come le disposizioni di cui all'art. 44 della legge sull'adozione in materia di adozione in casi particolari, in quanto eccezionali, non siano suscettibili di interpretazione estensiva, in armonia con quanto espresso dalla Corte costituzionale<sup>56</sup> e ribadito dalla S.C. recentemente<sup>57</sup> e, per altro verso, dovendosi ribadire che il diritto dei figli ad avere dei genitori non può tradursi nel diritto di un soggetto ad avere figli<sup>58</sup>, in quanto il primo trova ragione nella superiorità dell'interesse del minore che è specchio di un ordine gerarchico non invertibile<sup>59</sup>, così come, del resto, confermato dalla S.C. a Sezioni Unite<sup>60</sup> in ordine agli artt. 3 e 20 della Convenzione di New York.

##### 5. Avuto riguardo alle ragioni di scioglimento dell'unione civile, que-

<sup>54</sup> Così, Trib. Min. Piemonte e Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, nn. 258 e 259, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 205 ss., con nota di A. NOCCO, *L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura «eversiva» dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983*; in senso conforme, Trib. min. Potenza, 15 maggio 1984, in *Dir. fam. pers.*, 1984, I, p. 1039 ss.; Trib. Roma 22 dicembre 1992, in *Giur. merito*, 1993, p. 924 ss.; App. Torino, 9 giugno 1993, in *Dir. fam. pers.*, 1994, I, p. 165 ss.; Trib. min. Ancona, 15 gennaio 1998, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 1711 ss.; Cass. 2 febbraio 2015, n. 1792, in *CED on line*.

<sup>55</sup> In proposito, cfr. G. MIOTTO, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, II, p. 1335 ss.; G. VACCARO, *Il diritto individuale ad avere una famiglia tra il modello familiare tradizionale e le diverse unioni*, *ivi*, p. 759 ss.

<sup>56</sup> Corte cost., 16 maggio 1994, n. 183, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 605 ss.; in proposito, cfr. G. BALLARANI, *L'adozione da parte del singolo: spunti di riflessione*, in G. GIACOBBE (a cura di), *Annali 2001 della Facoltà di Giurisprudenza della LUMSA*, Torino, 2002, p. 291 ss.

<sup>57</sup> Cass., 27 settembre 2013, n. 22292, in *Guida dir.*, 2013, 46, p. 34 ss., secondo cui «la norma di cui all'art. 44 individua ipotesi tassative e di stretta interpretazione. Cosicché è contrario alla *ratio legis* dell'art. 44 dilatare la nozione di impossibilità di affidamento preadottivo ricomprendendovi non solo l'ipotesi del mancato reperimento (o del rifiuto) di aspiranti all'adozione legittimante, ma anche l'ipotesi del contrasto con l'interesse del minore, in quanto criterio guida di tutta la normativa sull'adozione», con ciò mutando l'orientamento precedentemente espresso da Cass., 21 luglio 1995, n. 7950, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 697 ss., con nota A. GABRIELLI. *Contra*, cfr., però, Cass., 22 giugno 2016, n. 12962.

<sup>58</sup> G. BALLARANI, *L'adozione da parte del singolo*, *cit.*, p. 291 ss.; G. PERLINGIERI, *Il «discorso preliminare» di Portalis*, *cit.*, p. 683.

<sup>59</sup> In proposito, sia consentito un rinvio a G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Milano, 2008, p. 38 ss.; *Id.*, *Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336 bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 841 ss., spec. p. 846, nonché G. BALLARANI, P. SIRENA, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 534 ss., spec. p. 536 ss.

<sup>60</sup> Cass., Sez. un., 1 giugno 2010, n. 13332, in *Foro it.*, 2011, 6, c. 1862, con nota di G. IANIRUBERTO.

ste sono individuate dal legislatore, oltre che nella morte e nella dichiarazione di morte presunta (comma 22), nei casi previsti dall'art. 3, numero 1 e numero 2, lett. *a*), *c*), *d*) ed *e*) della legge sul divorzio (comma 23). La legge, al comma 25 dell'art. 1, sancisce l'applicabilità, entro i limiti di compatibilità, degli artt. 4, 5, comma 1 e commi dal 5 (con riguardo al quale, però, nella determinazione del *quantum* dell'assegno «divorzile», il giudice non potrà tener conto tra le ragioni della decisione dell'eventuale infedeltà di una parte) all'11, e degli artt. 8, 9, 9-*bis*, 10, e dal 12-*bis* al 12-*sexies* della medesima legge n. 898 del 1970, nonché delle disposizioni di cui al Titolo II del Libro IV del codice di rito in ordine al procedimento in materia di famiglia e di stato delle persone (artt. 706 ss. c.p.c.) e degli artt. 6 e 12 della legge 10 novembre 2014, n. 162 in materia di negoziazione assistita.

