

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI SALERNO**  
**DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE**



**Corso di dottorato di ricerca in**

**Scienze Giuridiche**

**Curriculum internazionalistico-europeo-comparato**

**Ciclo XXXII**

***Coordinatore Ch.mo Prof. Geminello Preterossi***

**TESI DI DOTTORATO**

**“Dal matrimonio alle unioni civili: modelli europei a confronto”**

Tutor  
**CHIAR. MA PROF.SSA**  
**Gabriella Elvira Autorino Stanzone**

Dottoranda  
**DOTT.SSA**  
**Erika Ricciardi**

***Anno accademico***  
***2019-2020***

*“Fare quello che ti piace di più. Farlo al massimo.  
Farlo cercando di essere il migliore di tutti, sempre.  
E seguire tutte le strade lecite per diventarlo.  
Quando fai la cosa che ami di più, l'ossessione è naturale.”*

Kobe Bryant

# **“Dal matrimonio alle unioni civili: modelli europei a confronto”**

## **Capitolo primo**

### **Le unioni civili: inquadramento generale**

***pag. 1***

1. La famiglia nell'evoluzione socio-giuridica; 2. Le unioni omosessuali nel quadro costituzionale e la recente interpretazione del Giudice delle Leggi; 3. Le unioni omoaffettive nella giurisprudenza delle Corti Supreme Europee; 4. Le coppie omosessuali in Spagna; 5. Il modello tedesco sulle unioni civili; 6. Il riconoscimento delle relazioni omosessuali in Francia.

## **Capitolo secondo**

### **Profili personali e patrimoniali**

***pag. 61***

1. Il cognome dell'unione; 1.1 I doveri della coppia unita civilmente e della coppia coniugata nel quadro delle differenze fra unione civile e matrimonio; 1.2 L'obbligo di fedeltà; 1.3 Assistenza morale e materiale, collaborazione, contribuzione ai bisogni comuni; 1.4 Coabitazione; 1.5 Indirizzo della vita familiare; 2 Rapporti patrimoniali dell'unione civile; 2.1 La comunione legale ; 2.2 Le convenzioni patrimoniali tra le parti dell'unione civile; 2.3 Il Pactum de lege utenda; 2.4 Il fondo patrimoniale; 2.5 L'impresa familiare; 3. L'esperienza spagnola; 4. La convivenza registrata in Germania; 5. Il Pacte Civil de Solidarité in Francia

## **Capitolo terzo**

### **Lo scioglimento del rapporto**

***pag. 131***

1. Scioglimento per mutuo consenso o recesso unilaterale; 2. La *ratio* del divorzio ex comma 24; 3. Il matrimonio non consumato; 4. La procedura divorzile; 5. La

negoziata assistita; 6. La tutela del componente debole; 7. La rettifica dell'attribuzione di sesso; 8. Le cause di scioglimento dell'unione civile in Spagna, Germania e Francia

#### **Capitolo quarto**

##### **Unione civile e filiazione**

***pag. 195***

1. Inquadramento della problematica e fattori di trasformazione sociale e giuridica; 2. L'inconfigurabilità nel nostro ordinamento di un diritto della coppia omosessuale alla genitorialità 3. La procreazione medicalmente assistita; 4. La stepchild o second parent adoption; 5. Lo stato giuridico del figlio nell'ordinamento spagnolo, francese e tedesco.

# CAPITOLO PRIMO

## **Le unioni civili: inquadramento generale**

1. La famiglia nell'evoluzione socio-giuridico 2. Le unioni omosessuali nel quadro costituzionale e la recente interpretazione del Giudice delle Leggi; 3. Le unioni omoaffettive nella giurisprudenza delle Corti Supreme Europee; 4. Le coppie omosessuali in Spagna; 4. Il modello tedesco sulle unioni civili; 5. Il riconoscimento delle relazioni omosessuali in Francia

### **1. La famiglia nell'evoluzione socio - giuridica**

Il concetto di famiglia è stato da sempre al centro di attenzione e discussione in molti campi delle scienze, quali la sociologia, psicologia, filosofia, medicina, ecc. Essa è innanzitutto un'istituzione e viene definita sulla base di determinate caratteristiche che la specificano, per esempio si parla di “famiglia unita” e “disunita”, “monoparentale” e “biparentale” o “multiparentale”, “perenne” o “ricomposta” e via dicendo. Negli anni si è passati da una concezione “istituzionale” della famiglia, basata sull'aspetto generale dell'unione, ad una concezione “costituzionale”<sup>1</sup>, che pone attenzione e importanza alla realizzazione del singolo individuo se pur appartenente ad una famiglia. Il punto era riuscire a combinare e tutelare gli interessi dei singoli con quelli della famiglia nel suo insieme, portando quest'ultima fuori da un contesto di tipo contrattuale, quale è sempre apparso il matrimonio e attualmente sembra si faccia riferimento ad un concetto più solidaristico per definire i rapporti all'interno della famiglia, sottolineando che nel matrimonio vi è “consenso”, che si esplica in una spinta libera ed autonoma del soggetto a impegnarsi nel legame. Secondo l'assetto previgente l'unità familiare non era realizzabile senza un capo e da qui nasceva

---

1 **R. BIN**, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in “*Studium Iuris*”, 2000, 10, 1066 ss. e in “*Lavoro e Diritto*”, 2000.

l'esigenza che il gruppo familiare fosse regolato gerarchicamente, e si giustificavano, come diretta emanazione della potestà maritale e di quella patria, il potere del marito di amministrare i beni della moglie, il suo potere rappresentativo della comunità familiare e l'usufrutto legale solitario sui beni del minore. L'elaborazione dell'art. 29 Cost. avrebbe segnato il passaggio ad un diverso tipo di famiglia, non più fondata sull'autorità del marito, ma sull'eguaglianza dei coniugi. Bisognerà attendere quasi trent'anni perché una riforma organica, coraggiosa, fortemente invocata, travolga il secolare predominio del *pater familias*. I primi frutti, raccolti dalla fine degli anni sessanta, rimossero dall'ordinamento le regole più clamorosamente discriminatorie, alle quali si accompagnarono una serie di interventi legislativi, che sebbene non organici e sistematici, diedero il segnale di un mutamento di prospettiva.

In questo periodo storico si raggiunge una stabilità sociale, una forte ripresa economica che spinge le persone a creare, costruire e realizzare la propria vita. In questo contesto sociale viene a costituirsi un modello di coppia anch'esso improntato alla stabilità e prospettiva positiva verso il futuro, trovando piena realizzazione nel matrimonio, che viene visto come l'obiettivo principale dei giovani. Si nota che nel 1965 ben oltre la metà della popolazione di uomini e donne si sposa al di sotto dei venticinque anni, mentre il 60% di chi ha divorziato si appresta a rivivere l'esperienza di un matrimonio. Il boom economico di questo periodo storico porta ad una modifica importante della struttura sociale e culturale, sicché si diffonde il mercato del lavoro e l'acquisizione del salario per uomini e donne<sup>2</sup>. Comincia in questo contesto storico culturale a diffondersi sempre più la prospettiva della libertà e uguaglianza tra uomo e donna, nonché la consapevolezza della possibilità di scegliere liberamente e autonomamente per la propria vita; in questo senso il concetto di famiglia subisce una rivoluzione, così essa, da contesto comunitario, diventa contesto in cui l'uomo e la donna devono potersi realizzare, godere della stessa libera possibilità di decisione individuale,

---

2 E. SHORTER, *Famiglia e civiltà*, ed. Rizzoli, Milano, 1978.

secondo un principio di uguaglianza e di distribuzione degli stessi diritti tra la coppia e verso i figli all'interno della famiglia<sup>3</sup>.

In questo momento di trasformazione, in tutta Europa, si nota che le disposizioni legali in merito alla materia familiare e i rapporti esistenti tra i diversi ordini giuridici dei diversi Stati sono basati su scambi e ravvicinamenti dei vari ordini di ogni Stato, senza tralasciare però l'approccio classico riguardo l'argomento del matrimonio e rapporti familiari, soprattutto affrontando il tema dell'uguaglianza e della libertà.

La giurisprudenza della CEDU è a favore di un'evoluzione del concetto della "famiglia"<sup>4</sup>, sottolineando l'esigenza, attraverso delle specifiche norme condivise da tutti gli stati firmatari, di una tutela della stessa nonché dei diritti dell'uomo, intesi, in questo ambito, come diritti dei soggetti che di una certa famiglia fanno parte e che grazie a quel vincolo familiare entrano in rapporto tra loro. Ponendo in un posto di rilievo il soggetto come individuo - e i suoi diritti - , si pone attenzione e tutela giuridica, in questo modo, alle diverse tipologie di famiglie di cui questi individui fanno parte, non soltanto cioè famiglie conformi al modello tradizionale Madre – Padre – Figlio, ma anche famiglie non fondate sul matrimonio, monogenitoriali, bigenitoriali, multi genitoriali o ancora famiglie etero e omosessuali. Ogni unione che viene a formarsi, in cui i soggetti decidono liberamente il modo di vivere insieme<sup>5</sup>, di negoziare accordi e di collaborare per portare avanti quella unione, è meritevole di rispetto e tutela dall'ordinamento giuridico, il quale traduce in norme una scelta umana di condivisione dei sentimenti che in sociologia è definito "amore confluyente".

Sulla base della nuova impostazione della famiglia, cambia anche il concetto di "genitore"<sup>6</sup>, che assume un significato più complesso, comprendendo in esso tutto un insieme di pratiche e significati che hanno un valore specifico per ogni

---

3 **E. VELLATI**, *Il nuovo diritto di famiglia e il ruolo della donna*, Novecento.org, Riv. n. 8, agosto 2017. DOI: 10.12977/nov177

4 **T. AULETTA**, *Diritto di famiglia*, Torino, 2014.

5 **A. GIDDENS**, *La trasformazione dell'intimità: l'amore sessuale e l'erotismo nelle società moderne*, Madrid, 1992.

6 **F. REALMONTE**, *Rapporti fra genitori e figli*, in *Justitia*, 1974.

contesto familiare e ogni società di riferimento. Attualmente le identità genitoriali, come quelle coniugali o di altre relazioni familiari, non sono attribuite o imposte una volta per tutte, ma negoziate e costruite nel lungo periodo. Il che si poggia su due idee fondamentali: quella della “costruzione” – non si nasce genitori, ma lo si diventa – e quella dell’indifferenziazione – ciò che importa è di essere un buon genitore.

Il che giustifica l’impulso verso la scomparsa del concetto di legittimità. La questione va oltre il concetto tradizionale di un ruolo prestabilito e legittimo e pone in risalto ancora una volta il concetto di soggettività e responsabilità individuale. Ma anche la maggiore importanza anzi la necessità che si accentui il ricorso ai concetti di responsabilità individuale e precipuamente secondo i precetti del diritto comune.

Questo cambiamento nel modo di concepire la famiglia<sup>7</sup> in qualche modo ha avuto come conseguenza il venire meno dei valori classici fondati sulla solidarietà tra i membri del contesto familiare, che un tempo andava poi a costruire la solidarietà tra persone di generazione in generazione, e che fondava così le basi stabili di una società e della sua cultura di riferimento, perdita che ha comportato un certo disorientamento all’interno delle strutture sociali di vari paesi d’Europa. Alla luce di queste difficoltà la giurisprudenza deve cercare oggi di tutelare quel valore rappresentato dalla capacità di solidarietà tra generazioni<sup>8</sup>, tipica del passato, messo insieme con l’esigenza di individualità, complementarità e condivisione di cui abbisogna la famiglia nel contesto sociale moderno. L’art. 2 del nostro ordinamento fa riferimento proprio a questo aspetto dei vincoli di solidarietà familiare, attraverso specifiche norme di diritto.

I cambiamenti strutturali del contesto socio – economico – culturale degli ultimi cinquant’anni hanno comportato una vera rivoluzione nel campo del diritto di famiglia<sup>9</sup>, riguardante la gestione dei rapporti matrimoniali e quelli tra genitori e figli, una nuova impostazione di diritto che ha trovato terreno fertile attraverso una Costituzione scritta riguardante principi generali su base giuridica, attraverso

---

7 P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966.

8 C.M. BIANCA, *La famiglia*<sup>5</sup>, Milano, 2014,

9 A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914.



cui regolamentare la struttura familiare attraverso un modo innovativo, ponendo in rilievo non più il nucleo della famiglia ma il singolo individuo appartenente ad un contesto ampliato che è appunto la famiglia. Tra gli anni '60 e '70 si erano sì avviate delle riforme verso l'istituzione familiare - mettendo in primo piano non più la famiglia come insieme di persone vincolate tra loro, ma il singolo individuo e l'importanza per il suo sviluppo libero se pur all'interno del contesto familiare - ciò nonostante rimanevano costanti gli aspetti culturali tradizionali del contesto familiare e quindi anche le norme che regolavano il suo funzionamento, la procreazione e i rapporti di filiazione al suo interno. Solo dopo gli anni '70 si assiste ad un cambiamento più evidente della struttura e delle vicende all'interno della famiglia, cosicché cambiano anche le regole giuridiche al riguardo. Un esempio importante è dato dal regolamento sul divorzio<sup>10</sup> che, dopo l'emanazione della Costituzione del 1978 e dopo il *cambio social*<sup>11</sup> subisce una radicale riforma<sup>12</sup> ed esso non è più concepito come la risultante di un'azione giuridica che giudica la colpa e la conseguente sanzione per i coniugi, ma come naturale conseguenza della fine della condivisione materiale e spirituale tra di essi; in tal caso la tutela riguarda soprattutto quella del figlio. In questa situazione le norme giuridiche agiscono per regolare i rapporti tra i coniugi, considerandoli uguali e aventi pari dignità, tutelando le libertà fondamentali di ognuno.

Dal momento in cui cambiano i modelli, i valori culturali all'interno delle società, cambia la struttura familiare e i ruoli dei membri al suo interno, così ad un senso del collettivo si sostituisce un soggettivismo che dà importanza alla volontà del singolo, in nome di un individualismo estremo, frutto anche del progresso scientifico di quel tempo, che offre all'uomo una tale conoscenza da poter dominare persino l'ambito della procreazione, scegliendo modi e tempi soggettivi, scardinando dunque i punti essenziali della genitorialità e della filiazione. Questo cambiamento naturalmente ha rimesso in discussione i precedenti istituti giuridici,

---

10 A. CICU, *Divorzio e politica*, in *Arch. Giur.*, 1966.

11 R. NISBET e altri, *Cambiamento sociale* Madrid. Editoriale di Aliaza, 1979; A. Velasco, *Epistemologia della rappresentazione del cambiamento sociale. Episteme Ns*, Vol. 29 dicembre, 2009, n. 2: 115-144.

12 L. MUSSINI, *Il divorzio. Quando la società italiana cambiò radicalmente*, referendum 1974, in riv. Nvecento.org, n.10, agosto, 2018.

portando al costituirsi di un “diritto soggettivo”<sup>13</sup>, della persona di indirizzare le scelte della propria vita e anche un diritto fondato su norme dirette alla tutela del soggetto e della sua particolare individualità.

Alla luce di queste esigenze di adattamento dell'uomo ai molteplici e complessi cambiamenti socioculturali, che andavano ad influire poi sulla struttura familiare<sup>14</sup>, diventava necessaria e indispensabile la costruzione di una disciplina normativa che regolasse proprio la vita familiare e i rapporti tra i membri della famiglia stessa. A questa esigenza la Costituzione ha risposto con norme che specificano diritti e doveri a cui ogni individuo deve far riferimento all'interno della propria famiglia. In questo senso “famiglia”<sup>15</sup> è intesa come il fulcro e la concretizzazione di tutte le norme giuridiche per essa costituite. In questo contesto però, con l'art. 29, comma 1, alla famiglia viene attribuito un valore centrale, supremo, micro mondo che fa parte di una realtà ben più grande, il macro mondo, costituito dalla società intera, soggetta a leggi giuridiche e della natura; anche la famiglia dunque, che della società fa parte, diviene portatrice di un ordine naturale, immutabile, soggetta quindi alle leggi sia di ordine giuridico che metafisico, dettate da un principio naturale. Sorge quindi un problema di tipo concettuale, ossia come ricongiungere l'aspetto storico e naturale della vita della famiglia e dei suoi membri con l'aspetto giuridico, che detta norme concrete a cui essa deve pur far riferimento. L'articolo 2 cost. risponde a questa esigenza affermando che la Costituzione definisce i diritti inviolabili dell'uomo come individuo singolo e quando inserito in un contesto sociale<sup>16</sup>; dunque la società, che accoglie l'uomo, accoglie anche le norme che lo tutelano, diventando luogo di formazione e di promozione dello sviluppo della personalità dell'individuo. Secondo gli artt. 29-31, se l'individuo è parte di una famiglia che è a sua volta parte della società, ne deriva che le norme che tutelano il singolo tutelano anche la

---

13 Per alcuni cenni storici sulla formazione e l'evoluzione del concetto di diritto soggettivo, v. **R. ORESTANO**, *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche*, spec. pp. 132-189; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, pp. 635-638. Cfr. anche D. IPPOLITO, *Giusnaturalismo*

14 **C. GRASSETTI**, *Famiglia (diritto privato)*, in *Noviss. Dig.it.*, VII, Torino, 1961.

15 **C. M. BIANCA**, *Famiglia (diritti di)*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961.

16 **P. RESCIGNO**, *Persona...*, *op. cit.*, 1966.

famiglia, che in questo contesto, in quanto luogo di riferimento del soggetto, diventa luogo in cui egli può sviluppare la sua personalità, dignità, dove sono tutelati, in generale, i suoi diritti fondamentali. Le norme giuridiche dunque non sono dirette alla famiglia come entità suprema, bensì ad ogni membro che vi appartiene in senso specifico secondo la propria individualità<sup>17</sup>. Da questa prospettiva emerge una tutela diretta all'individuo più che al gruppo e le norme giuridiche riguardano i diritti di ognuno, che devono essere rispettati e messi in relazione tra loro in modo tale che si crei un certo equilibrio che tenga unito il contesto familiare, dando priorità quindi ad una vita di famiglia basata sulle relazioni, sui rapporti più che su un "contratto".

Il superamento dell'idea che sia necessario il matrimonio per costituire una famiglia, dopo la riforma del 1975, ha portato un'evoluzione di pensiero riguardo il fenomeno delle unioni di convivenza, definite "unioni di fatto"<sup>18</sup>. Un consistente orientamento dottrinale è indirizzato ad attribuire alla famiglia non fondata sul matrimonio non soltanto rilevanza giuridica – com'è di tutti i fenomeni della realtà sociale – ma soprattutto meritevolezza di tutela da parte dell'ordinamento, allorché la famiglia «di fatto» è idonea a svolgere le medesime funzioni attribuite dall'ordinamento alla famiglia «legittima» e non si pone in contrasto con questa. Quest'ultimo profilo abbisogna di una precisazione: il contrasto tra la famiglia legittima e la famiglia di fatto rilevante per il diritto (art. 31 cost.) e pregiudizievole per la seconda può concernere – nella visione costituzionale: art. 2 cost. –, soltanto situazioni esistenziali che riguardino i componenti della c.d. famiglia nucleare, cioè quella formata dai coniugi e dai loro figli. Questo perché, come nella famiglia legittima, anche in quella "di fatto" si realizzano e promuovono gli stessi valori umani, ossia lo sviluppo armonico della personalità e la tutela dei diritti di libertà e dignità di ogni membro del contesto familiare e qualora queste funzioni non venissero svolte nel modo corretto, non ci sarebbe motivo di mantenere l'unione. La soluzione in questo caso si trova nella

---

17 **P. RESCIGNO**, *La tutela della personalità nella famiglia, nella scuola, nelle associazioni*, in *Studi in onore di Chiarelli*, IV, Milano, 1974.

18 **A. LAS CASAS**, *Accordi prematrimoniali, status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contratti*, 2013, 918 ss.

possibilità di separarsi o divorziare per uscire dalla situazione disfunzionale, con conseguente valutazione giuridica delle responsabilità da attribuire ad entrambe le parti coinvolte nell'unione, in riferimento sia ai provvedimenti inerenti il patrimonio nonché inerenti alla tutela dei figli.

La nuova prospettiva con la quale si è considerata la famiglia dagli anni Settanta in poi, basata sull'importanza della tutela del singolo individuo e delle sue scelte all'interno del contesto più generale della famiglia, ha portato un cambiamento radicale anche nel modo di concepire i modelli alternativi di famiglia, quali le convivenze eterologhe o le unioni omosessuali, con dei limiti concernenti il fatto che, quando si tratta di unioni eterologhe l'ordinamento fornisce delle norme a tutela dei soggetti in esse coinvolti al pari delle unioni di matrimonio, mentre per le unioni omosessuali non si promuove in modo deciso l'autonomia dei singoli ma vi è la tendenza a considerarle "famiglia" se si contrae di fatto il matrimonio, diversamente non è accettata questa unione.

Da un punto di vista giuridico è evidente che sussiste ancora un limite concettuale che distingue tra status di coniuge e convivente, probabilmente dovuto ad un pensiero resistente basato sulla conservazione delle tradizioni comuni alle varie società europee e, anche se gli ordinamenti giuridici dei vari stati sembrano volersi aprire alla modernità delle unioni alternative, continuano ad essere applicate norme differenti alle coppie sposate e a quelle conviventi; per le unioni omosessuali addirittura non si attribuisce ancora il diritto al matrimonio. Bisogna che la giurisprudenza faccia uno sforzo per applicare il principio del rispetto della scelta libera dell'individuo, cercando di diversificare e individualizzare l'attenzione nonché le norme dirette a queste coppie alternative, in modo da tutelare anche unioni che culturalmente sono viste come diverse.

Il discorso sull'evoluzione socio-culturale porta anche a considerare che essa ha avuto, come conseguenza, la presa di coscienza delle varie tipologie di famiglie di cui si è parlato poc'anzi, con riferimento particolare alle unioni non istituzionalizzate col matrimonio e, anche se i pareri sono contrastanti, è pur vero che tuttora queste unioni necessitano di un ordinamento giuridico che fornisca delle norme di tutela, al pari delle unioni basate sul matrimonio. Se è forte il contrasto di pensiero tra chi vede queste unioni non meritevoli di considerazione

giuridica e chi le concepisce regolamentari, è sempre più diffusa la tesi che le unioni “di fatto” debbano essere considerate unioni ufficiali a tutti gli effetti, a patto che esse si mostrino basate su una convivenza seria e stabile, in cui c’è condivisione di aspetti materiali e spirituali, come avviene nel matrimonio. In realtà il discorso al riguardo è più complesso di questa conclusione: le unioni di fatto sono frutto di libera scelta di convivenza da parte dei soggetti coinvolti e attribuire ad esse gli elementi e i provvedimenti giuridici tipici del matrimonio le priverebbe degli elementi di libertà e autonomia che le caratterizza come scelta. Allora la soluzione sta nell’impegno, da parte della giurisprudenza, di costruire norme che non tengano conto tanto del valore contrattuale dell’unione quanto dei principi di solidarietà e democraticità su cui le convivenze di fatto si fondano e per le quali l’unione può essere definita “famiglia”.

Questo impegno coinvolge sia la sfera prettamente spirituale che materiale tra due persone che intendono costituire un legame, un’unione di coabitazione. In questo modo un ordinamento giuridico deve poter offrire norme prestabilite per regolamentare il legame, tenendo conto, al contempo, delle scelte individuali dei soggetti che si impegnano nell’unione. Come sempre, in linea generale, sottolineando il fatto che la famiglia è il luogo di realizzazione dell’individuo nella sua soggettività, il limite giuridico sta nel fatto che non si possono proporre regole statiche e generali che valgano per tutti e che siano dirette ad un modello di famiglia in senso più generale, ma sono necessarie regole che tengano conto delle diversità di ogni famiglia, adeguandole alle esigenze di vita di ogni specifico contesto familiare.

Esistono infatti una serie di *diritti e doveri*<sup>19</sup>, anche materiali, che coloro i quali costituiscono un legame familiare devono considerare, in ragione dell’interesse della famiglia stessa, così gli obblighi di reciproca fedeltà, assistenza morale ma anche materiale, di collaborazione, rientrano nel concetto di negoziabilità del rapporto<sup>20</sup>, lì dove, per esempio, l’aspetto della contribuzione da parte della coppia è essenziale a garantire il soddisfacimento dei bisogni della famiglia.

---

19 **G. AUTORINO**, *Governo Della Famiglia E Relazioni Personali Tra Coniugi*, in: [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), Agosto, 2018.

20 **G. AUTORINO**, *Governo...*, cit., Agosto, 2018.

L'art. 160 c.c. specifica appunto sia diritti che doveri attribuibili ad una coppia che va a costituire un legame familiare<sup>21</sup> e sancisce norme che regolano e tutelano sia l'aspetto patrimoniale che morale coinvolto in un vincolo coniugale, come espresso nell'art. 143 c.c., considerando però anche la possibilità da parte dei coniugi, pur rispettando tali norme, di regolamentare in modo personale il rapporto. In questo senso l'art. 144 c.c. si esprime proprio al riguardo dei diritti e doveri su cui si accordano i coniugi, specificando che, se uno dei due non concorda con una decisione, non sussiste violazione di dovere, mentre il mancato accordo sulla conduzione generale della vita di coppia giustifica la richiesta di separazione, venendo a dissolversi il vincolo di convivenza.

Il discorso sull'accordo da parte dei coniugi sui reciproci diritti e doveri è più complesso di ciò che sembra e riguarda per la maggior parte l'aspetto materiale e patrimoniale e l'art. 143 c.c. stabilisce dei criteri di riferimento, ma poi sono i coniugi a stabilire le esigenze reali e concrete della famiglia che vanno a costituire; ciò nonostante delle norme precise a tutela di entrambi risultano necessarie. Dunque una norma generale stabilisce che va rispettato il principio base della solidarietà familiare, secondo cui, se i coniugi non si trovano in eguale condizione economica, quello più benestante deve attivarsi, con le proprie risorse patrimoniali, per garantire il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, in caso contrario viene a mancare il valore e il senso dell'unione stessa<sup>22</sup>. Gli aspetti giuridici di cui si è parlato fin qui fanno riferimento alle unioni di tipo matrimoniale, ma data l'esigenza di riconoscere pari diritti anche alle unioni alternative, come quelle basate sulla convivenza, alla luce della concezione del rispetto dell'individualità dei soggetti coinvolti nell'unione stessa, determinate regole sembrano riguardare anche queste unioni, anche se, in realtà, più che di vere e proprie norme, esse hanno la forma di "accordi di convivenza", in base ai quali la coppia definisce le regole su cui orientare la loro vita insieme. La giurisprudenza dovrà occuparsi ancora di questa controversia cercando di superare alcuni ostacoli che sorgono nel contesto della modernità.

---

21 **A. BARBERO**, *I diritti della famiglia nel matrimonio*, in *Justitia*, 1955.

22 **L. GRASSI**, *La legge sul divorzio. Manuale di diritto sostanziale e processuale*, Napoli, 1970.

Nell'ambito del discorso inerente l'ordinamento giuridico con specifica funzione di tutela della vita e del benessere della famiglia, un posto di rilievo è occupato dai rapporti padre – figlio e dalla filiazione in generale. Anche qui è opportuno volgere uno sguardo al passato, ancora agli anni 60/70, quando sessualità e riproduzione erano due aspetti di un'unica realtà, la procreazione, la continuità della famiglia, della specie<sup>23</sup>. Mettere al mondo figli rappresentava un evento quasi obbligato e molto naturale nella coppia. La donna aveva un ruolo fortemente procreativo, essa era dedita alla famiglia e ai figli e le nascite erano numerose. Con l'evoluzione socioculturale avuta dagli anni '70 in poi lo scenario cambia radicalmente. In questo periodo cresce e si diffonde l'informazione grazie ai mezzi di comunicazione e la cultura si estende oltre i confini del vicinato.

Alcune considerazioni, infine, meritano alcuni aspetti della filiazione nonché delle relazioni paterno-filiali. In passato, nelle ricostruzioni classiche del diritto di famiglia, sessualità e riproduzione si presentavano come un binomio inscindibile, una realtà unica funzionale al momento procreativo. L'ultimo ventennio ha prospettato all'interprete nuove rappresentazioni prima impensabili. Il diffondersi delle tecnologie contraccettive e la legislazione sull'interruzione di gravidanza avevano rotto i legami del binomio "sessualità e riproduzione".

Per di più dagli anni '80, grazie agli enormi sviluppi tecnologici raggiunti in vari campi della vita, soprattutto della scienza, si verifica una "rivoluzione biotecnologica", per cui si diffonde la riproduzione assistita<sup>24</sup>; è possibile cioè procreare senza che ci si incontri con l'altro sesso. In questa nuova prospettiva avere un figlio diventa un fatto molto privato e anche una scelta soggettiva e non più solo un fatto intimo della coppia e per avvalersi della possibilità di usufruire della procreazione artificiale vi è bisogno di un consenso giuridico, che trova applicazione attraverso delle norme che configurano un diritto soggettivo diretto

---

23 **A. G. PARISI**, *Il matrimonio. Profili generali*, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, Torino, 2<sup>a</sup> ed., 2011, I, p. 71 ss.

