

Osservatorio sulle fonti

DDL SU UNIONI CIVILI E CONVIVENZE DI FATTO. GLI INTENTI DEL LEGISLATORE TRA DIRITTO VIGENTE E DIRITTO VIVENTE

di *Sara Landini**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Unioni civili e convivenze di fatto. - 3. Le unioni civili e il matrimonio. - 4. Regime successorio in caso di unione. - 5. Chiusa.

The paper concerns the bill on same-sex unions and on de facto cohabitations. The focus is particularly on the dialogue that seems to exist between the legislature and the jurisprudence formed in matters of marriage and cohabitation. From this point of view, the bill represents a useful starting point for a more comprehensive reform of family law.

* Professore associato di Diritto privato presso l'Università di Firenze.

Osservatorio sulle fonti

1. Premessa

Dopo la condanna davanti alla CEDU dell'Italia per il vuoto normativo in materia di coppie omosessuali, il legislatore italiano cerca di portare a termine l'approvazione definitiva di una riforma in materia (disegno di legge Cirinnà da ora in poi ddl) che metta d'accordo le differenti posizioni sul punto, dettando una distinta disciplina per "unioni civili" omosessuali e "convivenze di fatto"¹.

Nel nostro breve percorso espositivo cercheremo di mettere in luce, da un punto di vista tecnico giuridico, quegli aspetti che a nostro avviso presentano interesse sia *de iure condendo*, ovvero avuto riguardo alla prosecuzione dei lavori di approvazione della normativa, sia da un punto di vista *de iure condito* per riflettere sulla necessità di interventi legislativi tenuto conto dello stato della normativa vigente, con alcuni cenni sulla "tecnica legislativa", adottata nella scrittura del ddl, connotata da una forte interazione tra legge e diritto vivente.

Il legislatore in più punti, infatti, dimostra (così parrebbe) di aver presenti le interpretazioni giurisprudenziali, nonché i movimenti riformisti in materia matrimoniale, adottando norme di legge per le unioni e per le convivenze che recuperano non solo il diritto vigente sul matrimonio, ma anche quello vivente. Tecnica questa non nuova soprattutto nel diritto privato. Lo stesso codice civile, in più parti, contiene norme che altro non sono che soluzioni giurisprudenziali generalmente maggioritarie su singoli problemi che la prassi aveva precedentemente posto.

2. Unioni civili e convivenze di fatto

Il disegno di legge sulle unioni civili e convivenze di fatto si propone di regolare le

¹ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 21 luglio 2015 - Ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11 - Oliari e altri c. Italia in www.giustizia.it: "Benché il fine essenziale dell'articolo 8 sia la tutela delle persone dall'ingerenza arbitraria delle autorità pubbliche, esso può anche porre in capo allo Stato alcuni obblighi positivi al fine di garantire l'effettivo rispetto dei diritti tutelati dall'articolo 8 (si vedano, tra altri precedenti, X e Y c. Paesi Bassi, 26 marzo 1985, § 23, Serie A n. 91; Maumousseau e Washington c. Francia, n. 39388/05, § 83, 6 dicembre 2007; Söderman c. Svezia [GC], n. 5786/08, § 78, CEDU 2013; e Hämäläinen c. Finlandia [GC], n. 37359/09, § 62, CEDU 2014). Tali obblighi possono comportare l'adozione di misure destinate a garantire il rispetto della vita privata o familiare anche nella sfera dei rapporti interpersonali (si vedano, inter alia, S.H. e altri c. Austria [GC], n. 57813/00, § 87, CEDU 2011, e Söderman, sopra citato, § 78)." Quanto al matrimonio tra coppie omosessuali si afferma invece che: "I principi applicabili per valutare gli obblighi positivi e negativi dello Stato ai sensi della Convenzione sono simili. Si deve tener conto del giusto equilibrio che si deve garantire tra gli interessi concorrenti dell'individuo e della collettività nel suo insieme, e i fini del secondo paragrafo dell'articolo 8 hanno qualche rilevanza (si vedano Gaskin c. Regno Unito, 7 luglio 1989, § 42, Serie A n. 160, e Roche c. Regno Unito [GC], n. 32555/96, § 157, CEDU 2005 X)..... La Corte osserva che nonostante la graduale evoluzione degli Stati in materia (undici Stati membri del Consiglio d'Europa hanno attualmente riconosciuto il matrimonio omosessuale) le conclusioni cui essa è giunta nelle summenzionate cause rimangono pertinenti. La Corte ribadisce conseguentemente che l'articolo 12 della Convenzione non pone in capo al Governo convenuto l'obbligo di concedere accesso al matrimonio a una coppia omosessuale quale i ricorrenti."

Osservatorio sulle fonti

situazioni giuridiche inquadrabili in capo a soggetti che hanno posto in essere forme di relazioni aventi connotati di stabilità e assimilabili dal punto di vista affettivo ai rapporti coniugali. La vicinanza tra tali ambiti relazionali (matrimonio, unioni e convivenze) in ragione della costituzione di un rapporto affettivo, fondato su una prospettiva di condivisione di scelte di vita con un impegno ad assistersi moralmente e materialmente², ha portato a riflettere in ordine alla disparità di trattamento tra gli stessi³.

Rivedere normativamente tali distanze non dovrebbe però portare ad appiattare le differenze che in linea di fatto sussistono. Il che condurrebbe, per una via diversa, ad una nuova violazione del principio di uguaglianza e a contrasti con il dettato costituzionale che tale principio consacra all'art. 3⁴.