In proposito, occorre precisare in primo luogo che, il rinvio alla legge sul divorzio troverà applicazione esclusivamente nelle sole ipotesi previste, essendo escluso dalla normativa il regime della separazione legale; sicché, il rinvio operato dal legislatore anche all'art. 708 c.p.c. dovrà intendersi riferito al solo reclamo in appello dei provvedimenti temporanei ed urgenti assunti dal presidente del Tribunale in sede di udienza di comparizione.

In secondo luogo, oltre a quanto precedentemente asserito in ordine al mancato richiamo della lett. *f*) dell'art. 3, numero 2 della legge sul divorzio, il mancato richiamo al caso previsto alla lett. *g*) della medesima trova ragione nel fatto che il legislatore ha previsto che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determini lo scioglimento automatico dell'unione (comma 26) e, del pari, in ambito di matrimonio, qualora i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il vincolo o di non farne cessare gli effetti civili a séguito di rettificazione anagrafica di sesso, consegnerà l'automatica instaurazione tra loro dell'unione civile (comma 27)<sup>61</sup>.

Da ultimo, una notazione a parte merita la disposizione di cui al comma 24, a mente del quale, l'unione può sciogliersi quando le parti hanno manifestato, *anche disgiuntamente*, la volontà di scioglimento innanzi all'ufficiale di stato civile, precisando che, in tal caso, la domanda (di omologazione giudiziale della volontà?) deve proporsi (al giudice competente per il divorzio?) decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di

<sup>61</sup> Al riguardo, il legislatore ha dato seguito a quanto espresso da Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, cit.; cfr., inoltre, Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2385, con osservazioni di R. ROMBOLI; In proposito, cfr. A. CORDIANO, *Transizione sessuale e rapporti familiari*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 762 ss.



scioglimento dell'unione. La norma prevede, dunque, lo scioglimento, senza formalità alcuna, per mutuo dissenso o, addirittura, per recesso unilaterale.

In proposito, la previsione dello scioglimento per mutuo dissenso o per recesso unilaterale, specie se ricondotta alle altre peculiarità della disciplina dell'unione che maggiormente ne segnano i profili di distinzione con quella del matrimonio, apre uno spiraglio considerevole a una riflessione che in questa sede, per ragioni di sintesi, si accennerà solamente, ma che merita approfondimenti specifici.

Ci si vuol riferire al tradizionale inquadramento del matrimonio entro l'alveo del negozio giuridico a carattere personale di natura familiare. Secondo l'impostazione classica<sup>62</sup>, infatti, se la categoria del negozio giuridico non si esaurisce nel contratto, ricomprendendo quegli altri atti ove alla volontà delle parti è rimessa la facoltà di costruire la fattispecie in relazione all'effetto che questa deve produrre al fine di soddisfare gli interessi così come tra loro divisati, il dato che consente la distinzione tra contratto e matrimonio è ravvisato, per un verso, nella natura patrimoniale del rapporto che genera il primo anche a fronte di interessi non patrimoniali che muovono le parti a concluderlo e dalla natura personale del rapporto che genera il secondo, anche a fronte degli interessi patrimoniali che potrebbero indurre una parte a concluderlo; per altro verso, nel fatto che gli interessi delle parti del contratto sono divergenti ed il contratto è lo strumento attraverso il quale questi vengono a comporsi nella volontà contrattuale come sintesi del punto di incontro raggiunto con la negoziazione, mentre gli interessi dei nubendi sono convergenti e il matrimonio è espressione di una volontà univoca: sicché se il contratto è l'accordo fra due o più parti volto alla costituzione, regolamentazione od estinzione tra loro di un rapporto di natura patrimoniale, il matrimonio è l'accordo fra due persone di sesso opposto volto alla costituzione di un rapporto di natura personale. Da ciò si fa derivare la natura negoziale del matrimonio che, in quanto negozio, ha tratti comuni con il contratto ma, in quanto proiettato alla costituzione di un rapporto personale, dal contratto mutua la disciplina entro limiti di compatibilità.

Orbene, con riguardo alle unioni civili, qualche perplessità sorge a volerle inquadrare entro il medesimo ambito negoziale familiare del matrimonio. Le ragioni delle perplessità poggiano su alcune considerazioni di fondo:

in primo luogo, se l'emancipazione del sedicenne ha incidenza esclu-

<sup>62</sup> *Ex multis*, da ultimo, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, cit., p. 33 ss.; cfr., inoltre, E. GIACOBBE, *Il matrimonio*, I, *L'atto e il rapporto*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2011, p. 62 s.

