



UNIONI CIVILI E FILIAZIONE: LE GRANDI RIFORME DEL TERZO MILLENNIO TRA EFFETTIVITÀ E PROBLEMATICHE

ANNAMARIA GIULIA PARISI

Sommario: 1. Il *Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile*. – 2. Unione stabile e convivenza, tra nozione e metodo. – 3. Il legislatore italiano e le grandi Riforme del Terzo millennio. – 4. L'intervento del legislatore comunitario: lo *stato unico di familiare*. – 5. La legge 76/2016: le unioni civili. – 6. Lo stralcio dell'obbligo di fedeltà. – 7. *Stepchild adoption* e delega all'interprete.

1. Il 29 luglio u. s. è entrato in vigore il *Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile*, che, emanato ai sensi dell'art. 1, comma 34, della l. 29 maggio 2016 n. 76¹, integra altresì disposizioni necessarie per la costituzione delle unioni civili.

Il decreto infatti contiene le indicazioni pratiche e scioglie alcune perplessità per rendere possibile, nello specifico, l'attuazione della *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*.

Personalismo, solidarismo, democraticità, sono il fondamento di tutte le forme di convivenza che ricevono - ex art. 2 Cost. - garanzia dal nostro ordinamento in quanto favoriscono lo svolgimento armonico ed equilibrato della personalità dei componenti e sono funzionali alla tutela dei diritti fondamentali di ciascuno. Talché il diniego di tale tutela, ex art. 99 c.p.c., verrebbe a configurarsi come 'denegata giustizia'².

La vicenda giuridica delle unioni di fatto si svolge per lungo tempo ai margini del diritto di famiglia, *rectius*, della famiglia legittimamente costituita, nel trascorrere dell'interprete dalla suggestione del ricorso all'applicazione analogica di norme afferenti ad istituti consolidati ed il ritrarsi dalle regole tradizionali per porre mente al momento negoziale e alle norme pattizie.

Il vivere stabilmente insieme è la base comune tanto del vincolo coniugale - regno indiscusso degli *status*, strutturato globalmente nella fase della formazione, nella sua funzionalità quale rapporto e nelle finalità specifiche e peculiari connesse alla sua esistenza - quanto delle unioni di fatto, *genus* per lungo tempo indistinto tranne che per il suo collocarsi, di là dagli spazi di ingerenza dei pubblici poteri, nell'ambito della autoregolamentazione privata e della libera espressione della volontà dei contraenti³.

Attraverso il succedersi di provvedimenti normativi, per lo più nelle forme di novellazione del codice civile, il diritto quasi impercettibilmente è entrato nella materia senza invadere, affiancando progressivamente alla figura del coniuge quella del convivente *tout court*: rilevava, ormai,

¹D. p. c. m. 23 luglio 2016, n. 144, in *G. U.* 28 luglio 2016, n. 175.

²In tal senso, autorevolmente, G. AUTORINO STANZIONE, in *Diritto di famiglia*, 2^a ed., Torino, 2003, p. 514.

³Cfr., G. AUTORINO STANZIONE, P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, vol. IV, Torino, 2007, p. 4 s.



sia a livello sociale che a livello politico, l'esigenza generalizzata di definire le coordinate giuridiche del fenomeno, oltre che di delinearne l'esattezza del connotato semantico⁴.

Il legislatore di più ordinamenti sembra aver condiviso il disagio di strutturare giuridicamente una figura multiforme⁵, seppure incentrata sulla stabile convivenza, dimidiata tra istanze opposte di autonomia e disciplina, nell'intento di sottrarla, comunque, all'inaccettabile dimensione dell'arbitrarietà.

Conciliare, dunque, l'intrinseca pretesa di autonomia della fattispecie e le sue indiscusse esigenze di tutela, a pena di disattendere il rispetto di diritti e valori fondamentali, era impegno improcrastinabile, soprattutto per il legislatore italiano, al di là delle sollecitazioni della Corte Costituzionale e degli arresti dei giudici di Strasburgo.

2. Oggi è pressoché ricorrente, nel lessico della dottrina, trascorrere dall'epocale espressione 'figli senza aggettivi' all'altrettanto attuale rilievo del sintagma 'famiglia senza aggettivi'. Invero, l'esigenza primaria, comune ad ogni analisi, di cominciare dal guardare senza schemi precostituiti ad una 'realtà senza aggettivi', è vieppiù d'obbligo quando l'intento è quello di disciplinare comportamenti umani, doppiamente bisognosi di rispetto e cautele quando sono fulcro indiscutibile di plurisecolari approcci culturali prima che giuridici, nonché di irriducibili contrasti ideologici.

In realtà, in simile materia sarebbe stata prioritaria una lucida definizione dei poliedrici aspetti - tutti distinti e di rilievo - della figura in discorso, per addivenire solo secondariamente alla regolamentazione delle epifanie del fenomeno: sotto la pressione della cogente necessità il legislatore ha invece affrontato con affanno la ricerca della definizione dell'oggetto da normare. Più che naturale, quindi, l'agevole riferirsi alla struttura nota e costituzionalmente delineata della famiglia, per individuare poi, in senso negativo, quella convivenza o unione stabile 'non fondata sul matrimonio', quasi alla stregua di quanto assunto dalla Riforma della filiazione 2012/2013 che, alla fine, ha voluto 'solo figli', ma connotandoli in base a un dato neutro e deterministico, qualora nati all'interno del matrimonio, oppure no.

In effetti oggi l'unico termine che resta pressoché univoco appare proprio il matrimonio - che pure non può ridursi a mero *vestimentum familiae*, a forma statica e astratta⁶- in quanto si discorre ormai non di famiglia, bensì di *famiglie*, diversificatesi nella diaspora dal nucleo originario fondato sul matrimonio dei due coniugi: *i. e.*, la molteplicità di tipologie di unioni e convivenze non fondate sul matrimonio, strutturate principalmente su quell'equilibrio delle libertà ravvisato dalla riforma del 1975 all'interno della famiglia legittima e svincolate dai laccioli di ogni concezione pubblicistica o statutale.

Nel prisma delle convivenze l'unitarietà di base è costituita dal duplice profilo dell'*affectio* e della stabilità, espressione di una relazionalità che oltre che 'sistemica e intersoggettiva', è innegabilmente giuridica.

Se dunque guardiamo alla realtà effettuale della convivenza stabile non fondata sul matrimonio, si diversificano immediatamente, *ictu oculi*, due macro-categorie: quella dei partner che

⁴ In argomento, cfr. G. AUTORINO STANZIONE, P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà...*, cit., pp. 6 ss.

⁵ Vi è chi assai opportunamente discorre dei *singoli sottoinsiemi in cui si frammenta la convivenza*: cfr. G. AUTORINO, P. STANZIONE, op. loc. ult. cit.

⁶ L'espressione è tratta da V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 5, 1043.



non possono trasformare la loro unione stabile in coniugio e quella di coloro che per scelta non si accostano al matrimonio. Tra i primi vanno ricompresi i gli ex coniugi in attesa dello scioglimento del precedente matrimonio e i conviventi dello stesso sesso; fanno parte del secondo gruppo quanti rifiutano la sacralità e la formalità del vincolo coniugale.

Nondimeno, le coordinate distintive della solidarietà e della coabitazione vanno oltre il limite del rapporto di coppia a contraddistinguere 'comunità di fatto' come i gruppi parentali o di mutuo supporto che, pur non richiamando la connotazione della convivenza *more uxorio*, non possono venir confinati nella dimensione dell'irrelevanza giuridica⁷: il dettato dell'art. 2 Cost. è la clausola generale aperta che unifica tutte le unioni basate sull'*affectio* e sul sostegno reciproco e che, nella loro qualità di formazioni sociali funzionali all'equilibrato sviluppo della personalità dei componenti ed alla salvaguardia dei loro diritti fondamentali, *ricevono garanzia e tutela dall'ordinamento*⁸.

Tanto, alla stregua anche dell'opinione dominante della dottrina tedesca - condivisa dalla giurisprudenza - che non riconosce alla famiglia legittima una tutela costituzionale esclusiva, laddove l'art. 2 GG sancisce la tutela prioritaria del diritto al libero sviluppo della personalità: *Jeder hat das recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*⁹.