Questa prospettiva ci pare colta dal disegno di legge in questione che all'art. 1, comma 2 delimita il proprio ambito con una distinzione di fondo "la presente legge istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e reca la disciplina delle convivenze di fatto." La convivenza di fatto tra coppie etero non crea un ambito relazionale diverso dal matrimonio. Quello che cambia è la forma, ovvero la presenza o l'assenza del rito matrimoniale frutto di una libera scelta delle parti⁵. L'unione civile omosessuale rappresenta invece una distinta formazione sociale rilevante ai sensi dell'art. 2 Cost.

Nella disciplina delle convivenze di fatto il legislatore si muove essenzialmente su

² Si veda in particolare Tribunale Bologna, 20.12.2006, n. 284, in *Il merito*, 2007, 5, 37 : "In tema di convivenza "more uxorio", le attribuzioni reciproche fra conviventi, non essendo dovute "ex lege" in quanto non scaturenti dall'obbligo di mantenimento reciproco in base alle proprie capacità lavorative, che presiede invece al vincolo matrimoniale, bensì essendo imputabili ad un semplice legame di affetto e solidarietà, si configurano come obbligazioni naturali. In quanto tali, salvo il caso in cui la loro realizzazione sia imputabile a persona incapace, esse non sono ripetibili e non costituiscono ingiustificato arricchimento in capo a chi ne ha beneficiato". Si deve comunque trattare di prestazioni che non travalichino i limiti della proporzionalità e della adeguatezza come precisa Tribunale Latina, 25.02.2005, n. 547, in *Arch. Locazioni*, 2007, 2, 188 e più recentemente Cassazione civile, 22.09.2015, n. 18632, *de jure*.

³ Sulla rilevanza sociale delle relazioni affettive e sul problema della rilevanza giuridica dell'amore che il diritto sembra riconoscere solo se consacrato dal rito del matrimonio S. RODOTÀ, *Diritto D'Amore*, Roma, 2015.

⁴ Quanto ai *same sex marriage* le sentenze che si sono avute riguardano la trascrizione di matrimoni tra omosessuali contratti all'estero. "Il matrimonio tra coppie dello stesso sesso non corrisponde alla tipologia del matrimonio delineato nel nostro ordinamento e, seppur contratto all'estero, non è perciò trascrivibile: infatti, anche se la previsione del matrimonio tra persone dello stesso sesso concretizza il riconoscimento di principi di uguaglianza e di non discriminazione - e il fatto che l'accesso delle coppie omosessuali al matrimonio sia consentito da numerosi paesi dell'Unione Europea, e anche da Stati europei oltre i confini dell'Unione, induce a ritenere che gli effetti del matrimonio omosessuale non contrastino con l'ordine pubblico internazionale -; non può essere colmato per via giudiziaria il vuoto normativo conseguente alla inerzia del legislatore che ancora non si è adeguato alle plurime indicazioni dei giudici nazionali, della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e anche del Parlamento Europeo, le cui risoluzioni hanno incoraggiato gli stati membri dell'Unione a contribuire alla riflessione sul riconoscimento del matrimonio e delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, in quanto questione politica, sociale e di diritti umani e civili": Corte di Appello 6.11.2015, in *Ifamiliarista.it* 2016, 25 gennaio. In senso analogo Consiglio di Stato, 26.10.2015, n. 4899, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 28 ottobre.

⁵ Sul punto E. GIUSTI – F. VETTORI, *Famiglia di fatto ed unioni civili: verso un nuovo modello di famiglia?*, in *Giustiziacivile.com*, 2016

Osservatorio sulle fonti

due piani⁶: identifica l'ambito disciplinare e riflette nel testo legislativo orientamenti giurisprudenziali, sia dei giudici ordinari sia del giudice delle leggi, tendenti a un avvicinamento tra situazioni giuridiche in caso di rapporti di coniugio e in caso di convivenze *more uxorio*⁷, tenendo pure conto delle prassi ormai consolidate in ordine alla possibile disciplina in via convenzionale del rapporto tra conviventi⁸.

In questo tentativo di regolare il sociale il legislatore “perde qualche pezzo”⁹. Nel definire cosa debba intendersi per convivenza di fatto ai sensi della presente legge, si dice “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

⁶ Fondamentale è distinguere la convivenza dalla mera coabitazione. Cfr. U. ROMA, *Convivenza e Coabitazione*, Padova, 2005, p. 89 ss. La coabitazione ha rilevanza anche in caso di matrimonio ad esempio ai fini della “sanatoria” di vizi del consenso dei coniugi come l'errore ex art. 122.

⁷ Così, a titolo di esempio, l'art. 1, comma 38 del ddl prevede “I conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario” e Cass. penale 29.09.2005, n. 45450, in de jure.

Il comma 44 prevede “Nei casi di morte del conduttore o di suo recesso dal contratto di locazione della casa di comune residenza, il convivente di fatto ha facoltà di succedergli nel contratto”. Manca il riferimento alla prole. L'art. 6, comma 3, l. 392/1978, prevede che in caso di separazione consensuale o di nullità matrimoniale al conduttore succede l'altro coniuge se tra i due si sia così convenuto. La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'ambito applicativo della norma, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di essa nella parte in cui non prevedeva la successione nel contratto di locazione, al conduttore che abbia cessato la convivenza, a favore del già convivente quando vi sia prole naturale (Corte Cost., 7 aprile 1988 n. 404, in Foro it., 1988, I, 2515).