siva sugli effetti personali del matrimonio, ammettere all'unione solamente i maggiorenni rafforza la rilevanza ai fini dell'effetto della piena capacità di agire patrimoniale e, di conseguenza, la natura eminentemente patrimoniale del rapporto che l'atto determina;

in secondo luogo, ancora con riguardo al rapporto, ogni profilo attinente ai doveri di natura personale viene quantomeno ridimensionato, a non voler dire che viene privato di ogni rilevanza giuridica, se è vero che, oltre all'esclusione dell'ambito della fedeltà dal novero dei diritti e doveri che sorgono in capo agli uniti, con riguardo agli altri doveri di natura personale di coabitazione e di solidarietà morale, la violazione di questi non ha conseguenze, argomentando in ordine al rifiuto normativo dell'intero sistema rimediale proprio della separazione che è informato, per un verso, sí, alla generica intollerabile prosecuzione della convivenza, ma, per altro verso, alla specifica violazione dei doveri in parola;

in terzo luogo, lo scioglimento, senza formalità alcuna, per mutuo dissenso o, addirittura, per recesso unilaterale<sup>63</sup> stabilito al comma 24 dell'art. 1;

in quarto luogo, il rifiuto della disciplina della promessa di matrimonio che, in quest'ambito, ha un rilievo del tutto proprio, volendosi considerare la possibilità di un preliminare dell'atto di unione, ben oltre le argomentazioni in materia di accordi prematrimoniali e gli approdi giurisprudenziali al riguardo raggiunti dalla S. corte<sup>64</sup>, in quanto nulla vieta agli unendi di assumere un impegno vincolante e quindi di segno opposto rispetto a quello imposto ai nubendi dall'art. 79 c.c., non essendo questo ai primi applicabile;

da ultimo, il mancato richiamo della norma di cui all'art. 108 c.c. sulla inapponibilità di termini e condizioni che non può considerarsi ricompresa, in forza di quanto stabilito al comma 20 dell'art. 1 più volte richiamato.

Tutto ciò induce quantomeno a riflettere sulla possibile maggiore riconducibilità dell'unione civile agli stilemi propri e alle regole tipiche dei negozi che generano rapporti di natura patrimoniale fra le parti, ossia al

<sup>63</sup> In proposito, si considerino le riflessioni di A. TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plaît!*, cit., p. 342 s., allorché individua la profonda differenza tra matrimonio e contratto nel fatto che cessazione del rapporto coniugale non può determinarsi per volontà delle parti e tantomeno di una sola di esse.

<sup>64</sup> *Ex multis*, Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. dir.*, 2013, p. 843 ss., con nota di A. FIGONE, *Ancora in tema di patti prematrimoniali*; Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 94 ss., con nota di E. TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract?*; Cass., 19 agosto 2015, n. 16909, in *CED on line*.

possibile inquadramento dell'unione civile fra persone dello stesso sesso entro l'alveo del contratto.

Orbene, per la violazione di quei residui doveri personali (tra i quali, però, non può non ricomprendersi la violazione del dovere di fedeltà in quanto questa può comunque ben essere causa di danno e fondamento di pretese risarcitorie<sup>65</sup>), non potendosi invocare i rimedi specifici tipici del matrimonio (la separazione, l'addebito, la richiesta di divorzio per tre anni di separazione, la ragione della rottura della convivenza per violazione del dovere di fedeltà nella quantificazione dell'assegno divorzile) in quanto esclusi dalla normativa, si potrà invocare il danno endofamiliare pretendendo il correlato risarcimento<sup>66</sup>; del pari, si potrà procedere allo scioglimento del rapporto nelle forme, nei modi e per le ragioni previste dalla legge in analisi.

Ma, per quanto sopra argomentato, verrebbe da interrogarsi sulle eventuali pretese risarcitorie e restitutorie a fronte dello scioglimento dell'unione per recesso unilaterale e sulla disciplina ad esse applicabile, essendosi in ipotesi quantomeno di confine fra contratto e torto<sup>67</sup>; del pari, verrebbe da interrogarsi sulla eventuale facoltà in capo agli uniti di ricorrere a quei tipici strumenti dell'autonomia privata (ad esempio, clausola penale, caparra confirmatoria, prezzo per il recesso, ecc.) in sede di stipulazione di eventuali accordi pre-unione, sulla scorta dei modelli anglosassoni. Ciò comporterebbe una valutazione sulla eventuale legittimità dei suddetti accordi in punto di meritevolezza degli interessi sottesi, secondo la regola di cui all'art. 1322, comma 2, c.c.; valutazione che, però, occorrerebbe svolgere secondo criteri differenti rispetto a quanto affermato dalla S.C. in tema di accordi prematrimoniali, in ragione delle oggettive differenze tra matrimonio come negozio di natura familiare a carattere eminentemente personale e unioni civili come negozio a carattere promiscuo, patrimoniale e personale.

<sup>65</sup> In senso conforme, V. BARBA, *Unione civile*, cit., p. 315 ss.; *contra*, F. ROMEO, in F. ROMEO, M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali*, cit. p. 984.

<sup>66</sup> Cfr., in proposito, *ex multis*, S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, *passim*; M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 14 ss.; P. VIRGADAMO, *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, II, p. 1894 ss., oltre al vasto formante giurisprudenziale in materia a partire da Cass., 26 maggio 1995, n. 5866, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 843 ss.

<sup>67</sup> A voler mutuare l'espressione di C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss.

6. Volgendo la riflessione alla disciplina della convivenza, questa è, a ben vedere, la parte che maggiormente pone problemi, potendo divenire il maggior deterrente alla scelta di convivere.