Nella sostanza, nell'opera di giuridificazione delle unioni di fatto, il legislatore ha proceduto in modo in sé contraddittorio, da una parte ponendo mente alle regole tradizionali ed altresì recuperando il momento negoziale - *rectius* - dell'autonomia contrattuale, operando una improbabile *reductio ad unitatem* delle svariate fattispecie del *vivere stabilmente insieme* meritevoli di tutela e disattendendo di fatto la missione primigenia del Diritto: la sua funzione regolatrice delle relazioni sociali.

3. Il d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, *Revisione delle disposizioni in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*¹⁰, entrato in vigore il 7 febbraio 2014, completa la disciplina sulla filiazione introdotta dalla l. 10 dicembre 2012, n. 219, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*. Con l'art. 1 che ha novellato il codice civile¹¹, la legge 219/2012 aveva già operato una triplice innovazione: l'unicità dello *status* di figlio - specialmente, artt. 315 e 315 *bis* c. c. -; la nuova disciplina del riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio - artt. 251, 251 e

⁷ Cfr. G. AUTORINO STANZIONE, P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà*, cit., pp. 206 ss.

⁸ Cfr. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, pp. 36 ss.

⁹ Peraltro, in base quanto proclama l'art. 1 GG, l'individuo incarna il più alto valore del diritto ed è posto all'apice dell'ordinamento che in sua funzione va interpretato ed attuato: cfr. P. STANZIONE, *Rapporti personali nella famiglia: l'esperienza europea*, in *Familia*, 2001, 4, p. 1098 ss.

¹⁰ In G. U. 8 gennaio 2014, n. 5.

¹¹ L'art. 1, comma 10, con norma immediatamente precettiva, dispone l'abrogazione della sezione II del capo II del titolo VII del libro primo del codice civile. Tra i principi e criteri direttivi della delega relativa alle modifiche del Titolo VII del codice civile è sancito anche quello relativo all'abrogazione delle «disposizioni che fanno riferimento alla legittimazione». L'immediata abrogazione dell'istituto indica che l'unicità dello stato, ad ogni effetto, anche successorio, si determina immediatamente all'entrata in vigore della legge, senza alcuna necessità di attendere i decreti delegati.



276 c. c.; la costituzione del rapporto di parentela basato su qualsiasi forma di filiazione¹² anche fuori del matrimonio - artt. 74 e 258 c. c. nuova formulazione -. Più esplicitamente, l'innovato art. 74 c. c. precisa che il vincolo di parentela con la famiglia dei genitori è il medesimo al di là delle modalità dell'acquisizione della filiazione, dentro o fuori del matrimonio¹³.

La legge n. 219/2012 e il decreto attuativo 28 dicembre 2013, n. 154, pur essendo focalizzati sull'introduzione dello stato unico di figlio, realizzano una Riforma di portata ben più ampia, che incide profondamente sull'intera materia familiare¹⁴.

Si è osservato autorevolmente¹⁵ come il legislatore abbia ben delineato le due dimensioni fondamentali degli istituti trattati, intervenendo sia sul piano della valenza socioculturale, sia su quello della tecnica giuridica, definendone meticolosamente i limiti, le tutele, le modalità e gli effetti, nella sistematicità delle scelte normative.

Già la riforma del diritto di famiglia del 1975 aveva attuato la parificazione tra i figli, ma perdurava la distinzione tra i modelli di filiazione legittima e filiazione naturale, che di fatto giustapponeva tra loro con maggior distacco ed evidenza il modello di famiglia fondata sul matrimonio e le forme di convivenza familiare o *more uxorio* ormai diffusissime nella società.

Ponendo mente, in particolare, alla moltiplicazione dei rapporti parentali che si dipartono e si intersecano a partire dalla posizione del figlio e dal parallelo ampliarsi della dimensione famiglia nello sfumare e nel dilatarsi dei suoi confini, sembra quasi di esser testimoni dell'avvento di una sorta di *famiglia globale*, propria di una società globale: nell'auspicio tuttavia che dai sintomi della mercificazione e dal decadimento valoriale che caratterizza quest'ultima non venga quella contaminata, ma consenta lo stabile incardinamento di valori di dignità, uguaglianza e solidarietà, valori fondanti del nostro ordinamento, che dovrebbero esserlo di ogni ordinamento giuridico.

In realtà, il diritto di famiglia vivente oggi appare libero di espandersi e di affermarsi, proliferando dal *core* delle leggi positive che riconoscono *in nuce* i fondamenti della nuova disciplina in rapido *fieri* e più che mai in attesa degli interventi del legislatore che ponga ordine nel divenire delle prassi, della normazione che si origina negli interstizi delle pronunce giurisprudenziali - talora discordanti - e dei *leading cases*, dalle norme di vecchia e nuova generazione che, nel loro cumulo e nei loro intrecci, nella pleora di tacite, implicite o del tutto mancanti abrogazioni, talora rinserrano indebitamente l'orizzonte dell'agire e la dimensione dello sviluppo della persona umana. Più che l'armonizzazione, è d'uopo *la conciliazione* tra le discipline e le norme radicate nei valori costituzionali, perché non accada che riforme epocali, attese ed annunciate da anni trovino il freno o l'alibi, per certi versi, e in talune ipotesi, dell'interpretazione arbitraria o elusiva, o dell'inapplicabilità.

¹² Ma già Checchini ribadisce, nel 1992, che la parentela è una qualifica giuridica connessa con l'attribuzione di uno stato di filiazione. Cfr. A. CHECCHINI, *Della parentela e dell'affinità*, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi, Sub artt. 74-78*, I, Padova, 1992, p. 395.

¹³ Per le modifiche all'art. 74 c. c. e norme connesse cfr., anche, A. G. PARISI, *Della parentela e dell'affinità. Artt. 74-78*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2016.

¹⁴ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2014.

¹⁵ P. SCHLESINGER, *Il D. Lgs. N. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2014, 443 ss.



4. La Riforma 2012/2013 ha *riconosciuto il diritto di tutti i figli alla genitorialità*¹⁶- qui intesa con riferimento al *valido rapporto affettivo costituito tra genitori e figli* -; alla parentela senza remore e limitazioni artificiose, non solo o non semplicemente il diritto *ad una famiglia*. Di pari rilievo è la questione, infatti, della ‘costruzione’ dei vincoli di parentela tra il figlio nato fuori del matrimonio e i familiari dei genitori. In tale prospettiva, la legge 10 dicembre 2012, n. 219 stabilisce, all’art. 1, comma 4, che il riconoscimento produce automaticamente effetto non soltanto nei confronti del genitore che ne è autore, ma anche nei confronti del suo gruppo parentale. Dinanzi alla caduta delle categorie tradizionali e alla frantumazione del modello unico di famiglia, il diritto avverte il bisogno di nuovi termini e categorie, nuove certezze cui appigliarsi nell’emergere dalla realtà sociale di dinamiche complesse e irrisolte, connesse non solo al fenomeno delle famiglie ricomposte¹⁷, ma anche alla questione della omogenitorialità: più che di *familles récomposées*¹⁸, si discorre oltralpe di *costellazione familiare ricomposta*, collocando il focus dell’attenzione nell’intero, complesso sistema che risulta formato da tutti i nuclei familiari interessati da divorzio, separazione o convivenze, laddove anche responsabilità parentale e funzioni familiari sono condivise. Analogamente, nel sistema anglo-americano, se al concetto francese di costellazione familiare si giustappone quello di *blended family* o *famiglia rimescolata*, nel contempo si privilegia l’analisi della ‘famiglia domestica’ o *step-family*, in cui convivono i figli di precedenti matrimoni.

Il legislatore comunitario è intervenuto in materia, considerando il rapporto di filiazione non solo sul piano giuridico, ma anche sotto il profilo economico, intrinsecamente connesso alla libertà di circolazione dei lavoratori transfrontalieri: infatti, ha preso atto delle realtà familiari emergenti e ormai diffuse anche in ambito europeo e rilevanti per via delle famiglie ricostituitesi tra cittadini nazionali e migranti, ed ha provveduto da tempo a chiarire, tramite la direttiva 2004/38/CE, che la famiglia ricomposta o per meglio dire ‘composita’ del lavoratore transfrontaliero *deve corrispondere* a quella formata da cittadini nazionali. Ciò rileva chiaramente anche dalla definizione, ex art. 2, punto 2, della direttiva citata, della nozione di «familiare» del lavoratore, che compete, nell’ordine, al coniuge; al partner che abbia contratto con il cittadino dell’UE un’unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro¹⁹; *ai discendenti diretti di età inferiore ai 21 anni o a carico e a quelli del coniuge o del partner*, nonché agli ascendenti diretti a carico e a quelli del coniuge o del partner suddetto.