⁸ Quanto ai patti di convivenza, disciplinati dal ddl, da tempo i notai hanno instaurato prassi per la stipula di contratti tra conviventi volti a disciplinare: le modalità di partecipazione alle spese comuni, e quindi la definizione degli obblighi di contribuzione reciproca nelle spese comuni o nell'attività lavorativa domestica ed extradomestica; i criteri di attribuzione della proprietà dei beni acquistati nel corso della convivenza ad esempio definendo un sorta di regime di comunione o separazione); le modalità di uso della casa adibita a residenza comune (sia essa di proprietà di uno solo dei conviventi o di entrambi i conviventi ovvero sia in affitto); le modalità per la definizione dei reciproci rapporti patrimoniali in caso di cessazione della convivenza al fine di evitare, nel momento della rottura, discussioni e rivendicazioni; la facoltà di assistenza reciproca, in tutti i casi di malattia fisica o psichica (o qualora la capacità di intendere e di volere di una delle parti risulti comunque compromessa), o la designazione reciproca ad amministratore di sostegno. Le parti possono riservarsi, con apposite clausole inserite nel contratto di convivenza, la facoltà di recesso. Vi possono essere anche accordi destinati a produrre i loro effetti proprio a partire dalla cessazione del rapporto di convivenza: si pensi a tutti gli accordi che fissano le modalità per la definizione dei reciproci rapporti patrimoniali in caso di cessazione della convivenza. Posto che entrambi i conviventi hanno il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, i conviventi possono tra loro regolamentare i costi per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione dei figli. Sul punto si veda già E. DEL PRATO, *I patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, p. 959 ss.; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione*, in *NGCC*, 2007, 5, pp. 194 – 206.

In base ai commi 50 ss. del ddl “I conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza. Il contratto di cui al comma 50, le sue modifiche e la sua risoluzione, sono redatti in forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico...59. Il contratto di convivenza si risolve per: a) accordo delle parti; b) recesso unilaterale; c) matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona; d) morte di uno dei contraenti.”

⁹ A breve sul punto sarà pubblicato un contributo di M. RIZZUTI.

Osservatorio sulle fonti

rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile". Restano fuori, tanto per fare un esempio di particolare rilievo per la frequenza del fenomeno, le convivenze tra soggetti di cui almeno uno è separato ma non ancora divorziato dal precedente coniuge laddove ormai la nostra giurisprudenza ammette che già con la separazione venga meno l'obbligo di fedeltà¹⁰.

La verità è che "i legami d'amore" sono difficilmente classificabili per la loro duttilità rispetto alla realtà soggettivo/esistenziale in cui si creano. Una definizione stretta rischia di creare stravaganti esclusioni.

3. Le unioni civili e il matrimonio

Con riguardo alla disciplina delle unioni civili il legislatore tende a creare situazioni equipollenti a quelle che si vengono a determinare nel vincolo matrimoniale, equipollenti rispetto, si badi, alla situazione di diritto vivente nonché a prospettive di modifica dello stesso regime personale o patrimoniale dei coniugi.

Come nel matrimonio acquista centralità il momento del rito che consacra l'unione la quale nasce come e rimane un fenomeno sociale prima che giuridico. L'art. 1 comma 2 prevede che "due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni". Non si può parlare di contratto per le stesse ragioni per cui è escluso che il matrimonio costituisca contratto. Come affermato in dottrina per il matrimonio, anche in caso di unione, il consenso non pare assimilabile a quello contrattuale. "Il consenso nel matrimonio civile – quale forma di consapevole adesione al rapporto – non si presta a venire appiattito e degradato nello schema del contratto, anzi rifugge da ogni logica o prospettiva contrattualistica e ponendosi in stretta e diretta connessione funzionale con l'esercizio solidale dei diritti e dei doveri derivanti dal matrimonio – quali tipici modi di emergenza del rapporto – conferma che il campo elettivo di studio di questo istituto non è quello della teoria del contratto ma del rapporto"¹¹. Nessun rilievo ha il fatto che il legislatore, nel ddl in esame, con riferimento alle parti dell'unione usi il termine "contraente" (v. art. 1, 4 comma c) e d)). Sarebbe preferibile appunto l'uso del termine parte.

Forti le analogie rispetto agli impedimenti che ricalcano quanto previsto all'art. 87 c.c. L'Art. 1, 4, in sintesi, individua gli impedimenti in: a) precedente vincolo matrimoniale o un'unione civile; b) l'interdizione di una delle parti per infermità di mente c) la sussistenza tra le parti dei rapporti di cui all'articolo 87, primo comma, del codice civi-

¹⁰ L'infedeltà rileva prima della separazione ai fini dell'addebito dell'intolleranza della convivenza. Si veda in particolare Cass. 23.5.2008, n. 13431, in *dejure*.

¹¹ Così V. SCALISI, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 166. Si richiama al momento del rapporto piuttosto che a quello della "stipula" di un vincolo G. FURGIUELE, *Il matrimonio dell'interdetto per infermità di mente*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 267. Si tratta di precisazioni non puramente nominali che impediscono percorsi interpretativi che assimilano in punto di disciplina il rapporto contrattuale a quello matrimoniale. Cfr. G. FERRANDO - A. QUERCIA, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007, p. 131 e prima G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, Milano, 2002, p. 593; U. ROMA, *op. cit.*, pp. 94-95.