24 **M. G. STANZIONE**, *Il Diritto Alla Genitorialità E Alle Relazioni Familiari*, in: [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it).

al singolo, inerente questo tipo di procreazione<sup>25</sup>. Naturalmente su questo delicato argomento oggi si dibatte molto negli Stati europei, particolarmente in Italia e infatti le norme esistenti al riguardo offrono delle tutele ma pongono anche dei limiti alla libertà di scelta di un soggetto qualora voglia ricorrere a questa metodica senza che vi siano le condizioni più favorevoli (particolarmente in termini di età) alla procreazione e la nascita di un figlio.

Oltre che della procreazione da sempre la giurisprudenza si è interessata anche molto all'argomento della filiazione e, guardando indietro nel tempo, si nota un certo interesse nella storia per la natura dei rapporti genitori - figli e in particolare per la tutela del minore<sup>26</sup>. In passato la tutela di un minore era affidata ad un adulto, genitore o tutore, che ne dovesse curare gli interessi di crescita, formazione e soprattutto materiali, economici, patrimoniali. Nel corso degli anni poi, con l'evoluzione socioculturale, così come è cambiato il significato di famiglia, anche l'interesse per il minore ha cambiato direzione e dalle forme classiche di tutela, sopradescritte, si è passati a valutare la sua condizione giuridica con l'obiettivo di curare i suoi interessi<sup>27</sup>, ponendo attenzione particolare allo sviluppo della sua personalità, in prospettiva di un suo sviluppo e formazione, come uomo, in senso unitario e globale. Presupposto per promuovere un adeguato sviluppo della personalità del minore *in primis* è riconoscere questi come "persona", dunque riconoscendogli rispetto e tutela della sua dignità, nonché l'autonomia delle proprie scelte, appurato che egli abbia raggiunto un' adeguata maturità e capacità di valutazione della realtà.

Coloro che giuridicamente hanno il ruolo di curare l'interesse del minore ovviamente sono i genitori che, secondo l'art. 147 c.c., devono fornire il supporto educativo rispettando le capacità, le inclinazioni e le aspirazioni dei figli,

---

25 **R. DWORKIN**, *Life's Dominion*, New York, 1993, spec. p. 6 ss. nonché C. SHALEV, *Birth Power. The Case for Surrogacy*, New Haven-London, 1989, trad. it. *Nascere per contratto*, Milano, 1992. Cfr. altresì D. COOPER, *The Death of Family*, London, 1971, trad. It. *La morte della famiglia*, Torino, 1972.

26 **P. STANZIONE**, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, *passim* e ID., *La tutela dei soggetti "deboli"*, Milano, 2004, p. 19 ss.

27 **G. AUTORINO STANZIONE**, in *Diritto di famiglia*, cit., p. 1 ss., confluito poi nell'introduzione al trattato *Il diritto di famiglia nella dottrina e giurisprudenza*, cit., p. XV ss.



utilizzando le risorse economiche di cui dispone la famiglia allo scopo della formazione adeguata della loro personalità.

La giurisprudenza, in vari momenti storico - culturali, ha dovuto anche affrontare un altro aspetto della filiazione, riguardante i diritti dei figli nati fuori o nel matrimonio, quindi dei figli naturali e legittimi<sup>28</sup>.

Nella legge n. 219, 2012, si fa appunto riferimento ad un unico *status filiationis* che specifica che i figli sono tutti uguali<sup>29</sup>, e si parla di legame di filiazione lì dove tra genitore e figlio sussistano gli elementi educativo, affettivo e patrimoniale, che rendano effettivo il rapporto<sup>30</sup>. Per questo motivo l'ordinamento tutela il rapporto genitore – figlio attraverso l'art.155 c.c., sottolineando la responsabilità dei genitori nel sostenere lo sviluppo e le relazioni con i propri figli, e questo tanto più oggi che si assiste alla crisi della famiglia e ad un ricorso diffuso alle separazioni. Un obiettivo nuovo che si pone oggi la giurisprudenza in materia di separazioni e filiazione è la definizione del ruolo del terzo genitore, cioè del ruolo di colui/lei che, dopo che la famiglia originaria si è disgiunta, entra nella famiglia come nuovo/a compagno/a del genitore separato.

## **2. Le unioni omosessuali nel quadro costituzionale e la recente interpretazione del Giudice delle leggi**

La Corte Costituzionale ha avuto il merito di riconoscere rilevanti, sotto il profilo costituzionale le coppie dello stesso sesso, con la sentenza 138 del 2010. Si voleva far rientrare le suddette coppie nell'alveo di protezione “generico” dedicato alle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. venendo annoverata in tale nozione “anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, di cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla

---

28 **G. FERRANDO**, *L'attuale regime della filiazione naturale*, in *Persone e famiglia*, Tomo III, in *Trattato di diritto privato* (diretto da P. RESCIGNO), Torino, 1997, p. 101 ss.

29 **J. MASSIP**, *Le nouveau droit de la filiation*, in *Rép. Defrenois*, 2006, pp. 6 ss., 91 ss., 209 ss.

30 **C.M. BIANCA**, *Dove va il diritto di famiglia?*, in *Famiglia*, 2001, I, p. 10.

legge- il riconoscimento giuridico con i diritti ed i doveri” – anziché in quello specifico di famiglia, ex art. 29 Cost.

La Corte Costituzionale è stata chiamata a giudicare sulla legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis c.c., “nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso”.

In primo luogo, la Corte ha precisato di condividere il presupposto normativo posto alla base delle due ordinanze di rimessione del Tribunale di Trento e di Venezia – riunite dalla Corte per identità di *petitum* -, ossia la circostanza che nel nostro ordinamento, sulla base dell’attuale assetto normativo, sussista un divieto di matrimonio per le coppie omosessuali. I giudici costituzionali hanno scartato infatti l’ipotesi, evocata alla vigilia da numerosi commentatori, di una dichiarazione di inammissibilità per difetto di interpretazione adeguatrice, che avrebbe comportato il rinvio della soluzione del problema al pluralismo delle scelte dei giudici comuni. Il divieto di matrimonio per le coppie omosessuali emerge non soltanto dalle norme censurate, ma anche dalla disciplina della filiazione legittima (artt. 231 e ss. c.c.) e da altre norme, tra le quali, a titolo di esempio, si può menzionare l’art. 5, 1° e 2° co., l. 1.12.1970, n. 898 (“disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”), nonché dalla normativa in materia di ordinamento dello stato civile. Orbene, accertata la sussistenza nel nostro ordinamento di tale divieto, quale presupposto necessario per un giudizio nel merito della questione, è possibile analizzare le argomentazioni poste a fondamento della sentenza in esame. Tuttavia, prima di entrare nel merito della “*scottante*” questione, anche alla luce delle delicate tematiche coinvolte, può essere utile preliminarmente valutare in chiave comparativa la disciplina giuridica riservata alle coppie omosessuali dalle legislazioni dei principali paesi europei, per poter meglio comprendere il contesto normativo e sociologico in cui si è inserita la decisione della Corte.

Un primo gruppo di paesi come la Francia<sup>31</sup> ha deciso di affiancare al matrimonio una nuova forma di unione civile, aperta anche alle coppie omosessuali, per cui tali istituti costituiscono l'unico mezzo disponibile per godere di una forma di riconoscimento e di protezione giuridica. Tali unioni si presentano come uno strumento normativo utile alla tutela di situazioni affettive, alle quali sono stati estesi solo parte dei diritti e dei doveri tipici del matrimonio.

Un secondo gruppo di paesi tra cui ad es. la Germania<sup>32</sup> ha preferito introdurre nel proprio ordinamento un tipo di unione civile sostanzialmente identico al matrimonio, ma riservato alle sole coppie omosessuali. Le uniche differenze normative tra civil partners e coniugi si concretizzano nell'introduzione da parte di alcuni Stati di specifiche preclusioni in materia di adozione e di procreazione assistita. Infine, un terzo gruppo di paesi tra i quali la Spagna ha deciso di accogliere a pieno le istanze promosse dalle coppie omosessuali: dapprima creando delle nuove forme di unione, aperte anche a coppie eterosessuali, in secondo luogo estendendo l'istituto del matrimonio civile anche alle coppie omosessuali. In tali Stati, il panorama normativo prevede, oltre ad una quasi totale equiparazione tra coppie omosessuali ed eterosessuali, anche alternative più "leggere" rispetto al matrimonio, costituite da forme di unione civile, di modo che in tali ordinamenti il matrimonio non sia l'unico istituto utile per ottenere un riconoscimento ufficiale della propria unione, in ossequio al principio per cui "non c'è libertà senza una ragionevole alternativa". Tra i vari paesi citati, uno dei casi più emblematici è quello della Spagna, che con la l.13/2005<sup>33</sup> ha modificato il proprio diritto di famiglia, estendendo la possibilità di contrarre matrimonio civile anche alle coppie omosessuali. Inoltre, accanto al matrimonio, continuano ad

---

31 In Francia, la l. 13.10.1999, n. 944 ha modificato il code civil, introducendo nel libro I un Titre XII dedicato alla disciplina "du pacte civil de solidarité et du concubinage". L'art. 515-1 code civil definisce il pacte civil de solidarité, descrivendolo come un contratto concluso tra due persone fisiche maggiorenni, dello stesso o di diverso sesso, per organizzare la loro vita in comune.

32 Il primo paese ad approvare una legge sul riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali è stata proprio la Danimarca nel 1989.

33 La l.13/2005 ha modificato l'art. 44 c.c., nel quale si è specificato che il matrimonio richiede gli stessi requisiti e produce gli stessi effetti quando a contrarlo sono due persone dello stesso o di diverso sesso.

essere previsti i registri delle coppie di fatto, che sono giuridicamente e concettualmente differenti dal matrimonio e riguardando allo stesso modo sia le coppie eterosessuali sia quelle omosessuali. In proposito, il nostro legislatore, sebbene si sia impegnato, ormai da tempo, ad elaborare il progetto di legge costitutivo dei cd. “patti civili di solidarietà” (PACS), ancora od oggi non ha adottato alcuna soluzione concreta in merito. Vale la pena di sottolineare che in materia di diritti civili, soprattutto allorché vengano in considerazione i cd. “diritti nuovi”, l’intervento della Corte costituzionale assume un significato particolare se avviene prima dell’intervento del legislatore, prima cioè che questi, assumendosene la responsabilità politica, abbia espresso la propria posizione in ordine al necessario bilanciamento tra i differenti valori costituzionali<sup>34</sup>. Per questo motivo, la decisione della Consulta deve essere valutata tenendo in conto del tessuto normativo in cui si inserisce, anche alla luce del quadro comparativistico appena delineato, nonché della “risonanza” pubblica dell’argomento trattato.

È proprio in tale contesto che si inserisce, dunque, la pronuncia della Corte in rassegna, chiamata a giudicare sulla legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis c.c., nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso. Scartata, quindi, la possibilità di una dichiarazione di inammissibilità per difetto di interpretazione adeguatrice, la decisione della Corte ha diviso equamente il dispositivo in una dichiarazione di infondatezza, rispetto agli artt. 3 e 29 Cost. ed in una di inammissibilità, in riferimento agli artt. 2 e 117, 1° co., Cost. In particolare, per quel che concerne gli artt. 2 e 117, 1° co., Cost., la Corte ha dichiarato l’inammissibilità della questione, in quanto diretta ad ottenere una pronuncia additiva “non costituzionalmente obbligata”. In primo luogo, con riferimento al

---

34 Sul punto cfr. **ROMBOLI**, Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio, in *Foro it.*, 2010, I, 1367. L’autore ricorda in particolare gli interventi “anticipatori” della Corte in materia di interruzione volontaria della gravidanza o della legge sui transessuali, per dedurre che ben diversa sarebbe potuta essere la posizione della Consulta qualora, al pari delle corti spagnola o portoghese, fosse stata chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità di una legge che avesse previsto la possibilità di matrimonio per le coppie omosessuali.

principio personalistico, tale conclusione deriva dalla riflessione dei giudici costituzionali sul concetto di “formazione sociale” contenuto nel parametro costituzionale invocato. Infatti, la Corte ha riconosciuto che, nell’ambito di tale nozione, rientra anche l’unione omosessuale, intesa quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, specificando che per “formazione sociale” ex art. 2 Cost. deve intendersi “ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico”<sup>35</sup>. Le coppie omosessuali divengono titolari, sotto la copertura dell’art. 2 Cost., di un diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendo il relativo riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. In questo senso, la giurisprudenza costituzionale ha compiuto rilevanti aperture funzionali al riconoscimento di una più ampia tutela delle persone di orientamento omosessuale. Tuttavia, a giudizio della Corte, il loro riconoscimento come formazioni sociali ed il relativo connesso obbligo di una tutela giuridica non rende “costituzionalmente obbligata” la scelta di equiparare tali unioni al matrimonio. In altre parole, la tutela imposta dal principio personalistico non deve necessariamente realizzarsi estendendo la disciplina civilistica alle unioni suddette, ben potendo esplicarsi anche sotto altre forme, la cui definizione è rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore. Spetta al parlamento individuare le forme di tutela e di riconoscimento più appropriate all’interno del proprio ordinamento, “nei tempi, nei modi e nei limiti” che riterrà più opportuni, nell’esercizio della sua piena discrezionalità. A conforto di tale ricostruzione, vale il richiamo alla eterogeneità delle discipline normative adottate dai vari paesi europei, proprio a dimostrazione del fatto che, pur riconoscendo la comune necessità di dover predisporre adeguate forme di tutela anche per queste realtà, non esiste un’unica soluzione obbligata in merito. Resta comunque riservata alla Corte costituzionale la possibilità d’intervenire

---

35 In dottrina, il riconoscimento delle unioni omosessuali, quali formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità dell’individuo, non è unanimemente condiviso, come risulta ad esempio dalla recente nota del consiglio episcopale permanente del 28.3.2007, in cui si fa riferimento solo al possibile riconoscimento “nell’ambito dei diritti individuali, senza ipotizzare una nuova figura giuridica che sarebbe alternativa al matrimonio e alla famiglia e produrrebbe più guasti di quelli che vorrebbe sanare”. Più approfonditamente, sul punto, v. **ROMBOLI**, Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio, op. cit., 1367

episodicamente attraverso il controllo di ragionevolezza<sup>36</sup>, allorquando, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale. In realtà, non costituisce una novità la scelta della Corte costituzionale di “limitare” il proprio intervento a specifiche e singole situazioni ad hoc, rimettendo alla discrezionalità del legislatore l’opzione su di una riforma più generale, soprattutto nell’ambito di questioni che coinvolgono materie ad alto contenuto sociale più che strettamente giuridico, come è avvenuto già in passato ad esempio per le convivenze more uxorio. Il giudice costituzionale ha ritenuto evidentemente di non potersi spingere oltre, riservandosi peraltro, per il futuro, la possibilità d’intervenire, attraverso il giudizio di ragionevolezza, a tutela di specifiche situazioni, ma lasciando sostanzialmente la scelta sui tempi e sui modi del riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali alla discrezionalità del parlamento. In secondo luogo, la Corte ha dichiarato l’inammissibilità della questione, in quanto diretta ad ottenere una pronuncia additiva “non costituzionalmente obbligata” anche con riferimento all’art. 117, 1° co., Cost., richiamato - quale norma interposta - rispetto ex multis<sup>37</sup> anche agli artt.<sup>38</sup>, in base al quale “uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l’esercizio di tale diritto” e 14 (divieto di discriminazione) CEDU, executivis con l. 4.8.1955, n. 848. Per la copiosa normativa comunitaria richiamata dai giudici rimettenti, espressione generale del diritto al rispetto della vita privata e familiare e al principio di non

---

36 In materia di convivenze more uxorio, v. C. Cost. sent. n. 559/1989, in Foro it., 1990, I, 1465 e C. cost. sent. n. 404/1988, in Foro it., 1988, I, 2515.

37 I giudici rimettenti hanno evocato, quali norme interposte ex art. 117 Cost., anche altri parametri tra cui gli artt. 7 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9 (diritto a sposarsi ed a costituire una famiglia), 21 (diritto a non essere discriminati) della Carta di Nizza, una sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo (in causa C. Goodwin c. Regno Unito, 11.7.2002), che dichiarò contrario alla Convenzione il divieto di matrimonio del transessuale dopo l’operazione con persona del suo stesso sesso originario, nonché varie risoluzioni delle istituzioni europee, che da tempo invitano gli Stati a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al matrimonio di coppie omosessuali ovvero al riconoscimento di istituti giuridici equivalenti.

38 Sui vantaggi di un’interpretazione “evolutiva”, anche in relazione ai diritti delle cd. famiglie di fatto, v. **ROMBOLI**, Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio, op. cit., 1367 e **PINELLI**, La nota del consiglio episcopale permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e formazioni sociali, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

discriminazione, valgono considerazioni in parte simili a quelle già espresse con riferimento al parametro di cui all'art. 2 Cost. Infatti, anche in questo caso, la citata normativa, pur lasciando spazio per la tutela anche delle unioni omosessuali, non ne impone come soluzione costituzionalmente obbligata la piena equiparazione alle unioni matrimoniali tra uomo e donna. In altre parole, anche dall'analisi della normativa CEDU, trova conferma la soluzione per cui la concessione dello status matrimoniale alle unioni omosessuali non sia né impedita, né d'altra parte obbligata, favorendo su questo tema, com'è stato notato anche in dottrina<sup>39</sup>, il più ampio pluralismo legislativo. Ancora una volta, si ha quindi la conferma che la materia resti affidata alla discrezionalità del legislatore nazionale, dato che le disposizioni invocate operano comunque un rinvio alle leggi interne per la disciplina sulle modalità del concreto esercizio del diritto al matrimonio.

Per quel che concerne gli artt. 3 e 29 Cost., la Corte ha dichiarato l'infondatezza nel merito della questione. La ricostruzione della Corte muove dal presupposto di una corretta interpretazione dell'art. 29, laddove si riconosce la "famiglia come società naturale fondata sul matrimonio". Come si desume dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, con l'espressione "società naturale" si è voluto sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti rispetto allo Stato, che questo doveva riconoscere<sup>40</sup>. L'antica pretesa giusnaturalistica richiama un concetto "naturale" di famiglia, in quanto appartenente ai bisogni umani fondamentali, imprescindibili, legati alla socialità dell'uomo, alla sua riproduzione, alla sua affettività e al suo bisogno di riservatezza. La famiglia, insomma, denota quel primo e indispensabile esempio di "formazione sociale" di cui l'art. 2 Cost. garantisce e riconosce l'esistenza (non a caso, essendo l'art. 2 Cost. l'altra clausola "giusnaturalistica" della Costituzione), come bisogno essenziale dell'individuo per la realizzazione della propria personalità. Orbene, se non desta particolari perplessità la ricostruzione

---

39 **RODOTÀ**, Presentazione a **F. GRILLINI-M.R. MARELLA** (a cura di), *Stare insieme*, Napoli, 2001, XIV e **DEL CANTO**, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 1369.

40 **BIN**, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, 10, 1066 ss.

della famiglia in chiave giusnaturalistica, intesa come realtà preesistente allo Stato, maggiori dubbi si incontrano invece nel delinearne i contenuti tipici essenziali. Ci si chiede, per richiamare un concetto di derivazione civilistica, se esistano degli elementi “costitutivi” della famiglia e quali realtà sociali possono esservi ricomprese. Su questo punto, come sottolineato anche nella sentenza in rassegna, si sono contrapposti in dottrina essenzialmente due indirizzi interpretativi<sup>41</sup>. Secondo un primo orientamento<sup>42</sup>, sostenuto anche dai giudici rimettenti, si dovrebbe preferire un’interpretazione di tipo storicistico dell’art. 29 Cost., in considerazione del fatto che la fisionomia della famiglia è destinata a mutare continuamente, al passo con l’evoluzione dei costumi e della società. Infatti, dagli studi storici, antropologici, sociologici, economici emerge che la famiglia è un’istituzione estremamente mutevole, per dimensione, organizzazione, funzione, onde per cui sarebbe difficile individuarne degli elementi costitutivi invariabili nel tempo. Ne deriverebbe che anche l’art. 29 Cost. dovrebbe quindi richiamare un concetto estremamente flessibile, “destrutturato”, di famiglia, senza essere cristallizzato con riferimento all’epoca in cui la Costituzione entrò in vigore.

Tale interpretazione “evolutiva” ha indubbiamente il pregio di aver contribuito alla fondamentale opera di attualizzazione del testo costituzionale, grazie alla quale è stato possibile garantire adeguata tutela costituzionale anche a fenomeni originariamente non ricompresi nel concetto di famiglia legittima, così come concepita dalle intenzioni dei costituenti. In questo senso, può essere ricondotta alla stessa logica “evolutiva” dell’interpretazione costituzionale anche la recente decisione, sempre in tema di diritti delle unioni omosessuali, del Tribunal Constitucional de Portugal, in base alla quale è stato chiarito che “sebbene possa ritenersi che il matrimonio postulato dalla Costituzione, tenendo conto della realtà sociale e del contesto giuridico in cui è stata prodotta, fosse il matrimonio tra due

---

41 In questo senso, v. amplius **DEL CANTO**, La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale, op. cit., 1369.

42 Cfr., tra gli altri, **PUGIOTTO**, Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); **VERONESI**, Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”, in *Quad. cost.*, 2008, 577 ss. 12



persone di sesso diverso, può comunque concludersi con certezza che essa non contiene alcuna opzione che impedisca lo sviluppo dell'istituzione (...) attribuendo al legislatore (...) l'onere di mantenere la necessaria connessione tra il diritto e la realtà sociale e che la nozione di matrimonio è un concetto aperto, che ammette, non solo diverse conformazioni da parte del legislatore, ma anche diverse concezioni politiche, etiche o sociali, essendo affidato al legislatore ordinario il compito di cogliere e di trasfondere nell'ordinamento giuridico, in ogni momento storico, ciò che, in quel determinato momento, corrisponde alle concezioni dominanti<sup>43</sup>. Secondo un altro orientamento<sup>44</sup>, invece, l'interpretazione dell'art. 29 Cost. non potrebbe comunque intaccare il cd. nucleo duro indisponibile della norma, costitutivo del modello costituzionale di famiglia. In altre parole, pur riconoscendo gli indubbi vantaggi di un'interpretazione evolutiva del dettato costituzionale e concordando sul fatto che l'istituto familiare non possa essere cristallizzato unicamente intorno al modello tradizionale monogamico, eterosessuale e potenzialmente aperto alla procreazione, esisterebbero comunque dei limiti insormontabili non superabili in via ermeneutica, oltre i quali non sarebbe nemmeno possibile parlare di una semplice "rilettura" evolutiva, quanto piuttosto di una vera e propria "interpretazione creatrice". Con la sentenza in commento, la Corte costituzionale ha aderito proprio a questo secondo indirizzo, specificando che il nucleo duro della norma, ossia i cd. elementi costitutivi del concetto di famiglia, sono definibili attraverso il ricorso alla tradizione, al radicamento nel tessuto sociale, nonché al richiamo alla volontà storica dei costituenti. In particolare, questi ultimi, nel formulare l'art. 29 Cost. presero in considerazione la nozione di matrimonio definita dal codice civile del 1942, che presuppone come requisito indispensabile la diversità di sesso dei coniugi. La norma non prese dunque in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi esclusivamente al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto.

---

43 Tribunal Constitucional de Portugal, 8.4.2010, n. 121, in Foro it., 2010, IV, 272, con nota di richiami e osservazioni di PASSAGLIA, Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica

44 Così, v. **RUGGERI**, Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione, in Quad. cost., 2007, 758; **BUSNELLI**, La famiglia e l'arcipelago familiare, in Riv. dir. civ., 2002, 509, spec. 520 s.; **DAL CANTO**, Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana, in Foro it., 2005, V, 275 ss.

Ne deriva che il riconoscimento dell'eterosessualità, quale requisito necessario per poter parlare di famiglia ai sensi dell'art. 29 Cost., non è superabile in via interpretativa perché finirebbe con l'attribuire al principio costituzionale un significato nemmeno preso in considerazione al momento della sua formulazione. Vale la pena di sottolineare che il richiamo compiuto dalla Corte alla volontà dei costituenti, come parametro da utilizzare a fini interpretativi, sebbene in dottrina abbia suscitato numerose perplessità per la sua eccessiva "rigidità" ed "antistoricità", ha comunque indubbiamente il merito di restituire dignità all'idea che la volontà storica del costituente sia meritevole di un particolare "valore" aggiunto, un *quid pluris*, rispetto a quella del legislatore ordinario, come espressione autentica dei valori fondamentali del nostro ordinamento. Infine, anche alla luce della lettura restrittiva dell'art. 29 Cost., la Corte ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità rispetto all'art. 3 Cost., dato che la normativa civilistica non comporta alcuna irragionevole discriminazione, non potendo le unioni omosessuali essere ritenute omogenee al matrimonio.

### **3. Le unioni omo-affettive nella giurisprudenza delle Corti Supreme Europee**

Nella sentenza *Schalk and Kopf v. Austria* del 24 giugno 2010<sup>45</sup> dove la Corte di Strasburgo, all'unanimità, ha applicato la nozione di "*vita familiare*", ex art. 8 CEDU, alle coppie dello stesso sesso, al pari dei rapporti intercorrenti all'interno delle coppie eterosessuali che convivevano *more uxorio*.

---

45 Su detta sentenza si vedano i saggi di **CONTE R.**, Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Corriere Giuridico*, 4, 2011, 570 ss.; **CRIVELLI E.**, Il matrimonio e le coppie omosessuali, 61 ss. e **KRETZMER D.**, Same sex marriage e i limiti istituzionali delle Corti internazionali, 71 ss., entrambi pubblicati nel volume *Dieci casi sui diritti in Europa*, (a cura di M. Cartabia), Bologna 2011; **RAGNI C.**, La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso *Schalk & Kopf*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 4, 2010; **REPETTO G.**, Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la "negazione" virtuosa di un diritto, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2010; **SCHUSTER A.**, Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze, già cit.

Detta sentenza è certamente innovativa in quanto precedentemente<sup>46</sup> la Corte europea aveva ritenuto che l'espressione del proprio orientamento sessuale, anche nell'ambito della coppia, rientrasse nella sfera della "vita privata" ma non in quella di "vita familiare".

La CEDU, quale strumento giuridico vivente, si mostrava così capace di cogliere quella evoluzione dei costumi che a giudizio della Corte di Strasburgo si era oramai orientata nel senso di ritenere la relazione omosessuale rilevante non più soltanto all'interno della sfera privata, personale, bensì come "vita familiare", alla stregua della coppia eterosessuale<sup>47</sup>: "Il grado e le forme di tutela garantite dall'art. 8 alle coppie omosessuali diventano pertanto comparabili con le garanzie che l'ordinamento fornisce alle coppie eterosessuali con il matrimonio, alla luce del principio di non discriminazione sancito dall'art. 14 CEDU"<sup>48</sup>. Una siffatta pronuncia evidenziava la mancanza nel nostro ordinamento di una protezione per le coppie omosessuali, ed era altresì necessario introdurre precise norme antidiscriminatorie rispettose delle tutele poste dall'art. 14 CEDU anche in materia di orientamento sessuale.

---

46 Si vedano, in partic., le decisioni X e Y. c. Regno Unito del 3.5.1983 e Roosli c. Germania del 15.5.1996.

47 Al punto 94 della sentenza leggiamo infatti: "Consequently, the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of "family life", just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would". Sulla detta sentenza, si veda **WILLEMS G.**, La vie familial des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme: mariage et conjugalité, parenté et parentalité, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 93, 2013, 65

48 **PEZZINI B.**, Il matrimonio same sex si potrà fare, già cit., 9, nota 26. A tal proposito, al punto 96 della sentenza leggiamo: "...a difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised". Insomma, il solco tracciato dalla CEDU era chiaro così come era chiaro che con esso, ad es., strideva la legge greca n. 3719/2008 sulle unioni civili che privilegiava le caratteristiche essenziali della famiglia eterosessuale (pur garantendo ai bambini, legittimi o naturali che fossero, adeguata tutela). Tant'è vero che con la successiva sentenza *Vallianatos and others v. Greece* la Corte, coerente con sé stessa, ravvisava una irragionevole disparità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali, posto che il legislatore greco non aveva neppure tentato di argomentare su come il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali potesse pregiudicare lo status legale della tradizionale idea di famiglia. In estrema sintesi la Corte non fa altro che ribadire quanto già espresso nella *Schalk and Kopf*. Sulla detta sentenza *Vallianatos* si rimanda a quanto osservato da **D'AMICO M.** nel testo della propria Audizione parlamentare riguardante la Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze del 14 gennaio 2015, già cit., in part. 12.

Con la *sentenza n. 4184/2012*<sup>49</sup> la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione ha stabilito che il matrimonio omosessuale contratto all'estero non è inesistente ma soltanto inidoneo a produrre effetti nel nostro ordinamento, a causa dell'assenza di una disciplina matrimoniale posta dal nostro legislatore a favore delle coppie omosessuali.

Si assiste al sostanziale recepimento nel nostro ordinamento della suddetta nozione di "*vita familiare*", senza discriminazione di identità e di attitudini sessuali. Il giudice di legittimità sembra far proprie, sia le motivazioni addotte dalla sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale sia quella della Corte di Strasburgo.

Per la prima volta la Corte recepisce l'estensione della nozione di "*vita familiare*" anche alle coppie omosessuali ex art. 8 CEDU<sup>50</sup>.