Dunque, in ambito europeo, all’unicità dello *status* di figlio corrisponde l’*unicità dello status di familiare*, nozione ben più estesa e dettagliata, ma in armonia con quanto sancito dal legislatore italiano della Riforma della filiazione, così come emerge - sotto il profilo più ampio della cittadinanza dell’Unione - nella direttiva 2014/54/UE, laddove il primo ‘considerando’ sottolinea come il principio <fondamentale> della libertà di circolazione dei lavoratori trova ulteriore applicazione nella tutela del pieno esercizio dei diritti conferiti ai cittadini dell’Unione e ai loro

¹⁶ Così, con acuta osservazione, M. G. STANZIONE, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari*, in questa rivista, maggio 2013.

¹⁷ ma anche alle sempre più numerose famiglie monogenitoriali o unipersonali, in alternativa alla tradizionale famiglia nucleare.

¹⁸ La perifrasi appare per la prima volta in M. T. MEULDERS-KLEIN, I. THÉRY, *Quels repères pour les familles recomposées*, in *Droit et société*, Paris, 1995, p. 225.

¹⁹ Qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l’unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante.



familiari: laddove, si ribadisce, *il termine familiare ha il significato definito dall'art. 2, punto 2, della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio*, così come *supra* specificato.

E, quel che qui maggiormente rileva, nella disciplina comunitaria il figlio del coniuge o del partner diventa *di fatto* figlio del lavoratore considerato, con riguardo esclusivo ai diritti, alla realtà effettuale ed alla famiglia effettiva *ope legis* ridisegnata nei suoi confini e nei suoi componenti, con radicale *bypass* della necessità di qualsivoglia, previa 'adozione mite' o *step-child adoption*.

La medesima definizione dello *stato unico di familiare* dettata dal legislatore europeo e confermata dal progressivo discostarsi dei giudici della Corte EDU da un criterio fondato sul vincolo di parentela per avvicinarsi alla possibilità di riconoscere i *familiari di fatto*²⁰, racchiude sinteticamente l'intero ambito delle relazioni familiari *in progress*, concluso, nell'ordinamento italiano, dalla recente legge n. 76/2016.

5. Nel "quadro profondamente rinnovato e sempre più frequentemente arricchito dalla felice «contaminazione» delle fonti costituzionali europee, convenzionali ed internazionali, in cui si collocano i diritti delle persone" ancora una volta si constata come le istanze cogenti (e legittime!) provenienti dal contesto conducono verso una sorta di *deregolamentazione della famiglia* ed alla progressiva evoluzione della concezione dell'impegno matrimoniale verso un diritto da taluno definito «leggero»²¹, conformabile a tutte le esigenze.

Peraltro, non si può fermare la rapidissima evoluzione cui tendono le *magnifiche sorti e progressive* del contesto umano, né tantomeno rammaricarsi del contemporaneo incrementarsi dei diritti riconosciuti e delle libertà in capo all'individuo, nella fiducia che il legislatore ponga ordine ed armonia nel nuovo *ipercontesto* della globalizzazione e dell'intersecarsi di istanze, diritti e provvedimenti normativi, non sempre *inter se* armonizzati, ma sovente quanto mai 'giusti' e opportuni: il riferimento d'obbligo è anche alla Riforma della filiazione 2012/2013 che, sia pur sollevando talune perplessità, ha posto una pietra miliare nel cammino verso l'uguaglianza solidale in seno alla famiglia ed alla società, ed alla legge n. 76 del 20 maggio 2016 che ha istituito le *unioni civili tra persone dello stesso sesso* ed ha disciplinato le convivenze²².

E, come si vedrà, l'intersezione che di fatto si verifica tra le due riforme attiene ancora, sostanzialmente, al rapporto di filiazione.

²⁰La qualità di familiare risulta da una situazione di fatto che si rinviene anche nel rapporto tra un coniuge e i propri figli acquisiti, la cui qualità di 'familiare a carico' - da cui il contributo al mantenimento del figlio - può essere dimostrata da elementi oggettivi come il matrimonio, un'unione registrata o il domicilio comune (cfr. Watelet, Avvocato Generale dell'UE, Cause riunite n. C 401/15, c 402/15, c 403/15, Conclusioni).

²¹T. AULETTA, *Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia*, in *Famiglia* 2005, 3, 405, ove si chiede se *il riconoscimento di maggiori spazi di libertà ed autonomia rappresenti un sicuro progresso nella tutela dell'individuo e nel miglioramento della società*, e se *il moltiplicarsi delle figure familiari*, assieme ad una sorta di *deresponsabilizzazione* per averne cagionato la crisi, unitamente all'adozione di meccanismi più rapidi di scioglimento del matrimonio, «prospettiva che lascia perplessi, anzi che spaventa chi crede ancora nella centralità del matrimonio e nella rilevanza di altri valori "tradizionali" su cui la famiglia, "pietra d'angolo della comunità", da secoli si fonda», non conduca, di fatto, a quella morte della famiglia preconizzata da Trabucchi (A. TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 19).

²² Legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. (GU Serie Generale n.118 del 21-5-2016).



Nell'iter che ha condotto alla formazione della legge 76/2016 hanno avuto valenza decisiva le istanze sociali che si sono concretizzate, essenzialmente, nel formante giurisprudenziale costituito da un triplice ordine di interpreti: *in primis* la Corte EDU, per la quale “il diritto al matrimonio include anche quello al matrimonio tra persone dello stesso sesso, quale nuovo contenuto ermeneuticamente emergente dalla Convenzione e dalla Carta, fermo restando che la sua garanzia è rimessa al potere legislativo dei singoli Stati ed il Parlamento è libero di scegliere - sia nell'*an*, sia nel *quomodo* - tra la possibilità di garantire tale diritto o prevedere altre forme di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali²³”, che commina altresì all'Italia la nota condanna per il caso Oliari²⁴ con la pronuncia del 21 luglio 2015.

All'autorevolezza della Corte di Strasburgo si aggiunge in due riprese l'intervento del Giudice delle leggi, precisamente con la sentenza del 15 aprile 2010 ove riconosce nell'unione omosessuale, concepita come “stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso”, una delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost. che, quindi, ne garantisce “il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone, nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimento giuridico coi connessi diritti e doveri”²⁵.

Rileva come nel caso specifico la Consulta non abbia come di consueto evidenziato un nuovo diritto (nella specie, al matrimonio) emergente dalla ‘clausola generale’ dal medesimo articolo 2 rappresentata, in cui si inverte la capacità espansiva della Legge Fondamentale - il che si palesava inevitabilmente inconciliabile con il consolidato dettato dell'art. 29 Cost., radicato in una tradizione plurisecolare -, né abbia - giustamente - invocato il ricorrere dell'art. 3 Cost. o dell'art. 14 CEDU, integrato di fatto, ex art. 19 Cost., nel testo costituzionale. Ha invece, in modo più neutrale ma certamente incisivo, censurato il vuoto legislativo che lasciava deprivata di riconoscimento e diritti una formazione costituzionalmente meritevole di tutela.

La Consulta riprende *in point* la meritevolezza di tutela e l'insufficienza normativa nella nota pronuncia n. 170 del 2014, nella vicenda del c.d. ‘divorzio imposto’, laddove alla rettificazione di sesso di uno dei coniugi seguiva la cessazione degli effetti civili del matrimonio senza che dal Legislatore fosse stata prevista la possibilità, per i coniugi che ne facessero richiesta, di ‘mantenere in vita un rapporto giuridicamente regolato’ o, in alternativa, di sostituirlo con altro tipo di convivenza registrata²⁶.

²³ Corte EDU 24 giugno 2010, caso *Schalk and Kops c. Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 1137.

²⁴ Nell'*arrêt de chambre* per l'*Affaire Oliari et autres c. Italie* (*requêtes* nn. 18766/11 et 36030/11) pubblicato il 21.07.2015, la *Cour européenne des droits de l'homme* ha ravvisato, all'unanimità, a carico dell'Italia, la *violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit au respect de la vie privée et familiale)*. (Corte EDU, Sez. IV, 21 luglio 2015, n. 18766/11, *Oliari e altri c. Italia*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 12, 1069, con nota di Bruno).