Preliminarmente occorre interrogarsi sulla necessità di un intervento normativo in materia, posto che, quelle esigenze di tutela alla base dell'ampio dibattito sulla giuridicizzazione delle convivenze di fatto<sup>68</sup>, vengono del tutto mitigate nell'odierno confronto, per un verso, con la disciplina del c.d. «divorzio breve»<sup>69</sup> e della «negoziata assistita»<sup>70</sup> che risolvono gli interessi di quanti, eterosessuali, non potevano formalizzare la loro unione con il crisma matrimoniale per pregresso vincolo non risolto e, per altro verso, con le disposizioni di cui alla legge in commento, per quel che attiene alle unioni civili. Sicché, oggi ancor più che ieri, la convivenza riflette esclusivamente la libera scelta<sup>71</sup>.

Ciò precisato, la normativa non si limita ad estendere a coloro che potrebbero semplicemente dichiararsi conviventi, in forza di una altrettanto semplice autocertificazione non formale, gli stessi diritti spettanti ai co-

<sup>68</sup> Dal noto Convegno di Pontremoli (AA.Vv., *La famiglia di fatto, Atti del convegno nazionale di Pontremoli* (27-30 maggio 1976), Montereale, 1977, *passim*) in avanti gli scritti che si sono susseguiti sono davvero numerosi. Così, solo a volerne richiamare alcuni, senza pretesa di completezza alcuna, cfr. F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, Camerino-Napoli, 1980, p. 42 ss.; V. ROPPO, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 758 ss.; F. GAZZONI, *La famiglia di fatto tra legge e autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 1981, II, p. 262 ss.; ID., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, *passim*; AA.Vv., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1987, *passim*; L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, p. 6 ss.; G. FERRANDO, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 1998, p. 183 ss.; A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio*, cit., *passim*; N. LIPARI, *Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, cit., p. 17 ss.; G. GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia*, cit., p. 481 ss.; ID., *Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, II, p. 305 ss.

<sup>69</sup> Sulla legge 6 maggio 2015, n. 55, cfr., *ex pluribus*, F. TIZI, *La normativa sul divorzio breve: analisi della disciplina e aspetti problematici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 1079 ss.; cfr., inoltre, le considerazioni di T. AULETTA, *Modelli familiari*, cit., p. 624 ss.

<sup>70</sup> In relazione alla legge 10 novembre 2014, n. 162 di conversione del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, cfr., *ex multis*, G. FREZZA, «degiurisdizionalizzazione», *negoziata assistita e trascrizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 18 ss.; F.P. LUISO, *La negoziata assistita*, *ivi*, p. 649 ss.; C. CONSOLO, *È legge (con poche modifiche) il d.l. sulla «degiurisdizionalizzazione» arbitral-conciliativa, sulle passarelle processuali, sulla grinta esecutiva*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 1061 ss.; S. DELLE MONACHE, *Profili civilistici della «negoziata assistita»*, *ivi*, 2015, p. 105 ss.; A. CILENTO, *Negoziata assistita e mediazione familiare nella prospettiva della sussidiarietà*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà*, cit., p. 673 ss.

<sup>71</sup> A. TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait!*, cit., p. 329 ss., spec. p. 365; M. SESTA, *Le convivenze tra libertà, solidarietà e public policy*, in *Scritti in onore di C.M. Bianca*, I, Milano, 2006, p. 483 ss., spec. p. 490 ss.

niugi in una pluralità di materie<sup>72</sup>, né si premura di stabilire l'eventuale maggiore o minore diritto del coniuge o dell'unito nel confronto con la posizione del convivente.

La legge in commento si spinge ben oltre.

Al comma 36 specifica che «ai fini delle disposizioni di cui ai commi dal 37 al 67, si intendono per “conviventi di fatto” due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile», con ciò trasponendo, *sic et simpliciter*, le convivenze dal piano del fatto a quello del diritto.

Al riguardo sembra doversi porre in evidenza la palese contrarietà della impostazione normativa al contenuto dell'art. 8 della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, determinando questa una ingerenza non giustificabile dell'ordinamento nella sfera privata in quanto, *ope legis*, accomunata a quella familiare<sup>73</sup>; nonché all'art. 3 cost., se posto in relazione alla libera determinazione della personalità individuale di cui all'art. 2 cost.<sup>74</sup>, in quanto equipara coloro che liberamente decidono di non vincolarsi reciprocamente in matrimonio o in unione civile a coloro i quali, altrettanto liberamente, decidono di farlo, rilevandosi in ciò una prospettiva di illegittimità costituzionale della disciplina generale delle convivenze, con esclusione dei commi dal 38 al 49 e delle disposizioni sul contratto di convivenza, peraltro criticabili su altro fronte.