Valorizzando la componente individuale della tutela prevista per la coppia omosessuale, i giudici finivano per ritenere quest'ultima meritevole di protezione ex art. 2 Cost. evidenziando la loro pari dignità e uguaglianza davanti alla legge che, ex art. 3 Cost., non fa distinzione di sesso ma, anzi, reprime le disparità poggiate sull'identità e sulle attitudini sessuali dei consociati, in modo che ognuno

---

49 Su di essa si vedano **DI BARI M.**, Considerazione a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione: la Cassazione prende atto di un trend consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1, 2012; **LORELLO L.**, La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale (Cassazione I sez. Civ. 15/3/2012, n. 4184)", su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2, 2012; **MASSA PINTO I.**, "Fiat matrimonio!" L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare "una consolidata ed ultramillenaria tradizione" (superando anche il giudicato costituzionale)?, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2, 2012; **NARDOCCI C.**, La posizione giuridica della coppia omosessuale: tra riconoscimento e garanzia a commento di Cassazione civile, 15 marzo 2012, sez. I, n. 4184, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3, 2012.

50 Con la detta sentenza la Corte si è spinta oltre statuendo l'applicabilità diretta dell'art. 12 CEDU, paralizzando il presupposto del tradizionale matrimonio, ossia l'eterosessualità, dando così ingresso alla possibile revisione della tradizionale interpretazione che fino a quale momento aveva governato l'art. 29 Cost. Interpretazione dell'art. 12 che appare di cruciale rilevanza in quanto costituisce il fulcro necessario per il superamento della tesi dell'inesistenza del matrimonio contratto all'estero ritenuto in Italia non valido alla luce dell'ordine pubblico interno. Come osservato da **NARDOCCI C.**, La posizione giuridica della coppia omosessuale, già cit., 9 "... la Corte di Cassazione sembra servirsi della giurisprudenza sovranazionale al fine di rendere più esplicita la possibile istituzione, per via legislativa, di un collegamento se non addirittura di un'inclusione dell'unione omosessuale all'interno della nozione di matrimonio".

possa valorizzare la propria qualità di coppia senza condizionamenti. Al fondo restava l'applicazione del principio di ragionevolezza con riferimento al trattamento differenziato esistente tra le unioni eterosessuali e quelle omosessuali dove, a ben vedere, la Corte di Cassazione si era spinta più avanti rispetto alla Corte costituzionale in quanto per la prima volta tentava di uscire dal generico alveo dell'art. 2 senza condizionamenti. Possibile uguaglianza rimessa in discussione con la sentenza *Gas e Dubois v. France*<sup>51</sup> del 2012, la causa riguardava due donne conviventi, che avevano una relazione stabile di tipo omosessuale e verteva sul diniego della richiesta formulata da una di loro di autorizzazione all'adozione semplice della figlia del partner. La Corte ha ritenuto che la situazione giuridica in cui si trovavano le ricorrenti non fosse paragonabile a quella delle coppie sposate in cui uno dei coniugi intendesse adottare il figlio del partner. La Corte non ha ravvisato alcuna disparità di trattamento in ragione dell'orientamento sessuale delle ricorrenti, dal momento che anche alle coppie omosessuali che avevano contratto un'unione civile di solidarietà era negata l'autorizzazione all'adozione. Nella sentenza predetta manca ogni tipo di accertamento in merito al fatto se l'adozione della minore causasse o meno dei danni alla stessa e se sì in quale misura. I giudici non entrano nel merito della questione<sup>52</sup> omettendo di soffermarsi sulla scientificità o meno di un ipotetico danno dei minori all'interno della coppia omosessuale rispetto a quelli inseriti nella coppia eterosessuale.

Il passaggio in "avanti" dalla Corte è quello di aver ricompreso anche il rapporto di convivenza fra due lesbiche e la figlia di una di esse nella nozione di "*vita familiare*" ex art. 8 CEDU, offrendole protezione ex art 14 CEDU che si estende anche ai legami di fatto, a prescindere dal riconoscimento giuridico: la Corte sulla scorta della sentenza *Marcky c. Belgio* del 1979 non distingueva tra famiglia

---

51 *Su di essa si veda NARDOCCI C., Per la Corte europea l'impossibilità di adottare la figlia della propria partner omosessuale non costituisce trattamento discriminatorio ai sensi dell'art. 14 della Convenzione. Osservazioni a margine di Gas & Dubois c. Francia, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3, 2012.*

52 In verità una siffatta omissione emerge nell'opinione dissenziente dell'unico giudice di minoranza, Mark Villiger, che evidenzia la lesione degli artt. 8 e 14 CEDU in quanto la legislazione nazionale discriminerebbe i minori inseriti in un nucleo familiare omosessuale rispetto a quelli di una coppia eterosessuale.

legittima ed illegittima dal momento che, tale distinzione sarebbe stata incompatibile con i termini “ogni persona” disciplinati nel testo della disposizione<sup>53</sup>.

Si passava da una tutela della coppia omosessuale in senso orizzontale, ossia limitata all'esistenza della coppia, ad una dimensione verticale estesa ai figli di uno dei partner, con la conseguenziale possibile adozione di questi ultimi da parte di uno delle due componenti.

Con la sentenza n. 601/2013 e la *X and others v. Austria* del 2013<sup>54</sup> si ritorna sul tema della stepchild adoption con la enfattizzazione della “nocività” del rapporto omosessuale nei confronti dell'equilibrato sviluppo dei bambini nonché foriera di confusione tra i ruoli genitoriali ed elusiva del normale schema eterosessuale da noi vigente. In particolare la suddetta sentenza ritiene da valutare come primary consideration del minore quello di crescere all'interno di un nucleo familiare di natura omosessuale<sup>55</sup>.

Detta sentenza “supera” il noto precedente costituito dalla decisione *Fretté v. Francia* del gennaio 2008 ove non venivano sciolti i nodi sulla lesività o meno di una siffatta situazione per il minore<sup>56</sup>. Ora, invece, la Corte recependo gli orientamenti scientifici enunciati dalla precedente sentenza *Atala Riffo and Daughters v. Chile* del febbraio 2012 della Corte nordamericana, ritiene non

---

53 **PEDULLÀ L.**, I figli tutti uguali: ius superveniens ed effetti successori della parentela naturale, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3, 2015.

54 Su di essa si vedano Cavino **M-Tripodina C.**, La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova, Milano 2012; **Dzehtsiarou K.**, European consensus and the Legitimacy of the European Courth of Human Right, già cit., in particolare 55 ss; Malfatti E., I livelli di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea, Torino 2013; **Palladino R.**, Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) settembre 2013.

55 Sul punto cfr. **RUO M. G.**, "The best interest of the child" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Minori e Giustizia*, 3, 2011, 39 ss.

56 In detta sentenza, sul punto, leggiamo: "...the scientific community – particularly experts on childhood, psychiatrists and psychologists – is divided over the possible consequences of a child being adopted by one or more homosexual parents, especially bearing in mind the limited number of scientific studies conducted on the subject to date. In addition, there are wide differences in national and international opinion, not to mention the fact that there are not enough children to adopt to satisfy demand”. Su detta sentenza si veda **LIBERALI B.**, L'adozione dei single e delle coppie omosessuali, su [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2013, in partic., 15.

esistente una certezza medico scientifica o un dato di esperienza comune che attesti la dannosità per i minori, non potendosi dare per scontato ciò che invece sarebbe necessario dimostrare da parte di chi sostiene la dannosità per il figlio all'interno di quel preciso contesto familiare.

A ben vedere, anche per la richiamata sentenza n. 601/2013 è da ritenersi imprescindibile la verifica scientifica posto che, oggi più che mai, “le evidenze scientifiche costituiscono un limite alla libertà della politica legislativa, nel senso che l’atto normativo deve tenere conto dei dati scientifici e adottare regole che si appoggino su quei dati”.<sup>57</sup>

Si riteneva a tal proposito che l’inserimento di un minore in una famiglia composta da due donne legate da una relazione omosessuale possa avere ripercussioni negative è frutto di un “mero pregiudizio” e non di certezza scientifica o dati di esperienza.

Se manca ancora oggi una certezza scientifica di dannosità per il minore ad essere adottato dal convivente della coppia, è pure vero che non v’è n’è nemmeno una in senso positivo<sup>58</sup>. Al diritto per la coppia di adottare deve sempre anteporsi il diritto del minore ad essere adottato<sup>59</sup>.

La necessità che il legislatore prevedesse non solo una disciplina normativa sulle unioni civili ma soprattutto confrontasse queste ultime con il matrimonio omosessuale, si arresta parzialmente tramite la sent. n. 170/2014 sul cd. “*divorzio imposto*”<sup>60</sup> ove a seguito del mutamento di sesso da parte di uno dei

---

57 **MORRONE A.**, Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali, Torino 2014, in particolare 62 ss

58 E ciò, in un qual certo senso, sembrerebbe attenuare la non giustificabilità della previsione normativa restrittiva adottata in Russia nel giugno del 2013 consistente nel reato di “propaganda di relazioni sessuali non tradizionali davanti ai minori”.

59 Sul “diritto dei figli ad avere una famiglia” si vedano le osservazioni di **Morrone A.**, Ubi scientia ibi iura, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2014

60 **Biondi F.**, La sentenza additiva di principio sul c.d. “divorzio imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), giugno 2014; Lorenzetti A., Diritti “in transito”. La condizione giuridica delle persone transessuali, Milano 2013, 105 ss; Pezzini B., A prima lettura su [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) giugno 2014; **Romboli R.**, La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) 2014; **Ruggieri A.**, Questioni di diritto

due coniugi<sup>61</sup> all'interno di un legittimo matrimonio, la Corte cost. trae occasione per ribadire che in Italia, a Costituzione invariata, è da escludere l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>62</sup>. Detta pronuncia mette in evidenza che, la rettificazione del sesso non viene ritenuta idonea a far "degradare" quel legittimo matrimonio a mera unione omosessuale, non essendo ad essa equiparabile *"poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili"*. La Consulta, anche se solo come obiter dictum, rimarca come la precedente sent. Schalk and Kopf v. Austria non abbia compreso né la libertà dei singoli Stati-membri di legiferare autonomamente in materia (non esistendo nei confronti di questi ultimi un obbligo impositivo in tal senso), né che vi sia stata violazione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza, atteso che la diversità del sesso di uno dei coniugi rispetto alle altre cause di scioglimento del matrimonio ne giustificava la differente disciplina.<sup>63</sup>

---

di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2014; **Saitto F.**, L'incostituzionalità del "divorzio imposto" tra rettificazione di sesso e tutela del "pregresso vissuto" della coppia, in *Giurcost*, 3, 2014, 2706 ss; **Salazar C.**, Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento, su [www.confrontocostituzionali.it](http://www.confrontocostituzionali.it), giugno 2014; **Veronesi P.**, Un'anomalia additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il caso "Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), luglio 2014

61 Di per sé consentito in Italia dalla L. 164/1982

62 Difatti, l'Ufficiale dello Stato civile dopo aver annotato l'intervenuta modifica nell'apposito registro a seguito di sentenza giudiziale, provvedeva anche ad annotare la cessazione degli effetti civili di quel matrimonio in virtù dell'art. 4 della L. 164/1982, e ciò pur essendo gli stessi contraenti contrari alla detta cessazione. Più in generale, sulla vicenda cfr. i saggi riportati nella precedente nota di **RUGGERI A.** e **VERONESI P.** In particolare, **ROMBOLI R.** nel lavoro citato nella precedente nota specificamente parla di "sentenze sorelle", parafrasando le ben note "sentenze gemelle" della Corte del 2007, a indicare come con siffatta sentenza la Corte si sia posta in stretta continuità con la precedente sent. n. 138/2010.

63 **BRUNELLI G.**, Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sent. n. 170/2014 sul s.d. "divorzio imposto", su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), giugno 2014 e **VERONESI P.**, nel saggio Un'anomalia additiva di principio in materia di "divorzio imposto", già cit., 10, lamentano proprio l'analisi che la Corte svolge con riferimento all'art. 3 e peraltro limitatamente al criterio della ragionevolezza, eludendo di indagare quello del "diritto all'uguaglianza soggettiva". Assai critico pure **D'ALOIA A.**, Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità "per mancanze di alternative", in *Quaderni costituzionali*, 3, 2014, 672 ss.



In tal modo il legislatore finlandese manteneva in equilibrio “*l’interesse dello Stato a mantenere intatti i modelli matrimoniali previsti dalla legge*” con il diritto delle parti “*all’identità sessuale nel rispetto della vita privata e familiare*”<sup>64</sup>.

La Corte in quel caso rigettò il ricorso – finendo su detto tema per valorizzare il margine di discrezionalità dello Stato-membro – ma ciò fece perché una sicura protezione del “pregresso vissuto” della detta coppia già esisteva in quello Stato. Infatti, in Finlandia l’unione civile registrata presentava sostanzialmente gli stessi diritti e doveri del tradizionale matrimonio. Pertanto, anche con riferimento all’ipotesi di mutamento di sesso, può ribadirsi l’allaccio alla categoria aperta di cui all’art. 2 Cost.

Il problema sul “divorzio imposto” si è conclusa con la sentenza n. 8097/2015 nella quale il giudice di legittimità<sup>65</sup> ha dichiarato illegittima l’annotazione di cessazione degli effetti civili del matrimonio apposta a margine dell’atto di matrimonio delle ricorrenti, una coppia composta da una donna e dall’ex marito transessuale, e ne ha disposto la cancellazione.

Il giudice delle leggi non vuole lasciare la coppia ricorrente sfornita di tutela giuridica a causa dell’omesso intervento del legislatore allora, in una sorta di funzione anticipatoria, va sancito che la paventata indeterminatezza cui ricadrebbe quel vincolo in caso di rigetto del ricorso è idonea a far sì che quell’unione venga

---

64 **D’ALOIA A.**, Il “divorzio obbligato” del transessuale. Ancora un “incerto mestiere di vivere” davanti alla Corte costituzionale”, in [www.confronticostituzionali.eu](http://www.confronticostituzionali.eu), luglio 2013.

65 Su di essa, almeno si vedano **Baldini V.** Riflessioni a caldo sulla sentenza n.8097/2015: il giudice della nomofilia smentisce la Corte Costituzionale in tema di matrimonio tra omosessuali? Su [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it); **Cataldo R.** La prospettiva de iure condito e de iure condendo della sentenza n. 8097/2015 della Corte di Cassazione sul matrimonio omosessuale sottoposto a condizione temporale risolutiva, su [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 3, 2015; **Gattuso M.**, La vittoria delle sue Alessandre: le due donne restano sposate sino all’entrata in vigore di una legge sulle unioni civili, su GENIUS, april 2015; **Papa A.**, il “mosaico della famiglia” tra dettato costituzionale, giurisprudenza e realtà sociale, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2, 2015; **Panzerà C.**, Il discutibile seguito giudiziario dell’additiva di principio sul “divorzio imposto”, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) settembre 2015; **Ponzetta L.**, Nota a margine della sentenza n. 8097/2015 della 1 sezione civile della Corte Di Cassazione: il seguito della sentenza additiva di principio n.170/2014, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) giugno 2015; **Riviera.**, il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale (osservazioni a margine delle sentenze n. 170/2014 della Corte Costituzionale e n. 8097/2015 della Corte di Cassazione, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2, 2015; **Ruggieri A.**, “IL matrimonio a “tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e ... impossibile? Su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 1, 2015.

salvata sottoponendola in caso di rigetto ad una “*condizione temporale risolutiva*”, ossia fino a quando il Parlamento non si deciderà a regolamentare un’altra forma di convivenza registrata idonea a garantire la permanenza dei suddetti diritti e doveri. La soluzione fornita dalla Corte non convince visto che i ricorrenti, pur non avendo i presupposti dell’eterosessualità, potevano mantenere inalterati tutti i diritti e doveri scaturenti dal vincolo nuziale come per le coppie “tradizionali<sup>66</sup>”, giungendo a risultati cui il giudice delle leggi non voleva pervenire.

Con la sentenza *Oliari and others v. Italia del 2015*<sup>67</sup> la Corte di Strasburgo condannava l’Italia in quanto ai ricorrenti non era stata garantita alcuna “altra alternativa” per far riconoscere giuridicamente la propria unione: esclusione che non poteva più considerarsi legittima, in virtù del dato sociale. Nella suddetta sentenza la Corte di Strasburgo ribadisce il diritto dello Stato-membro a scegliere il “modo” con cui tutelare le coppie omosessuali ma non il “se”. Non vi era alcun obbligo in capo al “*Governo convenuto di concedere accesso al matrimonio ad una coppia omosessuale, quali i ricorrenti*” in sintonia con quanto statuito già dalla stessa Corte nella sent. *Gas&Dubois v. Francia* ma anche il dovere da parte del Governo di disciplinare forme di unioni civili in grado di garantire alle coppie omosessuali delle certezze giuridiche, non lasciandole alle mercé della discrezionalità del giudiziaria.

Erano gli stessi ricorrenti a chiedere una protezione relativamente all’assistenza morale e materiale tra i partner; la reciproca responsabilità di contribuzione verso i bisogni della convivenza di fatto; i diritti ereditari e/o la riserva legittima; la

---

66 Su siffatto aspetto cfr. Baldini ., Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/2015, già cit. Sulla possibile protezione o meno da approntare (anche) all’art. 29 e la sua interpretazione si veda il composito lavoro di Spadaro A., Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica-come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius per pensa- o serve una legge di revisione costituzionale, ne La famiglia davanti ai suoi giudici , Napoli 2014, 345

67 Su di esso si vedano **Alicino F.**, Le coppie dello stesso sesso. L’arte dello Stato e lo stato della giurisdizione, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), in agosto 2015; **Nardocci C.**, Dai moniti del giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell’uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia, su (matrimoniali e civili ) tra persone dello stesso sesso ? Riflessioni a margine del caso Oliari e altri contro Italia, su [www.stato.echiesa.it](http://www.stato.echiesa.it) febbraio 2016; **Zago G.**, A victory for italian same-sex couples, a victory for European homosexuals? A commentary on Oliary v Italy su [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), agosto 2015

possibilità di continuare a vivere nell'abitazione di proprietà del partner defunto<sup>68</sup>; la pensione di reversibilità<sup>69</sup>; il diritto al mantenimento in caso di separazione; il diritto di richiedere permessi di lavoro per assistere il partner; il diritto di godere di benefici fiscali. Nell'ipotesi di equiparazione tra il matrimonio eterosessuale ed omosessuale il margine di apprezzamento dello Stato-membro era più ampio, piano piano si restringeva quando si constatava la mancanza di tutela nelle coppie omosessuali conviventi.

L'ordinamento interno doveva operare un bilanciamento tra gli interessi pubblici e quelli privati, essendo parimenti indubbio che il suddetto bilanciamento perdeva la sua ragionevolezza quando privava di tutela giuridica le coppie omosessuali.

Dopo la sentenza *Shalk and Kopf v. Austria* non residuava più alcun dubbio sul riconoscimento delle coppie omosessuali alla collegata alla pregressa separazione personale (23° comma, che neppure richiama la mancata consumazione)<sup>70</sup>; è invece prevista – il che costituisce una novità di assoluto rilievo – la possibilità di addivenire allo scioglimento dell'unione civile in conseguenza della volontà in tal senso manifestata, anche disgiuntamente, dalle parti dinanzi all'ufficiale di stato civile (con la specificazione che, in tal caso, la domanda di scioglimento potrà essere proposta solo decorsi tre mesi dalla data di manifestazione di tale volontà: 24° comma)<sup>71</sup>. Il legislatore, nel contesto dell'unioni civili, ha affiancato dunque

---

68 Sul punto, cfr. quando già statuito in Corte Cost. sent. n. 310/1989

69 Si veda Corte Cost., sent n. 461/2000

70 Diverso sotto questo profilo l'originario testo del ddl Cirinna', ove figurava invece un generico rinvio alle norme in materia di separazione personale e di divorzio.

71 Con riferimento a questa particolare ipotesi **G. Ferrando**, Le unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della riforma, cit., 48 parla di "divorzio immediato" o "diretto". **E. Quadri**, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, cit., 7, pone in luce come il prefigurato meccanismo si ponga in un rapporto poco chiaro con le modalità di scioglimento introdotte dagli artt. 6 e 12 D.L. n. 132/2014, convertito in L. n. 132/

2014, richiamati dal successivo 25° comma. Cfr. anche **R. Pacia**, Unioni civili e convivenze, cit., 200 e segg., la quale, a quest'ultimo proposito, rilevando come le due procedure stragiudiziali prefigurate dai citati artt. 6 e 12 vengano in considerazione solo nei casi previsti dall'art. 3, 1° comma, n. 2, lett. b), L. n. 878/1970, e cioè quelli fondati sulla pregressa separazione, oltre che nei casi di modifica delle condizioni di divorzio, giunge alla conclusione secondo cui, con riguardo all'unione civile, che come detto non conosce la separazione, tali procedure potranno venire in considerazione solo per le ipotesi di revisione.

al tradizionale procedimento contemplato per addivenire allo scioglimento del matrimonio – l'ormai anacronistico doppio binario (separazione, vista la scarsa incidenza pratica delle altre cause di scioglimento del matrimonio, e successivo divorzio) – un meccanismo risolutore che fa perno sulla volontà unilaterale. Si tratta di una presa d'atto di come, nella sostanza, al fine di pervenire allo scioglimento dell'unione sia sufficiente – e ciò indipendentemente dal contesto, matrimoniale o non – il disimpegno di uno soltanto dei partner. Particolare attenzione, nel contesto della crisi dell'unione, è dedicata alla rettificazione di sesso. Alla stregua di quanto stabilito dal 26° comma, la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile, analogamente a quanto previsto dall'art. 3, n. 2, lett. g), L. n. 898/1970 con riguardo allo scioglimento del matrimonio (manca peraltro la specificazione, come sarebbe stato opportuno e come avviene nella disciplina sul divorzio, che occorre una sentenza “passata in giudicato”). Il 27° comma, con l'intento di raccogliere le sollecitazioni provenienti dalla Corte costituzionale e dalla Cassazione in relazione ad una particolarissima vicenda sui cui i giudici delle leggi e quelli di legittimità sono stati chiamati a pronunciarsi, stabilisce che alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso; la norma pare tuttavia lacunosa laddove nulla prevede con riferimento all'ipotesi, specularmente opposta, in cui i componenti dell'unione civile, a seguito di una sentenza di rettificazione di sesso, intendano comunque mantenere in vita l'unione stessa.

#### **4. Le coppie omosessuali in Spagna**

La Costituzione spagnola del 1978 stabilisce all'art 32 il diritto di contrarre matrimonio, mentre garantisce la tutela dell'istituto familiare separatamente all'art 39. L'Art 32 Cost., dispone: I. *“L'uomo e la donna hanno il diritto di contrarre il matrimonio in piena uguaglianza giuridica.*

*II. La legge regolerà le modalità del matrimonio, l'età e la capacità per contrarlo, i diritti e i doveri dei coniugi, le cause di separazione e scioglimento e i loro effetti”.*

L'Art 39 Cost, dispone: I. *“I pubblici poteri assicurano la protezione sociale, economica e giuridica della famiglia” .*

II. *“I pubblici poteri assicurano anche la protezione integrale dei figli, uguali questi di fronte la legge a prescindere dalla filiazione, e delle madri, qualunque sia il loro stato civile. La legge faciliterà l'accertamento della paternità”.*

III. *“I genitori devono prestare ogni assistenza ai figli avuti nel o fuori del matrimonio nella minore età e nelle altre ipotesi previste dalla legge”.*

IV. *“L'infanzia godrà della protezione prevista negli accordi internazionali che ne tutelano i diritti”.*

Il punto di partenza è il concetto di matrimonio elevato a rango di diritto della persona ai sensi dell' art 32 della Costituzione spagnola, d'ora in poi chiamata CE, ed inteso anche come una istituzione di rilevanza sociale. Bisogna precisare che nonostante gli artt. 32 e 39 facciano entrambi parte del Tit. I della CE appartengono a due capi distinti e ciò è un elemento che non può essere trascurato quando si analizza la tutela costituzionale della convivenza more uxorio.

Il diritto fondamentale del matrimonio è disciplinato nella sezione seconda del capitolo secondo (Diritti e libertà) e benché non sia suscettibile di ricorso di *amparo* di fronte al Tribunale costituzionale, gode delle garanzie della riserva di legge e dell'intangibilità del contenuto essenziale e vincola i pubblici poteri. La tutela della famiglia è disciplinata, invece, nel capitolo III che è dedicato ai principi che reggono la politica economica e sociale, essi ispirano la legislazione positiva, la pratica giudiziaria e l'azione dei pubblici poteri, ma possono essere dedotti innanzi al tribunale ordinario solo in conformità con quanto disposto dalle

leggi che li attuano (art. 53 CE 160)<sup>72</sup>. In dottrina non è pacifico se vi sia o no un collegamento tra matrimonio e famiglia.

Le opinioni si dividono: tra coloro che proiettando l'art 32, comma 1, CE sull'art 39, comma 1, CE ritengono che a meno che non venga modificato il dettato costituzionale, il diritto a contrarre matrimonio oltre a costituire un diritto individuale della persona, è anche un'istituzione che deve essere conservata al fine di preservare la cellula familiare, perciò vi sarebbe un nesso tra matrimonio e famiglia, e considerando la procreazione come una finalità innata del matrimonio, l'unico modello di matrimonio ammesso sarebbe quello eterosessuale<sup>73</sup>; e coloro che sostengono l'assenza di una relazione intrinseca tra matrimonio e famiglia, argomentando il fatto che sono istituzioni tutelate in due articoli diversi. Per di più sostengono che non si può relegare il concetto di famiglia a quello di famiglia fondata sul matrimonio, poiché nell'articolo ci si riferisce anche ai figli naturali e alle madri single. Viene smontato l'argomento procreativo, poiché l'assenza della finalità procreativa nella coppia omosessuale non giustifica la loro discriminazione<sup>74</sup>, perché essa può sussistere anche all'interno di coppie eterosessuali sterili, inoltre in Spagna è consentita l'adozione individuale, anche da

---

72 Art 53 Cost. Spagnola: 1) I diritti e le libertà riconosciuti nel Cap. II del presente titolo sono vincolanti per tutti i poteri pubblici. Solo la legge, che comunque dovrà rispettare il loro contenuto essenziale, potrà regolare l'esercizio di tali diritti e libertà, i quali saranno tutelati ai sensi dell'art. 161, 1, A. 2) Qualunque cittadino potrà ottenere la tutela delle libertà e dei diritti riconosciuti nell'art. 14 e nella Sez. I del Cap. II rivolgendosi ai tribunali ordinari, con una procedura basata sui principi di preferenza e sommarietà e, nel caso, mediante ricorso al Tribunale Costituzionale. Quest'ultimo ricorso sarà applicabile all'obiezione di coscienza riconosciuta dall'art 30. 3) Il riconoscimento, il rispetto e la tutela dei principi contemplati nel Cap. III ispireranno il diritto positivo, la prassi giudiziaria e l'azione dei poteri pubblici. Tali principi potranno essere difesi solo davanti a la giurisdizione ordinaria conformemente alle leggi che li regolano.

73 1Cfr J.L.MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ, "La familia en la Constitution espanola, in Revista espanola de Derecho constitucional, n.58, gennaio-aprile 2000, p 22. Contro il matrimonio fra persone del medesimo sesso; v. R.BERCOVITZ RORIGUEZCANO, "La competencia para legislar sobre parejas de hecho" in Derecho privado y Constitución, n 17, gennaio-febbraio 2003, pp 61-88; A.RODRIGUEZ LUNO, La legge 13/2005 sulla riforma del matrimonio in Spagna, 2005, in [http://eticaepolitica.net/famiglia/arl\\_familia%5Bit%5D.htm](http://eticaepolitica.net/famiglia/arl_familia%5Bit%5D.htm); S.CANAMARES ARRIBAS, El matrimonio homosexual en Derecho espanol y comparado, Iustel, Madrid, 2007

74 La Costituzione non prescrive la procreazione come unico fine del matrimonio. Questa finalità, come il puro piacere e l'interesse socio-economico, sempre egualmente legittimi, fanno parte della libera determinazione della persona, che decide un giorno di unire la sua vita a quella di un altro. Esse però non sono finalità derivate od obbligate dalla Costituzione [...]. Senza dubbio l'opzione del matrimonio intesa secondo la logica della procreazione è una scelta personale legittima, ma del tutto inammissibile se si pretende di imporla giuridicamente", M.Carrillo, La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principi costituzionali, in Foro italiano, 2005, V, cc.264 e ss

parte degli omosessuali, e alle donne che hanno compiuto la maggiore età con piena capacità di agire è consentito ricorrere alle tecniche di riproduzione assistita, indipendentemente dal proprio status civile e dall'orientamento sessuale.

La disciplina giuridica del matrimonio ha sperimentato cambiamenti nel corso della storia, ed ha sempre preteso di essere un riflesso dei modelli e valori dominanti nelle società europee e occidentali. Sebbene tradizionalmente il matrimonio è stato percepito come una relazione giuridica tra persone di sesso diverso, il legislatore non può rimanere indifferente alla società che si sviluppa adattandosi e riconoscendo i diversi modelli di convivenza, per evitare la pericolosa frattura tra diritto e valori dominanti di una società, che esso stesso deve regolare.