²⁵ Corte Cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, 1361 e in *Justitia*, 2010, 311.

²⁶ Il decreto 144/2016, nell'ambito delle disposizioni transitorie, all'art. 5, rubricato *Unione costituita a seguito della rettificazione di sesso di uno dei coniugi*, in attuazione dell'art. 1, comma 27, l. 76/2016, ha specificato le modalità che consentono agli ex coniugi di avvalersi, su richiesta, della norma. Rileva, peraltro, che in altri Paesi europei, cui è comunque estraneo il *divorzio imposto*, le norme prevedono lo scioglimento del matrimonio come condizione d'ammissibilità per l'accoglimento del ricorso per la rettificazione del sesso, talché in quegli ordinamenti - come quello tedesco o svedese - la cessazione del vincolo precede e non segue il cambiamento legale di sesso. Peraltro il *Bundesverfassungsgericht*, pur essendo stata da tempo disciplinata la convivenza di persone dello stesso sesso tramite il *Lebenspartnerschaftsgesetz* del 16 febbraio 2001, nella sentenza del 27 maggio 2005 ha mantenuto in vita il matrimonio: talché nell'ordinamento tedesco il mutamento di sesso,



Infine la Suprema Corte, in almeno due occasioni, sottolineava ancora come l'art. 12 CEDU, nell'interpretazione che scaturiva dalle interpretazioni della Corte EDU, consentisse agli Stati membri di superare la concezione tradizionale che basava il matrimonio sulla diversità di sesso dei coniugi²⁷; e successivamente ribadiva che “il sicuro rilievo costituzionale ex art. 2 Cost. di tali formazioni sociali e del nucleo affettivo-relazionale che le caratterizza comporta che queste unioni possano acquisire un grado di protezione e tutela anche ad opera del giudice ordinario, tenuto ad una interpretazione della norma costituzionalmente e convenzionalmente orientata ed equiparabile a quella matrimoniale, in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determini una lesione di diritti fondamentali”²⁸.

Si può già affermare, dunque, che il formante giurisprudenziale è il sostrato costitutivo della disciplina italiana introdotta dalla legge n. 76/2016.

Il provvedimento normativo *de quo*, a ben vedere, offre un duplice piano di lettura.

Ciò che si impone con più evidenza, nell'ampia condivisione della dottrina, è la meticolosa attenzione riposta dal legislatore nell'evitare il più possibile, nel testo del provvedimento, ogni accostamento formale o lessicale tra unione civile ed istituto matrimoniale: il che emerge già nel comma 1 dell'unico articolo che costituisce la struttura della legge in discorso, che sostanzialmente e in modo persino pleonastico diversifica la ‘formazione sociale’ ex art. 2 Cost. dalla famiglia legittima basata sull'art. 29²⁹.

Nel testo dell'intero documento è pressoché assente l'aggettivo familiare, mentre altre concessioni sono state fatte, penalizzando certamente la chiarezza e l'organicità, all'intento di distinguere al massimo l'unione civile dalla famiglia istituzionale, chiaramente al fine di evitare ulteriori ostacoli all'approvazione della legge.

Da altra prospettiva, è innegabile che la nuova disciplina sia stata tratteggiata sul modello matrimoniale.

È di tutta evidenza, infatti, che la disciplina delle unioni civili sia costruita sulla base struttura del rapporto matrimoniale, talché le nuove norme predisposte sovente riproducono, *in facto*, gran parte delle previsioni del codice civile concernenti il matrimonio.

Pur senza estendere direttamente il matrimonio alle coppie *same sex*, il legislatore ha parificato il nuovo istituto al preesistente nell'ambito dei rapporti patrimoniali, nel regime successorio o in quello degli alimenti. Altrettanto si riscontra in ambito amministrativo con riferimento all'accesso ad alloggi e servizi, agli assegni familiari... La massima equiparazione avviene per il tramite della clausola di salvaguardia di cui al comma 20, che, per assicurare l'effettività della disciplina delineata e le tutele predisposte, stabilisce che “le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e quelle contenenti la parola ‘coniuge’, ‘coniugi’ o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli

se i coniugi lo desiderano, non determina lo scioglimento del matrimonio e il legislatore è stato invitato a disciplinare la materia tenendo conto del suddetto principio. Il *Bundesverfassungsgericht* ha motivato la propria decisione in modo pragmatico, osservando che si tratta di pochi casi e soprattutto sottolineando che la fattispecie in esame è diversa da quella di due persone dello stesso sesso che intendono unirsi in matrimonio. Cfr. *BVerfG*, 1, Senato, Ord. 27 maggio 2005, *BvL* 10/05, in *NJW*, 2008, 3117 ss.

²⁷ Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, in *Fam. e dir.*, 2012, 665.

²⁸ Cass. 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Corr. giur.*, 2015, 909.

²⁹ Sul punto, si consenta il rinvio a A. G. PARISI, «*Arcipelago famiglie: dalla 'famiglia di Elau' al Diritto di famiglia*», in questa rivista, luglio 2016, pp. 27 s.



atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso": disposizione che, tuttavia, *non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge*.

Si deduce la centralità del comma 20 nell'intero sistema della tutela delle unioni civili, una previsione indirizzata sostanzialmente alla P. A. e all'interprete.

Peraltro, se sono integrate le sole norme del codice espressamente richiamate, ciò non è previsto per quanto è invece disciplinato dalle leggi speciali - con la sola eccezione della legge 4 maggio 1983, n. 184 - che comprendono vasti ambiti, da quello previdenziale, a quello pensionistico, a quello sanitario, e dovrebbe *pianamente* essere esteso alle sentenze - talora additive quando non nomopoietiche - del Giudice delle leggi e della Suprema Corte.

In sostanza il legislatore riproduce le disposizioni dettate dagli artt. 143 e 144 c.c. in materia di matrimonio - tra l'altro, nei rapporti personali e patrimoniali, la posizione delle parti dell'unione civile, come quella dei coniugi, è di perfetta uguaglianza, morale e giuridica - con la sola eccezione per l'obbligo reciproco di fedeltà.

6. Il maxiemendamento approvato dal Senato in data 25 febbraio 2016 ha operato lo stralcio dell'obbligo di fedeltà³⁰: ciò non è senza conseguenze.

Nell'attuale contesto socio-familiare è in corso da tempo una evoluzione della giurisprudenza in materia di divorzio, in base alla quale la fedeltà nel matrimonio non è più intesa in senso esclusivamente sessuale, ma come l'obbligo più complesso di non violare la fiducia del partner, dovendosi preliminarmente valutare se il rapporto a due non si fosse già, prima dell'infedeltà sessuale, esaurito o svuotato di contenuti.

Il legislatore, sottacendo dell'obbligo di fedeltà tra i partner dell'unione, è intervenuto nel *core* dell'*affectio* e del rapporto solidale che è alla base della comunione di vita in cui si incarna ogni autentico rapporto di coppia, adombrando ancora il tentativo infruttuoso di confinarne - quantomeno *prima facie* - la disciplina in una sorta di apparente ghetto giuridico-relazionale.

³⁰ L'obbligo di fedeltà tra i coniugi è presente nell'ordinamento italiano fin dalla sua prima formulazione nel codice Pisanelli del 1865. È opinione condivisa che oltre che fondato sulla volontà di affermare i valori e i principi morali che sono a base dell'unione coniugale, l'obbligo di fedeltà fosse connesso alla necessità di salvaguardare la certezza della paternità. Non a caso esso in origine era formulato e modulato diversamente tra i coniugi: l'infedeltà della moglie era tassativamente una colpa; per il marito l'infedeltà era sanzionabile solo se messa in atto in modo tale da arrecare alla consorte ingiuria grave. Rileva, in proposito, che l'esigenza della richiamata "certezza" non può essere garantita da divieti, tanto più che oggi altri mezzi esperibili, quali le tecniche di indagine genetica, consentono di accertare o escludere la paternità. Oltre a ciò, quel che si evidenziava vistosamente era non la tutela di certezze, ma la diversità di trattamento tra i coniugi proprio in base al genere. Da qui l'intervento ripetuto della Consulta che alla fine degli anni Sessanta aboliva le norme discriminatorie e stabiliva la pari gravità dell'adulterio commesso dall'uno o dall'altro coniuge (Corte Cost. 19 dicembre 1968, n. 127). L'obbligo di fedeltà rimaneva tuttavia come saldo principio valoriale tanto che, in base all'art. 156 c.c., anche in seguito a separazione consensuale o giudiziale, i coniugi erano obbligati a vivere separati ma *con l'obbligo del mutuo rispetto e della reciproca fedeltà*. Talché, sovente un coniuge poteva richiedere il mutamento del titolo della separazione consensuale, in seguito a comportamento colpevolmente 'infedele' dell'altro. L'obbligo di fedeltà per i coniugi separati veniva successivamente abolito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 99 del 18 aprile 1974 (Corte Cost. 18 aprile 1974, n. 99, in *Foro It.*, 1974, 1, 1574).