In tal senso, infatti, se il comma 37 rinvia alla dichiarazione anagrafica di cui agli artt. 4 e 13, comma 1, lett. *b*), del d.P.R. 30 maggio 1989, n. 233 *ai soli fini dell'accertamento della stabilità della convivenza*, ciò comporta che sono sufficienti i presupposti di cui al comma 36 per ricondurre

<sup>72</sup> Ordinamento penitenziario (comma 38), malattia, ricovero, scelte terapeutiche, donazione di organi (commi 39, 40 e 41), successione nel contratto di locazione (comma 44), preferenza nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi popolari (comma 45), impresa familiare (comma 46), nomina del tutore, curatore o amministratore di sostegno (comma 48) e risarcimento del danno da perdita di congiunto (comma 49), diritto di abitazione del convivente superstite, salvo quanto previsto dall'art. 337 *sexies*, c.c. (commi 42 e 43), ancorché il comma 42 nulla dica sull'eventuale conflitto fra l'avente diritto ai sensi dell'art. 337 *sexies* c.c. e l'avente diritto ai sensi del medesimo comma 42, ult. cpv.

<sup>73</sup> In argomento, si legga M. ALBINI, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la tutela della famiglia: gli artt. 8 e 12 della Convenzione. L'attuazione dei principi dell'Ordinamento interno*, in AA. VV., *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, supp. al vol. XL, 2008, n. 12 di *Giur. mer.*, p. 54 ss., spec. p. 57; G. BALLARANI, *La mediazione familiare*, cit., p. 500 s.; cfr., inoltre, F. ROMEO, in F. ROMEO, M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali*, cit., p. 982.

<sup>74</sup> M. AINIS, *La piccola eguaglianza*, cit., pp. 48 ss. e 52 ss.



ogni convivenza di fatto entro i paradigmi normativi dettati con la legge in commento<sup>75</sup>.

E questo non è privo di conseguenze.

Basti pensare, in tal senso, alla reciproca assistenza morale e materiale, che la legge (comma 36) individua come co-elemento qualificante la convivenza fra maggiorenni, al pari della stabilità affettiva, ma che altrettanto può essere fonte di pretese *infra* o *post* convivenza.

A riprova di ciò, sebbene il comma 65 rimetta al giudice il compito di *stabilire* il diritto del convivente di ricevere dall'altro gli alimenti, qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento<sup>76</sup> (richiamando, al riguardo, il disposto di cui all'art. 438 c.c.), ciò non sembra affatto sufficiente ad escludere la legittimità di eventuali pretese di mantenimento, proprio in forza del comma 36, posto che il fatto della solidarietà anche materiale è insito nella convivenza stabile<sup>77</sup>, tanto più che, con il contratto di convivenza, alle parti è rimessa la *mera facoltà* di disciplinare anche la partecipazione al *ménage*, potendosi convenire con quanti ravvisano in ciò la spia di una «situazione giuridica sottratta, nella sua insorgenza, alla autonomia privata»<sup>78</sup>, sorgendo questa «*ex lege* indipendentemente dalla conclusione del contratto in parola»<sup>79</sup>.

Giusto a voler accennare a qualche ipotesi, a fronte della cessazione dello stabile rapporto di coppia fra maggiorenni nel corso del quale i conviventi abbiano reciprocamente provveduto ad assistersi sul piano materiale, potrebbe trovare accoglimento l'eventuale pretesa giudiziale di mantenimento, ben oltre la soglia del bisogno di cui al comma 65, in forza della solidarietà *post* convivenza?

Del pari, in relazione a una convivenza in alcun modo formalizzata, ma comunque stabile e astrattamente riconducibile ai canoni del comma 36 in analisi, qualora una delle parti richiedesse giudizialmente un contributo al mantenimento ai sensi del comma 36 per solidarietà *post* convi-

<sup>75</sup> Al riguardo, ancorché con riferimento al d.d.l. originario, M.C. VENUTI, in F. ROMEO, M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali*, cit., p. 998, evidenziano come l'assistenza morale e materiale, effetto diretto della stabile convivenza, sia da intendere come «dovere giuridico che sorge vicendevolmente sui *partner* [...] e non dato materiale [...] da cui desumere [...] la sussistenza della "convivenza di fatto"».

<sup>76</sup> A non voler soffermarsi sul fatto che il compito del giudice non sarà quello di *stabilire* se il richiedente abbia il diritto agli alimenti, in quanto il diritto in parola è accordato dal legislatore medesimo, bensì sarà quello di accertare nel concreto il ricorrere dello stato di bisogno dell'interessato.

<sup>77</sup> M.C. VENUTI, in F. ROMEO, M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali*, cit., p. 1003.

<sup>78</sup> M.C. VENUTI, *o.c.*, p. 1010.

<sup>79</sup> M.C. VENUTI, *o.c.*, p. 1009.

venza, ovvero gli alimenti in relazione a quanto disposto al comma 65, potrebbe questi vedersi riconosciuto il diritto attraverso una interpretazione analogica dei principi espressi dalla legge, in forza della qualificazione del rapporto in termini di *contatto sociale su base affettiva* che determina il sorgere di obblighi di protezione in capo ai conviventi?