Osservatorio sulle fonti

le; non possono altresì contrarre unione civile tra persone dello stesso sesso lo zio e il nipote e la zia e la nipote; d) la condanna definitiva di un “contraente” per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l’altra parte. Gli impedimenti, come nel matrimonio, sono causa di nullità.

Analoghe, rispetto a quelle del matrimonio, sono le cause di annullamento dell’unione. Evidenziamo solo un paio di differenze in materia di errore. Rispetto quanto previsto all’art. 122 c.c. non si considera essenziale ai fini dell’annullamento l’errore sullo stato di gravidanza o sulle devianze sessuali.

Quanto allo stato di gravidanza va detto che in caso di unione tra due donne non è dato escludere che una la gravidanza celata di una delle due al momento della formazione dell’unione possa essere considerata qualità essenziale ai fini dell’annullamento.

Forse più significativa è la mancata previsione, tra le qualità essenziali, della devianza sessuale posto che l’omosessualità non è più inclusa tra le devianze elencate dalla OMS¹² e posto che ci pare assurdo non considerare qualità essenziale la presenza, in capo ad una delle parti, di devianze sessuali quali la pedofilia.

Una norma diversa da quanto previsto in materia matrimoniale è quella sul cognome, che però deve essere letta alla luce della giurisprudenza in materia di cognome della moglie.

Riguardo alle unioni l’art. 1, comma 10 prevede che: «Mediante dichiarazione all’ufficiale di stato civile le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell’unione civile tra persone dello stesso sesso, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi. La parte *può* anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all’ufficiale di stato civile.» Pare che si abbia una maggiore autonomia della parte che porta il cognome non prevalente. Nel caso del matrimonio l’art. 143 bis c.c. si limita a dire che la moglie “aggiunge” al proprio cognome quello del marito. Va detto che da tempo la nostra giurisprudenza ha interpretato la norma nel senso che la moglie ha il diritto, ma non l’obbligo¹³.

Se un simile obbligo sussistesse vi sarebbero problemi dovuti al cambiamento, anche solo parziale del cognome. Il cognome è un segno identificativo della persona. Imporre ad una persona di cambiare il proprio cognome al momento della costituzione del matrimonio e di perderlo al momento dello scioglimento può creare problemi e infatti ne

¹² “Era il 1974 e nello stesso anno l’omosessualità venne cancellata dal Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali (DSM) pubblicato dall’American Psychiatric Association (APA). Nella prima versione del 1952 risultava condizione psicopatologica tra i “Disturbi sociopatici di Personalità”, nel 1968 rientrò nelle deviazioni sessuali, come la pedofilia, trovando posto tra i “Disturbi Mentali non Psicotici”, nel 1974 venne rimossa ma spuntò l’”omosessualità egodistonica”, ovvero quella condizione in cui una persona omosessuale non accetta il proprio orientamento sessuale e non lo vive con serenità. Anche questa voce sparirà dal Dsm nel 1987 ed effettivamente dal 1990 anche l’Organizzazione Mondiale della Salute (OMS) depennerà l’omosessualità dall’elenco delle malattie mentali definendola “una variante naturale del comportamento sessuale umano”.
<http://www.psicoterapiadinamica.it/2011/04/curare-la-omosessualita-psicologi>

¹³ Cass. 13.7.1961, n. 1692, in *Foro it.*, 1961, 1, 1065. Con il DDL S. 1230 approvato alla Camera nel 2014 si è cercato di trasformare in norma di legge tale orientamento e introdurre il doppio cognome del figlio.

Osservatorio sulle fonti

crea in ordinamenti¹⁴, come il Giappone, che conoscono una simile regola per i coniugi.

Sarebbe invero forse auspicabile la definitiva approvazione di una riforma anche in materia di cognome familiare in caso di coniugio che sia maggiormente rispettosa della parità tra i coniugi e dell'autonomia di entrambi¹⁵.

Dall'unione, come dal matrimonio, nascono doveri. L'art. 1, 11 sancisce che: «dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni».

Manca l'obbligo di fedeltà, ma forse più che di una mancanza si tratta di una disciplina che tiene conto dell'evoluzione del diritto vivente in materia di fedeltà coniugale. Da tempo ormai la stessa viene letta più come una violazione della dignità dell'altro coniuge che non come adulterio ovvero congiunzione carnale con un terzo/a¹⁶. Anche in caso di coniugio, considerando la giurisprudenza italiana, emerge una tendenza a dare rilevanza al dovere di fedeltà non solo e non tanto come astensione da relazioni carnali con soggetti terzi, ma come rispetto della dignità e dell'onore dell'altro coniuge. Se questa fosse la ragione dell'omissione, forse sarebbe stato preferibile lasciare l'obbligo di fedeltà anche per le unioni, rimettendosi alla interpretazione dei giudici, piuttosto che creare una ingiustificata asimmetria sul piano testuale.