Quel che risalta con più evidenza è il significato simbolico dell'omissione, operata nell'apparente non consapevolezza delle pronunce della Suprema Corte che hanno ribadito come l'obbligo di fedeltà *sia volto a garantire la comunione di vita tra i coniugi*, mentre la sua violazione è prova della rottura dell'irripetibile rapporto di fiducia tra i coniugi e del *deterioramento dell'accordo e della stima reciproca*³¹ e come tale obbligo costituisca un "impegno globale di devozione" e la base della "comunione spirituale"³². I doveri enunciati dall'art. 143 c. c., come riformato dalla novella del 1975, sono effettivamente il portato del generale impegno alla reciproca solidarietà ed espressione della comunione affettiva, spirituale, materiale su cui si fonda lo stesso vincolo³³.

Come ha affermato Corte di merito³⁴, eliminando l'obbligo di fedeltà il modello di vita in comune 'semplicemente *non è riconoscibile come famiglia*', mentre la Cassazione successivamente adita dal coniuge tradito confermava *la primazia da attribuirsi all'unione spirituale* che esclude *gli episodi di adulterio*³⁵.

Infranto il vincolo di fedeltà viene a nullificarsi l'intero complesso dei doveri di cui all'art. 143 c. c. che costituiscono l'essenza stessa del matrimonio e di qualsiasi stabile rapporto di coppia³⁶. Dunque l'aver escluso tale obbligo si pone quale *contradictio in terminis* riguardo all'intero provvedimento istitutivo dell'unione civile, che tra l'altro contiene l'espressa previsione del dovere morale che vincola i componenti e, per quanto sopra accennato, si profila incostituzionale³⁷.

Talché, in ipotesi di azione risarcitoria per illecito endofamiliare³⁸ - posto che non è previsto dalla l. 76 l'istituto della separazione né, quindi, l'addebito - la Corte adita dal partner dell'unione

³¹ Cfr. Cass. 1° giugno 2012, n. 8862, in *Foro it.*, 2012, I, 2037.

³² Cfr. Cass. 11 agosto 2013, n. 17193, in *Fam. e dir.*, 2013, 777. *Adde*, in modo conforme: Cass., 14 febbraio 2012, n. 2059, in *Foro it.*, 2012, I, 2434.

³³ Cfr. P. VERONESI, *Commento all'art. 143 c. c.*, in BASINI, BONILINI, CONFORTINI (a cura di), *Codice di famiglia, minori e soggetti deboli*, Torino, 2014, pp. 496 ss. *Adde*, T. BONAMINI, *I rapporti personali tra i coniugi*, in G. BONILINI, *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. I, Torino, 2015.

³⁴ App. Napoli, 13 dicembre 2012, n. 4074.

³⁵ Cass. Sez. I, 24 dicembre 2013, n. 28655, in *Foro It.*, 2014, 2, 1, 480.

³⁶ Si consenta il rinvio a A. G. PARISI, *I singoli doveri coniugali*. In G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, vol. I, *Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, 2ª ed., Torino, 2011, pp. 507 ss.

³⁷ A ciò si aggiunge l'intrinseca identità tra reciproco dovere morale ed *affectio*: come emerge anche da quanto affermato da Bianca, ma in tema di doveri verso i figli: "la principale componente del dovere morale è costituita dal rapporto di affetto che deve instaurarsi tra genitori e figli" (C. M. BIANCA, *Art. 1, Diritto del minore alla propria famiglia*, in BIANCA, ROSSI CARLEO, *Commentario alla l. 28 marzo 2001, n. 149, Modifiche alla l. 4 maggio 1983, n. 184, recante disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002).

³⁸ È recente il riconoscimento dell'operatività dell'azione risarcitoria per comportamento lesivo in ambito familiare, ed è sintomo della c.d. privatizzazione della famiglia. Ciò a maggior ragione dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975, alla luce della poco afflittiva ed eventuale valenza sanzionatoria dell'addebito, in caso di separazione. Per tale via giurisdizionale trova equa riparazione il danno ingiusto subito da un coniuge, sia patrimoniale che non, specie se concerne interessi essenziali salvaguardati in via costituzionale. La fattispecie è caratterizzata, per l'appunto, dalla qualità familiare degli obblighi disattesi ossia si configura solo quando tali illeciti intercorrano tra congiunti. Ne è riprova indiretta la costante assoluzione del terzo coinvolto assieme al coniuge nella responsabilità della lesione (violazione dell'obbligo di



sarebbe posta di fronte ad una duplice scelta: accordare, ove lo consenta la fattispecie, il risarcimento richiesto, ritenendo a rigor di logica integrato nel provvedimento - con riferimento ai commi 1 e 11 - il dovere di fedeltà o, al contrario, porre la questione di legittimità per violazione degli artt. 2, 3, 24 Cost. e 8 CEDU.

In conclusione, lo stralcio dell'obbligo di fedeltà all'interno della legge che delinea la struttura dell'unione civile non possiede alcuna giustificazione giuridica.

E se l'*intentio legislatoris* – sia pure come frutto di disdicevole compromesso – è da rinvenirsi nel distanziare vieppiù il rapporto *same sex* dal coniugio, quasi a sancirne una differenza ontologica, proprio nell'estromissione del valore simbolo della reciproca ed esclusiva dedizione e condivisione di vita, *a contrario*, alla luce della sostanziale, effettiva omologazione di entrambe le due tipologie comunque costituzionalizzate, ha svilito e leso contemporaneamente la sacralità del matrimonio³⁹.

fedeltà; dei doveri genitoriali, nella lesione dell'onore, della reputazione, o dell'integrità fisica...). In controtendenza con risalente tradizione, la Cassazione, con decisione del 26 maggio 1995, n. 5866, ipotizzava, in ricorrenza di illecito basato sulla clausola generale di responsabilità di cui all'art. 2043 c.c., la risarcibilità di eventuali o ulteriori danni derivanti dalla violazione di doveri coniugali, qualora l'illecito civile risultasse integrato nei fatti giustificativi dell'addebito della separazione. Ulteriore conferma proveniva da Cass. 7 giugno 2000, n. 7713, che estendeva il risarcimento dell'illecito ai casi di violazione dei doveri genitoriali. L'ammissibilità della responsabilità civile endofamiliare per la lesione dei diritti di cui è titolare la persona nella vita comune di relazione proveniva da S.C. 10 maggio 2005 n. 9801, cui seguiranno, tra l'altro, Trib. Milano, 7 marzo 2002; Trib. Brescia, 14 ottobre 2006 e App. Brescia 5 giugno 2007, con riferimento a comportamenti lesivi della dignità, dell'onore o della reputazione, come nel caso della violazione dell'obbligo di fedeltà. Cfr. M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 14; A. D'ANGELO, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter c.p.c.*, in *Famiglia*, 2006, I, 1031; G. DE MARZO, *Responsabilità civile nelle relazioni familiari tra esigenze di tutela e categorie formali*, in *Corr. giur.*, 2002, 1219, in nota a Trib. Milano, 7 marzo 2002. Successivamente, Cass. civ., Sez. I, 10 maggio 2005, n. 9801, ha ufficialmente e definitivamente legittimato l'ingresso della responsabilità civile risarcitoria in ambito endofamiliare. Cfr. in proposito anche P. PORRECA, *La lesione endofamiliare del rapporto parentale come fonte di danno*, in *Giur. it.*, 2005, 1633. Per Cass. civ., Sez. I, 20 giugno 2013, n. 15481, vengono in rilievo *non i comportamenti di minima efficacia lesiva*, suscettibili di trovare composizione all'interno della famiglia in virtù di quello spirito di comprensione e tolleranza insito nel dovere di assistenza reciproca, *ma unicamente quelle condotte che per la loro intrinseca gravità si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona*, e la tutela risarcitoria è ammessa anche nell'ambito di una famiglia non fondata sul matrimonio e comunque nei legami affettivi non fondati su un vincolo giuridico. Più di recente la Suprema Corte, affrontando ancora la questione del risarcimento del danno extracontrattuale in ambito di rapporti familiari, sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali della persona, nel ribadire che *l'obbligo del genitore naturale di concorrere al mantenimento del figlio nasce proprio dal momento della sua nascita, anche se la procreazione sia stata successivamente accertata con sentenza* e che già da precedente giurisprudenza di legittimità era stata individuata e delineata la nozione di illecito endofamiliare, legittimando quindi il risarcimento del danno da responsabilità aquiliana, ha confermato che *di fronte ad una violazione di diritti fondamentali della persona, nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente orientata, è giusto e lecito riconoscere pieno diritto al risarcimento del danno* (Cass. civ., Sez. VI, 16 Febbraio 2015, n. 3079).