La Sentencia n 222/1999 del Tribunal Constitucional dichiarava : *“La nostra Costituzione non ha identificato la famiglia che ordina di proteggere con quella che ha origine nel matrimonio, conclusione che si impone, non solo per la regolamentazione ben differenziata di un'istituzione e dell'altra (artt. 32 e 39 Cost), ma, anche per il senso protettivo o di tutela ,con cui la Norma Fondamentale considera sempre la famiglia, specialmente nel più volte citato art.39, protezione che risponde ad imperativi collegati al carattere <sociale> del nostro Stato (artt. 1, comma 1, e 9, comma 2, Cost) e, quindi, all'attenzione per la realtà effettiva dei modi di convivenza che si esprimono nella società. Il senso di queste norme costituzionali non si concilia, pertanto, con la costrizione del concetto di famiglia entro quella di origine matrimoniale, nonostante questa modalità di vita familiare sia rilevante nella nostra cultura- nei valori e nella realtà dei comportamenti sociali. Esistono altre modalità, insieme con essa, come è connaturato ad una società plurale, e ciò impedisce di interpretare negli anzidetti termini restrittivi una norma che come quella contenuta nell'art 39, comma 1, ha una portata, del resto, che deve essere interpretata anche alla luce di quanto disposto nei commi 2 e 3 dello stesso articolo.”*<sup>75</sup>

---

75 Interessante è la precedente STC 184/1990 del 3 dicembre, dove benchè si confermava che la coppia di fatto non avesse alcuna tutela costituzionale, emerge una prima apertura con il voto particolar dissenziente del giudice costituzionale Gimeno Sendra, secondo cui non era possibile identificare il concetto di famiglia dell'art 39 Cost, con quello di famiglia

Il suddetto orientamento è stato recepito anche in materia di tecniche di procreazione assistita, poiché il Tribunale ha confermato che un tale utilizzo non determina una obliterazione dell'art 39 CE, sottolineando che il concetto tradizionale di famiglia non si esaurisce con il matrimonio eterosessuale e che l'identificazione tra famiglia naturale e famiglia giuridica manca di fondamento costituzionale<sup>76</sup>.

Il fatto che l'art 32 della CE nel definire il matrimonio richiami esplicitamente “l'uomo” e “la donna”, senza utilizzare espressioni più generiche, come ad esempio “ogni persona”, “i cittadini spagnoli”, è stato un argomento utilizzato per confermare la natura eterosessuale del matrimonio. Nel 1978, anno della Costituzione spagnola, l'omosessualità non era un fenomeno molto esteso, e la ratio dell'art 32 CE consisteva nell'esigenza di fornire una eguaglianza giuridica tra uomo e donna sia nel matrimonio, quanto nello status giuridico discendente da esso.

Poiché la concezione di matrimonio in termini di garanzia costituzionale è soggetta all'evoluzione, ciò consente al legislatore di adeguarne il significato e la sua regolamentazione in ogni fase storica all'immagine che di essa si dà nella coscienza sociale, con l'unico limite insuperabile di preservare l'istituto nella sua riconoscibilità.

Gli elementi di riconoscibilità tradizionalmente erano: la volontà di due persone di formalizzare una relazione stabile, la eterosessualità, la procreazione e l'indissolubilità del vincolo; oggi può mantenersi solo il primo di tali elementi. L'eterosessualità ha cessato di concepirsi come il fondamento “naturale” dell'unione matrimoniale<sup>77</sup>. La conferma di ciò è stato anche il riconoscimento

---

“matrimoniale”, poiché compito della Costituzione è proteggere non solo la famiglia quale istituzione giuridica, ma anche la famiglia come realtà naturale.

76 4Cfr STC 116/1999, del 17 giugno, FJ 13

77 **E.EXPOSITO.GOMEZ**, La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola, in Foro italiano, 2005,V,cc.267 e ss



frammentario e parziale delle unioni omosessuali da parte dei legislatori regionali<sup>78</sup>.

In virtù di un'interpretazione estensiva secondo cui il precetto costituzionale non si riferirebbe al diritto dell'uomo e della donna di contrarre matrimonio "tra di loro", ma ad un diritto di cui sia titolare sia la donna che l'uomo. Precedentemente al ricorso di incostituzionalità contro la legge n.13 del 2005, in cui il Tribunale Costituzionale preciserà la portata dell'articolo 32 Cost, esso si era pronunciato sul principio dell'eterosessualità del matrimonio in una ordinanza n 222/1994, dove veniva dichiarato inammissibile il ricorso di amparo da parte di un cittadino omosessuale, che gli era stata negata la pensione di reversibilità a seguito della morte del partner. Questa ordinanza ribadiva che l'unione tra persone dello stesso sesso andasse equiparata all'unione di fatto eterosessuale, e che non essendo un'istituzione giuridicamente regolata non sussisterebbe un diritto costituzionale al suo stabilimento.

Ciò senza escludere che il legislatore possa introdurre un sistema di equiparazione, attraverso il quale i conviventi omosessuali possono giungere a godere di tutti i diritti e benefici del matrimonio, così come sollecita il Parlamento europeo nella risoluzione dell' 8 febbraio del 1994<sup>79</sup>.

Benché la Costituzione spagnola protegga il matrimonio eterosessuale, non sembrerebbe vietare al legislatore spagnolo di disciplinare il matrimonio tra persone dello stesso sesso. L'ampliamento di questo diritto costituzionale si traduce dunque in una questione di opportunità squisitamente politica.

---

78 **F.REY MARTINEZ**, Sentido y alcance del derecho fundamental discriminación por orientación sexual: "Este panorama cambia por completo en los últimos años de la década de los noventa a partir de la evolución del Derecho comparado, particularmente del Derecho europeo, y, entre nosotros, muy especialmente, como consecuencia de la creación en diversas Comunidades Autónomas y Ayuntamientos de Registros de uniones de hecho con independencia de su orientación sexual y, sobre todo, de las leyes autonómicas que empiezan a regular las uniones estables de pareja, incluida la homosexual desde la pionera Ley catalana 10/1998, de 15 de julio. De todas ellas la más proclive a la equiparación de derechos de los homosexuales era, sin duda, la Ley navarra, que es la única que permitía la adopción conjuntay que, en su Exposición de motivos, llega a sugerir que la Constitución obliga a un entendimiento amplio de la idea de familia de modo que no extender los derechos del matrimonio heterosexual a las uniones estables homosexuales podría considerarse una discriminación constitucionalmente vetada contra estas últimas".

79 Risoluzione parlamentare (A3-0028/94), "sulla parità dei diritti per gli omosessuali nella Comunità".

Circa l'opportunità dell'introduzione del matrimonio omosessuale si sono dispiagate molteplici opinioni sia contrarie che favorevoli. La questione richiede un approccio sostanziale circa la meritevolezza o meno, alla luce dei principi costituzionali di una situazione, che è presente nella società e che riguarda dei cittadini che hanno instaurato un rapporto di natura sentimentale e sessuale con partner dello stesso sesso, e che intendono vivere insieme in modo del tutto simile alle coppie di persone di sesso diverso.

Non sono accettabili alla luce di una Costituzione vivente le posizioni di coloro che non ne riconoscono la meritevolezza, ma emerge la necessità di garantire anche alle unioni omosessuali i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Certamente si è avuto un superamento con il maggiore livello di accettazione e riconoscimento sociale delle coppie omosessuali. Inoltre differentemente dal passato l'omosessualità non è più considerata una malattia mentale, che determinava l'incapacità a contrarre matrimonio o un impedimento. Si riconosce la tutela dell'art 32 CE dell'orientamento sessuale in quanto collegato alla dignità della persona e al libero sviluppo della personalità. Il divieto del matrimonio tra persone dello stesso sesso fondato sull'orientamento sessuale, costituirebbe una violazione del principio di uguaglianza sancito all'art. 14 CE secondo il quale: “*gli spagnoli sono uguali di fronte alla legge, senza alcuna discriminazione per motivi di razza, nascita, sesso, religione, opinione e qualsiasi altra circostanza personale o sociale*”.

Benché l'art 14 della Costituzione spagnola non menzioni espressamente l'orientamento sessuale tra le ipotesi concrete in cui è vietato un trattamento discriminatorio, il Tribunale costituzionale ha precisato che esso deve esservi ricompreso<sup>80</sup>.

La questione delle coppie omosessuali dovrebbe essere quindi impostata non nel senso di individuare quali diritti riconosciuti alle coppie etero siano estendibili alle prime, bensì, al contrario, di giustificare, alla luce di prevalenti valori

---

80 8STC 41/2006, del 13 febbraio, in tema di licenziamento di un impiegato omosessuale. Il Tribunale costituzionale si è pronunciato negli stessi termini, riguardo alla discriminazione dei transessuali, nella STC 176/2008, del 22 dicembre

costituzionali, perché alcuni diritti riconosciuti alla seconda non siano estendibili alle coppie omosessuali.<sup>81</sup>

Pertanto la decisione del legislatore di introdurre il matrimonio omosessuale realizza l' ampliamento di un diritto costituzionale senza pregiudizio alcuno per il diritto già esistente delle persone eterosessuali, in perfetta coerenza con i principi costituzionali e in linea con le esigenze di una società sempre più plurale.

Il 30 giugno 2005 è stata approvata la legge n° 13 che ha introdotto il matrimonio omosessuale nell'ordinamento spagnolo, modificando il codice civile del 1889 e producendo un grande impatto sociale. Con legge medesima la Spagna diventava il terzo paese europeo dopo l'Olanda<sup>82</sup> e il Belgio a consentire il matrimonio omosessuale, ed il primo ad ammettere l'adozione congiunta alle coppie omosessuali alle stesse condizioni di quelle eterosessuali. Nonostante l'intento della legge fosse quello di concretizzare la tutela degli omosessuali, tradizionalmente discriminati, questa non è stata risparmiata dalle critiche degli interpreti che l'hanno definita come un attacco frontale all'istituto del matrimonio, della famiglia e con effetti imprevedibili sui valori sociali e religiosi su cui si regge la società spagnola. La legge approvata dal parlamento spagnolo ha avuto un forte impatto per determinati codici etici, specialmente quelli enunciati dalla Chiesa cattolica, rispetto ad altri paesi europei che hanno introdotto il matrimonio omosessuale come l'Olanda e il Belgio, questo è ovvio se si pensa che la religione cattolica è la confessione maggioritaria in Spagna. Viene accolta la motivazione del governo spagnolo, che ha presentato una riforma ispirata all'imperativo etico della non discriminazione, ritenendo quanti non la condividono come crudeli oppressori di un gruppo di cittadini innocenti. Nonostante il riconoscimento del matrimonio omosessuale sia una novità per l'ordinamento giuridico spagnolo, bisogna ricordare che precedentemente la legislazione di un buon numero di

---

81 **R.ROMBOLI**, La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso e la tutela delle coppie omosessuali in Italia, ne *Il Foro Italiano*, 2005, V.cc,p.259

82 Quando la legge spagnola entrò in vigore il 3 luglio 2005, la legge olandese non prevedeva la possibilità per le coppie omosessuali di adottare bambini stranieri.

comunità autonome, con competenze nel diritto civile, offrivano esempi di equiparazione giuridica tra coppie gay e coppie eterosessuali.<sup>83</sup>

Il Progetto di legge sul riconoscimento del matrimonio same sex presentato dal Governo socialista in Parlamento nel gennaio 2005, era stato accompagnato da due relazioni tecniche: un parere, emesso, su richiesta del Governo, da parte del Consiglio di Stato il 16 dicembre 2004, ed uno Studio sulla riforma del codice civile in materia di matrimonio tra persone dello stesso sesso, adottato il 26 gennaio 2005, di propria iniziativa dal CGJP (Consiglio generale del potere giudiziario)<sup>84</sup>. Anche la Regia accademia della giurisprudenza e legislazione si era espressa in senso contrario.

Per il Consiglio di Stato l'art 32 CE riconoscerebbe solo il matrimonio eterosessuale, perciò sarebbe stato più opportuno *“assicurare uno sbocco agli obiettivi perseguiti dal legislatore attraverso altri strumenti maggiormente rispondenti alla Costituzione”*, favoriva una disciplina differenziata della nuova forma di convivenza, così da non danneggiare la garanzia istituzionale del matrimonio. Il CGJP nel suo Studio molto più acutamente concludeva che l'apertura del matrimonio agli omosessuali *“comporta seri ed assai fondati dubbi di costituzionalità”*, poiché *“l'eterosessualità è un elemento costitutivo essenziale del concetto stesso di matrimonio :il matrimonio o è eterosessuale o non è matrimonio”*.

---

83 Si possono riscontrare esempi di tale riconoscimento e accettazione sociale delle coppie omosessuali in Catalogna (l.15 luglio 1998 n.10 sulle unioni stabili), Aragona (l.26 marzo 1999 n.6, relativa alle coppie stabili e non sposate), Navarra (l.forale 3 luglio 2000 n.5 per l'eguaglianza giuridica delle coppie stabili), nella Comunità Valenziana ( l.6 aprile 2001 n.17, con cui si regolano le unioni di fatto), nelle Baleari ( l. 19 dicembre 2001 n.11, sulle coppie stabili), a Madrid ( l.19 dicembre 2001 n.11, sulle unioni di fatto), nel principato di Asturia ( l.23 maggio 2002 n.4, sulle coppie stabili), in Andalusia ( l.16 dicembre 2002 n.5, sulle coppie di fatto), nelle Canarie (l.6 marzo 2003 n.5, per la regolamentazione delle coppie di fatto), in Estramadura (l.20 marzo 2003 n.5, sulle coppie di fatto) e nel Paese Basco (l. 7 maggio 2003 n.2, che disciplina le coppie di fatto).

84 A maggioranza dei componenti. Lo Studio è corredato da tre opinioni dissenzienti, formulate da nove dei venti membri. Esse avevano destato colorite polemiche prima di essere pubblicato, poiché gli organi di stampa avevano diffuso la notizia che in esso si paragonava l'unione tra persone dello stesso sesso all'unione tra uomo e animale, frase che fu eliminata dalla redazione del testo finale.

Perciò, pur non escludendo una regolamentazione *“da tale norma deve escludersi espressamente l'adozione per queste coppie fino ad un pronunciamento del Tribunal Constitucional e, in ogni caso, fino a quando la società non abbia dato vita ad un dibattito profondo sul tema”*.

Non sono mancati toni accesi anche in Parlamento. Il 21 aprile senza sostanziali modifiche il testo veniva approvato dal Congresso dei deputati a maggioranza progressista. Più ardua è stata l'opposizione per il suo passaggio in seno al Senato ( di maggioranza conservatrice), in particolare quando si è cercato, tuttavia senza successo, di introdurre su iniziativa di un gruppo popolare un emendamento sul diritto all'obiezione di coscienza per le autorità e i funzionari, in modo da poter giustificare il loro rifiuto a partecipare alle procedure.<sup>85</sup> Su richiesta del Senato sono stati ascoltati undici esperti tra psicologi, psichiatri, psicopatologi e un costituzionalista. Alla fine anche con il veto del Senato alla legge, essa è stata approvata, senza sostanziali modifiche, dal plenum del Congresso dei deputati nella sessione del 30 giugno 2005<sup>86</sup>.

I motivi della legge sulla base dei quali è stato modificato il codice civile, riguardano la necessità di porre fine alla tradizionale discriminazione che colpiva gli omosessuali. La legge n.13 del 2005 precisa che tale aspirazione egualitaria riguardo la condizione omosessuale non è una singolarità spagnola, ma emerge anche in altri ambiti, si pensi alla risoluzione del Parlamento europeo dell' 8 febbraio 1994, in cui espressamente si chiede alla Commissione europea di presentare una proposta di raccomandazione, con il fine di eliminare il divieto di contrarre matrimonio per le coppie omosessuali, e garantire ad esse tutti i benefici e le garanzie del matrimonio. Il legislatore spagnolo giustificava con queste parole la sua decisione egualitaria: *“ La storia evidenzia un lungo percorso di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, discriminazione che il*

---

85 Nel testo si prevedeva la facoltà per il governo di introdurre un meccanismo di <> che permettesse l'effettivo rispetto dei diritti, tanto dei contraenti, quanto degli obiettori.

86 Cfr art 90 Costituzione spagnola, secondo cui l'assemblea del Senato può, a maggioranza assoluta, porre il veto, con messaggio motivato, al testo proveniente dal Congresso. Opposto il veto, il testo deve nuovamente tornare al Congresso dei deputati per essere approvato, in una prima lettura dalla maggioranza assoluta oppure, se tale maggioranza non si raggiunge, deve passare un periodo di due mesi dall'opposizione del veto, essendo in quel caso richiesta la sola maggioranza semplice della Camera bassa.

*legislatore ha deciso di rimuovere. L'istituzione di un ambito di realizzazione personale che permetta a coloro che liberamente scelgono di intraprendere una relazione sessuale ed affettiva con persone del loro stesso sesso, di sviluppare la propria personalità ed esercitare i propri diritti in condizioni di eguaglianza, è divenuta un'esigenza dei cittadini del nostro tempo, un'esigenza dei cittadini cui questa legge tenta di dare risposta*".<sup>87</sup> La legge n° 13 del 2005 non deve essere vista come un fatto isolato, in quanto si inserisce nella serie di modifiche che nel corso degli anni hanno modificato il diritto di famiglia spagnolo, tra cui è possibile citare la separazione, il divorzio senza colpa, la riforma delle leggi sulla fecondazione assistita, la possibilità di scegliere l'ordine dei cognomi dei figli, il cambiamento anagrafico del sesso senza previo intervento chirurgico etc.; inoltre si tratta di un esempio di provvedimento di "normalizzazione" della omosessualità e della omofobia per i quali il governo socialista si era particolarmente impegnato<sup>88</sup>.

## **5. Il modello tedesco sulle unioni civili**

Fin dal 2001, la Germania si è dotata di una legge<sup>89</sup>, riservata alle coppie dello stesso sesso, che ha offerto una soluzione legislativa al fenomeno delle convivenze omosessuali<sup>90</sup>. Come è noto, la suddetta legge è entrata in vigore il 16

---

87 **E.EXPOSITO GOMEZ**, La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola, ne il Foro Italiano, 2005, V, p265.

88 Il Codice penale spagnolo contiene oggi alcune fattispecie di reato connesse alla discriminazione per motivi omofobici (artt. 314, 511, 512 e 515, comma 5) ed il movente omofobico è stato incluso tra le circostanze aggravanti di reato (art 22, comma 4). Inoltre la legge 49/2007 a livello amministrativo, che ha stabilito il regime di infrazioni e sanzioni in materia di pari opportunità, di non discriminazione e di accessibilità universale per le persone disabili, include tra le infrazioni molto gravi i comportamenti gravi generati da odio o disprezzo per motivi omofobici (art.16, comma 4, lett.c)

89 Art. 1 (Legge sulla convivenza registrata – Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG) della Legge sulla cessazione della discriminazione delle unioni omosessuali: convivenze del 16 febbraio 2001, in BGBl., 2001, I, 266, su cui v. per un primo commento C. CariCato, La legge tedesca sulle convivenze registrate, in Familia, 2002, 501 ss.

90 Tra i primi commenti nella dottrina tedesca, cfr. D. sChWaB, Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein Überblick, in FamRZ, 2001, 385 ss.; **H. Büttner**, Unterhaltsrecht der eingetragene Lebenspartnerschaft, in FamRZ, 2001, 1105 ss.; **R. Wagner**, Das neue internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft, in IPrax, 2001, 281 ss.; **D. henriCh**, Kollisionsrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspartnerschaft,

febbraio 2001 ed ha subito nel tempo una serie di modifiche<sup>91</sup>, che hanno reso l'istituto delle unioni registrate molto simile al matrimonio<sup>4</sup>, tanto da far definire da illustre dottrina il fenomeno come “*istituto quasi matrimoniale*”.

E' opportuno, prima di entrare nel merito dei mutamenti che hanno interessato la fattispecie, svolgere alcune considerazioni preliminari, in primo luogo sulla scelta del legislatore tedesco di disciplinare le convivenze delle sole coppie omosessuali, lasciando per il resto agli interventi giurisprudenziali il compito di dettare la regolamentazione adeguata alla concretezza delle situazioni di volta in volta esaminate. La scelta appare condivisibile. Con riguardo all'emanazione di una legge destinata anche alle unioni eterosessuali, pure in Italia molte sono state le voci critiche, motivate dal fondato timore di creare nell'ordinamento una sorta di matrimonio “minore” e per ciò stesso fonte di discriminazione. In effetti, le coppie eterosessuali, tedesche come italiane, hanno a disposizione uno strumento idoneo a tutelarle, cioè il matrimonio, dal quale discendono diritti e doveri, mentre esso è del tutto precluso a persone dello stesso sesso, che viceversa – ove potessero – sarebbero ben liete di accedervi<sup>92</sup>. Eventuali istanze di tutela delle coppie eterosessuali non coniugate possono essere accolte, come già accade, di volta in volta dalla giurisprudenza. Altra questione riguarda l'interrogativo se sia stato opportuno equiparare (inizialmente solo fino a un certo punto) le convivenze registrate al matrimonio, non avendo il legislatore tedesco voluto percorrere fino in fondo la strada, che via via ha sempre più definito, di consentire l'accesso al matrimonio alle coppie dello stesso sesso<sup>93</sup>. In senso contrario ha certamente

---

in FamRZ, 2002, 137; D. JaCoB, Die eingetragene Lebenspartnerschaft im Europarecht, in FamRZ, 2002, 801 ss.; **D. kaiser**, Das Lebenspartnerschaftsgesetz, in JZ, 2001, 617 ss.; **P. Finger**, Die registrierte Lebenspartnerschaft – Überblick über die Neuregelung und kritische Bestandsaufnahme, in MDR, 2001, 199 ss.

91 Per un aggiornamento al 2009, v. la traduzione di C. CariCato, in *Familia*, 2009, 59 ss.

92 Osserva **S. Patti**, Evoluzione della famiglia e convivenze: limiti di una regolamentazione unitaria, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, 247, che per le coppie omosessuali la convivenza costituisce rispetto al matrimonio un minus, del quale devono accontentarsi in assenza della possibilità di contrarre matrimonio.

93 Per un'interessante disamina relativa all'ordinamento italiano in ordine al diritto di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso tra fonti interne e fonti sovranazionali, v. **M. Meli**, Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali, in *NGCC*, 2012, II, 451 ss.

pesato il favor dell'ordinamento tedesco per la famiglia fondata sul matrimonio tra due persone di sesso diverso, frutto di una lunga tradizione (a fronte di istanze relativamente recenti dei conviventi omosessuali), espresso dall'art. 6 GG<sup>94</sup>. Tale interrogativo appare di grande attualità, perché – come si vedrà più avanti – i diversi interventi legislativi, che si sono susseguiti nel tempo, hanno avuto l'effetto di operare una sostanziale equiparazione della eingetragene Lebenspartnerschaft (convivenza registrata) alla Ehe (matrimonio), conducendo l'ordinamento tedesco a un passo dall'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso, ma nel contempo rendendola inutile, onde evitare una formale rottura con la tradizione, e ponendo la Germania in posizione intermedia tra gli ordinamenti che si possono definire «matrimonialisti» (ad esempio, la Spagna) e quelli «non matrimonialisti» (ad esempio, la Francia). Con l'introduzione delle convivenze registrate il legislatore tedesco ha dunque affiancato al tradizionale istituto matrimoniale (Ehe) e alle convivenze non matrimoniali (nichteheliche Lebensgemeinschaften), tutelate per via giurisprudenziale, le convivenze registrate riservate alle sole coppie dello stesso sesso. La legge ha, infatti, come obiettivo dichiarato di porre fine alle discriminazioni di cui sono oggetto le coppie dello stesso sesso<sup>95</sup>. In Germania il percorso non è stato agevole, come è testimoniato dalle diverse tappe legislative, che piano per volta<sup>96</sup>, in maniera quasi indolore, hanno progressivamente avvicinato l'istituto del 2001, che appariva un ibrido, al matrimonio, sulla scorta di importanti decisioni del Bundesverfassungsgericht, vero «motore» di questo processo evolutivo. I

---

94 Si chiede se sia ammissibile, alla luce dell'Art. 6 GG, consentire il matrimonio alle coppie dello stesso sesso, **N. dethloff**, Ehe für alle, in FamRZ, 2016, 351 ss., spec. 352, la quale osserva che, allo stato, non si è ancora raggiunta una equiparazione completa, anche se nella GG non si ravvisa un contrasto con quest'ultimo passo.

95 La legge era stata in un certo senso preceduta da una pratica, invalsa nel Land di Amburgo, che consentiva alle persone dello stesso sesso di registrare la propria unione, ma da essa – a differenza che nel caso in esame – non discendevano né diritti né doveri e neppure modificazioni dello stato civile: in argomento, v. F. Brunetta d'usseaux, L'unione registrata in Germania alla luce delle recenti modifiche legislative, in *Famiglia*, 2008, 3 ss., spec. 5. La pratica in esame, pur non configurando ovviamente alcun matrimonio, al di là dell'uso di tale termine, ha avuto il merito di porre all'attenzione del governo tedesco il problema della discriminazione sessuale, consentendo di avviare un processo che ha infine condotto al riconoscimento legislativo delle unioni omosessuali.

96 Schritt um Schritt (passo dopo passo), per usare un'espressione di dethloff, Ehe für alle, cit., 354.



contrasti, tuttora non del tutto sopiti, hanno avuto occasione di manifestarsi per il tramite di questioni di legittimità costituzionale del LPartG<sup>97</sup>, da un lato sotto il profilo della paventata violazione del principio di uguaglianza, rispetto ai conviventi eterosessuali, che non avrebbero a disposizione tale strumento, dall'altro sotto l'aspetto della contrarietà all'art. 6 GG, che offre una particolare protezione alla famiglia fondata sul matrimonio. Tali questioni sono state rigettate dal Bundesverfassungsgericht<sup>98</sup>. In particolare, la Corte ha affermato che la peculiare tutela apprestata alla famiglia e al matrimonio non osta all'attribuzione ad altre forme di convivenza di diritti analoghi a quelli previsti per i coniugi, così consentendo la modificazione della disciplina in maniera sostanziale e la progressiva equiparazione delle convivenze registrate all'istituto matrimoniale, soprattutto operando rimandi diretti alle corrispondenti norme del BGB. Sono state per tale via, di novella in novella<sup>99</sup>, eliminate una serie di differenze artificiali rispetto al matrimonio<sup>100</sup>, inserite per garantire il formale rispetto dell'art. 6 GG, prevenendo i ricorsi di costituzionalità, che comunque non sono mancati. Volendo operare un bilancio dell'evoluzione legislativa in materia in questi quindici anni di applicazione e di riforme, vengono in luce alcune importanti innovazioni che si pongono nel filone sopra delineato

---

97 In argomento, v. K. MusCheler, Die Reform des Lebenspartnerschaftsrechts, in Familie Partnerschaft Recht (FPR), 2010, 227 ss., spec. 228.

98 Particolarmente importante in questa direzione la decisione del BVerfG, 17 luglio 2002, in NJW, 2002, 2543, promossa dai Länder Sachsen, Thüringen e Bayern. In argomento, v. nella dottrina tedesca, MusCheler, Die Reform des Lebenspartnerschaftsrechts, cit., 227; **R. BöMelBurg**, Die eigetragene Lebenspartnerschaft – ein überholtes Rechtsinstitut?, in NJW, 2012, 2753 ss. Cfr. anche **J. WasMuth**, La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso. Riscontra l'esistenza di rilevanti lacune, nonostante i miglioramenti realizzati con le riforme del 2005 e del 2007, **H. kreß**, Lebenspartnerschaftsgesetz: Rechtspolitischer Fortschreibungs- und Reformbedarf, in Zeitschrift zur Rechtspolitik (ZRP), 2012, 234 ss. 14 Per il testo originario del Lebenspartnerschaftsgesetz v. Legge sulla cessazione della discriminazione delle unioni omosessuali: convivenze del 16 febbraio 2001, tradotta da **C. CariCato**, in Familia, 2002, p. 521 ss. Germania e l'orientamento della Corte costituzionale tedesca, in Familia, 2003, 503 ss.

99 Riscontra l'esistenza di rilevanti lacune, nonostante i miglioramenti realizzati con le riforme del 2005 e del 2007, **H. kreß**, Lebenspartnerschaftsgesetz: Rechtspolitischer Fortschreibungs- und Reformbedarf, in Zeitschrift zur Rechtspolitik (ZRP), 2012, 234 ss.

100 Per il testo originario del Lebenspartnerschaftsgesetz v. Legge sulla cessazione della discriminazione delle unioni omosessuali: convivenze del 16 febbraio 2001, tradotta da **C. CariCato**, in Familia, 2002, p. 521 ss.

dell'equiparazione al matrimonio. Si darà conto in questa sede solo di alcune di esse, ritenute le più attuali e rilevanti, anche alla luce del dibattito italiano in ordine alla regolamentazione delle unioni civili<sup>101</sup> e alla stepchildadoption (adozione del figlio naturale o adottivo del convivente)<sup>102</sup>.