Resta poi il problema di individuare le conseguenze in caso di violazione di tali doveri. In ipotesi di matrimonio gli effetti si producono in punto di pronuncia di separazione con addebito, ma in caso di unione non abbiamo la separazione. Si potrebbe pensare di dar rilevanza a tale violazione sotto il profilo della quantificazione dell'assegno in ipotesi di scioglimento dell'unione, ma in tal caso si dovrebbe segnare una distanza rispetto a quanto avviene in caso di scioglimento del matrimonio per divorzio. Infatti

¹⁴ Di recente si è avuto un caso interessante tra una cittadina italiana che dopo il matrimonio aveva utilizzato esclusivamente il cognome del marito svedese. “In caso di cessazione degli effetti civili di un matrimonio contratto all'estero da due cittadini stranieri, il diritto della moglie di utilizzare l'esclusivo cognome del marito, acquisito, con il consenso di quest'ultimo, al momento dell'assunzione del vincolo, va delibato sulla base dei criteri di collegamento indicati dalla Convenzione di Monaco del 5 settembre 1980, resa esecutiva in Italia con la legge n. 950 del 1984, per la quale i cognomi ed i nomi di una persona vengono determinati dalla legge dello Stato di cui è titolare il cittadino (nella specie, l'ordinamento svedese), non assumendo alcun rilievo che la cessazione del rapporto coniugale sia stata dichiarata e regolata dalla legge di un altro Stato (nella specie, quella italiana)”: Cass. civ., 13.11.2015, n. 23291, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015

¹⁵ V. *supra* nota 13 sui progetti in atto.

¹⁶ Anche recentemente la Suprema Corte con la sentenza Cass. civ., 12. 04.2013, n.8929, in *Diritto & Giustizia*, 2013, p. 15 (si tratta di un orientamento risalente v. già Cass. civ., 26.02.1980, n. 1335). L'infedeltà rileva poi solo ove eziologicamente collegata alla crisi coniugale. In questo senso Cass. 23.5.2008, n. 13431, cit. Così con riferimento alla violazione della fedeltà coniugale F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, II, in Commentario del codice civile Scialoja-Branca a cura di Galgano, Libro primo delle persone e della famiglia, (Art. 84-174), Bologna-Roma 1993, sub art. 143, 256 sottolinea come « tale obbligo — inteso in senso stretto — riguarda l'esclusività del rapporto coniugale, che deve essere rapporto di un solo uomo e di una sola donna, e non tocca solo l'aspetto sessuale, ma la totalità del mondo dei sentimenti ».

Osservatorio sulle fonti

l'assegno divorzile non è considerato in funzione sanzionatoria del coniuge che ha dato origine al divorzio stante il disposto dell'art. 5, comma 6 l. 898/1970, peraltro richiamato dal ddl, che non include tra i criteri di determinazione dell'assegno anche l'addebito dello scioglimento.

Forse la soluzione potrebbe essere quella di riconoscere effetti a tali violazioni sul piano della responsabilità civile in senso analogo a quanto avviene in materia matrimoniale dove si è sviluppata da tempo una giurisprudenza in materia di responsabilità c.d. endofamiliare in vero non esente da critiche¹⁷.

Quanto agli aspetti patrimoniali dell'unione l'art. 1, comma 13 prevede «Il regime patrimoniale dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, in mancanza di diversa convenzione patrimoniale, è costituito dalla comunione dei beni. In materia di forma, modifica, simulazione e capacità per la stipula delle convenzioni patrimoniali si applicano gli articoli 162, 163, 164 e 166 del codice civile». Ai fini dell'inquadramento dei beni comuni e dei beni personali si ritiene che possano applicarsi gli art. 177 e 179 c.c. in materia di comunione dei beni in considerazione del rinvio generale, contenuto nel ddl, al capo VI sez. IV c.c.

¹⁷ Sul punto non vi è uniformità di vedute da parte dei nostri giudici. Così Cass. civ., 15.9.2011, n. 18853, in *Giust. civ.*, 2012, 2, I, 375 ha affermato che «I doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio hanno natura giuridica e la loro violazione non trova necessariamente sanzione unicamente nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, quale l'addebito della separazione, discendendo dalla natura giuridica degli obblighi suddetti che la relativa violazione, ove cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti, possa integrare gli estremi dell'illecito civile e dare luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 cod. civ. senza che la mancanza di pronuncia di addebito in sede di separazione sia preclusiva dell'azione di risarcimento relativa a detti danni». In dottrina A. ZACCARIA, *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di fedeltà*, in *Fam. dir.*, 1997, 466, in commento a Trib. Monza 15 marzo 1997. Con speciale riguardo al dovere di fedeltà, l'Autore evidenzia che la sua violazione, costituendo, in fin dei conti, esercizio di un diritto di libertà, non è in grado di arrecare un danno che possa propriamente considerarsi ingiusto. In senso analogo L. LENTI, *Famiglia e danno esistenziale*, in *Il danno esistenziale - Una nuova categoria della responsabilità civile*, a cura di P. Cendon e P. Ziviz, Milano, 2000, 255 ss. *Contra* M. BONA, *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?*, cit., 202. Osserva C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano, 1989, 54, che, nonostante l'adempimento dei doveri coniugali sia affidato allo spontaneo atteggiarsi del rapporto matrimoniale, nondimeno si tratta pur sempre di obblighi giuridici cui corrispondono altrettanti diritti in capo all'altro coniuge. Sono concordi nel riconoscere il carattere pienamente giuridico e non meramente morale dei doveri sanciti dall'art. 143 c.c.: P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, III, Torino, 1996, 10 ss.; A. FRACCON, *I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in questa *Rivista*, 2001, 382; P. CENDON - G. SEBASTIO, *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra coniugi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 1292; F. RUSCELLO, *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, I, 1, Milano, 2002, 727 ss.; G. FACCI, *Infedeltà coniugale ed ingiustizia del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 470 ss.; L. BOCCADAMO, *Torto endofamiliare e risarcibilità del danno esistenziale per violazione dei doveri coniugali: una duplice conferma*, cit., 622. Anche la giurisprudenza maggioritaria reputa di natura giuridica e non solamente morale i doveri matrimoniali: così, ad esempio, Cass. 11 novembre 1986 n. 6607, in *Giur. it.*, 1987, I, 2044 e in questa *Rivista*, 1987, 148; Trib. Milano 10 febbraio 1999, cit.; Cass. 9 giugno 2000 n. 7859, in *Giur. it.*, 2001, 239 (che considera l'obbligo di fedeltà coniugale una regola di condotta imperativa); Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, in *Altalex.com*.