³⁹ Per l'effetto, in tal modo si fa strada paradossalmente la proposta - già presentata - di abolizione dell'obbligo di fedeltà anche per i coniugi, e si apre la via, per taluno, anche alle ventilate ipotesi di legalizzazione dell'adulterio o della poligamia, dando spazio altresì alle – quantomeno creative! - teorie sul 'poliamore' e sul 'matrimonio plurale': non più che *mere puff*, per ogni persona ragionevole. In tema, peraltro, cfr. R. DEN OTTER, *In Defense of Plural Marriage*, New York, 2015. Den



A ben considerare e per quanto osservato, questa omissione - simbolica quanto densa di significato - getta un'ombra sulla realtà di una riforma attesa e per altro verso epocale.

Quanto distanti altre esperienze giuridiche: in altri ordinamenti, come in quello francese, il dovere di fedeltà concernente i coniugi con la *loi Toubira* è esteso *naturaliter* anche al matrimonio egualitario; oltreoceano, *in common law* nordamericano, la Corte Suprema degli Stati Uniti il 26 giugno 2015 osservava, in modo del tutto condivisibile, che le coppie omosessuali che desideravano accedere al matrimonio, che *embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family*, erano motivate dalla considerazione e dal rispetto nutrito per l'istituto tanto prestigioso che intendevano onorare⁴⁰.

7. La produzione normativa che, agli inizi del Terzo millennio, ha innovato radicalmente il diritto di famiglia italiano, come tutte le grandi riforme giuridiche, era prevedibilmente suscettibile di integrazioni successive e aggiustamenti: ma se la Riforma epocale della filiazione 2012/2013, sia pur sollevando critiche e perplessità, ha posto una pietra miliare nel cammino verso l'uguaglianza solidale in seno alla famiglia ed alla società allargando a dismisura i confini in cui si esplicano i rapporti socio-giuridici incentrati sul soggetto 'figlio senza aggettivi', la legge n. 76 del 20 maggio 2016 delinea una disciplina comunque positiva riguardo alla dimensione del rapporto di coppia, ma è certamente poco chiara o del tutto silente in relazione ai connessi e ineludibili rapporti parentali. Invero l'intersezione che di fatto si verifica tra le due riforme è produttiva di ulteriori discrasie e problematiche, afferenti, sostanzialmente, come si è anticipato, proprio al rapporto di filiazione.

Come è noto, in sede di approvazione della legge n. 76/2016 al Senato era stato soppresso l'art. 5 del testo presentato dalla relatrice, sen. Cirinnà, che attraverso una modifica dell'articolo 44, lettera b), della legge 4 maggio 1983 n. 184, interveniva in materia di adozione in casi particolari, consentendo alla parte di una unione civile di fare richiesta di adozione del figlio del partner. Si era affermato, infatti, anche al di fuori dell'aula parlamentare, che l'ammissione della *stepchild adoption* avrebbe potuto agevolare il ricorso alla "maternità surrogata", oggi ammessa - con diverse modalità, presupposti e conseguenze - in vari Paesi⁴¹, ma vietata, nell'ordinamento italiano, dalla l. 40/2004, che in particolare, all'art. 12, n. 6, sanziona *la commercializzazione di gameti o di embrioni e la surrogazione della maternità*⁴².

Otter è *Associate Professor* di *Constitutional Law, Constitutional Theory* e *Political Theory* presso il *Political Science Department* della *California Polytechnic State University*.

⁴⁰La Corte Suprema ha deciso in relazione a casi del Michigan (No. 14-571, *DeBoer et al. v. Snyder*), dell'Ohio (No. 14-556, *Obergefell et al. v. Hodges*), del Kentucky (No. 14-574, *Bourke et al. v. Beshear*) e del Tennessee (No. 14-562, *Tanco et al. v. Haslam*), in cui erano state sollevate obiezioni al divieto di matrimonio per le coppie *same sex*. La Corte Suprema ha dichiarato incostituzionale tali divieti: a partire dalla storica sentenza, le persone dello stesso sesso possono sposarsi in tutti gli Stati del Paese [576 U. S. High Court (2015)].

⁴¹ Tra i quali Belgio, Paesi Bassi, Regno Unito, Islanda, Danimarca, Grecia, Cipro, Russia, Ucraina, Ungheria, Israele, Sudafrica, Canada, Stati Uniti.

⁴² Anche il Parlamento europeo, nel rapporto annuale redatto nel mese di dicembre 2015, in materia di diritti umani, ha condannato la pratica della maternità surrogata; per sua parte, il 21 settembre 2016 la Commissione affari sociali del Consiglio d'Europa ha rigettato la risoluzione della deputata belga riguardante la sua regolamentazione internazionale.



Guardando alla realtà di fatto, il legislatore della legge 76/2016, che ha comunque colmato una risalente lacuna normativa offrendo doverosa risposta alle sollecitazioni - da più parti e con varia intensità - sorte nel variegato contesto socio-giuridico attinente alla dimensione famiglia, forse *minus dixit quam oportuit*, a fronte del magma dei nuovi diritti e delle nuove istanze tuttora in attesa di una improcrastinabile regolazione, di riconoscimento e di ordine: talché l'opera che ancora lo attende, in questo nuovo Umanesimo dei diritti e della solidarietà, appare ardua.

Ma tra le emergenti manifeste, vistose dicotomie e gli irriducibili contrasti, sarà necessaria l'opera di più artefici perché il diritto vivente possa scaturire dalla confluenza tra norme di rango costituzionale e ordinario e le iniziative ragionevoli quanto audaci, pragmatiche e lungimiranti dell'interprete cui spetta il compito di operare una "interpretazione convenzionalmente orientata" delle norme (Corte Cost. 198/1986).

Lungimirante come si è mostrato anche il legislatore che certo non a caso, proprio all'interno del comma 20, art. 1 della legge *de qua*, ove escludendo la vigenza oltre che delle norme non espressamente richiamate del codice civile anche delle disposizioni di cui alla l. 4 maggio 1983, n. 184, ha inserito un inciso - approvato senza destare particolare attenzione, visto il senso letterale *tranchant* del testo immediatamente precedente - , in cui specificava con apparente *nonsense*: "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti".

Nell'immaginabile enfasi delle espressioni di esultanza e di sconforto seguite al superamento di un altro punto chiave della riforma - quello relativo all'esclusione del trasversalmente paventato diritto alla genitorialità dei partner dell'unione civile - e tramite un *escamotage* che è pari a quello attuato con l'inutile richiamo di apertura agli artt. 2 e 3 Cost. nel solenne enunciato del comma 1⁴³ - il legislatore ha lasciato dietro l'uscio rinserrato il *passé-partout* per recuperare opportunità e speranza: quell'inciso, forse in origine scarsamente considerato, proprio in tema di adozione reclamava il supporto solidale dell'interprete, che fedele a se stesso, non poteva mancare⁴⁴.

E proprio l'art. 44, co. 1, lett. d) della legge n. 184/1983 costituisce, a tal fine, l'apposito strumento, e, allo stato attuale, il *trait d'union* tra diritto scritto e diritto vivente, tra *status* di figlio 'senza aggettivi' e gruppo familiare 'senza aggettivi', configurandosi come una "porta aperta" sui cambiamenti che la nostra società ci propone con una continuità ed una velocità cui il legislatore fatica a tenere dietro, ma cui il giudice minorile non può restare indifferente, se in ogni suo provvedimento deve, effettivamente, garantire l'interesse superiore del minore⁴⁵.