Una novella del 2005<sup>103</sup> ha introdotto per i conviventi registrati l'istituto del fidanzamento, sino a quel momento riservato alle coppie di sesso diverso. Secondo il § 1, 4° comma, LPartG, in forza di una promessa di costituire una convivenza non è possibile proporre un'istanza volta alla costituzione di una convivenza. Tale norma, che nella versione introdotta dalla novella del 2005 prevedeva che la promessa di dare vita a una convivenza registrata non potesse essere oggetto di un'azione giudiziaria, è stata di recente ulteriormente modificata

---

101 In Italia il fenomeno risulta ancora privo di regolamentazione normativa. I primi disegni di legge risalgono al 1986 quando, grazie all'Interparlamentare Donne Comuniste e all'Arcigay (Associazione per i diritti degli omosessuali), sono state intraprese le prime discussioni in Parlamento su tale argomento. A una prima proposta, che escludeva tuttavia le coppie omosessuali, sono seguiti molti disegni di legge nel corso degli anni Novanta, mai approdati a una legge. Nel 2000, grazie all'azione del Parlamento europeo volta a rimuovere la discriminazione delle coppie gay, si inizia a parlare in Italia di PACS (sul modello francese del patto civile di solidarietà), nel 2007 di DICO. Attualmente è in discussione il cosiddetto DDL Cirinnà, destinato a disciplinare le unioni civili (anche omosessuali), già ampiamente «monco» di importanti norme, come quella sulla Stepchildadoption, espunta dall'ultima versione del provvedimento (lo si può leggere in [www.senato.it](http://www.senato.it)). Si segnala che, nelle more della pubblicazione del presente contributo, è stata approvata la L. 20 maggio 2016, n. 76.

102 Secondo A. Roma, 23 dicembre 2015, rel. **Pagliari**, ove sussista un «profondo legame» della minore con la convivente della madre biologica, «sin dalla nascita caratterizzato da tutti gli elementi affettivi e di riferimento relazionale, interno ed esterno, qualificanti il rapporto di tipo genitoriale/filiale», si tratta di «prendere atto di una relazione già sussistente e consolidata nella vita della minore e valutare l'utilità per quest'ultima che la relazione di fatto esistente sia rivestita giuridicamente a tutela della minore medesima». In base a tale considerazione, la Corte d'appello (confermando la decisione di T. min. Roma, 30 luglio 2014, in Dir. civ. cont., 5 giugno 2015, con nota di **G. Miotto**, Stepchild adoption omoparentale ed interesse del minore) ha valutato rispondente all'interesse del minore l'adozione ai sensi dell'art. 44, 1° comma, L. 184/1983, escludendo qualsivoglia sovrapposizione del legame tra le due figure adulte con quello di tipo filiale. Di recente, v. App. Palermo, ord. 31 agosto 2015, in Dir. civ. cont., 16 settembre 2015, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 337-ter c.c. nella parte in cui non consente al giudice di valutare se risponda all'interesse del minore mantenere un rapporto stabile con l'ex convivente del genitore biologico. Sulla diversa questione del riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di stepchild adoption, v. E. Bilotti, Il riconoscimento in Italia di provvedimenti stranieri di "stepchild adoption" da parte del coniuge "same sex" del genitore biologico: il Tribunale per i Minorenni di Bologna solleva le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 184/1986, in Dir. civ. cont., 3 dicembre 2014.

103 Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (LPartRÜG) del 15 dicembre 2004, in BGBI., 2004, I, 3396, in vigore dal 1° gennaio 2005.

dall'art. 19 della legge 20 novembre 2015<sup>104</sup>. La stessa modifica è stata peraltro apportata anche al BGB ad opera della medesima legge: infatti, nella versione novellata, il § 1297 prevede che «Aus einem Verlöbniß kann kein Antrag auf Eingehung der Ehe gestellt werden» («In forza di una promessa di matrimonio non è possibile proporre un'istanza volta alla conclusione del matrimonio»). La seconda frase del § 1, 4° comma, LPartG dispone, coerentemente, l'applicazione corrispondente delle norme dettate dal BGB per il Verlöbniß. In particolare, alla promessa di dare vita a una convivenza registrata si applicherà il 2° comma del § 1297 BGB, secondo il quale «La promessa di una penale per il caso in cui il matrimonio non venga contratto è nulla», nonché i paragrafi dal 1298 al 1302 (con l'eccezione del § 1300, che è stato abrogato), dedicati all'obbligo di risarcimento derivante dal recesso dalla promessa, nonché alla restituzione dei doni ricevuti in segno di promessa. In particolare, se uno dei promittenti recederà dalla promessa, potrà essere chiamato, entro tre anni dallo scioglimento della promessa (cfr. § 195 BGB), a risarcire il danno consistente nelle spese sostenute, nelle obbligazioni contratte e nelle disposizioni patrimoniali fatte in vista della costituzione della convivenza (§ 1298 BGB). Tale risarcimento sarà dovuto nei confronti dell'altro promittente, dei suoi genitori o di eventuali terzi che abbiano agito in luogo dei genitori nella misura in cui spese, obbligazioni e disposizioni risultino adeguate alle circostanze. Lo stesso obbligo risarcitorio incomberà sul promittente che abbia causato con la propria colpa il recesso dell'altro, che in tal caso sarà considerato giustificato. Il promittente che ricusi di eseguire quanto promesso potrà – sempre entro tre anni dallo scioglimento della promessa – pretendere dall'altro – se la convivenza non viene costituita – la restituzione di quanto donato in segno di promessa, secondo le disposizioni sull'arricchimento ingiustificato.

Con riguardo alla nascita della convivenza registrata, la legge detta una serie di condizioni, alcuni requisiti di forma e taluni impedimenti. Per fondare validamente una convivenza registrata i partners devono rendere una

---

104 Gesetz zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner (LPartRBerG) del 20 novembre 2015, in BGBI., 2015, I, 2010, entrata in vigore il 26 novembre 2015, su cui v. D. sChWaB, Von der Adoptionsvermittlung bis zum Zugewinnausgleich – Bemerkungen zum neuen “Gesetz zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner, in FamRZ, 2016, 1 ss.

dichiarazione di volere costituire una convivenza per tutta la vita (auf Lebenszeit). Si tratta di una dichiarazione personale (non è possibile avvalersi di rappresentanti o di nunci), che i partners devono rilasciare contestualmente. Affinché essa valga come manifestazione di consenso avente il contenuto disciplinato dalla legge, occorre altresì che sia resa dinanzi all'ufficiale di stato civile. Invero, nella sua versione originaria, la legge faceva riferimento in maniera generica «all'autorità competente». Questo aveva aperto ai singoli Länder la possibilità di stabilire chi fosse il destinatario della dichiarazione sopra richiamata (notaio o altro pubblico ufficiale), di dettare le regole procedurali e le formalità della registrazione, come pure la documentazione necessaria. In realtà, originariamente il progetto di legge prevedeva l'intervento obbligatorio dell'ufficiale di stato civile, ma ciò avrebbe richiesto la riforma della legge sullo stato civile e la necessaria approvazione del Bundesrat, con un inevitabile slittamento dell'entrata in vigore del LPartG. Proprio per evitare che tali passaggi legislativi rallentassero il processo di riforma, nella prima versione della legge (2001) il riferimento all'ufficiale di stato civile era stato soppresso, per poi essere reintrodotta dalla riforma dello stato civile (Personenstandsgesetz del 19 febbraio 2007, entrato in vigore il 1° gennaio 2009)<sup>105</sup>. Senonché, una recente novella<sup>106</sup> ha disposto che i Länder – in deroga ai §§ 1, 3 e 9 LPartG – possano stabilire che, a partire dal 26 novembre 2015, le relative dichiarazioni possano essere rese dichiarazioni non più all'ufficiale di stato civile, ma a un notaio o ad altra autorità, ferme e impregiudicate le norme già esistenti. Tuttavia, secondo la recentissima normativa, la registrazione e la costituzione della convivenza rimangono regolate dal Personenstandsgesetz, probabilmente per garantire uniformità nell'applicazione del dettato normativo e parità di trattamento: a tali fini, le autorità competenti sono tenute a comunicare all'ufficiale di stato civile competente le formalità necessarie all'iscrizione nel registro delle convivenze. Il rito<sup>107</sup> prevede che l'ufficiale di stato civile – alla

---

105 Personenstandsrechtsreformgesetz del 19 febbraio 2007, in BGBl., 2007, I, 122.

106 Art. 19 del Gesetz zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner (LPartRBerG) del 20 novembre 2015, cit., che aggiunge al LPartG il nuovo § 23.

107 Così statuisce il 2° comma del § 1 LPartG, non presente nella versione originaria della legge.

presenza di non più di due testimoni – debba domandare ai conviventi se vogliono costituire una convivenza e, in caso di risposta affermativa, dichiarare che da quel momento la convivenza è costituita<sup>108</sup>. Rispetto alla versione originaria della legge in esame, è venuto meno il presupposto della dichiarazione in ordine al regime patrimoniale prescelto, dal momento che il nuovo § 6 LPartG – come si vedrà – assoggetta i partners al regime patrimoniale della Zugewinnngemeinschaft, alla stregua dei coniugi, salvo che le parti non abbiano stipulato un diverso contratto ai sensi del successivo § 7. Quanto agli impedimenti alla costituzione di una convivenza registrata, essi sono analoghi a quelli matrimoniali: minore età, stato libero, cioè inesistenza di un precedente valido rapporto di coniugio o di pregressa registrazione di altra convivenza, parentela, accordo di non volere assumere gli obblighi di cui al § 2 LPartG, cioè assistenza e sostegno reciproci, nonché organizzazione in comune della vita. L'impedimento relativo alla minore età è assoluto e, pertanto, non è dispensabile. Tale ultimo aspetto pone in luce una differenza con l'istituto del matrimonio. Infatti, nel diritto matrimoniale tedesco (§ 1303 BGB) il sedicenne che voglia contrarre matrimonio con una persona maggiorenne può chiedere l'autorizzazione al Tribunale della famiglia. Anche chi è già coniugato con una terza persona<sup>109</sup> o chi già ha dato vita ad una convivenza con un'altra persona non può costituire una convivenza registrata. In questo secondo caso, anche se il legislatore non lo precisa, deve ritenersi che solo una convivenza registrata validamente costituita (non dunque di mero fatto) sia di impedimento alla costituzione di un'altra convivenza, almeno finché la prima non venga sciolta per causa di morte o con sentenza passata in giudicato. Sotto il parallelo profilo degli impedimenti matrimoniali, al momento dell'entrata in vigore della legge in esame, il BGB non prevedeva che la precedente registrazione

---

108 Originariamente il § 1 LPartG prevedeva al 1° comma che «Due persone dello stesso sesso costituiscono una convivenza quando dichiarano reciprocamente, personalmente e contestualmente di volere condurre una convivenza a vita», mentre il 3° comma precisava che «Le dichiarazioni acquistano efficacia, quando vengono rese dinanzi all'autorità competente». L'art. 2 della legge 21 dicembre 2007 (in BGBI., 2007, I, 3189), in vigore dal 1° gennaio 2008, onde evitare fraintendimenti, ha unificato le due previsioni.

109 La precisazione è stata opportunamente aggiunta dall'art. 19 del Gesetz zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner (LPartRBerG) del 20 novembre 2015, cit.

di una convivenza ostasse alla conclusione del matrimonio e in altra sede<sup>110</sup> si era osservato come apparisse quanto meno singolare tale circostanza. A tale stregua una persona poteva concludere un valido matrimonio, pur essendo già legata da una convivenza omosessuale registrata. Opportunamente il legislatore tedesco<sup>111</sup> ha modificato il § 1306 BGB, rubricandolo *Bestehende Ehe oder Lebenspartnerschaft* e disponendo che un matrimonio non può essere concluso se esiste un matrimonio o una convivenza (registrata) tra uno dei nubendi e una terza persona. Il legame di parentela in linea retta (§ 1, 3° comma, n. 2 LPartG) e tra fratelli e sorelle germani, consanguinei o uterini (§ 1, 3° comma, n. 3 LPartG) impedisce la costituzione di una convivenza registrata. Tale disposizione corrisponde alla causa impeditiva del matrimonio di cui al § 1307 frase 1 BGB, sia pure con alcune differenze<sup>112</sup>. L'ultima causa impeditiva (che si realizza quando i conviventi concordano nel non voler dare vita all'obbligo di reciproci sostegno e assistenza e di organizzazione della vita in comune) non era prevista nel disegno di legge della LPartG, ma è stata aggiunta in sede di approvazione, per creare un'ulteriore corrispondenza con il diritto matrimoniale, ed in particolare con la causa di annullamento del matrimonio prevista dal § 1314, 2° comma, n. 5 BGB (la cosiddetta *Scheinehe*, cioè il matrimonio apparente). L'unica differenza consiste nel fatto che, mentre il matrimonio apparente è annullabile, la convivenza apparente è priva di effetti.

---

110 C. **CariCato**, *La legge tedesca sulle convivenze registrate*, in *Familia*, 2002, 506 s.

111 Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts del 15 dicembre 2004, in *BGBI.*, 2004, I, 3396, in vigore dal 1° gennaio 2005.

112 Le disposizioni sulla convivenza registrata non contengono una norma equivalente al § 1307 frase 2 BGB, secondo cui la causa impeditiva del matrimonio sussiste anche nel caso in cui il rapporto di parentela si sia estinto per adozione. Quindi, due sorelle germane, di cui una è stata adottata, possono legalizzare la loro relazione come convivenza registrata. Questa soluzione appare inadeguata. Inoltre, tra le cause impeditive della convivenza, non è prevista la (dispensabile) causa impeditiva del matrimonio riguardante la sussistenza di un rapporto di adozione (§ 1308 BGB). Quindi, un padre adottivo potrebbe costituire una convivenza registrata con il proprio figlio adottivo che abbia compiuto i diciotto anni (mentre – parallelamente – la madre adottiva non potrebbe sposarlo).

## 6. Il riconoscimento delle unioni civili in Francia

Nessuna norma costituzionale definisce la famiglia e il matrimonio, né tanto meno il rapporto tra questi due istituti. Il decimo comma del Preambolo della Costituzione del 1946 menziona la “*famiglia*” disponendo che “*la Nazione assicura all'individuo ed alla famiglia le condizioni necessarie per il suo sviluppo*”, mentre l'art 34 stabilisce che il “*regime matrimoniale*” è oggetto di riserva di legge. Benché il *Conseil Constitutionnel* abbia richiamato il principio di libertà del matrimonio richiamando gli artt. 2 e 3 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e del cittadino, il suo contenuto non permette di individuare gli elementi costitutivi, a livello costituzionale, del matrimonio e della famiglia.

Nessuna disposizione costituzionale sancisce la protezione di forme di convivenza diverse da quella matrimoniale.

Non risulta, perciò che le norme costituzionali pongano una limitazione del matrimonio alle sole coppie eterosessuali, né al contempo emergono argomenti che garantiscono l'apertura dell'istituto alle coppie omosessuali. L'omosessualità nel diritto francese è stata per molto tempo affrontata in riferimento al principio di libertà, ed in particolare alla libertà personale, come elemento di tolleranza, solo negli ultimi anni il dibattito si è incentrato sul principio di uguaglianza<sup>113</sup>. Il diritto francese permetteva, prima della recentissima introduzione del matrimonio omosessuale, alle coppie eterosessuali di scegliere tra matrimonio, *PACS*, concubinato, mentre alle coppie same sex tra *PACS* e concubinato, ponendo dubbi se tale diversità di trattamento fosse ascrivibile come una forma di discriminazione tra le coppie fondata sull'orientamento sessuale.

Numerose erano state le proposte di legge riguardanti il riconoscimento sia delle coppie non sposate, sia di quelle omosessuali e nessuna di esse aveva avuto esito

---

113 È il “primo parametro costituzionale del *Conseil Constitutionnel*”, si ricollega a molte norme costituzionali esplicite, ma nessuna fa riferimento all'orientamento sessuale tra i motivi illeciti di discriminazione, né alcuna norma protegge esplicitamente le coppie omosessuali. Nonostante ciò l'art 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, implica che l'autore di una norma non debba istituire una disparità di trattamento tra soggetti. La differenziazione è ammessa solo se giustificabile da situazioni diverse o da esigenze di pubblica utilità.

fino alla legge n.99/944 del 15 novembre 1999, relativa al *patto civile di solidarietà*.

*“L'idea di queste proposte normative nasceva dalle associazioni omosessuali ed esse avevano l'obiettivo di disciplinare problemi urgenti- l'alloggio, la copertura sociale, la successione- ma anche il desiderio di riconoscere le coppie omosessuali. Il gruppo parlamentare che ha dato luogo alla legge sul Pacs, ha auspicato che il progetto non fosse destinato solo agli omosessuali, come avviene nei paesi del Nord Europa, perché si era opposto all'idea che la Repubblica francese potesse adottare norme solo per una certa comunità”.* <sup>114</sup>

Durante i lavori preparatori, la Commissione delle leggi aveva insistito sull'eterosessualità del matrimonio, escludendo l'accesso ad esso per gli omosessuali.

Il regime giuridico del Pacs è stato introdotto nel Codice civile all'interno del Cap I ( Del Patto civile di solidarietà: artt. 515-1a 515-7- 1) integrato nel Tit. XII (Del Patto civile di solidarietà e del concubinato), del Libro 1 del Codice civile. È stato modificato in diverse occasioni da ultimo con la legge n. 2009-1436 del 24 novembre 2009.

La ratio dell'apertura dei Pacs sia alla coppia etero che omosessuale era giustificata dall'esigenza di disciplinare la vita in comune di queste due coppie. Il Pacs veniva presentato come un contratto patrimoniale<sup>115</sup> estraneo ad alcuni titoli del codice civile quali: quelli relativi allo stato civile, alla filiazione, alla filiazione adottiva e alla potestà genitoriale, le cui condizioni di applicazione non erano state modificate dalla legge introduttiva dei Pacs. In questi ambiti si applicano le norme generali del codice, diverse da quelle del matrimonio. Su questo aspetto Pacs e

---

114 **THERY-J.P.MICHEL**, Concubinage ou union sui generi:le statut et les droits, in Le Banquets, n 12, 1998, p.23

115 La natura giuridica del Pacs non è però così pacifica; per alcuni si tratterebbe di un contratto sui generis vd: **I.THERY-J.P.MICHEL**, Concubinage ou union sui generi:le statut et les droits, in Le Banquets, n 12, 1998; per altri un contract specific nommé, vd C.Lienhard, Pacte civile de solidarité, in Juris Classeur Droit comparé, p 12; addirittura secondo alcuni sarebbe un quasi matrimonio, vd **P.SIMLER-P.HILT**, Le nouveau visage du PACS: un quasi mariage, in La semaine juridique, 26 luglio 2006, n 30, I (160), p 1495; infine come un vero e proprio matrimonio da T.REVET, Mariage(s), in Revue trimestriel de droit civil, 2000, p 173.



concubinatio<sup>116</sup> presentano lo stesso regime. Il successo del Pacs però sembra aver attecchito con maggior fecondità nei confronti delle coppie che meno ci si aspettava, cioè in quelle eterosessuali, piuttosto che in quelle omosessuali. Disciplinati dagli artt. 515 -1 ss. del Code civil, i “Patti civili di solidarietà” sono estesi alle coppie – eterosessuali ed omosessuali – composte da persone fisiche maggiorenni che, sebbene desiderino assicurare una disciplina certa alla loro “vita comune” (così l’art. 515-1 c.c.) - non intendono o, nel caso delle coppie eterosessuali, non possono accedere all’istituto del matrimonio.

Il Conseil Constitutionnel aveva specificato che la nozione di *“vita comune non ricopre solo una comunità di interessi e non si limita ad un’ esigenza di semplice coabitazione tra due persone; [essa] suppone oltre ad una residenza comune, una vita di coppia che giustifica che il legislatore abbia previsto cause di nullità del patto che o riprendono gli impedimenti a matrimonio destinati ad evitare lincesto o rispondono alla violazione dell’obbligo di fedeltà che deriva dal matrimonio”* (Considerant 26 della decisione n99-419 DC).

Queste parole erano riferite alla disciplina del 1999, in cui la natura patrimoniale e contrattuale del Pacs era molto più netta. La nozione di “vita comune” era assente nel testo del 1999, ed è stata inserita nel Code civil con la legge n. 2006-728 del 23 giugno 2006, sulla riforma delle successioni e delle liberalità.

Differentemente dal matrimonio si caratterizza per un formalismo limitato riguardo la sua stipulazione, modifica e scioglimento. Il patto, stipulato dalle parti, è depositato presso la cancelleria del Tribunale del luogo in cui è fissata la residenza della coppia (art. 515- 3); in alternativa, è prevista la possibilità di stipulare il patto per atto di notaio, con i medesimi effetti sul piano della pubblicità. Per quanto riguarda la modifica del Pacs i partners godono di una totale libertà: è sufficiente trasmettere o indirizzare alla cancelleria del Tribunale

---

116 Con la l.n 99-944 sui Pacs, ha introdotto per la prima volta un Capitolo specifico nel Code civil relativo al concubinatio (unioni di fatto). L’art 518-8 cc ha introdotto una definizione di concubinatio che tiene di conto anche dell’unione omosessuale: “un’unione di fatto caratterizzata da una vita comune che presenta caratteri di stabilità e di continuità, fra due persone di sesso diverso o del medesimo sesso, che vivono in coppia”. A differenza del matrimonio e del PACS, nel concubinatio non si ha l’obbligo di fedeltà, né da luogo a conseguenze risarcitorie, né solidarietà nei debiti, inoltre la tutela connessa alla previdenza sociale è limitata, lo dimostra l’assenza della pensione di reversibilità.

che ha registrato il Pacs una convenzione modificativa. Le modifiche sono opponibili a terzi, dal momento in cui sono state compiute le formalità di pubblicità. L'art 515-7 disciplina lo scioglimento che può avvenire per morte di uno dei partners oppure per matrimonio di uno dei partners, o per decisione congiunta o unilaterale. Il patto ha ad oggetto l'organizzazione della vita comune della coppia, l'aiuto materiale e l'assistenza reciproca<sup>117</sup> (art. 515-4) ma ha limitati effetti sullo stato civile; ai sensi dell'art. 515-3-1 la stipula del patto è annotata sull'atto di nascita, con indicazione del partner ma, a differenza del rapporto di coniugio, non prevede l'assunzione di un cognome comune.

D'altro canto, non può essere dimenticata un'ulteriore significativa differenza, che amplia peraltro il panorama delle questioni problematiche legate al riconoscimento dei diritti civili alle persone omosessuali, ovvero l'esclusione per la coppia legata dal patto, della possibilità di adottare congiuntamente un figlio<sup>118</sup>. L'adozione semplice (artt. 360 ss cc) a seguito della condanna della Francia *con sentenza della Corte EDU, E.B v Francia del 22 gennaio 2008*, è ammessa anche per gli omosessuali e non più solo nei confronti di una persona eterosessuale single legata da un PACS o da concubinato.

Altrettanto rilevanti le differenze con il matrimonio, per ciò che riguarda il regime patrimoniale e, soprattutto, successorio: in particolare, al membro superstite del PACS sono estese unicamente le norme relative al subingresso, per un anno, nel diritto di abitazione della casa comune (qualora questa sia di proprietà del partner) e, più in generale, quelle relative alla possibilità di chiedere l'assegnazione preferenziale di alcuni beni dell'asse ereditario (v. art. 515-6). Nulla è previsto in ordine all'automatica successione del partner, che invece sussiste per il coniuge dall'art. 731 del Codice civile.

---

117 Non è del tutto chiaro se da esso possano nascere degli obblighi non patrimoniali, sub specie di sostegno morale, psicologico o di fedeltà, simili all'obbligo di assistenza vigente per il matrimonio ex art 430 Cc. L'UNAF, l'unione nazionale delle associazioni familiari, non lo ritiene sussistente.

118 Vd: Cass civile I, 20 febbraio, 2007; Cass civile I, 19 dicembre 2007, Cass civile I, 6 febbraio 2008.

Rimaneva una diversità di trattamento, che poteva giustificarsi per le coppie eterosessuali, che avevano la facoltà di scegliere se accedere o meno all'istituto del matrimonio, mentre le coppie gay erano di fronte ad un trattamento differenziato, nonostante la profonda analogia nella scelta di dar vita, con il proprio partner, ad una unione stabilmente riconosciuta dall'ordinamento.

Infatti, all'epoca, il Conseil Constitutionnel fu investito dalla questione prioritaria di legittimità costituzionale degli artt. 75 e 144 del Còde civil, sollevato dalla Corte di Cassazione, dai quali si evince la riserva del matrimonio a favore delle coppie eterosessuali.

Con la decisione 2010-92 QPC il Conseil Constiutionnel escludeva che l'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali potesse essere assicurata attraverso una decisione giudiziaria (restando riservata alla discrezionalità del legislatore<sup>119</sup>), non essendo costituzionalmente obbligatoria, anche considerando che "il diritto di condurre una vita familiare normale" di cui al Preambolo della Costituzione del 1946 è assicurato alle coppie omosessuali attraverso gli istituti del PACS e del concubinato<sup>120</sup>. La questione del matrimonio omosessuale rimase dunque aperta.

Il disegno di legge di apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso è stato deliberato in Consiglio dei Ministri il 7 novembre 2012 ed è stato approvato

---

119 Decisione n° 2010-92 QPC del 28 gennaio 2011 "5. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant « l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités » ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ; que l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit."

120 Paragrafo "8. Considérant, d'une part, que le droit de mener une vie familiale normale résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ; que le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil ne font pas obstacle à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage dans les conditions définies par l'article 515-8 de ce code ou de bénéficier du cadre juridique du pacte civil de solidarité régi par ses articles 515-1 et suivants ; que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas le droit de se marier pour les couples de même sexe ; que, par suite, les dispositions critiquées ne portent pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale ;"

definitivamente dal Parlamento francese. La cd legge sul “matrimonio per tutti” (n 2013.404) mutando l’articolo 143 del code civil ha sancito che “*Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de meme sexe*”.

La Francia è così diventata il nono Paese in Europa e il quattordicesimo nel mondo ad eliminare ogni riferimento al paradigma eterosessuale del matrimonio civile, garantendo alle coppie gay e lesbiche piena parità rispetto le coppie sposate, compresa la possibilità di accedere all’adozione congiunta.

L’approvazione di questo progetto di legge ha seguito un iter ben preciso: il 7 novembre 2012 è stata presentata la proposta durante il Consiglio dei Ministri, da parte del Ministro della Giustizia Christiane Taubira; il 12 febbraio 2013 il progetto è stato approvato in prima lettura dall’Assemblea nazionale; il 12 aprile 2013 si è assistito all’approvazione in prima lettura da parte del Senato, prima di giungere all’approvazione definitiva da parte dell’Assemblea Nazionale. Il 29 maggio 2013 è stato celebrato a Montpellier il primo matrimonio tra persone dello stesso sesso.

La legge si compone di 22 articoli divisi in cinque capitoli: Capitolo I: Disposizioni relative al matrimonio (articoli 1-6), Capo II: Disposizioni filiazione adottiva e manutenzione di legami con il figlio minore (artt. 7-9) III: disposizioni nome (articoli 10-12) Capitolo IV: coordinamento (artt. 13-20) e il Capitolo V: disposizioni varie, transitorie e finali (artt. 21 e 22). Il matrimonio diviene un istituto giuridico accessibile tanto alle coppie di sesso diverso che same sex, così come l’adozione viene consentita ad entrambe le coppie. È stato, infatti, annullato l’articolo 310 del codice civile, il quale stabiliva che: «*Tutti i bambini di cui la filiazione è legalmente stabilita hanno gli stessi diritti e gli stessi doveri nei rapporti con il rispettivo padre e con la rispettiva madre*».

Da adesso in poi le coppie omosessuali hanno la possibilità di riconoscere i figli avuti dalle unioni precedenti e soprattutto hanno la possibilità di adottare.

La legge ha fatto venir meno ogni legame giuridico con i genitori biologici e ha stabilito un nuovo atto di nascita del bambino che sostituisce il precedente. I bambini adottati da una coppia omosessuale disporranno dunque di uno stato civile che li fa apparire come “nati” da persone dello stesso sesso. Resta esclusa

dalla legge la regolamentazione del ricorso delle coppie dello stesso sesso alla procreazione medicalmente assistita.

Il tema dell'adozione è stato quello che ha suscitato più divisioni tra i francesi. Con questa legge si garantisce una piena uguaglianza dei diritti, come ad esempio il diritto automatico all'eredità per il partner o il diritto alla pensione di reversibilità. Conclusosi il momento legislativo si è aperto quello giuridico - costituzionale dopo l'approvazione definitiva della legge, una delegazione del partito di destra all'opposizione, UMP, ed alcuni parlamentari centristi dell'UDI, hanno deposto un ricorso preventivo contro il testo di legge «un mariage pour tous» di fronte alla Corte Costituzionale, ai sensi dell'art.61, comma 2, Cost.

Proprio gli esponenti dell'UMP sono fortemente critici verso la nuova forma di adozione, che nella loro visione determina un'ineguaglianza per i bambini, i quali saranno privati di una coppia genitoriale reale. Ai sensi dell'art. 61, comma 3, il Conseil si deve pronunciare entro un mese su il ricorso preventivo presentato da almeno sessanta deputati o sessanta senatori, 2013-669DC.