E ancora, qualora un maggiorenne, non indipendente economicamente, beneficiato del mantenimento da parte dei genitori ai sensi delle disposizioni di cui agli artt. 337-*bis* e ss. c.c., intraprendesse una convivenza con altro soggetto economicamente indipendente, questo potrebbe giustificare la sospensione degli obblighi di contribuzione a carico dei genitori per il tempo della convivenza del figlio?

Sembra in proposito doversi escludere la riconducibilità di quanto spontaneamente prestato reciprocamente dai conviventi nel corso del rapporto entro l'alveo delle obbligazioni naturali<sup>80</sup>, per un verso, argomentando in ordine al passaggio della convivenza dal fatto al diritto e, per altro verso, proprio in ragione del fatto che la contribuzione materiale è requisito normativo qualificante la convivenza e co-elemento al ricorrere del quale ad essa si applica la normativa in commento; sicché da escludersi è la invocabilità, a difesa, dell'art. 2034 c.c.

7. Un discorso a parte, seppur breve, merita la previsione in ordine al contratto di convivenza di cui ai commi 50 ss.

In particolare, ai conviventi è rimessa la facoltà di disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza (comma 50)<sup>81</sup>, con il quale questi possono indicare (comma 53), oltre alla residenza, le modalità di contribuzione al *ménage*, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale e casalingo, nonché optare per la comunione dei beni<sup>82</sup>, secondo le regole proprie della comunione legale<sup>83</sup>. In ragione del fatto che la norma

<sup>80</sup> In termini non dissimili, F. ROMEO, M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali*, cit., rispettivamente pp. 988 e 1003. In materia, si rinvia a A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio*, cit., p. 111 ss., nonché a S. DELLE MONACHE, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 944 ss., spec. p. 946 s.

<sup>81</sup> Ravvisa in esso un patto di solidarietà destinato a regolare non solo rapporti patrimoniali M.C. VENUTI, in F. ROMEO, M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali*, cit., p. 1006 s.; cfr., altresì, G. IORIO, *Il disegno di legge sulle «unioni civili»*, cit., p. 1026.

<sup>82</sup> Ritiene alternativa la scelta in relazione alle modalità di contribuzione rispetto a quella della comunione dei beni, G. IORIO, *Il disegno di legge sulle «unioni civili»*, cit., p. 1027; cfr., altresì, M. TRIMARCHI, *Il disegno di legge sulle unioni civili*, cit., p. 4 s.

<sup>83</sup> M.C. VENUTI, in F. ROMEO, M.C. VENUTI, *o.c.*, p. 1010.

non vincola le parti a disciplinare i suddetti aspetti entro i termini suindicati, rimane ferma la disponibilità di questi di disciplinare in piena autonomia i loro rapporti *patrimoniali*, entro i limiti della conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico: ciò che induce perplessità sulla inapponibilità all'atto di termini o condizioni (comma 56), per l'ingiustificata compressione dell'autonomia negoziale in ambito patrimoniale<sup>84</sup>, specie se relazionata all'eventuale recesso unilaterale o alla risoluzione per matrimonio o unione civile con parti terze.

Sotto il profilo soggettivo, a pena di nullità (comma 57)<sup>85</sup>, il contratto non può essere concluso da minori di età, da interdetti giudiziali, in presenza di un vincolo matrimoniale, di una unione civile o di altro contratto di convivenza (e si vedano, al riguardo, le considerazioni svolte *supra*, § 3), in presenza di rapporti di parentela, affinità (cfr., ancora, *supra*, § 3) o adozione, nonché nel caso di condanna per il delitto di cui all'art. 88 c.c.

Avuto riguardo alla forma, il comma 51, prescrive che il contratto in parola, le sue modificazioni e quelle attinenti al regime patrimoniale scelto, nonché la risoluzione dello stesso per accordo fra le parti o per recesso unilaterale (commi dal 58 al 60) debbano essere redatti per atto pubblico o scrittura privata autenticata da un notaio o da un avvocato<sup>86</sup>, salva la sola competenza del notaio nel caso in cui gli atti in questione abbiano ad oggetto il trasferimento di diritti reali immobiliari, ai sensi del comma 60, ult. cpv. Ai professionisti in parola, è, per un verso, attribuito il compito di attestare la conformità del contratto alle norme imperative e all'ordine pubblico e, per altro verso, è imposto di provvedere, entro dieci giorni dalla sottoscrizione, a trasmettere copia dell'atto al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione anagrafica, ai sensi degli artt. 3 e 7 del d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223; non si comprende, però, come ciò possa ritenersi sufficiente ai fini della opponibilità ai terzi così come prescritto al 52 comma<sup>87</sup>, tanto più se i *partner* optino per la comunione legale.

Con riferimento alle cause di scioglimento del contratto<sup>88</sup>, il comma 58 prevede che questo si *risolva*<sup>89</sup> per accordo fra le parti, recesso unilaterale,

<sup>84</sup> In senso conforme, M.C. VENUTI, *o.c.*, p. 1009; *contra* M. TRIMARCHI, *Il disegno di legge sulle unioni civili*, cit., p. 5.