In Italia dal 1983, ossia dalla promulgazione della l. n. 184/1983, è consentita l'adozione del figlio del coniuge, con il benessere del genitore biologico, ma solo nell'interesse del figlio, che deve dare il proprio consenso se maggiore di 14 anni o comunque deve essere ascoltato se di età compresa tra i 12 e i 14 anni. Tale adozione viene disposta dal Tribunale per i minori dopo aver

⁴³ Si rinvia, in proposito a A. G. PARISI, «*Arcipelago famiglia*»..., cit., p. 27.

⁴⁴ Anche se si può interpretare il forzoso espediente dell'introduzione dell'inciso come "un vero e proprio ambiguo trionfo delle riserve mentali delle forze politiche coinvolte nella stesura finale del testo da approvare" che rappresenta. Altresi, l'abdicazione alla giurisprudenza, da parte del legislatore, di quella funzione che (...) pure dovrebbe istituzionalmente competergli, di interprete e protagonista dell'adeguamento dell'ordinamento alla coscienza sociale" (cfr. E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, in *giustiziacivile.com*, aprile 2016).

⁴⁵ Trib. minori Roma, 30 dicembre 2015.



vagliato *l'idoneità affettiva, la capacità educativa, la situazione personale ed economica, la salute e l'ambiente familiare di colui che richiede l'adozione.*

Ma ecco che nei fatti si delinea una dicotomia tra la disciplina delineata dal legislatore e quella riscritta dalle decisioni delle corti: fino al 2007 l'adozione del figliastro era consentita solo all'interno delle coppie sposate, successivamente, il Tribunale per i minori di Milano e la Corte d'Appello di Firenze hanno di fatto esteso la *stepchild adoption* ai conviventi eterosessuali. Anzi, al giudice di Milano si deve sia il primo configurarsi in *point* della fattispecie di cui al comma 1, lett. d) della l. n. 184/1983 e della individuazione della *giuridica impossibilità di procedere ad un affidamento preadottivo* con riguardo ad una situazione non di diritto, ma di fatto (la presenza della madre biologica che già si occupava della figlia escludeva la configurabilità dello stato di abbandono), sia la motivazione dell'estensione dell'adozione del figliastro al convivente *in quanto single*. "...il principio fondamentale cui ispirarsi è il preminente interesse del minore nel caso concreto. Sarebbe paradossale consentire l'adozione da parte del coniuge del figlio dell'altro coniuge pur dopo la separazione legale o il decesso del coniuge stesso, come affermato in dottrina e in giurisprudenza⁴⁶, e non consentirla al convivente che mantenga stabile rapporto di convivenza con il genitore del minore"⁴⁷.

Il giudice specificava anche, seppure in modo sommario, il contenuto della nozione dell'*interesse del minore*, inteso come "preminente somma di vantaggi di ogni genere e specie e minor numero di inconvenienti".

Nello stesso senso la Corte d'Appello di Firenze che, riformando la sentenza n. 46 pronunciata dal Tribunale dei minori il 20 marzo 2012, ribadiva che *l'art. 44, l. n. 184/1983 consente espressamente l'adozione oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato*; e che "...pur ammessa la disciplina privilegiata del matrimonio, ogni diversità di trattamento rispetto alla convivenza diventa irragionevole quando determina una lesione dei diritti inviolabili del minore, nel senso che il favor per la famiglia legittima non può finire col pregiudicare lo *status* del minore nella famiglia di fatto..."⁴⁸

Ma la decisione del Tribunale di Roma - sez. minori - del 30 luglio 2014, che comprensibilmente ha avuto enorme risonanza, costituisce il *precedent* diretto delle successive sentenze analoghe e il *landmark case* per tutte le decisioni di accoglimento dei ricorsi riguardanti l'adozione da parte del co-padre o della co-madre - comprese quelle clamorose concernenti la *stepchild* incrociata, - che ne ripetono gli assunti quasi in fotocopia⁴⁹.

⁴⁶ Cfr. Trib. min. Torino, 11 novembre 1985, in *Giur. It.* 1986, I, 2 645; Trib. min. Torino, 3 agosto 1993, in *Dir. Fam.* 1994, 655.

⁴⁷ Cfr. Tribunale min. Milano, 28 marzo 2007, n. 626. Per la Corte: "...l'art. 44 lettera d) prevede la possibilità della adozione c.d. speciale quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. Inoltre il terzo comma della norma in esame prevede che nei casi di cui alle lettere a), c) e d) l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato"

⁴⁸ App. Firenze, sez. minori, n. 1274, che riconosceva espressamente come "...la presunzione di idoneità dell'adottante verso il figlio del coniuge non può far presumere l'inidoneità dell'adottante verso il figlio del convivente, ove se ne riscontrino autonomamente i requisiti morali e materiali".

⁴⁹ Tra cui Trib. min. Roma, 23 dicembre 2015; Trib. Roma, 30 dicembre 2015, che ammette la c.d. *stepchild* incrociata, e sostiene che *la normativa deve poter essere interpretata alla luce dei principi costituzionali e convenzionali che costituiscono il fondamento per il riconoscimento di nuove forme di genitorialità. E nel caso di specie l'interpretazione della norma è nel senso di essere applicabile a tali nuove*



Il giudice, evitando ogni ultronea valutazione del rapporto tra le due donne, aveva *in primis* concentrato l'attenzione sulla relazione tra la minore di cinque anni concepita in Spagna dalla madre biologica e la partner di questa aspirante all'adozione. Successivamente, il Tribunale affrontava la questione del riconoscimento della capacità di assumere e assolvere alle funzioni genitoriali da parte di un soggetto omosessuale, *i.e.* la questione della *omogenitorialità*. Lo strumento giuridico, individuato qui per la prima volta proprio con riferimento all'omogenitorialità, era ancora costituito dall'adozione in casi particolari, secondo la previsione dell'art. 44, comma 1°, lett. d), l. 184/1983 più volte citata, ossia il ricorrere della *constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo*.

Nel caso di specie il Tribunale individuava il superiore interesse del minore nella *copertura giuridica di una situazione di fatto già esistente da anni*, vale a dire nel restare a buon diritto nella propria famiglia di fatto, *anche costituita da conviventi same sex*: chiaramente, l'utilizzo dell'art. 44, comma 1°, lett. d) assume una valenza talmente estesa, da ricomprendere non soltanto l'adozione della figlia della partner in base alla 'impossibilità dell'affidamento preadottivo' in diritto e non in fatto, ma anche il riconoscimento implicito della coppia di fatto e della omogenitorialità⁵⁰.

La decisione è stata successivamente confermata in appello. La Corte, condividendo le argomentazioni ed aderendo in pieno alle conclusioni del primo giudice, ha riconosciuto che, nella fattispecie, “...*rivestire di contenuto giuridico il rapporto di fatto esistente tra le due madri realizza il preminente interesse della minore*”. Ha quindi ricordato che, come da giurisprudenza Corte EDU, *la definizione del concetto di vita familiare deve essere fondamentalmente ancorata ai fatti, e non tanto basata su condizioni giuridiche, e che sono i rapporti, i legami, la convivenza, a meritare tutela. La definizione di vita familiare non è subordinata all'accertamento di un determinato status giuridico quanto piuttosto all'effettività dei legami. Nessun rilievo può avere la circostanza che il nucleo familiare sia formato da una unione affettiva eterosessuale ovvero tra le persone dello stesso sesso*.⁵¹

forme di genitorialità, senza forzatura alcuna; Trib. Roma, 21 marzo 2016, passata in giudicato, consolidando così per la prima volta in Italia, la configurazione di una famiglia formata da due padri e dal loro bambino.