Arriva a compimento il processo legislativo che era stato intrapreso dal governo francese nell'autunno del 2012, in seguito alla promessa elettorale del presidente della Repubblica Francois Hollande, e che era stato fermamente avversato dalle forze dell'opposizione di centrodestra, sino al ricorso alla Corte costituzionale. Con la decisione del 17 maggio 2013 il Conseil Constitutionne<sup>121</sup> si è pronunciato sulla legge n.2013-404 che ha aperto il matrimonio alle coppie dello stesso sesso ed ha rigettato il ricorso, ritenendo la legge conforme alla Costituzione. La sentenza n.663-2013 in primis respinge gli argomenti tesi a dimostrare l'incompetenza del legislatore<sup>122</sup>. L'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso è stata contestata dai ricorrenti, sia per l'apertura del matrimonio alle coppie gay, sia per i suoi effetti sulla parentela e l'adozione.

Il Conseil Constitutionnel ha distinto le rimostranze riguardanti il matrimonio (che è stato diretto soltanto contro l'articolo 1) e quelle riguardanti gli effetti

---

121 Conseil constitutionnel, decision n 2013-663 DC del 17 maggio 2013.

122 Decision n 2013-663, considerant n.14.

sull'adozione (che erano rivolte non solo contro l'articolo 1 ma anche contro gli articoli 7, 8 e 13 della legge). Escluso che si siano prodotte irregolarità nell'iter parlamentare (i ricorrenti lamentavano un'eccessiva velocità della procedura legislativa che non aveva consentito una sufficiente ponderazione), il Conseil Constitutionnel conferma adesso il proprio orientamento per cui compete al legislatore la definizione dei requisiti necessari per l'accesso all'istituto matrimoniale. Come già affermato nella decisione del 28 gennaio 2011, su uno speculare ricorso presentato avverso la preclusione all'accesso al matrimonio prevista allora dal codice civile, il Conseil ribadisce come non compete al medesimo sostituirsi alla valutazione del Parlamento, non ravvisando nell'apertura del matrimonio alcuna contrarietà ai principi fondamentali dell'ordinamento: seppure le leggi nel regime repubblicano anteriore al 1946 e leggi posteriori abbiano sempre definito il matrimonio come l'unione tra un uomo e una donna, il Conseil ritiene che il mutamento di tale regola non interferisca con le libertà fondamentali, né la sovranità nazionale, né l'organizzazione dei pubblici poteri, restando dunque nell'esclusiva competenza del potere legislativo. Il Conseil constitutionnel afferma che il carattere eterosessuale del matrimonio non rientra nella tradizione repubblicana richiamata per confermare la natura di principio fondamentale e il valore costituzionale del matrimonio omosessuale, dato che la materia oggetto della legge non riguarda nessuno degli ambiti in cui in passato il Conseil ha ravvisato la sussistenza di tale principio fondamentale<sup>123</sup>.

---

123 Decision n.2013-663, considerant n 21. Il Preambolo della Costituzione del 1958 fa riferimento al preambolo della Costituzione del 1946 che “riafferma solennemente”, senza enumerarli, “i principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica”. Il Conseil constitutionnel ha riconosciuto valore costituzionale a tali principi nella decisione n.71-44 del 16 luglio 1971 ed ha in seguito chiarito che la “natura fondamentale”, di un principio discende dalla sua attinenza agli aspetti essenziali della vita della Nazione quali i diritti e le libertà fondamentali, la sovranità nazionale e l'organizzazione dei pubblici poteri (decision n.98-407 DC del 14 gennaio 1999). Secondo il Conseil constitutionnel, aprire il matrimonio agli omosessuali non attiene all'esercizio di una libertà fondamentale perchè non restringe la possibilità per gli eterosessuali di contrarre matrimonio (cfr.considerant n23). La pronuncia del maggio 2013 si pone quindi sotto questo profilo in linea con la precedente giurisprudenza del Conseil constitutionnel che ha rifiutato di ravvisare un principio fondamentale nei principi del codice civile (decision n.89-254 DC del 4 luglio 1989).

L'orientamento della Corte costituzionale francese appare peraltro in linea con gli orientamenti espressi da tutte le altre Corti costituzionali di civil law.<sup>124</sup>

Dalla sentenza emerge la tendenza del Conseil a rilevare nei temi eticamente sensibili delle questioni sociali da rimettere alla discrezionalità del legislatore<sup>125</sup>. Il legislatore ha stabilito che “ la differenza tra le coppie eterosessuali e quelle omosessuali non giustifica più che queste ultime non possano ottenere lo status e la protezione giuridica associata al matrimonio” (considerants n. 21-22). Questa sentenza respinge nettamente l'argomento “giusnaturalista” concernente il carattere “naturale” del matrimonio eterosessuale rivendicato dai ricorrenti. Sulla questione relativa all'apertura dell'adozione alle coppie coniugate dello stesso sesso<sup>126</sup>, il Conseil constitutionnel afferma di nuovo, come non sia sua competenza sostituirsi al legislatore nella valutazione se l'identità di genere degli adottanti costituisca presupposto per l'accesso all'adozione. Tuttavia la Corte evidenzia un importante principio, generalmente riconosciuto, secondo cui le persone dello stesso sesso non possiedono un «diritto all'adozione». Viene respinto dal Conseil quel principio fondamentale della “filiation bilinéaire fondée sur l'altérité sexuelle” avanzata dai ricorrenti.

L'affermazione medesima appare in linea con gli orientamenti anche della Corte europea dei diritti dell'uomo che afferma come al centro del sistema debba sempre porsi l'interesse superiore del minore e non certo il diritto degli adulti. Il Conseil afferma che l'interesse superiore del minore appare pienamente garantito dalle procedure previste dalla legislazione francese in materia di adozione, che

---

124 Cfr., ad es., le pronunzie delle Corti costituzionali tedesca, austriaca e italiana non hanno dichiarato l'incostituzionalità dei codici civili nella parte in cui non prevedono il matrimonio tra persone dello stesso sesso; la Corte costituzionale belga e quella spagnola hanno dichiarato la legittimità delle leggi che hanno introdotto il matrimonio tra persone dello stesso sesso; la Corte costituzionale portoghese, infine, che, esattamente come quella francese, ha in un primo tempo rigettato il ricorso diretto ad aprire il matrimonio (sent 359 del 2009) ed ha in seguito rigettato l'opposto ricorso avverso la legge che ha consentito il matrimonio alle persone dello stesso sesso con la sentenza 121 del 2010

125 Cfr relativamente alla precedente giurisprudenza del Conseil constitutionnel le riflessioni di LECIS, Il Conseil inizia a delineare i caratteri del controllo di costituzionalità successivo.

126 L'art 13 della legge introduce, infatti, nel c.c, un articolo (6-1) secondo cui “Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du present code, que les époux ou les parentes soient de sexe différent ou de même sexe”.

consentono di assicurare che sia sempre verificata la sussistenza dei presupposti per un'adeguata cura del bambino e della sua educazione.

Le autorità amministrative sottopongono ogni caso ad una congrua valutazione e l'adozione deve essere giudicata conforme all'interesse del minore da parte di un tribunale; per conseguenza l'accesso delle coppie formate da persone dello stesso sesso all'istituto dell'adozione non può entrare in contrasto con il superiore interesse del minore<sup>127</sup>. Anche in questo caso la motivazione della Corte francese appare perfettamente conforme all'indirizzo espresso sullo stesso tema dalla Corte costituzionale spagnola nel novembre 2012.

---

127 Sentenza 2013-663, considérants n 52-54. Sul profilo del consenso all'adozione il Conseil constitutionnel formula una riserva di interpretazione degli artt L. 225-2 e L225-17 del 225-2 et L 225-17 del Codice dell'azione sociale e delle famiglie ritenendo “que les dispositions relatives à l'agrément, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, ne sauraient conduire à ce que cet agrément soit délivré sans que l'autorité administrative ait vérifié, dans chaque cas, le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant qu'implique le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946”. Si v. il Commentaire pubblicato sul sito del Conseil constitutionnel, p. 38.



## CAPITOLO SECONDO

### Profili personali e patrimoniali

1. Il cognome dell'unione; 1.1 I doveri della coppia unita civilmente e della coppia coniugata nel quadro delle differenze fra unione civile e matrimonio; 1.2 L'obbligo di fedeltà; 1.3 Assistenza morale e materiale, collaborazione, contribuzione ai bisogni comuni; 1.4 Coabitazione; 1.5 Indirizzo della vita familiare; 2 Rapporti patrimoniali dell'unione civile; 2.1 La comunione legale; ; 2.2 Le convenzioni patrimoniali tra le parti dell'unione civile; 2.3 Il Pactum de lege utenda; 2.4 Il fondo patrimoniale; 2.5 L' Impresa familiare; 3.L'esperienza spagnola; 4. La convivenza registrata in Germania; 5. Il Pacte Civil de Solidarité in Francia

### 1. Il cognome dell'unione

L'introduzione del cognome rappresenta il più innovativo effetto personale dell'unione civile. Pur trattandosi di norma di applicazione solo eventuale, la dottrina ne ha segnalato l'evidente rilevanza simbolica, in quanto la previsione di un cognome comune dell'unione ne sottolinea la natura familiare e ne rimarca l'unità<sup>128</sup>.

---

128 **G. AUTORINO STANZIONE**, Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico, Torino, 2011; **G. AUTORINO STANZIONE**, Manuale di diritto di famiglia, Torino, 2015; **C. ROMANO**, Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo, in *Notariato*, 2016, 4, p. 333, secondo cui “se la l. n. 151/1975, in attuazione dei principi sanciti dall’art. 29 Cost., ha quale cellula sociale di riferimento la famiglia nucleare, progressivamente si assiste al diffondersi di nuove forme “liquide e dinamiche” di convivenza, per le quali non è più indefettibile la presenza, quale titolo genetico, del matrimonio: il pensiero va, in primo luogo, alle famiglie di fatto, caratterizzate dalla serietà, riconoscibilità sociale, tendenziale stabilità del vincolo tra conviventi. La famiglia nucleare italiana, quale unità di affetti, regolata da norme pubblicamente sancite, profondamente tradizionale negli stili di vita e di consumo, fondata su solidarietà collettiva, ordinata gerarchicamente per età e sesso, viene investita da una trasformazione inedita, tale da modificare i valori, le regole, i modelli sociali di riferimento. In nome di un imperante principio di libertà, vanno ad allentarsi i vincoli tradizionali: si registra una pluralità di forme familiari ed una accentuata instabilità delle stesse”; **F.D. BUSNELLI**, La famiglia e l’arcipelago familiare, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 529, il quale, all’inizio del nuovo millennio, richiamando la celebre immagine di Jemolo della famiglia quale isola che il mare del diritto può solo lambire, evocava la figura dell’arcipelago, caratterizzata da una grande isola e da piccole isole rappresentate dai rapporti parafamiliari; **L. BALESTRA**,

La disciplina sul cognome della coppia legata da unione civile diverge profondamente da quella prevista per il matrimonio, probabilmente perché interviene a molti anni di distanza dalla riforma del diritto di famiglia, nel corso dei quali sono emersi fondati dubbi fra gli interpreti sulla soluzione adottata dall'art. 143 bis cc. per incompatibilità col principio di uguaglianza<sup>129</sup> ma soprattutto perché, trattandosi di coppia del medesimo sesso, non esiste una ragione plausibile per dare prevalenza al cognome dell'uno o dell'altro dei suoi componenti. Come è noto, la regola matrimoniale trova storico riconoscimento nel ruolo di capo della famiglia riconosciuto al marito, con conseguente prevalenza del suo cognome come segno distintivo a tutela dell'unità, anche dal punto di vista formale della famiglia stessa. Il dettato del comma in esame si ispira in larga parte alla *Lebenspartnerschaftsgesetz* tedesca ma anche a modelli di unione registrata adottati in altri Paesi<sup>130</sup> e configura la mera possibilità che l'unione sia identificata mediante il cognome di uno dei suoi membri, rimettendone la scelta all'accordo, in mancanza del quale ciascuno conserva il

---

L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, p. 1105 ss., spec. p. 1115-1116, ove afferma che "alla luce del costante e sempre più incisivo richiamo in ambito familiare alla negozialità e al sistema della responsabilità civile, si rileva come l'arcipelago sia ormai prossimo a ricongiungersi alla terraferma, con conseguente rinnovata e intensificata giuridicizzazione delle relazioni familiari". Lo stesso Busnelli, a distanza di una decina di anni (F.D. BUSNELLI - M.C. VITUCCI, Frantumi europei di famiglia, in Riv. dir. civ., 2013, p. 768 ss.) è giunto a proporre l'immagine, sulla base dell'osservazione del quadro legislativo europeo nel frattempo venutosi a creare, di una di una famiglia in frantumi. Cfr. altresì G. PARISI, Unioni civili e filiazione: le grandi riforme del terzo millennio tra effettività e problematiche, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), ottobre 2016

129 V. per tutti, R. TOMMASINI, in Commentario del cod. civ., diretto da E. Gabrielli, (artt. 74-176), Torino, 2010, p. 449 s.; M.C. DE CICCIO, Cognome della famiglia e uguaglianza fra coniugi, in Trattato di diritto di famiglia, diretto da P. ZATTI, II ed., Milano, 2011, p. 1016 ss.; M. MORETTI, Il cognome coniugale, in Trattato di diritto di famiglia, diretto da G. BONILINI, Torino, 2016, I, p. 789. Altri autori individuano nella norma una deroga al principio: A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, Diritto di famiglia, II ed., Milano, 1984, I, p. 296, resa necessaria perché occorre un nome identificativo della famiglia; G. VILLA, Gli effetti del matrimonio, in Il diritto di famiglia, Trattato diretto da G. Bonilini-G. Cattaneo, II ed., Torino, 2007, I, p. 346 s.

130 Per una puntuale disamina della legge tedesca si rinvia a F. AZZARRI, Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche, in Nuove leggi civ. comm., 2016, p. 1105 ss.; S. PATTI, Le unioni civili in Germania, in Fam. e dir., 2015, p. 958 ss.; C. CARICATO, La legge tedesca sulle convivenze registrate, in Famiglia, 2002, p. 501 ss.; ID., Le convivenze registrate in Germania: quindi anni di applicazioni e di riforme, ivi, 2016, p. 71 ss. Analoga previsione si riscontra ad esempio nella disciplina sulle unioni registrate adottata in Svizzera (LUD) a partire dal 2014 con successive integrazioni (art. 12 a).

proprio; diversamente si prevede per i coniugi ai quali non è riconosciuta alcuna autonomia in materia, in quanto la legge impone innanzitutto l'assunzione di un cognome comune e ne stabilisce anche il criterio di determinazione, privilegiando quello del marito, che la moglie "aggiunge" al proprio, posponendolo, (art. 143 bis cc.)<sup>131</sup> e che viene trasmesso ai figli<sup>132</sup>. La differenza di soluzione non sembra influenzata dal fatto che per la coppia del medesimo sesso non dovrebbe porsi il problema della trasmissione del cognome ai figli (di sangue o adottivi), in mancanza di generazione genetica comune ed essendole preclusa l'adozione (salvo a verificare la "tenuta"<sup>133</sup> e la "portata"<sup>134</sup> di tale divieto); ma neppure dal possibile obiettivo di creare un'unione meno stabile rispetto a quella

---

131 Tale regola ha sostituito quella vigente sotto il codice del 1942 il quale, all'art. 144 cc., stabiliva, nel contesto della potestà maritale, che la moglie "assume" il cognome del marito, anche se era discusso se lo sostituisse al proprio o mantenesse il diritto di utilizzarlo (v. per tutti, A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. VASSALLI, III ed. Torino, 1958, p. 423).

132 Fatta salva però, la possibilità per la coppia di richiedere che al figlio sia attribuito il cognome di entrambi i genitori sulla base di quanto stabilito dalla recente pronuncia della Corte costituzionale, 21 dicembre 2016, n. 286, in *Corr. giur.*, 2017, p. 165, con nota di V. CARBONE, la quale ha ritenuto incostituzionale la norma di sistema – desumibile da alcuni articoli del codice civile e dell'ordinamento sulla stato civile – nella parte in cui non consente appunto ai genitori, che lo richiedono congiuntamente, di trasmettere anche il nome della madre, dopo che, per ben due volte (C. Cost., 19 maggio 1988, n. 586, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1649 e C. cost., 16 febbraio 2006, n. 61, in *Familia*, 2006, p. 931, con nota di M.N. BUGETTI) aveva ritenuto, con argomentazioni diverse, la questione inammissibile. In senso contrario alla regola prevista dalla legge italiana si è pronunciata anche la CEDU, 7 gennaio 2014, ric. 77/2007, Cusan-Fazio c. Italia, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 205, con note di V. CARBONE e S. STEFANELLI, che l'ha considerata discriminatoria in quanto non consente di attribuire ai figli il solo cognome della madre ove i genitori siano d'accordo.

133 Che appare del tutto improbabile a giudicare da qualche recente riscontro giurisprudenziale (trattasi di una decisione del Trib. Firenze, 8 marzo 2017, in *Banca Dati Pluris* nella quale si stabilisce che «è possibile dare ingresso in Italia all'adozione di un minore, statuita da un giudice inglese, e ottenuta da una coppia omosessuale formata da due cittadini italiani residenti in Gran Bretagna da molti anni, legati da un rapporto stabile di convivenza senza peraltro riconoscere il vincolo del matrimonio, consentito anche nel Regno Unito dal 2013». Ed in precedenza, Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1135, con commento di G. FERRANDO. Occorre dar conto anche delle pronunce emesse da Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016, e 20 ottobre 2016, *ivi*, 2017, p. 171, con commento di G. FERRANDO, con le quali si è negata l'adozione interna, a favore di un componente dell'unione civile, riguardo al figlio dell'altro. V. anche citaz. alla nota 121.

134 La dottrina largamente maggioritaria è infatti orientata per l'inammissibilità dell'adozione alla luce del dettato del comma 20. Ma in senso difforme, V. BARBA, *Unione civile e adozione*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 380 ss.

matrimoniale<sup>135</sup>, la cui esigenza di unità assumerebbe una più limitata rilevanza tanto da non rendersi necessaria l'adozione di un segno identificativo comune della coppia.

Come si cercherà di precisare meglio in seguito, è quantomeno dubbio che possa considerarsi meritevole di considerazione il presunto intento del legislatore storico di creare un'unione meno stabile rispetto a quella matrimoniale, ma in ogni caso esso difficilmente potrebbe invocarsi per spiegare le differenze che contraddistinguono il cognome coniugale da quello dell'unione civile quasi che l'imposizione di un criterio più rigido garantisca maggiore unità agli sposi. Basti pensare che secondo il § 1355 del BGB essi possono non avere un cognome comune se non ottemperano al dovere di scelta, onde in questo caso ciascuno continua a portare il proprio (fermo restando che nel caso di nascita della prole i genitori devono indicare il cognome da trasmetterle: § 1617 BGB) e che in altri ordinamenti tale dovere non sussiste ed è discrezionale la scelta di un cognome comune (v., ad es., art. 160 cc. svizzero). La previsione di una disciplina siffatta è compatibile con l'esigenza di salvaguardare l'unità (e stabilità) della coppia, il cui perseguimento viene affidato soprattutto alla conformazione dei doveri che derivano dall'unione e dal ricorso allo strumento dell'accordo per determinarne l'indirizzo di vita, mentre un riscontro anche dal punto di vista formale, costituito dall'esistenza di un cognome comune, certo importante, può ben ritenersi non decisivo cogliendo questo dato dalla coscienza sociale da imporre l'adozione. Per altro verso proprio detta facoltà di scelta sta a testimoniare il riconoscimento da parte della legge del valore dell'unità della coppia espresso dall'art. 29 cost. pur se non fondata sul matrimonio, di cui deve tenersi conto nell'interpretazione delle norme (come si dirà in seguito). Non si comprenderebbero altrimenti le ragioni per le quali la legge non si sia limitata a stabilire che i componenti dell'unione conservano il proprio cognome. Può allora osservarsi, *de iure condendo*, che analoga soluzione dovrebbe essere adottata dalla legge per evitare una evidente

---

135 Motivazione non di rado ricorrente tra i primi interpreti della legge per giustificare alcune differenze intercorrenti fra gli effetti del matrimonio e quelli dell'unione civile: **M. BIANCA**, op. cit., p. 1 ss.; **G. DE CRISTOFARO**, op. cit., p. 124 ss. il quale si esprime peraltro in senso critico verso tale scelta.

disparità di trattamento in danno dei coniugi<sup>136</sup> e superare i dubbi di costituzionalità della disciplina del cognome nel matrimonio, riconoscendo ai medesimi la libertà di scegliere un cognome comune, tra quello del marito o della moglie, (non considerando tale atto distintivo essenziale, al fine di garantire l'unità coniugale), ma ancor meglio entrambi i cognomi<sup>137</sup>, ferma comunque la necessità di individuare il cognome da trasmettere alla prole. De iure condito è opportuno ritornare sulle differenze esistenti per metterne maggiormente in luce la portata. Mentre nell'unione civile, come si è detto, può mancare un cognome comune e comunque la sua determinazione è rimessa alla libera scelta delle parti, nel matrimonio il cognome della coppia deve esistere obbligatoriamente anche in assenza di figli ed è, per legge, quello del marito (necessariamente trasmesso ai figli<sup>138</sup>) che la moglie aggiunge a quello di origine. Pertanto, mentre la moglie ha diritto di usare il cognome del marito e di chiederne tutela in giudizio, senza che questi possa impedirlo, analogo diritto si configura nell'unione civile solo se è stato scelto un cognome comune. Le differenze potrebbero eventualmente accentuarsi ove si ritenga, come sostenuto da una certa corrente di pensiero, che per la moglie sussista anche un dovere all'uso del cognome maritale qualora non si configuri per l'unione civile. L'ambito della scelta del cognome dell'unione civile è circoscritta dalla legge, alla stregua del modello tedesco, all'ambito dei loro cognomi d'origine senza però consentire di adottarli entrambi; soluzione questa che risponde verosimilmente ad esigenze di semplificazione dal punto di vista anagrafico ed uniformità con il matrimonio. Infatti non è previsto che il marito aggiunga al proprio il cognome della moglie e pertanto sollecita le parti ad una scelta che comporta necessariamente il sacrificio, sia pur limitato, di uno dei due cognomi, tenuto conto che chi acquisisce quello dell'altro ha la possibilità

---

136 Riconosciuta da tutti gli interpreti, anche se poi viene da alcuni giustificata con l'esigenza di salvaguardare l'unità della famiglia, onde la limitazione del principio di uguaglianza troverebbe fondamento nell'art. 29, 2° comma cost.

137 A favore di questa soluzione si pronuncia anche **M.C. DE CICCIO**, *Cognome della famiglia e uguaglianza fra coniugi*, cit., p. 1018.

138 Infatti il cognome del marito viene necessariamente trasmesso ai figli anche dopo l'intervento di C., cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Foro it.*, 2017, I, c. 6, con nota **di G. CASABURI**, in quanto il cognome della madre si aggiunge a quello del padre e sempre che vi sia accordo dei genitori in tal senso.

di mantenere il proprio (anteponendolo o posponendolo al primo)<sup>139</sup>. La scelta del cognome deve effettuarsi mediante dichiarazione delle parti resa al momento di costituzione dell'unione<sup>140</sup>, con conseguente inserimento nell'atto relativo<sup>141</sup> o anche in un momento successivo<sup>142</sup>. L'ufficiale di stato civile deve anche procedere all'annotazione nel cognome prescelto nell'atto di nascita di ciascuna delle parti<sup>143</sup>, senza però che si verificano mutamenti dal punto di vista anagrafico<sup>144</sup>. Operata la scelta, può riproporsi anche per l'unione civile l'interrogativo, già sottoposto alle riflessioni degli interpreti con riferimento al cognome della moglie, se il relativo uso costituisca oltre che un diritto anche un dovere per colui che lo assume. La soluzione favorevole riscuote tutt'ora consenso in dottrina<sup>145</sup> e finirebbe verosimilmente con l'applicarsi anche al componente dell'unione civile il quale opponesse un sistematico rifiuto all'uso del cognome identificativo della coppia. C'è da aggiungere che, sempre nella prospettiva del dovere, la violazione potrebbe comportare l'addebito della separazione a carico

---

139 In senso critico verso questa soluzione si esprime anche G. DE CRISTOFARO, op. cit., p. 132.

140 Analoga previsione è contenuta nell'art. 70 octies del DPR 396/2000, modificato col d. lgs. 5/2017, in GU 22/2017.

141 Ai sensi dell'art. 70 quaterdecies, modificato come indicato alla nota precedente. Si v. anche il decr. Min. interno, 28 luglio 2016, formula 4.

142 Lo prevedono il decr. Min. interno cit. alla nota precedente, formula 6, il decr. Cons. Ministri, 23 luglio 2016 n. 144, ed il d. lgs. attuativo 5/2017 il quale contempla tale possibilità introducendo al comma 1 dell'art. 63 DPR 3 novembre 2000 n. 396, la lettera g sexies. In senso critico verso tale scelta si esprime **M.N. BUGETTI**, Il cognome comune delle persone unite civilmente, cit., p. 193, in quanto introduce incertezza in una materia che esige invece stabilità; perplessità manifestano **S. TROIANO**, Unioni civili: in attesa dei decreti legislativi, uno sguardo al decreto «ponte» per la tenuta dei registri dello stato civile, in *Studium iuris*, 2016, p. 1429 ed **E. QUADRI**, op. cit., p. 1698 il quale adduce esigenze di stabilità della materia e pone anche un problema legato ai principi di gerarchia delle fonti.

143 Art. 4 decr. Cons. Ministri cit. alla nota precedente.

144 L'art. 20, comma 3 bis del DPR 223/1989, introdotto mediante d. lgs. 5/2017, precisa infatti che «le schede devono essere intestate al cognome posseduto prima dell'unione civile».

145 V. in tal senso ad esempio, **M. PARADISO**, op. cit., p. 155; **F. FINOCCHIARO**, Del matrimonio, II, in *Comm. al codice civile diretto da V. SCIALOJA E G. BRANCA*, Bologna-Roma, 1993, p. 272; **R. TOMMASINI**, op. cit., p. 447; **G. BONILINI**, Manuale di diritto di famiglia, VI ed., Torino, 2014, p. 98 s.; **A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO**, Diritto di famiglia, cit., p. 298 i quali escludono la validità di un accordo dei coniugi col quale si solleva la donna dal dovere di usare il doppio cognome nello svolgimento di una attività d'impresa iniziata dopo il matrimonio.

della moglie (non così però nell'unione civile non essendo prevista la separazione) e nei casi più gravi, ove si configuri anche la violazione del diritto all'integrità morale<sup>146</sup> del marito (o di colui il cui cognome sia stato scelto per identificare l'unione), il risarcimento dei danni a suo favore. Il fondamento di detto obbligo potrebbe rinvenirsi nell'imperatività dell'espressione formulata dall'art. 143 bis cc. secondo la quale la moglie aggiunge al proprio il cognome del marito nonché nella previsione dell'art. 156 bis, 2° comma alla luce del quale la moglie, nel caso di separazione, può essere autorizzata dal giudice a non usarlo ove possa derivarle pregiudizio.

Diversamente orientata è altra corrente di pensiero<sup>147</sup>, seguita anche in giurisprudenza<sup>148</sup>, la quale non ritiene decisivi i riscontri normativi menzionati, e dunque esclude la configurabilità di un dovere della moglie all'uso del cognome del marito (bensì solo la previsione di un suo diritto) per l'esigenza di assicurarne la compatibilità con principio di uguaglianza ed il rispetto del diritto fondamentale della donna all'identità personale, che verrebbe lesa dall'imposto mutamento del proprio cognome. Peraltro la portata del problema risulta ridimensionata<sup>149</sup> per il fatto che nell'attività giuridica c.d. pubblica spesso è la legge a fornire indicazioni in proposito<sup>150</sup> (ad es., dal punto di vista anagrafico o della registrazione immobiliare la donna coniugata viene identificata col cognome originario) mentre riguardo a quella privata detto obbligo potrebbe tutt'al più configurarsi solo

---

146 **F. FINOCCHIARO**, *Del matrimonio*, cit., p. 272; **G. VILLA**, *Gli effetti del matrimonio*, cit., p. 349, i quali ritengono che sarebbe offensivo per il marito che la moglie tralasciasse costantemente l'uso del cognome del medesimo, acquistato col matrimonio. Tale affermazione era ricorrente negli autori che scrivevano prima della riforma del 1975; per tutti v. A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, cit., p. 423.

147 **C.M. BIANCA**, *Diritto civile*, 2.1. La famiglia, Milano, 2014, p. 62; **M. MORETTI**, *Il cognome coniugale*, cit., p. 791, che ritiene però doveroso l'uso in alcuni rapporti sociali.

148 Cass., 13 luglio 1961, n. 1692, in *Foro it.*, 1961, I, c. 1065; Cass., 14 aprile 1970, n. 1020.

149 Ne conviene anche **M. PARADISO**, op. cit., p.155 s., pur aderendo alla tesi del dovere della moglie.

150 Per un'accurata disamina delle problematica v. **G. MARZO**, *Il cognome della donna coniugata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 49 ss

quando la donna agisce in qualità di membro della famiglia e non per soddisfare interessi individuali<sup>151</sup>.