<sup>85</sup> G. IORIO, *Il disegno di legge sulle «unioni civili»*, cit., p. 1028.

<sup>86</sup> Al riguardo, logiche perplessità sulla imprecisione terminologica sono ben espresse da M.C. VENUTI, in F. ROMEO, M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali*, cit., p. 1008, nonché da G. IORIO, *Il disegno di legge sulle «unioni civili»*, cit., p. 1026 s.

<sup>87</sup> M.C. VENUTI, *ibidem*; G. IORIO, *Il disegno di legge sulle «unioni civili»*, cit., p. 1029.

<sup>88</sup> Cfr. in proposito, G. IORIO, *Il disegno di legge sulle «unioni civili»*, cit., p. 1028.

<sup>89</sup> Anche in relazione a ciò, la disciplina lascia perplessi, oltre che dal punto di vista terminologico, in punto di annotazione del professionista a margine del contratto e per il meccani-



matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona, ovvero per morte di uno dei contraenti. La risoluzione del contratto per mutuo dissenso determina lo scioglimento della comunione legale. Medesima conseguenza ha la risoluzione per recesso unilaterale che però vincola il professionista a notificare copia del relativo atto all'altro contraente. Per il caso in questione, qualora la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente, la dichiarazione di recesso sarà nulla se non conterrà il termine – non inferiore a novanta giorni – concesso all'altro convivente per lasciare l'abitazione, salvo, sarebbe da aggiungere, che vi siano figli minori, dovendosi dare prevalenza alla disciplina di cui agli artt. 337-*bis* ss. c.c.

Con riguardo all'eventuale recesso unilaterale, ovvero allo scioglimento del contratto per matrimonio o unione civile con soggetto diverso dall'altro contraente, appare naturale interrogarsi sulle pretese risarcitorie e restitutorie e sulla disciplina ad esse applicabile che, presumibilmente, non potrà non essere se non quella di cui ai rimedi contrattuali civilistici classici.

8. Alla luce di quanto sinora brevemente accennato e volendo tralasciare i numerosi punti oscuri della disciplina, per ragioni di continenza espositiva e in quanto *in obscuris non fit interpretatio*, qualche domanda, peraltro senza risposta, sorge spontanea.

In primo luogo, dovendosi escludere *in radice* la sottoscrizione in vista della cessazione della convivenza (salvo l'eventuale sottoscrizione di un preliminare di convivenza sulla cui liceità non sembra potersi sindacare), *quando* stipulare un contratto di convivenza? Preliminarmente, all'inizio, o durante?

In secondo luogo, *perché* stipulare un contratto di convivenza?

A quest'ultima domanda una risposta davvero non sembra potersi dare, solo a voler considerare come ogni aspetto di questo così come disciplinato dalla legge, ha potuto, può e potrà essere oggetto di migliore libera determinazione pattizia<sup>90</sup> in ossequio alla regola sulla autonomia privata di

smo delle notifiche, così come posto in luce da M.C. VENUTI, in F. ROMEO, M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali*, cit., p. 1011.

<sup>90</sup> In proposito, cfr., da ultimo, V. BARBA, *Unione civile*, cit., p. 315 ss. Cfr., inoltre, quanto sostenuto da L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, cit., p. 6 ss., nonché da A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio*, cit., pp. 12 e 28 ss., il quale ultimo rileva l'esigenza di contemperare ed integrare «auto» ed «etero» regolamentazione pattizia. Di diverso avviso, L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia*, cit., p. 1121, il quale ravvisa «difficoltà insite nella stessa decisione di concludere un contratto che si proponga di disciplinare situazioni il cui substrato è di chiara natura affettiva».

cui all'art. 1322 c.c., potendo le parti accedere ad ogni fattispecie negoziale ancorata, sul piano causale, a ragioni di solidarietà o di liberalità, ovvero ricorrendo alla costruzione di modelli contrattuali atipici volti alla realizzazione di interessi solidaristici meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico<sup>91</sup>.

Del resto, il rapporto affettivo e stabile ben può porsi come substrato sul quale si innestino doveri di solidarietà che giustifichino, sul piano causale concreto, il ritenere come meritevoli gli interessi – patrimoniali e anche non patrimoniali, argomentando *ex art.* 1174 c.c., nella specie, solidaristici in quanto riconducibili all'art. 2 cost. – posti a fondamento di eventuali contratti atipici (art. 1322, comma 2, c.c.) di convivenza che, comunque, in quanto tali, generino un rapporto di natura patrimoniale fra le parti, con il solo limite relativo ai doveri personali (fedeltà, assistenza morale e coabitazione, peraltro, non coercibili), che non possono formare oggetto del contratto né, più in generale, oggetto di rapporto obbligatorio, in quanto non suscettibili di valutazione economica<sup>92</sup>, difettando del requisito posto dall'art. 1174 c.c.