⁵⁰ Da cui la massima: *Il requisito della constatata impossibilità di affidamento preadottivo di cui all'art. 44, comma 1°, lett. d) della L. n. 184/1983 può ritenersi sussistente anche quando l'adottando non sia in stato di abbandono e mai potrebbe essere collocato in affidamento preadottivo in quanto nato e cresciuto con l'aspirante adottante e il suo convivente more uxorio, genitore biologico del minore. Ciò alla luce della duplice circostanza che la lettera della norma è chiara nel senso di prevedere come presupposto dell'adozione di cui trattasi l'impossibilità dell'affidamento preadottivo senza ulteriori specificazioni, e che una diversa interpretazione non consentirebbe il perseguimento dell'interesse preminente del minore alla copertura giuridica di una situazione di fatto già esistente da anni. La conclusione raggiunta non può non applicarsi anche ai conviventi dello stesso sesso. In primo luogo l'inequivoco dato letterale dell'art. 44, comma 1°, lett. d) non discrimina tra coppie conviventi eterosessuali e omosessuali. Una lettura in senso diverso sarebbe inoltre contraria alla ratio legis, al dato costituzionale e ai principi di cui alla Convenzione europea sui diritti umani e le libertà fondamentali.*

⁵¹ La contestazione del p.m. era sorta anche con riferimento alla forzatura interpretativa operata dal Tribunale nell'aver, in assenza di qualsiasi criticità concernente la madre naturale, affiancato a quest'ultima una seconda figura femminile materna, evidenziando la finalità di soddisfare l'aspirazione delle due figure adulte a una nuova forma di bigenitorialità non ancora disciplinata dalla legge, intendendo con ciò supplire all'inerzia del legislatore. Quanto all'interesse primario della minore, era mancato invece alcun riferimento alla prospettiva della sua futura vita e crescita equilibrata, affrontando l'esperienza di una seconda madre in uno schema educativo non ancora verificato. Proprio per quest'ultimo motivo, anzi, avendo la madre espresso parere favorevole all'adozione, per vivere la bigenitorialità nel contesto di coppia, il p. m. aveva chiesto anche la nomina di un curatore speciale. Per la corte, peraltro, è oggettivamente impossibile che possa essere oggi compiuta alcuna previsione sulla vita futura e sulla effettiva crescita equilibrata della minore, che l'appellante vorrebbe



La conferma da parte della Corte d'Appello e il decisivo apporto della sentenza 12962/2016 della Cassazione, I Sez. civile, pubblicata in data 22 giugno 2016, che ha confermato l'orientamento pressoché univoco della giurisprudenza di merito antecedente e successiva alla promulgazione della legge sulle unioni civili, ha sicuramente trasformato la decisione del tribunale per i minorenni di Roma del 30 luglio 2014 da *landmark case in leading case*.

La decisione del Tribunale di Roma del 30 luglio 2014 e tutte le altre, numerose, da quella gemmate, hanno in breve delineato la disciplina giurisprudenziale dell'adozione del figliastro da parte della co-madre o del co-padre e, dato il recente riconoscimento giuridico delle unioni civili, seppure formalmente non esteso alla possibilità di adottare come coppia, più in generale hanno consentito la *stepchild adoption* al *second parent* nelle coppie omosessuali⁵².

invece vedere analizzata senza specificamente argomentare circa i dati di pregiudizio concretamente rilevati nella fattispecie; difficoltà di previsione presente in ogni situazione di adozione non tanto diversamente, soprattutto nell'attualità, da ogni situazione di crescita di un minore, naturale o adottivo che sia.

⁵² Tra i primi Paesi europei a consentire la *stepchild adoption* è certamente il Regno Unito, in cui già l'*Adoption and Children Act* del 2002 aveva operato una profonda riforma della disciplina in materia, introducendo la possibilità di adozione da parte di coppie *same-sex* e di fatto. Nel 2005 il *Civil Union Act* ha riconosciuto alle coppie omosessuali la possibilità di stipulare una unione civile. L'*Adoption and Children Act* del 2002, in combinato disposto col *Civil Union Act* ha consentito ai partner che abbiano costituito una *civil partnership* di acquisire la *parental responsibility* in tutte le decisioni riguardanti il figlio minore del convivente che sia titolare di equivalente potestà. Il *Marriage (Same Sex Couples) Act* del 2013 garantisce oggi l'uguaglianza matrimoniale anche alle coppie omosessuali che possono convertire la loro *partnership* in matrimonio: alle stesse è concessa sia l'adozione congiunta che la *stepchild adoption*.

In Germania, la legge per la cessazione della discriminazione nei confronti delle unioni di vita dello stesso sesso, la *Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften* emanata in Germania il 16 febbraio 2001 ed entrata in vigore il 1° agosto successivo, nella sua versione originaria escludeva qualunque tipo di adozione. La riforma del 15 dicembre 2004, entrata in vigore il 1° gennaio 2005, ha però consentito l'adozione del figlio biologico del convivente; essa prevede inoltre, all'art. 9, comma 1, che il convivente del genitore che abbia l'affidamento esclusivo di un figlio e che sia parte di un'unione registrata abbia il diritto di codecisione (*kleines Sorgerecht*) nelle vicende della vita quotidiana del bambino, in accordo con il genitore affidatario. Il 19 febbraio 2013 il *Bundesverfassungsgericht* ha esteso al componente della convivenza registrata la possibilità di adottare i figli già in precedenza adottati dal partner: la Corte Costituzionale di Karlsruhe accoglieva infatti il ricorso presentato da due donne talché, pur restando esclusa allo stato l'adozione congiunta, veniva ammessa nella circostanza la *sukzessivadoption*, l'adozione successiva. Il *Bundesverfassungsgericht*, sulla base della discriminazione operata dal diniego della possibilità di adozione per i minori coinvolti in *partnership* civili rispetto a quelli adottati normalmente da coppie sposate, dichiarava l'incostituzionalità della norma che limitava alle coppie sposate l'adozione successiva e, precisando che l'ammissione della *sukzessivadoption* non poteva essere interpretata come un aggiramento del divieto per le coppie omosessuali di adottare un bambino, assegnava il termine del 30 giugno 2014 al legislatore per adottare i provvedimenti conseguenti. Il legislatore tedesco, con la riformulazione dell'art 9, comma 7, *LPartG* ha ottemperato all'invito del Tribunale ammettendo esplicitamente anche la c.d. adozione successiva.

L'adozione dei PACS avvenuta in Francia nel 1999, pur essendo il *Pacte Civile de Solidarité* aperto a partner sia *same sex* che eterosessuali, non consentiva tuttavia a tali coppie l'adozione.

L'avvenuta estensione del matrimonio anche alle coppie omosessuali, tramite la *Loi Taubira - Marriage pour tous* del 2013, consente oggi a tutti i coniugi tanto l'adozione congiunta che l'adozione del figliastro.



Dunque se all'endiadi *figlio senza aggettivi* fa da *pendent* la nozione di *famiglia senza aggettivi*, alla 'nuova' famiglia di fatto – che si chiami unione civile o convivenza – si giustappone il nuovo concetto di *figlio di fatto*⁵³, tuttavia dotato di potenzialità attrattiva giuridificante: come il 'figlio senza aggettivi' ha schiuso l'orizzonte alla nuova dimensione famiglia, quasi che nella crisi globale dei valori l'intero contesto socio-giuridico abbia voluto assicurare tutela all'elemento più fragile e prezioso, anche nell'ottica necessaria dell'auspicabile futuro e – *tout court* – di sopravvivenza, è nella analoga necessità della salvaguardia del superiore interesse del minore che il figlio – biologico, adottato, 'sociale', ed oramai semplicemente 'di fatto' – lega attorno a sé e giuridifica il contesto relazionale in cui trova amorevole cura, stabilità, opportunità di crescita e sicurezza, conferendo dignità e sacralità al suo mondo familiare, composito, variegato, plurale, e tuttavia famiglia, intessuta di solidale certezza di affetti, luogo di sviluppo e promozione della sua personalità che tuteli – per tale via – il suo domani e intrinsecamente quello della società: di cui la 'famiglia' – senza aggettivi – resta l'insostituibile ed essenziale elemento costitutivo.

⁵³ Discorre di *filiazione vissuta* M. G. STANZIONE, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari*, in questa rivista, maggio 2013, con riferimento a *la montée du fait dans le droit de la filiation* (cfr. P. MURAT, *L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état*, in *Dir. fam.*, 2006). L'importanza centrale del fatto attua oggi il *capovolgimento prospettico nella relazione tra categorie giuridiche e fatti socio-economici*; la rilevanza del fatto che condiziona il diritto, per autorevole dottrina, è chiaro sintomo della *fattualità del diritto* (cfr. P. GROSSI, *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, 10).