Si ritiene tuttavia il profilo di doverosità ormai superato dal diritto effettivo in quanto la giurisprudenza è orientata in senso contrario<sup>152</sup> ed anche nei rapporti sociali (si pensi ad es., all'ambito lavorativo) la donna è conosciuta per lo più con il proprio cognome, in special modo quando essi risalgono a prima del matrimonio. In ogni caso appare sempre più remota la possibilità che tale comportamento venga considerato dalla giurisprudenza lesivo della stabilità e coesione della famiglia<sup>153</sup> o addirittura della dignità del marito<sup>154</sup>. Sulla base delle medesime considerazioni potrebbe probabilmente chiudersi il discorso anche con riferimento all'unione civile e tuttavia qualche ulteriore riflessione si rende necessaria perché l'adozione di un cognome comune non è imposta dalla legge ma frutto di libera scelta, onde il profilo della doverosità dell'uso potrebbe apparire più coerente rispetto alla decisione presa dalla coppia, considerando contraddittorio il comportamento contrario<sup>155</sup>.

Ciò anche in considerazione del fatto che l'interessato può, con decisione unilaterale, richiedere (anche successivamente) di aggiungere il proprio cognome a quello dell'unione. Peraltro le conseguenze negative derivanti dalla violazione sarebbero comunque più limitate rispetto a quelle applicabili alla moglie in quanto – come si è accennato – la separazione personale (ed il conseguente possibile addebito) non è contemplata nel caso di crisi della coppia. Le ragioni esposte in precedenza per escludere la doverosità dell'uso del cognome coniugale non

---

151 V. in tal senso **M. MORETTI**, Il cognome coniugale, cit., p. 792.

152 V. citaz. alla nota 35.

153 Come prospettato da **P. ZATTI**, Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio, in Trattato di diritto privato, diretto da P. RESCIGNO, II ed., Torino, 1982, III, 2, p. 66, il quale sottolinea che il non uso del cognome da parte della moglie potrebbe contrastare col dovere di preservare l'unità della famiglia

154 V. in proposito **C.M. BIANCA**, Diritto civile, 2.1. La famiglia, cit., p. 62, nota 29. Tuttavia è proprio il presunto profilo di doverosità che ha ispirato il DDL n. 1230, presentato dalla senatrice Mussolini, volto a modificare il dettato dell'art. 143 bis, cc. il quale prevede la mera possibilità della moglie di aggiungere al proprio il cognome del marito.

155 È da sottolineare infatti che in Germania, ove opera il principio di libera scelta anche del cognome coniugale, si ritiene che i coniugi abbiano il dovere di usare il cognome prescelto



vengono indebolite dal fatto che la determinazione del cognome dell'unione è frutto dell'autonomia delle parti. Ove infatti tale scelta comportasse anche il sorgere di un dovere si finirebbe sostanzialmente col legittimare una rinuncia ad un diritto fondamentale della persona (quello all'identità), a meno che non si consentisse la revocabilità unilaterale della scelta, non contemplata però dalla legge (neppure mediante accordo <sup>156</sup>); ne consegue che i relativi effetti sono destinati a protrarsi per tutta la durata dell'unione, tenuto anche conto delle esigenze di interesse generale alla stabilità del nome.

Ne risulterebbe inoltre in certa misura indebolita la tutela dell'unità della coppia dal punto di vista formale in quanto la doverosità dell'uso potrebbe scoraggiarne l'adozione. Anche la legge tedesca non contempla la possibilità di rivedere la scelta operata a proposito della determinazione del cognome comune; infatti l'interessato è ammesso (e per una sola volta) solo alla revoca della decisione relativa all'aggiunta del suo cognome a quello prescelto. Peraltro neppure questa possibilità è prevista dalla legge italiana.

Della maggiore duttilità della disciplina prevista in materia all'unione civile rispetto a quella propria del matrimonio può avvantaggiarsi la coppia nel caso di mutamento di sesso di uno dei suoi membri, proprio perché, ove intenda preservare la comunione di vita, transiterà sotto una disciplina che riconosce maggiori spazi all'autonomia privata. In prospettiva più generale occorre pertanto interrogarsi sulla opportunità di mantenere le differenze illustrate, le quali finiscono in certa misura col penalizzare la famiglia fondata sul matrimonio, in contrasto con la (maggior) tutela ad essa riservata dall'art. 29 cost<sup>157</sup>. Diversità che emergono anche con riferimento alle regole applicabili nel caso di scioglimento del vincolo di coppia, questa volta più sfavorevoli per l'unione

---

156 Per l'irrevocabilità della scelta del cognome si pronuncia anche **G. SAVI**, nel Commento al comma 10 della legge, in AA.VV., *Unioni civili e convivenze. Guida commentata alla legge n. 76/2016* (a cura di M.A. Lupoi, C. Cecchella, V. Cianciolo, V. Mazzotta), Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 79.

157 Non credo infatti possa rilevarsi in contrario che la limitazione dell'autonomia privata si fondi sull'esigenza di meglio salvaguardare l'unità della famiglia. Dubbi di costituzionalità della divergenza di disciplina vengono espressi da **S. TROIANO**, op. cit., p. 1429 mentre la modifica dell'art. 143 bis non sembra in programma a giudicare dall'andamento dei lavori parlamentari in quanto nel DDL cit. alla nota successiva non se ne contempla la modifica

civile. Il comma 10 limita infatti drasticamente nel tempo la scelta del cognome comune stabilendo che essa vale solo per il periodo di durata dell'unione<sup>158</sup>, senza prospettare la possibilità, nel caso di scioglimento per crisi, di mantenerne l'uso mediante provvedimento del giudice, nelle ipotesi in cui la perdita comporti un grave pregiudizio<sup>159</sup> (come consentito nel caso di divorzio). Tuttavia è da escludere che tale diritto possa venir negato, secondo le regole generali sullo pseudonimo, ove il cognome dell'unione sia divenuto segno distintivo della persona, nell'ambito dell'attività professionale o lavorativa ove questa non ne fosse originariamente titolare<sup>160</sup>. La genericità e perentorietà della regola sembrerebbe operare anche nel caso di scioglimento per morte, onde la persona rimasta vedova perderebbe il diritto di usare il nome dell'unione, anche se non ne ha concluso una nuova o celebrato matrimonio<sup>161</sup>. La soluzione non persuade in quanto sia sotto il profilo giuridico sia nella valutazione sociale la morte, nella sua fatalità, non recide il legame spirituale ed affettivo cioè la comunione di coppia, basti pensare ai differenti effetti previsti dalla legge in ambito successorio o nel godimento della casa familiare, rispettivamente, nel caso di scioglimento per crisi o per morte sia per la coppia coniugata sia per quella legata da unione civile.

Sembra dunque doveroso, mediante interpretazione correttiva, diversificare gli effetti dello scioglimento, anche riguardo al cognome, riconoscendo alla persona sopravvissuta il diritto di mantenerne l'uso<sup>162</sup>. La soluzione contraria potrebbe

---

158 L'ordinamento tedesco adotta, invece, una soluzione omogenea, stabilendo che né il divorzio (§1357 abs. 5 BGB) né lo scioglimento dell'unione civile (§ 3 LPartG) fanno venire meno la scelta del cognome comune.

159 Diversamente, **R. CAMPIONE**, L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale, in AA.VV., La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze, Torino, 2016, p. 18. Per l'incostituzionalità, derivante da contrarietà all'art. 2 cost., di una perdita incondizionata del diritto si pronunzia **A. AMBROSI**, Unioni civili e costituzione, cit., p. 1685. Altra soluzione è adottata, ad esempio, dalla LUD svizzera prevede che il partner mantenga l'uso del cognome acquisito con l'unione fatta salva la sua richiesta di riprendere quello originario.

160 Ad analoga conclusione perviene **M.N. BUGETTI**, op. cit. p. 915, ma mediante un percorso argomentativo differente. L'A. rileva anche la possibilità che la conservazione del cognome risponda all'interesse del figlio generato dalla donna con altro uomo quando era unita civilmente e da lei riconosciuto utilizzando il cognome dell'unione stessa.

161 Il testo licenziato in commissione prevedeva invece opportunamente la soluzione opposta

162 Secondo **M.N. BUGETTI**, op. cit., p. 914, il problema della diversità di disciplina andrebbe risolto mediante pronunzia di incostituzionalità.

giustificarsi solo con l'esigenza di diversificare il trattamento del superstite al fine di rendere più labile la tutela dell'unione civile<sup>163</sup> secondo una concezione, non condivisibile, alla luce della quale la valorizzazione del vincolo matrimoniale si perseguirebbe indebolendo gli effetti prodotti per le altre forme di unione riconosciute dall'ordinamento<sup>164</sup>. Sembra invece che privilegiare, anche in via interpretativa, soluzioni che promuovono l'unità e stabilità della coppia<sup>165</sup> ed il suo senso di appartenenza non entri in conflitto con altri interessi meritevoli di tutela. Tale non sembra, nel caso specifico, il possibile interesse di altri congiunti a che venga impedito al contraente superstite l'uso del cognome che contraddistingueva l'unione. Se così non fosse appare legittimo quantomeno dubitare che la disciplina sull'unione civile rivesta, sotto tale aspetto, le caratteristiche richieste dalle Corti (Costituzionale ed EDU) per tutelare adeguatamente "la condizione di coppia" del medesimo sesso .

### **1.1 I doveri della coppia unita civilmente e delle coppie coniugate nel quadro delle differenze fra unione civile e matrimonio**

Numerose sono le differenze che contraddistinguono le unioni a confronto e gli istituti che le originano, per lo più per una scelta mirata da parte del legislatore storico. La positiva conclusione dell'iter legislativo è stata infatti fortemente

---

163 Prospettiva seguita da **M. BIANCA**, op. cit., p. 5, la quale ritiene, pertanto, che il cognome viene meno anche in questa ipotesi. Nel senso del testo v. invece **E. QUADRI**, op. cit., p. 1698, il quale concorda con l'esigenze di procedere ad una interpretazione adeguata o, in subordine, ad un intervento della Corte costituzionale.

164 Questa è probabilmente l'idea che ha consentito di superare i rischi legati all'insorgenza di conflitti di vedute all'interno della maggioranza; basti pensare che la soluzione adottata nel testo definitivo è frutto di una modifica dell'ultima ora ed introdotta con il c.d. maxi emendamento. Per un'accurata disamina e valutazione delle ragioni che hanno portato all'approvazione del testo vigente si rinvia a **B. DE FILIPPIS**, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016, p. 99 ss.

165 Interesse che secondo **R. FADDA**, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1391 ss., sarebbe più debole rispetto a quello alla stabilità dell'unione matrimoniale nella quale è in gioco anche l'interesse dei figli. Ma l'affermazione – espressa al fine di giustificare la presunta mancanza del dovere di fedeltà riguardo alla coppia legata da unione civile – non mi sembra per nulla persuasiva (come si cercherà di chiarire in quel contesto: v. commento al comma 11) sia perché la rilevanza di un valore non si determina sulla base del numero di soggetti interessati sia perché l'esigenza di stabilità del rapporto familiare non è maggiormente garantita dall'ordinamento a seconda che la coppia abbia o meno figli.

condizionata, come è noto, dall'imprescindibile esigenza, per la maggioranza parlamentare che ne ha reso possibile l'approvazione, di operare una chiara diversificazione tra famiglia fondata sul matrimonio ed unione civile<sup>166</sup>. Alcune di tali differenze riguardano il profilo sistematico, altre rivestono carattere sostanziale, altre ancora lessicale (salvo poi a verificare, con riferimento a queste ultime, se si traducano anche in diversità di sostanza<sup>167</sup>). A titolo esemplificativo, e limitatamente alle più significative, sono da annoverare, tra le prime, la previsione di istituti distinti per la loro costituzione, la collocazione della disciplina dell'unioni civili al di fuori del codice civile (e l'inapplicabilità delle norme ivi contenute, riguardanti il matrimonio o i coniugi, se non espressamente richiamate: v. comma 20 della legge)<sup>168</sup>, la costituzione di un apposito registro per adempiere alla richiesta pubblicità. Tra le seconde (le più numerose) la rilevanza del sesso dei componenti la coppia, la scarna dichiarazione ai fini della formazione del rapporto<sup>169</sup>, la mancanza di un iter pubblicitario precedente alla costituzione e di un compiuto regime delle opposizioni<sup>170</sup>, di una disciplina sulla filiazione e la responsabilità genitoriale, la (dubbia) esclusione dall'adozione anche limitatamente al figlio dell'altro componente l'unione<sup>171</sup>, l'inammissibilità

---

166 La scelta di non introdurre una disciplina corrispondente alle pubblicazioni delle nozze o alla promessa di matrimonio potrebbe forse ricollegarsi al carattere obsoleto degli istituti.

167 Lo esclude decisamente **G. CASABURI**, La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, in AA. VV., Unioni civili e convivenze, Pisa, 2016, p. 65

168 6 Rimanendo comunque impregiudicata la possibilità di una loro applicazione per analogia, verificata la somiglianza della fattispecie non disciplinata: v. in tal senso tra gli altri, P. Zatti, Introduzione al convegno, cit., p. 1665; V. BARBA, op. loc. cit. Per l'applicabilità diretta si pronunzia invece **E. QUADRI**, op. cit., p. 1690, in considerazione della sostanziale qualità coniugale del rapporto che scaturisce dall'unione civile.

169 Alla quale occorre applicare, pur nel silenzio normativo, dovuto ad una svista, la regola di inapplicabilità di termini o condizioni prevista per il matrimonio: E. QUADRI, op. cit., p. 1692.

170 L'art. 70 undecies del DPR 396/2000 introdotto dal d.lgs. 5/2017 stabilisce infatti al 1° comma che «L'ufficiale dello stato civile, se conosce che osta alla costituzione dell'unione civile un impedimento che non è stato dichiarato, deve immediatamente informare il procuratore della Repubblica, affinché questi possa proporre opposizione alla costituzione dell'unione civile». Mentre il 4° comma precisa che «Se l'opposizione è stata proposta da chi ne ha facoltà, per causa ammessa dalla legge, il presidente del tribunale può, con proprio decreto, ove ne sussista la opportunità, sospendere la costituzione dell'unione civile sino a che sia stata rimossa la opposizione». Nulla è stabilito riguardo alla legittimazione di altri soggetti di fare opposizione.

171 Soluzione peraltro contraddetta dalla giurisprudenza. Per un'ampia disamina di questa problematica e delle altre connesse al rapporto di filiazione nell'ambito delle unioni civili si

della separazione personale nel caso di crisi della coppia (oltre a quelle, già ricordate, che riguardano il cognome, la costituzione del rapporto di affinità, la mancanza di una disciplina sulla prova)<sup>172</sup>. Sul piano lessicale mentre la Costituzione “*ricosce*” i diritti della famiglia fondata sul matrimonio, la legge in esame “*istituisce*” l’unione civile ed evita accuratamente di utilizzare il termine “*famiglia*” nel riferirsi alla coppia (con un’unica eccezione riscontrabile nel comma 12) anzi, mediante inusitata precisazione<sup>173</sup>, definisce quest’ultima “*formazione sociale*” ai sensi degli artt. 2 e 3 cost.; manca nel testo di legge un termine specifico che ne identifichi i componenti (si ricorre alla più generica espressione “*parte*”, “*parti*”), ugualmente generale è il termine usato per indicare l’atto che origina l’unione (“*costituzione*” a fronte di “*celebrazione*” del matrimonio). Uno dei punti più significativi di divergenza tra unione civile e matrimonio (salvo a vedere se essa rivesta carattere sostanziale o solo formale) è rappresentato proprio dai diritti e doveri che ne derivano. Infatti, la legge non menziona i doveri di fedeltà e collaborazione, contenuti invece nel testo licenziato in commissione e soppressi solo all’ultimo momento<sup>174</sup>, onde occorre stabilire la rilevanza della modifica introdotta<sup>175</sup>.

---

rinvia a **L. LENTI**, Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione, in Nuova giur. civ. comm., 2016, p. 1707 ss.

172 In realtà le differenze sono molto più numerose ma l’economia della trattazione non ne consente neppure una menzione

173 Si esprime criticamente riguardo a questa precisazione **L. BALESTRA**, Unioni civili, convivenze di fatto e “*modello*” matrimoniale: prime riflessioni, in Giur. it., 2016, p. 1781, rilevando, opportunamente, che il legislatore ha in realtà “*invaso*” il campo di competenza dell’interprete.

174 **L. BALESTRA**, op. cit., p. 1783, parla di vicenda opaca.

175 Una menzione particolare merita la posizione assunta da **A. RUGGERI**, Unioni civili e convivenze di fatto: “*famiglie*” mascherate?, (nota minima su una questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da parte della legge n. 76 del 2016), in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2016, il quale, premesso (a p. 253) che «un’autentica frode alla Costituzione si consuma laddove dovessero riconoscersi i medesimi diritti e doveri ai componenti di formazioni sociali di cui, in partenza, si ammetta la diversa natura giuridica, tanto da riservarsi ad esse nomi parimenti diversi, facendosene tuttavia a conti fatti, oggetto di una non dissimile regolazione», riguardo all’esclusione del dovere di fedeltà così si esprime (p. 259): «mi sfugge la ratio per la quale nella legge non se ne fa menzione, tanto più che dell’assistenza morale (e materiale) risultano gravati – come si è rammentato – tanto gli “*uniti*” quanto gli stessi conviventi. E francamente non si vede su quali fundamenta sostanziali (o, meglio, etico-sostanziali) possa poggiare l’assistenza stessa laddove faccia (o possa fare) difetto l’obbligo di mutua fedeltà di coloro che compongono tutte tali formazioni sociali. In via di mera ipotesi, non escludo dunque che,

Non previsto l'intervento del giudice al fine di contribuire alla risoluzione del contrasto tra i coniugi riguardo alla determinazione dell'indirizzo di vita e delle altre decisioni familiari. Tre sono le posizioni assunte dai primi commentatori riguardo al silenzio sui doveri suddetti: secondo alcuni l'omissione è irrilevante in quanto la loro vigenza può desumersi comunque, mediante interpretazione sistematica, dal complesso delle norme e dalle finalità dell'istituto (disciplinare il rapporto affettivo di coppia)<sup>176</sup>; secondo altri, invece, le parti non sarebbero vincolate alla loro osservanza<sup>177</sup>. Di segno opposto sono poi le ragioni a fondamento della scelta. Secondo una corrente di pensiero<sup>178</sup> essa è da inquadrarsi nell'obiettivo del legislatore di diversificare l'unione civile dal matrimonio – anche per l'assenza nella prima della dimensione comunitaria derivante dalla

---

laddove specificamente chiamato a pronunciarsi sul punto, il giudice delle leggi possa far luogo ad una pronuncia additiva, al fine di ripristinare la necessaria coerenza tra la prescritta assistenza e la omessa fedeltà».

176 **E. QUADRI**, “Unioni civili tra persone dello stesso sesso” e “convivenze”: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, in *Corr. giur.*, 2016, p. 897; **P. ZATTI**, introduzione al convegno, cit., p. 1664, il quale osserva che collaborazione e fedeltà sono riconducibili al più generale dovere di assistenza; **R. CAMPIONE**, L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale, cit., p. 13 ss.; **G. CASABURI**, La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, cit., p. 66 ss.; **G. FERRANDO**, Conclusioni, cit., p. 1777; **C. CICERO**, Non amor sed consensus matrimonium facit? Chiose sull'obbligo di fedeltà nei rapporti di convivenza familiare, in *Dir. fam.*, 2017, p. 1095 ss. il quale osserva che «È inconfigurabile la famiglia composta da partners volontariamente “infedeli”, se alla fedeltà si attribuisce il corretto contenuto, di lealtà al progetto familiare»; **C. ROMANO**, Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo, in *Notariato*, 2016, p. 338; **L. OLIVERO**, Unioni civili e presunta licenza d'infedeltà, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 213 ss.

177 Tra questi (citati nelle norme successive), è da annoverare anche chi esprime giudizio negativo sulla scelta legislativa come **F. DELL'ANNA MISURALE**, Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge, in *Giustizia civile.com*, 2016; **C. SAVI**, Commento al comma 11 della legge, in *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 82 ss. il quale ritiene la scelta legislativa non in linea con i valori costituzionali e tale da non giustificare i diritti di natura economica a favore di chi contrae un legame affettivo così evanescente; **G. IORIO**, Costituzione dell'unione civile, impedimenti e altre cause di nullità. Gli obblighi dei contraenti. Il regime patrimoniale. Lo scioglimento dell'unione civile, in *AA.VV.*, *Unioni civili e convivenze di fatto* l. 20 maggio 2016, n. 76, (a cura di M. Gorgoni), Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 90 ss., il quale sottolinea la disparità di trattamento riservata ai componenti dell'unione civile e auspica un intervento della Corte costituzionale o del legislatore.

178 **M. BIANCA**, op. cit., p. 8 sottolinea che il mancato richiamo al dovere di fedeltà non è frutto di dimenticanza ma di scelta rientrante nella discrezionalità del legislatore. Analogamente **G. DE CRISTOFARO**, op. cit., p. 125 s. osserva che «si tratta di null'altro se non dell'inevitabile e logico corollario della scelta di negare qualsivoglia rilevanza giuridica all'esistenza (o inesistenza) di un legame affettivo stabile fra le parti dell'unione civile nonché della scelta di non contemplare la costituzione ed il mantenimento di una comunione di vita (materiale e spirituale) quale elemento costitutivo essenziale e fondante della fattispecie».

possibilità di generare figli<sup>179</sup> – rendendo il vincolo derivante dall'unione civile più fragile e meno impegnativo, quasi adombrando l'indifferenza per il suo naufragio; e, più specificamente riguardo alla mancanza del dovere di fedeltà, in quanto non si pone l'esigenza di salvaguardare la generazione all'interno della coppia ed anzi si intenderebbe sottacere o quantomeno svalutare il profilo della relazione sessuale<sup>180</sup>. Secondo altri, invece, l'opzione normativa di non porre la fedeltà tra i doveri della coppia rappresenterebbe una svolta dell'ordinamento, tendente a rimetterne l'osservanza ad una scelta di libertà<sup>181</sup>, che potrebbe preludere alla sua soppressione anche nel rapporto coniugale<sup>182</sup>.

Una terza posizione individua nell'accordo sull'indirizzo di vita lo strumento per introdurre i doveri non menzionati, rendendoli solo in tal caso vincolanti<sup>183</sup>. È opportuno sin d'ora osservare che ciascuno dei componenti della coppia può pretendere l'osservanza dei comportamenti funzionali alla realizzazione delle finalità dell'unione, volti cioè a porre in essere una comunione di vita fondata

---

179 Questa è l'idea di **R. FADDA**, op. cit., p. 1392 ss., sul presupposto che il dovere di collaborazione sarebbe funzionalizzato al soddisfacimento dei bisogni del gruppo ed anche il dovere di fedeltà sarebbe volto «a garantire la stabilità della vita comune, tenuto conto della finalità procreativa del matrimonio e assente nelle unioni». Motivazioni per nulla convincenti anche per quanto si dirà nei paragrafi successivi Deve ribadirsi infatti che l'esigenza di stabilità è un valore presente anche nella vita di coppia unita civilmente ed il rispetto della fedeltà, in quanto facilita il raggiungimento di tale obiettivo, non deve considerarsi funzionalizzato solo alla tutela degli interessi dei figli, i quali peraltro potrebbero anche essere presenti nell'unione civile.

180 **M. SESTA**, La disciplina dell'unione civile, cit., p. 887.

181 **G. FERRANDO**, La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 899: «le relazioni sessuali tra i partner escono dalla sfera di controllo da parte del diritto e vengono consegnate (...) per intero alla sfera privata. In altri termini il diritto fa un passo indietro, si arresta, per così dire, sulla soglia della camera da letto».

182 Il riferimento è al DDL 2253 del 2016, presentato in Senato da Cantini ed altri che, in un articolo unico, ne prevede l'eliminazione dall'art. 143. Nella relazione illustrativa si motiva l'iniziativa con la ragione che secondo la giurisprudenza la violazione della fedeltà non è di per sé sufficiente a ottenere l'addebito della separazione e in quanto lo stato di figlio è stato ormai unificato dalla legge. Motivazioni entrambe che nulla hanno a che vedere col fondamento del divieto. Altresì discutibile è l'affermazione secondo la quale la fedeltà, non più da intendersi come rispetto della esclusività sessuale, ma nel significato più ampio di lealtà, fiducia, rispetto verso l'altro, non possa essere imposta dallo Stato. In senso critico sulla soppressione del dovere di fedeltà tra gli sposi, v. da ultimo **G. IORIO**, op. cit., p. 91.

183 **G. DOSI**, La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze, Milano, 2016, p. 49; **A. FASANO-G.E. GASSANI**, La tutela del convivente dopo la legge sulle unioni civili, Milano, 2016, p. 66 s.

sugli affetti e sulla solidarietà<sup>184</sup>. Le puntualizzazioni contenute nella legge (costituite dall'indicazione dei doveri della coppia) tendono dunque ad indirizzare l'attività dell'interprete, non a limitarla o condizionarla ed infatti la dottrina ammette l'esistenza anche di doveri c.d. “*impliciti*” i quali si affiancano a quelli espressamente menzionati dalla legge<sup>185</sup> ove un certo comportamento non appare riconducibile ad uno dei doveri menzionati. All'elasticità delle formule sono da ricondurre anche le diverse soluzioni volte a stabilire sotto quale, tra i doveri normativamente previsti, debba rientrare un determinato comportamento<sup>186</sup>, problema peraltro di importanza limitata nella misura in cui coincidano le misure di protezione nel caso di violazione<sup>187</sup>.

In tale direzione si muove anche il BGB (§ 1353) il quale si rimette in maniera ancor più ampia all'opera dell'interprete stabilendo che “*i coniugi sono obbligati fra loro alla comunione di vita coniugale*” senza andare oltre<sup>188</sup>. Significativa è anche la vicenda relativa all'introduzione nel nostro ordinamento del dovere di collaborazione, da parte della riforma del 1975, i cui contenuti erano considerati già presenti nella disciplina del 1942 in quanto riconducibili ad altri doveri espressamente menzionati, onde il testo normativo si sarebbe limitato a mettere in maggior rilievo profili già colti dagli interpreti. Per tali ragioni potrebbe anche accadere (almeno in via di ipotesi) che il silenzio normativo non comporti necessariamente irrilevanza dei doveri non menzionati a proposito delle unioni civili ove possano comunque annoverarsi fra quelli impliciti, perché i relativi

---

184 Sottolinea, in maniera condivisibile, l'inseparabilità dei doveri della coppia, **G. CASABURI**, op. cit., p. 69. Ma in senso contrario **G. DE CRISTOFARO**, op. cit., passim.

185 Per una compiuta riflessione sull'argomento si rinvia a **P. ZATTI**, Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio, cit., p. 11 ss.

186 Emblematica al riguardo è la discussione sviluppatasi, soprattutto nel passato, con riferimento al c.d. “debito coniugale” riconducibile secondo alcuni sotto il dovere di fedeltà, secondo altri sotto quello di assistenza e per altri ancora nell'ambito del dovere di coabitazione. Solo di recente si è posta infatti in discussione la configurabilità di un dovere siffatto o piuttosto di un comportamento che non potrebbe essere preteso da un coniuge ma rimesso alla concorde decisione di entrambi.

187 Ciò che non si verifica, ad esempio nel caso di ingiustificato abbandono della casa coniugale in seguito al quale rimane sospeso il diritto all'assistenza morale e materiale nei confronti del coniuge responsabile, misura non prevista per la violazione di altri doveri.

188 Analogamente di “organizzazione della vita in comune” parla il § 2 della LPartG tedesca (oltre che di assistenza, sostegno e mantenimento).



comportamenti sono connaturati al perseguimento della comunione di vita o siano riconducibili fra i doveri già menzionati. Non decisive sembrano le argomentazioni che fondano la presunta irrilevanza dei doveri di fedeltà e collaborazione sul mancato richiamo da parte della legge: non quella che invoca l'intento del legislatore storico perché occorrerebbe che esso poi trovasse riscontro nel complesso e nelle finalità della normativa<sup>189</sup>; ancor meno se l'intento fosse quello di indebolire l'unione civile, favorendo in qualche modo l'instabilità della coppia per le ragioni esposte in precedenza. La prospettazione di un impianto di doveri meno impegnativo rispetto a quello del matrimonio (se non intervenisse rapidamente una modifica) potrebbe persino porre dubbi di costituzionalità per contrarietà agli artt. 3 e 29, tenuto conto che i diritti riconosciuti ai membri dell'unione civile sono molto simili a quelli derivanti dal matrimonio<sup>190</sup>.

Non decisivo è anche l'argomento che fa riferimento, riguardo al dovere di fedeltà, allo scopo precipuo di assicurare certezza della generazione, non essendo possibile ai membri all'unione civile generare né naturalmente né mediante ricorso alla PMA, essendo quest'ultima preclusa dal nostro ordinamento alle coppie del medesimo sesso, perché la mancanza di questa esigenza non esclude che possano esservi "ragioni di coppia" che ne giustificano il fondamento. Non persuasiva è anche la tesi opposta che rimette alla libertà della coppia il rispetto della fedeltà (la quale peraltro non si limita ai profili sessuali) ove essa risultasse essenziale al perseguimento della comunione di vita della coppia, fondata sulla solidarietà e sull'affetto, e su un rapporto di carattere monogamico.