Osservatorio sulle fonti

Resta da stabilire quale sia l'ambito dell'autonomia lasciato alle parti dell'unione con la loro convenzione patrimoniale.

Nel ddl, simmetricamente rispetto a quanto previsto all'art. 160 c.c. in materia di matrimonio, si prevede che "le parti non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto dell'unione civile". Sussistono poi i limiti previsti in caso di matrimonio dall'art. 210, richiamato dal ddl, ovvero non potranno essere ricompresi nella comunione convenzionale alcuni beni: quelli ottenuti a titolo di risarcimento del danno (art. 179, lett. e), beni di uso strettamente personale (art. 179, c) oppure beni che servono all'esercizio della professione (art. 179, lett. d). Per il resto riteniamo, secondo quello che è l'orientamento in caso di matrimonio e secondo le prassi che si sono instaurate al riguardo, che in via convenzionale possano essere fatti entrare in comunione da subito i beni della cosiddetta comunione *de residuo* (art. 177 lett. b e c). Riteniamo altresì ammissibile l'inclusione in comunione di categorie di beni personali diversi da quelli esclusi dal soprarichiamato art. 210, nonché l'esclusione dalla comunione di beni che vi ricadrebbero in virtù del disposto di cui all'art.177¹⁸. Il richiamo del ddl alla sez. II e V del capo VI ci porta ad aggiungere, tra i regimi patrimoniali delle unioni, anche il fondo patrimoniale (art. 167 c.c. e ss.) e la separazione dei beni¹⁹.

Le cause di scioglimento dell'unione presentano analogie con quanto previsto in materia matrimoniale : 1- morte o dichiarazione di morte presunta ; 2- divorzio con rinvio all' art. 3, n. 1) e n. 2) lettera a), c), d) ed e) della legge 10 dicembre 1970, n. 898; 3- manifestazione anche disgiunta della volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile; 4- sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso.

Curioso è che ai fini del scioglimento non si dia rilevanza alla mancata "consumazione" dell'unione, in analogia con quanto previsto per il matrimonio *rato et non consumato* nel divorzio; quasi che non si considerasse la sessualità come momento importante nel rapporto fondato sull'unione in distonia con quanto da tempo affermato in materia matrimoniale dai nostri giudici²⁰.

Significativa la mancanza di una previsione della separazione come "intermezzo" rispetto allo scioglimento. Lo scioglimento potrà aversi pure in assenza delle cause elencate con una manifestazione anche disgiunta di volontà davanti all'ufficiale di stato ci-

¹⁸ Alcuni (G. DE RUBERTIS, *Le convenzioni matrimoniali nel nuovo diritto di famiglia*, in *Dir. fam. e pers.*, 1976, p.1311), ritengono che, mediante convenzione si potrebbe far rientrare in comunione beni che ex art. 179 cod.civ., ne sarebbero esclusi, mentre non se ne potrebbe assolutamente escludere altri che ex art. 177 cod.civ. ne fanno parte. La maggior parte della dottrina reputa tuttavia che, pur entro i limiti imposti dalla legge, i coniugi possano benissimo adottare un regime intermedio fra comunione legale e separazione. Si vedano L.V.MOSCARINI, *Struttura e funzione delle convenzioni matrimoniali*, in *Riv. not.*, 1976, p.160 e ss.; G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 187.

¹⁹ Ricordiamo che in via interpretativa, tra i regimi patrimoniali dei coniugi da tempo si tende ad includere anche il *Family Trust* (v. G. OBERTO, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, in *Familia*, 2004, p. 201 ss.).

²⁰ Da tempo i nostri giudici hanno preso posizione sul punto ritenendo che nel matrimonio la mancanza di un'intesa sessuale "serena ed appagante" sia la prova della carenza di legami tra i coniugi e della intollerabilità della convivenza ai fini della separazione. Cass. 31.5.2012, n. 8773, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012; Cass. 3.8.2007, n. 17056, *ivi*, 2007.

Osservatorio sulle fonti

vile. La domanda di scioglimento sarà proponibile trascorsi tre mesi da tale dichiarazione. Si tratta di una distanza dal regime matrimoniale che deve essere però letta alla luce degli attuali intenti riformisti in punto di tempistica dello scioglimento del matrimonio che al momento hanno portato al c.d. divorzio breve con la legge 11 maggio 2015, n. 107 contenente una disciplina della separazione e del divorzio che interviene a ridurre i tempi per la domanda di divorzio in presenza di certe condizioni.

Il disegno di legge segue la scia del diritto vivente anche con riferimento alla rettifica del sesso. In sintesi l'art. 1, comma 26 prevede che la rettifica determina lo scioglimento dell'unione. Il comma 27 prevede che, in caso di matrimonio, la rettifica, "ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili" determina "l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso."

Il legislatore sembra aver recuperato le indicazioni della Cassazione che in un noto caso recente, peraltro invocando l'intervento del legislatore, ha affermato la efficacia del matrimonio anche dopo la rettifica del sesso di un coniuge ove vi fosse il consenso di entrambi a mantenere il vincolo matrimoniale²¹.