9. Alla luce di queste brevi riflessioni, il dato che emerge con ogni evidenza è l'insufficienza del testo approvato dalle Camere che forse meritava maggiore riflessione, così come del resto correttamente osservato già in primo commento all'allora d.d.l. da quella autorevole dottrina<sup>93</sup> che lo ha ritenuto sproporzionato per eccesso con riguardo alle unioni civili e per difetto in relazione alle convivenze.

Peraltro, se tanto è stato fatto verso la c.d. depatrimonializzazione del diritto civile e della famiglia nello specifico<sup>94</sup>, in ossequio al principio per-

<sup>91</sup> Osserva S. DELLE MONACHE, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, cit., p. 948, che «rispetto ai contratti di convivenza, sembra dunque porsi la seguente alternativa: o essi costituiscono la fonte di un rapporto obbligatorio che le parti instaurano nel contesto del loro *ménage*, inteso come il semplice sfondo in cui il rapporto stesso si inquadra; o li si dovrà invece considerare come atti che arricchiscono di ulteriori elementi un rapporto principale in sé dotato di autonoma rilevanza giuridica».

<sup>92</sup> S. DELLE MONACHE, *o.c.*, p. 952 s.; G. OBERTO, *Convivenza (contratti di)*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 369 ss., spec. p. 379; A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, pp. 929 e 936; A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio*, cit., p. 89; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 164.

<sup>93</sup> M. TRIMARCHI, *Il disegno di legge sulle unioni civili*, cit., p. 5.

<sup>94</sup> Cfr. A. DE CUPIS, *Sulla depatrimonializzazione del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 482; P. PERLINGIERI, *Depatrimonializzazione e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, Napoli, 2006, p. 114 ss.; P. STANZIONE, *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 251 ss., spec. p. 265.

sonalistic fulcro della nostra Costituzione, a tutela ruolo centrale che la persona umana assume nell'ordinamento<sup>95</sup>, siamo sicuri che incidere in modo così significativo sul fondamento primo del matrimonio – l'*affectio coniugalis* – assimilando ad esso spuri istituti di matrice prevalentemente patrimoniale, non contribuisca a minare ulteriormente il senso della famiglia come elemento di raccordo tra Stato e persona<sup>96</sup>?

E perché non rimettere semplicemente alla libera determinazione patiziale la tutela di quegli interessi, informati ad esigenze solidaristiche, ma dai chiari risvolti patrimoniali?

Del resto, la forte tendenza alla definitiva privatizzazione del diritto di famiglia che, muovendo dalle istanze di riconoscimento di una maggiore autonomia privata nel quadro dei rapporti familiari, sembra condurre ad una neo-patrimonializzazione dello stesso con il passaggio da *partner* a *parti*, sembra confrontarsi con un altrettanto forte spinta di segno opposto a voler estendere il «crisma» laico del matrimonio oltre i confini suoi propri, in un contesto che, però, sempre più sta incidendo in modo drastico sulla natura originaria dell'istituto (divorzio breve, negoziazione assistita, ammissibilità dei *prenuptial agreement*).

Ma allora forse occorre ancora interrogarsi sul «ruolo che lo Stato deve assumere al cospetto delle relazioni affettive»<sup>97</sup> senza affrettarsi nella risposta sul piano normativo e, in ultima analisi, sul ruolo del diritto<sup>98</sup>, se non a rischio di contribuire al definitivo passaggio dal diritto in funzione ordinante il vivere in società, al diritto in funzione servente gli interessi individuali.

### Abstract

Il saggio propone una lettura critica dei contenuti della recente legge sulle unioni civili fra persone dello stesso sesso e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Con riguardo alle prime, se ne pone in luce i tratti convergenti e divergenti

<sup>95</sup> P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 22; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, I, cit., p. 717 ss.; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, p. 127 ss.; V. SCALISI, *Il valore della persona umana e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990, p. 43.

<sup>96</sup> A. NICOLUSSI, *Che cos'è il matrimonio*, cit., p. 980; A. TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait!*, cit., p. 334 ss.

<sup>97</sup> L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia*, cit., p. 1114; P. ZATTI, *Famiglia, familiae, Declinazione di una idea. I. La privatizzazione del Diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2002, I, p. 9 ss., spec. p. 16.

<sup>98</sup> *Ex multis*, P. GROSSI, *Sull'odierna «incertezza» del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 921 ss.; ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. VII ss.; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, *passim*.

rispetto alle unioni coniugali; in relazione alle seconde, l'attenzione è rivolta ai limiti di ammissibilità dell'ingerenza dello Stato nei rapporti fra privati in relazione al rispetto della loro vita privata e familiare e alla autonomia nella definizione dei loro rapporti.

The essay offers a critical point of view of the contents of the recent Italian law on same-sex couples relationship and on the *more uxorio* relationship. With regard to the same-sex couples relationship, it highlights the convergent and divergent aspects compared to marriage legal system; concerning the *more uxorio* relationship, the focus is on the limits of the interference of the State in private and family life and on the private autonomy in defining the relationship.