Non si prevede però nel ddl, simmetricamente, l'automatica conversione in matrimonio dell'unione ove una delle parti abbia cambiato il sesso e ove vi sia il consenso di entrambi a mantenere il rapporto.

4. Regime successorio in caso di unione

Alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano le disposizioni previste dal libro secondo del codice civile sulle successioni:

- i) titolo I: capo III (Dell'indegnità) e capo X, (Dei legittimari)
- ii) titolo II (Delle successioni legittime)
- iii) titolo IV: capo II (capacità a testare, ma qui non ci sono riferimenti ai coniugi, ci si riferiva al capo III "dell'indegnità?"); capo V-bis (patto di famiglia).

Il profilo successorio è uno dei punti più problematici della mancata equiparazione finora delle coppie omosessuali rispetto alle coppie eterosessuali unite in matrimonio stante la presenza nel nostro ordinamento della categoria degli eredi necessari, cui è riservata una quota dell'eredità, che impedisce al *de cuius* di disporre per testamento in piena libertà. In caso di coppie omosessuali, stante l'impossibilità di contrarre matrimonio e di diventare coniugi, e quindi eredi necessari l'uno dell'altro, non è al momento possibile per il superstite, in caso di decesso del partner, essere chiamato *ex lege*; quanto alla chiamata testamentaria, si incontreranno appunto i limiti della quota indisponibile riservata agli eredi necessari.

Il problema andrebbe però forse affrontato nella sua complessità anche tenuto conto delle più generali esigenze di ridimensionare la legittima.

Attraverso l'istituto della legittima il legislatore ha inteso tutelare alcuni soggetti, in

²¹ Cass. 21.4.8097, 2015, *de jure*. Anche la Corte Costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della legge sul divorzio, nella parte in cui impone lo scioglimento in caso di rettifica del sesso, ha rimesso la soluzione del problema al legislatore. C.Cost., 11.6.2014, n. 170.

Osservatorio sulle fonti

ragione di un certo vincolo parentale con il defunto, sancendo che questi non possono essere privati dei diritti successori, riconosciuti loro dalla legge, solo per effetto di un atto di volontà del *de cuius*.

La riserva di tali diritti successori presupporrebbe pertanto uno *status* familiare e il legislatore avrebbe con essa contemperato il principio di autonomia privata con la tutela dei familiari del defunto che, ad avviso del legislatore, dovrebbero aver avuto un'ordinaria condivisione di vita con questi di cui si deve tener conto sotto il profilo patrimoniale dopo la sua morte.

Alcuni autori, considerato il limitato numero di soggetti tutelati dal legislatore – coniuge, figli e ascendenti²² - ritengono che il fondamento della successione necessaria non sia tanto la tutela della famiglia, ma piuttosto la tutela di talune posizioni individuali in ragione dell'apporto che questi si presume abbiano dato in vita al *de cuius*²³.

Ci pare che forse, però, la questione dovrebbe essere portata su un altro piano e precisamente sull'attuale concetto giuridico di famiglia, non più concepita come un'entità superindividuale²⁴.

Il diritto successorio non può che essere influenzato dal mutato concetto di famiglia e dalle nuove dinamiche sociali che lo connotano facendo emergere le singole posizioni di interesse che vanno a comporre la comunità familiare²⁵.

²² La partizione tra figli e ascendenti naturali o legittimi è stata abrogata dal dlgs 2.8.2013, n. 154.

Le corti di merito ritennero infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 536 nella parte in cui non include anche gli ascendenti naturali. Cfr. Trib. Genova, 8 ottobre 1983, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, c. 183 con nota critica di G. FERRANDO, *La successione del genitore naturale: problemi di legittimità costituzionale*.

²³ Cfr. M. DOSSETTI, *Concetto e fondamento della successione necessaria*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini G., vol. III, *Successione e legittima*, Milano, 2009, p. 17.

²⁴ L'idea di famiglia presente nel codice del 1942 è ben disegnata nella pagine di uno dei più illustri civilisti dell'epoca il quale, nell'affermare la radicale distanza esistente tra la struttura dei rapporti del diritto di famiglia e dei rapporti di diritto privato, osservava come nei due ambiti "essenzialmente diverso è, infatti, nell'un campo e nell'altro il compito della tutela giuridica: che nel diritto privato regola il conflitto di interessi principalmente sulla base della volontà e responsabilità dei singoli interessati; mentre nel diritto di famiglia garantisce l'interesse superiore al di sopra degli interessi dei singoli": così A. CICU, *La filiazione*, Milano, 1926-1927, p. 5. L'interesse familiare diviene pertanto "elemento concettuale idoneo a riassumere le linee di una tendenza alla pubblicizzazione dell'ordinamento della famiglia": in tal senso G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, pp. 54-55.

²⁵ Cfr. G. FURGIUELE, *Modelli familiari nel diritto italiano e straniero*, in *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, a cura di Auletta, Milano, 2007, p. 27 ss.; G. COLLURA, *Il civilista, la famiglia e le sue trasformazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 633 ss.; G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto a Rescigno, t. III, *Persone e Famiglia*, 2a ed., Torino, 1997, p. 105 ss. Il problema della necessaria evoluzione del diritto delle successioni in relazione all'evolversi del diritto di famiglia è sentito anche a livello internazionale. Cfr. R.C. BRASHER, *Inheritance law and the evolving family*, Philadelphia, 2004, p. 6. I rapporti familiari nella vicenda successoria assumono allora rilievo non in ragione di un superior e generale interesse della famiglia legittima, ma come centro di interessi autonomo rispetto alle posizioni individuali. Così del resto la Corte costituzionale ha giustificato, dichiarando infondata la relativa questione di legittimità, l'art. 537 c.c., poi abrogato per effetto della L. 219/2012, che potrebbe parere un ultimo baluardo della passata idea di famiglia. Il riferimento è a Corte Cost., 18 dicembre 2009, n. 335, in *Nuova giur., civ. comm.*, 2010, 567, con nota di A. GORGONI, *La commutazione e la compatibilità con i membri della famiglia legittima*.

Osservatorio sulle fonti

Non si può peraltro dimenticare che la stessa legittima ha subito interventi, per quanto contenuti, da parte del legislatore volti a consentire meccanismi di “disponibilità” dei relativi diritti prima della morte del *de cuius*²⁶, né si possono dimenticare i progetti di revisione degli artt. 536 ss. in una logica di ripensamento del sistema della quota di riserva in funzione dell’ampliamento dell’autonomia testamentaria²⁷.

5. Chiusa

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

²⁶ Il riferimento è in particolare al c.d. patto di famiglia di cui all’art. 768 bis ss. ovvero quel “patto” avente ad oggetto il trasferimento dell’azienda nonché di partecipazioni societarie in tutto o in parte dal titolare della stessa ai suoi discendenti. In tale normativa, a favore dei legittimari, che dovranno partecipare al “patto”, è previsto l’obbligo di liquidare una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli articoli 536 ss. L’autonomia di tali partecipanti è però limitata alla facoltà di rinuncia, in tutto o in parte, alla corresponsione della suddetta somma e alla facoltà di chiedere che la liquidazione avvenga, in tutto o in parte, in natura. In quest’ultima ipotesi si prevede inoltre che “i beni assegnati con lo stesso contratto agli altri partecipanti non assegnatari dell’azienda, *secondo il valore attribuito in contratto*, sono imputati alle quote di legittima loro spettanti” (art. 768-*quater*, III comma). Sul punto v. in particolare il saggio di OPPO G., *Patto di famiglia e diritti della famiglia*, in *Riv. dir.civ.*, 2006, p. 439 ss.

Possiamo inoltre ricordare come la L.14.5.2005, n. 80, nel convertire con modifiche il DL 14.3.2005, n. 35, ha introdotto novità anche al libro delle successioni novellando il testo degli artt. 561 e 563 c.c. con un intervento teso ad intervenire sui limiti giuridici alla libera circolazione dei beni donati nonché alla concreta disponibilità del *donatum*.

²⁷ Sul punto D. HENRICH, *Autonomia testamentaria v. successione necessaria*, in *Familia*, 2001, p. 411; G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. notariato*, 2007, p. 803; S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. notariato*, 2007, p. 815; P.M. PUTTI, *Nuovi modelli di relazioni familiari tra prospettive di apertura ed esigenze di confronto*, in *Dir. famiglia*, 2009, p. 826; M. CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 493 ss. Per un’indagine comparatistica del problema si rinvia a M. COMPORTI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Familia*, 2003, p. 27. In particolare con riferimento agli spazi di autonomia testamentaria nella *common law* inglese: C. VALIA, *La libertà di disposizione testamentaria in Gran Bretagna*, in *Studi senesi*, 2002, p. 361 ss.; A. BORKOWSKI, *Textbook on succession*, London, 1997, p. 12 ss.; R.D. OUGHTON, *Tyler’s Family Provision*, London, 1997, p. 20 ss.; D.H. PARRY & J.B. CLARK, *The law of succession*, London, 1988, p. 10 ss.; A.R. MELLOWS, *The law of succession*, London, 1973, p. 8 ss.; A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt., dir. comp. Sacco*, Torino, 2002.

Osservatorio sulle fonti

Volendo dare un contenuto produttivo di effetti a tale disposto si deve ammettere che il legislatore ha riconosciuto una pericolosa discrezionalità all'interprete che sarebbe chiamato a valutare se una disposizione in materia di matrimonio, richiamata dalla presente legge, sia applicabile all'unione in quanto idonea ad assicurare "l'effettività dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso."

In pratica l'interprete sarebbe chiamato a valutare, caso per caso, nel momento dell'applicazione all'unione delle norme sui coniugi se l'applicazione stessa ha la funzione di cui sopra; il che porterebbe a svuotare di significato l'intera disciplina.

L'espressione "al solo fine di assicurare..." ci pare piuttosto un tentativo del legislatore di sottolineare il proprio intento di garantire l'effettività dei diritti e dei correlati doveri delle parti di un'unione civile forse cercando di evitare "distorsioni" del testo in via interpretativa²⁸ o forse per mettere in luce (ma allora chiediamoci perché ne ha sentito il bisogno) quali fossero i suoi fini.

²⁸ Ma l'intenzione del legislatore, ancorché palesata espressamente nel testo di legge, può frenare l'attività interpretativa? "Se è assurdo dire che il legislatore 'vuole' qualcosa, perché diamo il nome di legislatore a un insieme di individui che generalmente 'vogliono' cose diverse e contrastanti, la gran parte dei quali ha un'idea del tutto approssimativa del contenuto della legge, allora è anche assurdo parlare di intenzioni e di scopi del legislatore": E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 401. In tal senso v. anche in particolare per il diritto privato R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947, pp. 26-40.