---

189 Le quali possono evincersi sia dalle ragioni storiche che hanno indotto il legislatore ad intervenire, sia dagli altri doveri e dalle regole sul governo dell'unione, menzionati dalla legge (sufficientemente significativi per individuare nell'attuazione della comunione di vita la finalità della stessa) e non ultime dalle disposizioni riguardanti il cognome della coppia e degli effetti patrimoniali le quali possono giustificarsi e trovare fondamento proprio in una prospettiva comunitaria dell'unione. Da non sottovalutare è anche il rinvio contenuto nel comma 5 all'art. 123 cc. il quale stabilisce che la simulazione non può essere fatta valere se i contraenti abbiano convissuto (come coniugi) successivamente alla celebrazione. Ove così non fosse occorrerebbe concludere, a mio parere, che il legislatore ha eluso quanto richiesto dalla Corte Costituzionale e dalla CEDU perché la vita di coppia risulterebbe gravemente compromessa

---

190 Il rilievo è di **R. PACIA**, op. cit., p. 198

## 1.2 Obbligo di fedeltà

L'obbligo di fedeltà nell'ambito del diritto matrimoniale ha attraversato, nel corso dell'ultimo secolo ed in ragione dell'innegabile evoluzione della famiglia, dei rapporti fra uomo e donna e dei costumi sessuali, un rapido ed irreversibile processo di trasformazione, tanto da apparire oggi del tutto irriconoscibile rispetto alle concezioni originarie. Non è verosimilmente un caso se la fedeltà viene disciplinata dall'art. 143 cc. al primo posto fra i doveri al cui rispetto sono tenuti i coniugi<sup>191</sup>, in quanto strettamente funzionalizzato all'attuazione della comunione di vita; esso permette, unitamente all'assistenza, di cogliere l'aspetto forse più importante del matrimonio e, più in generale, del rapporto affettivo di coppia<sup>192</sup>: realizzare un progetto di vita in comune di carattere esclusivo<sup>193</sup>, il quale presenta particolari connotati non riconducibili ad altri rapporti personali anche di carattere familiare; basti pensare al legame che unisce genitore e figlio certamente importante, ma che non dà vita ad una "relazione di coppia". Si potrebbe aggiungere che altri doveri verrebbero depotenziati dalla mancanza del primo (in particolare il dovere di assistenza morale)<sup>194</sup>.

La definizione che oggi incontra maggiori consensi rappresenta l'approdo al quale sono pervenuti gli interpreti dopo lunga riflessione sviluppatasi, con l'apporto di numerosi ed importanti contributi, in un ampio arco temporale. Come è noto, secondo la concezione più risalente, la fedeltà si esauriva nel rispetto

---

191 Mentre l'art. 143 del cc. del '42 poneva, invece, in primo piano la coabitazione.

192 In questo senso, con riferimento al matrimonio, anche **F. SANTORO PASSARELLI**, in *Comm. al dir. it. della famiglia*, diretto da G. CIAN-G. OPPO-A TRABUCCHI, Padova, 1992, II, p. 507; **F. SANTOSUOSSO**, *Il matrimonio*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1983, I, 2, p. 517, il quale osserva che «questo legame spirituale costituisce il punto centrale e permanente dell'impegno e della vicendevole donazione matrimoniale. Il principio dell'esclusività (...) oltre ad essere conforme alla natura stessa dell'amore e costituire l'anima della società coniugale, è in fondo alla base anche del principio giuridico della libertà di stato». Ma v. anche l'affermazione contraria di **P. ZATTI**, *op. ult. cit.*, p. 30 il quale esclude che le norme offrano lo spunto per individuare, tra i doveri, uno di maggiore rilevanza.

193 Sussiste dunque una stretta relazione fra esclusività ed unità di coppia. Ma diversamente **R. TOMMASINI**, *I rapporti personali tra coniugi*, in *AA.VV., Famiglia e matrimonio*, a cura di T. Auletta, in *Trattato di diritto privato* diretto da **M. BESSONE**, Torino, 2010, p. 436, secondo il quale «l'obbligo di fedeltà sessuale o genitale non rappresenta una condicio sine qua non dell'istituto matrimoniale».

194 **G. AUTORINO STANZIONE** (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, I, Torino, 2005, p.408

dell'esclusività sessuale, nel non commettere adulterio, esigendone poi un rispetto più rigido dalla donna di quanto non richiesto al marito<sup>195</sup>.

Con l'avvento delle pratiche di fecondazione assistita la fedeltà esige anche l'astenersi da quei comportamenti, decisi unilateralmente, i quali possono portare alla generazione di un figlio che non sia anche dell'altro (donazione dei gameti, maternità surrogata) ed inoltre – in prospettiva più ampia – dalle iniziative, non concordate, che ostacolano la generazione stessa (sterilizzazione, aborto)<sup>196</sup>. Al dovere di astenersi dai rapporti sessuali con altri<sup>197</sup> si aggiunge, secondo alcuni, anche un profilo positivo, in virtù del quale il coniuge non può immotivatamente negarsi all'altro sotto il profilo sessuale<sup>198</sup>. Pur nell'ottica dell'astensione, la prospettiva è suscettibile di ulteriore ampliamento, tenuto conto che sull'unità della coppia può incidere negativamente anche una relazione meramente sentimentale<sup>199</sup> con altra persona che, quantunque non caratterizzata da rapporti sessuali, assuma connotati e intensità tali da comportare «dedizione spirituale e affettiva»<sup>200</sup>, cioè un coinvolgimento, anche solo a livello sentimentale, da riservare invece, secondo l'ordinamento, esclusivamente «al compagno o alla

---

195 Infatti l'adulterio del marito rilevava, ai fini della separazione, solo se posto in essere con modalità tali da costituire ingiuria grave verso la moglie (art. 151, 2° comma cc.). L'adulterio della donna veniva, invece, considerato più grave perché crea il rischio di introdurre nella famiglia figli generati da persona diversa dal marito ed a causa di un giudizio sociale, almeno nel passato, più severo: **F. DEGNI**, *Il diritto di famiglia*, Padova, 1943, p. 236.

196 **M. PARADISO**, *op. cit.*, p. 63 s.

197 Compresi quelli con persone del medesimo sesso: Cass., 25 marzo 2009, n. 7027, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 563, con nota di A. PLAIA.

198 Il c.d. *ius in corpus* o diritto alla disponibilità del corpo dell'altro il cui significato è andato comunque stemperandosi nel tempo: ad es., **A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO**, *Diritto di famiglia*, cit., p. 268, parlano di obbligo di aderire ai desideri sessuali di un coniuge.

199 **A.C. JEMOLO**, *Il matrimonio*, cit., p. 418 s. Cass., 12 aprile 2013, n. 8929, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 142, con nota di G. CORAZZA, la quale ha escluso il ricorrere degli estremi in quanto da meri contatti telefonici e via internet non era possibile stabilire l'esistenza di un coinvolgimento, anche solo sentimentale, della persona coniugata tale da dare vita ad una relazione extraconiugale; Trib. Perugia, 3 ottobre 1992, in *Rass. giur. umbra*, 1993, p. 279, con nota di G. ZUDDAS.

200 Cass., 1 giugno 2012, n. 8862, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2037; Cass., 14 febbraio 2012, n. 2059, *ivi*, c. 2434; Cass., 11 agosto 2011, n. 17193, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 777. Di dedizione reciproca già parlava **F. DEGNI**, *op. cit.*, p. 226 e, più di recente, **F. SANTORO PASSARELLI**, *op. cit.*, p. 507; **P. ZATTI**, *op. ult. cit.*, p. 38 o devozione (da ultimo E. QUADRI, *Unioni civili*, cit., p. 1696).

compagna di vita»<sup>201</sup>, diversificandolo da quello che contraddistingue la mera amicizia<sup>202</sup>. In certa misura potrebbero rilevare, al fine di integrare la violazione, anche la mera apparenza della relazione<sup>203</sup> e non solo perché si profila il rischio di ledere l'integrità morale dell'altro (la dignità)<sup>204</sup> ma in quanto, nei casi meno gravi, potrebbero comunque ingenerarsi sospetti (eventualmente anche nei terzi) che rischierebbero di pregiudicare la normale armonia e coesione della coppia.

La fedeltà richiede pertanto che ciascuno si comporti lealmente<sup>205</sup> verso l'altro, al fine di «non tradire la fiducia in lui riposta<sup>206</sup>» preservando unità, stabilità<sup>207</sup> ed esclusività del rapporto stesso; in presenza di figli tale valore è funzionale anche alla realizzazione dei loro interessi<sup>208</sup>. La ricostruzione in senso ampio del dovere di fedeltà, ma con le precisazioni indicate, è quella ormai opportunamente privilegiata dagli interpreti, in quanto consente di cogliere in tutti i suoi aspetti l'esclusività del rapporto di coppia – riconducibile al suo carattere monogamico giuridicamente consolidato e socialmente condiviso – la quale ricomprende sia i profili legati alla sessualità e alla generazione sia quelli meramente sentimentali

---

201 **A.C. JEMOLO**, op. cit., p. 163.

202 **G. FURGIUELE**, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 164 s.

203 V. in proposito **G. CORAZZA**, Adulterio platonico e addebitabilità della separazione, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 144 ss.; **F. RUSCELLO**, I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da **P. ZATTI**, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando-M. Fortino-F. Ruscello, II ed., Milano, 2011, p. 1031. Ed in giurisprudenza, Cass., 13 luglio 1998, n. 6434, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1018; Cass., 14 aprile 1994, n. 3511; Trib. Perugia, 3 ottobre 1992, cit.; Cass., 3 gennaio 1991, n. 25, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1135; Cass., 4 ottobre 1982, n. 5080.

204 **C.M. BIANCA**, op. cit., p. 59. Alla violazione della dignità si riferisce anche la giurisprudenza, cit. alla nota precedente.

205 Valore che assume ampi significati nella ricostruzione compiuta da **P. ZATTI**, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio* cit., p. 36 secondo il quale la fedeltà costituisce limite alla ricerca di un itinerario personale di vita imposto dalla specifica esclusività del legame coniugale, con possibile sacrificio di alcune scelte personali. L'idea è ripresa successivamente da **F. RUSCELLO**, *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, cit., p. 1028 ss. e quasi letteralmente da Cass., 18 settembre 1997, n. 9287, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 10 con nota di **A. MORA**; Cass., 11 giugno 2008, n. 15557.

206 **G. FURGIUELE**, op. loc. cit.

207 Valori che non vengono meno per il fatto che l'ordinamento consenta di sciogliere il vincolo di coppia a prescindere dalla morte.

208 Ben lo sottolinea **M. PARADISO**, op. cit., p. 62 ss.

ed affettivi; il fermo ed immotivato rifiuto di intrattenere rapporti sessuali deve, invece, inquadarsi nella violazione del dovere di assistenza<sup>209</sup>.

È possibile a questo punto precisare le ragioni in virtù delle quali, nonostante il silenzio normativo, la fedeltà, nell'accezione indicata, costituisce un dovere anche per la coppia legata da unione civile (salvo a ritenere, ma non se ne vedono le ragioni, che la sessualità debba rimanere estranea al rapporto di coppia omosessuale<sup>210</sup>). Se la medesima contraddistingue il rapporto affettivo ed è funzionale al perseguimento dei valori di unità e stabilità della coppia che ha assunto l'impegno, giuridicamente vincolante, di condurre un'esistenza in comunione di vita esclusiva, tale finalità e detti valori possono riscontrarsi anche nell'unione civile e non solo nel matrimonio<sup>211</sup>. Ne risulterebbe altrimenti compromessa (contraddittoriamente) la stessa finalità dell'unione<sup>212</sup>. Peraltro, la rilevanza del valore dell'unità può desumersi da numerosi riferimenti normativi: dalla regola sul cognome dell'unione, dal dovere di coabitazione e contribuzione ai bisogni comuni, dal rinvio allo strumento dell'accordo nell'assunzione delle decisioni più rilevanti, dal complesso della disciplina relativa ai rapporti patrimoniali. Scarsamente significativo sembra avere, nel contempo, il mancato rinvio alla disciplina alla risoluzione del disaccordo mediante intervento del giudice (art. 145 cc.) data la mancanza di riscontro nella pratica (v. § 7)<sup>213</sup>.

Anche il valore della stabilità di coppia non può dirsi del tutto assente nella disciplina delle unioni civili, quantunque garantito in maniera più blanda rispetto a

---

209     , **F. NADDEO**, Il governo della famiglia in **G. AUTORINO– F. NADDEO - P. STANZIONE**, Studi sul diritto di famiglia, Salerno, 2012, p. 63,

210     Uno spunto in tal senso potrebbe essere costituito dalla mancata previsione della inconsumazione quale causa autonoma di scioglimento dell'unione sembrano prevalenti i profili relativi alla finalità dell'istituto per giustificare la rilevanza dei rapporti sessuali. Il silenzio della legge al riguardo potrebbe piuttosto giustificarsi con una visione vetero-moralistica del legislatore storico, in contrasto con la realtà sociale alla quale va attribuita alcuna rilevanza.

211     Per il collegamento fra dovere di fedeltà e formazione sociale caratterizzata dalla finalità di realizzare una comunione spirituale e materiale dei suoi componenti v. **F. RUSCELLO**, op. cit., p. 1029.

212     Nello stesso senso **G. CASABURI**, op. cit., p. 70.

213     In senso conforme, **E. QUADRI**, op. ult. cit., p. 1696. Ma diversamente, v. **G. DE CRISTOFARO**, op. cit., p. 130.

quanto accade per il matrimonio, non essendo contemplato l'istituto della separazione e risultando estremamente brevi i tempi di attesa per presentare domanda (seguendo le procedure previste per il divorzio) di scioglimento del vincolo (tre mesi dalla presentazione della richiesta dinanzi all'ufficiale di stato civile). Resta pur sempre il fatto che è necessario intraprendere, a tale fine, un formale percorso secondo le regole poste dall'ordinamento e che permane comunque un dovere di solidarietà sul piano economico dopo lo scioglimento del rapporto. Meno significativa sembra, invece, l'ammissibilità di una richiesta unilaterale di scioglimento prevista per l'unione, la quale è in realtà contemplata anche per lo scioglimento del matrimonio (sia pure trascorsi tempi più lunghi di separazione<sup>214</sup>) e che il coniuge eventualmente dissenziente non può impedire.

Se dunque i valori di unità e stabilità della coppia sono presenti anche nell'unione civile e l'istituto è volto a garantire alle persone del medesimo sesso il diritto di dare vita ad un legame non dissimile da quello matrimoniale per non perpetrarne la discriminazione, il rispetto della fedeltà è da considerarsi comunque vincolante, quale dovere implicito (o non espressamente menzionato)<sup>215</sup>, onde il suo mancato rispetto potrebbe dar luogo alle, pur limitate, sanzioni previste per la violazione degli altri doveri di coppia (incidere in negativo sulla prestazione del mantenimento, spettante al responsabile della violazione in virtù della sua

---

214 3Contra, **G. DE CRISTOFARO**, op. cit., p. 135 ss., il quale ritiene che la grande facilità con cui si può ottenere lo scioglimento anche unilaterale dell'unione stia a testimoniare la scarsa considerazione attribuita dal legislatore alla stabilità dell'unione civile, testimoniata anche dal fatto che la richiesta potrebbe avanzarsi persino in mancanza di una separazione di fatto. La soluzione adottata, in certa misura criticabile, potrebbe tuttavia trovare giustificazione nella tendenza ormai ricorrente nelle norme di facilitare lo scioglimento di una unione entrata in crisi senza dover attendere tempi lunghi in vista di una (improbabile) riconciliazione. Soluzioni più restrittive sono adottate effettivamente da altri ordinamenti: ad esempio la LPartG tedesca prevede un termine di 36 mesi di separazione per potere giungere allo scioglimento richiesto unilateralmente (§ 15); 1 anno è richiesto dalla LUD svizzera (art. 30); durata maggiore (3 anni) e presupposti ulteriori sono previsti dalla legge austriaca sulla Lebenspartnerschaft al § 15). Sottolinea che il previsto intervento giudiziale per lo scioglimento dell'unione presuppone l'adozione di un modello del matrimonio tridentino piuttosto che quello pattizio della convivenza, **P. ZATTI**, Introduzione al convegno, cit., p. 1665.

215 Una soluzione diversa è accolta dall'ordinamento svizzero il quale impone ai partner registrati il "rispetto reciproco" (art. 12 della LUD) mentre parla di fedeltà per coniugi (art. 159 cc.).

situazione economica deteriore, nel caso di scioglimento dell'unione, risarcimento del danno nel caso di grave lesie di un diritto fondamentale della persona)<sup>216</sup>.

### **1.3 Assistenza morale e materiale, collaborazione, contribuzione ai bisogni comuni**

I componenti dell'unione civile sono tenuti all'assistenza reciproca sotto l'aspetto morale e materiale che, nella prospettiva del legislatore storico, sembrerebbe costituire il dovere principale, in assenza del richiamo alla fedeltà; tuttavia si sono già espresse le ragioni (v. § precedente) per le quali in realtà entrambi sono configurabili e si completano a vicenda in un quadro complessivo caratterizzante la comunione di vita. Peraltro al ricorrere della assistenza morale e materiale il comma 36 riconnette il dato caratterizzante la convivenza di fatto (la quale costituisce non un dovere da assolvere, ma un tratto costitutivo della fattispecie) la quale assume importanza primaria<sup>217</sup>.

Come nel matrimonio<sup>218</sup> anche nell'unione civile ciascuno dei componenti è tenuto, pertanto, a concorrere allo sviluppo della personalità dell'altro: rispettandone i sentimenti, i diritti e le libertà fondamentali; sostenendolo nelle difficoltà e nell'attività svolta, assistendolo nella malattia, aiutandolo con sollecitudine nella realizzazione delle aspirazioni; facendolo partecipe della propria vita<sup>219</sup> anche mostrando disponibilità ad intrattenere rapporti sessuali.

---

216 Trattasi dei medesimi rimedi generalmente riconosciuti nel caso di violazione dei doveri coniugali ad eccezione dell'addebito della separazione, non essendo questa contemplata dalla legge per la crisi dell'unione civile.

217 E in tal senso si muove anche la prima giurisprudenza (Trib. Milano, 31 maggio 2016, in Nuova giur. civ. comm., 2016, p. 1473 con nota di R. SICLARI) la quale esclude che la convivenza anagrafica abbia carattere costitutivo.

218 E quindi seguendo la regola paritaria introdotta con la riforma del 1975 secondo la quale il dovere grava ugualmente entrambi i coniugi.

219 Questi sono i profili fondamentali che emergono da una sintesi delle trattazioni sviluppate dalle dottrine. Per una disamina di ampio respiro si rinvia a **P. ZATTI**, Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio, cit., p. 39 ss.

Connotati che consentono di distinguere l'assistenza caratterizzante il rapporto di coppia da quella dovuta verso altri congiunti (ad esempio verso i figli od altri familiari).

Alcune differenze, meramente lessicali, possono cogliersi, invece, proprio riguardo alla finalità della contribuzione. Infatti il comma 11 della legge 76/2016, fa riferimento al soddisfacimento dei bisogni comuni e non ai bisogni della famiglia, come previsto nel matrimonio dall'art. 143 cc. Trattasi, verosimilmente, di una divergenza dovuta all'intento del legislatore storico di evitare il ricorso al termine "famiglia" per identificare l'unione civile, così distinguendola dalla famiglia fondata sul matrimonio (anche se poi al comma 12 si parla di "vita familiare"). Nulla muta però nella sostanza, in quanto il dovere in esame vincola i membri della coppia, sia coniugata sia unita civilmente, ad adoperarsi per il soddisfacimento dei bisogni comuni. Tra questi devono comprendersi anche le esigenze dei figli (non potendosi escludere – come accennato – che anche nell'unione civile essi siano presenti<sup>220</sup>).

Altra differenza, non particolarmente significativa, si registra con riferimento al criterio volto a determinare la capacità contributiva: nell'unione civile si fa riferimento sia al lavoro professionale sia a quello casalingo, mentre nel matrimonio essi vengono considerati in alternativa (si parla infatti di lavoro professionale o casalingo). La prima formula appare più precisa in quanto entrambi i profili vanno considerati al fine di stabilire la capacità contributiva di ciascuno; altro aspetto è costituito, invece, dalla modalità con la quale si deve in concreto provvedere all'adempimento: destinandovi il reddito proveniente dal lavoro, o da sostanze personali o ancora mettendo a disposizione propri beni, ed infine mediante il lavoro in famiglia, secondo quanto stabilito nell'accordo sull'indirizzo di vita.

Maggiore importanza potrebbe rivestire, invece, il mancato richiamo, da parte del comma 11 riguardo ai membri dell'unione civile, al dovere di collaborazione nell'interesse della famiglia; in realtà le ragioni ipotizzabili per configurarne

---

220 Ci si intende riferire a quanto già detto al § precedente riguardo alla trasformazione del matrimonio in unione civile o alla ricomposizione familiare, all'adozione e alla procreazione assistita avvenuta all'estero e riconosciuta in Italia.



l'irrilevanza appaiono comunque prive di giustificazione. Se il fondamento risiedesse, come nell'enunciato sulla contribuzione, nell'intento normativo di non considerare l'unione come famiglia, esso finirebbe col non incidere sulla sostanza del rapporto, pur dovendosi osservare che la legge avrebbe potuto superare questo problema precisando che il dovere è volto al perseguimento dell'interesse comune. Ove invece la motivazione fosse di carattere sostanziale e si ricollegasse alla ricostruzione che del dovere compie parte della dottrina<sup>221</sup>, accentuandone il riferimento allo svolgimento del rapporto fra genitori-figli, essa risulterebbe di dubbio fondamento e finirebbe per lo più col distorcerne il pensiero<sup>222</sup>. Se è vero infatti che i genitori con figli devono collaborare anche al fine di tutelare i loro interessi, il dovere non esaurisce in questo la sua funzione, già solo per la ragione che è contemplato dalla legge per tutti i coniugi senza eccezioni, anche per quelli senza prole, i quali costituiscono sotto tutti i profili una famiglia.

Non se ne giustificherebbe allora la soppressione con riferimento all'unione civile in quanto normalmente priva della prole. A ciò si aggiunga, come detto più volte, che pure la coppia unita civilmente potrebbe avere figli comuni, anche adottivi, o di uno dei suoi componenti, con essa conviventi<sup>223</sup>. Questa conclusione trova conferma nei contenuti del dovere stesso, secondo la ricostruzione generalmente compiuta dagli interpreti, pur avendo essi espresso in passato giudizi contrastanti circa l'utilità della sua introduzione avvenuta, come è noto, con la riforma del 1975: in senso negativo si è rilevato, infatti, che la vincolatività dei

---

221 Mi riferisco in particolare al passo di **P. ZATTI**, op. ult. cit., p. 42 nel quale si dice che «si distinguono due profili intercomunicanti, denominando, come «assistenza», i comportamenti immediatamente diretti alla soddisfazione degli interessi dell'altro coniuge immanenti al rapporto coniugale, come «collaborazione» i comportamenti immediatamente funzionali alle esigenze della vita familiare, che appaiono come interessi comuni ai coniugi e ai figli». Una particolare accentuazione del riferimento ai rapporti con la prole si riscontra in **F. RUSCELLO**, op. cit., p. 1037

222 V. infatti quanto poi detto nel capoverso successivo da **P. ZATTI**, cit. alla nota precedente in cui si parla più generalmente di comportamenti volti a «mantenere le condizioni più adeguate all'unità e continuità del gruppo familiare», il quale, non può escludersi, sia costituito dai soli coniugi. Non può negarsi peraltro che in alcuni autori il riferimento del dovere ai rapporti genitori-figli risulta talmente accentuato da generare il dubbio che il medesimo inerisca esclusivamente a detto rapporto.

223 Anche per tali prospettive si rinvia all'efficace trattazione di **L. LENTI**, cit. alla nota 59

comportamenti ad esso riconducibili era assicurata dai doveri già esistenti<sup>224</sup>; ma altri ne hanno posto in luce l'opportunità in seguito al venire meno del ruolo del marito quale capo della famiglia<sup>225</sup> ed all'introduzione dell'accordo dei coniugi nell'assunzione delle decisioni fondamentali di vita. Preso atto della sua esistenza gli interpreti, pur con accenti diversi, ne pongono in luce la dimensione prevalentemente "collettiva"<sup>226</sup>, in virtù della quale ciascuno è tenuto ad adoperarsi fattivamente nel lavoro, anche casalingo<sup>227</sup> o comunque a beneficio della famiglia nel suo complesso (per risolverne i problemi o comunque svolgendo un'attività nella quale sarebbe difficilmente sostituibile)<sup>228</sup> o di un singolo familiare (si pensi alla cura di congiunti malati od anziani conviventi con i coniugi<sup>229</sup>), assumendo eventualmente compiti organizzativi, di gestione interna ed esterna del ménage comune<sup>230</sup>, in un contesto normativo che ha abolito la diversificazione dei ruoli.

Altro aspetto del dovere si ricollega, come accennato, all'introduzione del principio dell'accordo nelle decisioni familiari, onde i coniugi devono rendersi fattivamente disponibili alla ricerca di un'intesa, senza pretendere di imporre la propria volontà, accettando anche il sacrificio di interessi individuali, per garantire la stabilità dell'unione<sup>231</sup>. Se si concorda in linea generale con questa

---

224 V. ad es., in tal senso, **G. VILLA**, op. cit., p. 358.

225 Per tutti cfr. **P. ZATTI**, op. ult. cit., p. 39 ss.

226 **A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO**, op. cit., p. 271.

227 Al cui svolgimento entrambi devono dimostrare disponibilità, non essendo ormai dovere specifico della donna. Su questo aspetto torna ripetutamente **S. ALAGNA**, op. cit., p. 167, 246, 327 s. Per tale ragione appare allora criticabile l'affermazione (p. 328) dell'A. secondo la quale la moglie sarebbe tenuta al lavoro extra-domestico in quanto si renda necessario per ovviare al precario stato economico della famiglia. In realtà ciascuno dei componenti della coppia è tenuto a soddisfare i bisogni comuni mediante l'impiego di risorse (provenienti dai beni personali o dal lavoro extrafamiliare) e accollandosi una parte del lavoro domestico, salvo diverso accordo.

228 **C. M. BIANCA**, op. cit., p. 60; **F. FINOCCHIARO**, op. cit., p. 262; **M. PARADISO**, op. cit., p. 80 s.

229 **R. TOMMASINI**, op. ult. cit., p. 436.

230 **G. CONTE**, I rapporti personali tra coniugi, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. FERRANDO, II, Bologna, 2008, p. 68 s.

231 **T. BONAMINI**, Il dovere di collaborazione nell'interesse della famiglia, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. BONILINI, cit., I, p. 884 ss.

ricostruzione, dall'osservanza del dovere non può ragionevolmente ritenersi esonerata, nonostante il silenzio normativo, la coppia unita civilmente, in quanto anche per essa si configura un ménage comune, alla cui realizzazione entrambi devono dedicare il proprio impegno, fondata inoltre sul principio dell'accordo, al cui raggiungimento devono concorrere. La soluzione trova conferma in quanto precedentemente osservato: che i comportamenti a cui è tenuta la coppia impegnata ad attuare la comunione di vita sono suscettibili di ricostruzione anche al di fuori della loro riconducibilità a doveri espressamente menzionati dalla legge. In ogni caso quelli previsti per l'unione civile (assistenza morale e materiale, convivenza, contribuzione) consentono di tracciare un quadro così ampio da ricomprendere anche i comportamenti riconducibili specificamente al dovere di collaborazione menzionato per il matrimonio, secondo l'interpretazione precedentemente ricordata. Conclusione che si rafforza anche sulla base dell'opinione di coloro che individuano un'intima connessione tra il dovere di collaborazione a cui sono tenuti i coniugi, ora con il dovere di assistenza<sup>232</sup> ora con quello di contribuzione<sup>233</sup>, tanto da ritenerne difficile o del tutto inutile<sup>234</sup> una puntuale differenziazione. Altro dovere specificamente previsto dalla legge anche per l'unione civile, intimamente connesso al dovere di assistenza e di collaborazione precedentemente esaminati, è quello di contribuzione reciproca al soddisfacimento dei bisogni comuni, in riferimento al quale viene adottato il medesimo criterio introdotto dalla riforma del 1975 riguardo ai coniugi: nel rispetto del principio di uguaglianza ed in una prospettiva solidale<sup>235</sup> entrambi sono impegnati ad adoperarsi per il soddisfacimento dei bisogni comuni. Sono

---

232 **F. SANTORO-PASSARELLI**, op. cit., p. 511; **A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO**, op. loc. cit.

233 **F. FINOCCHIARO**, op. cit., p. 263; **F. RUSCELLO**, op. cit., p. 1017; nonché **M. PARADISO**, op. cit., p. 106 il quale individua nella contribuzione un aspetto particolare del dovere di collaborazione.

234 **G. VILLA**, op. cit., p. 359.

235 In tale prospettiva la contribuzione si differenzia dal mantenimento, anche se considerato come dovere reciproco, in quanto pure i bisogni individuali divengono bisogni comuni alla coppia la quale è una comunità costituita da persone uguali. V. in proposito **A. FALZEA**, Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia, in Riv. dir. civ., 1977, I, p. 619 ss.; **A. VETTORI-A. GORGONI**, Il dovere coniugale di contribuzione, in Trattato di diritto di famiglia, diretto da G. BONILINI, cit., II, p. 1135 ss. Più in generale sull'argomento,

considerati tali non solo quelli che fanno capo ad entrambi i componenti dell'unione ma anche i bisogni individuali<sup>236</sup> riconducibili all'indirizzo di vita adottato o comunque da considerarsi essenziali, tenuto anche conto delle disponibilità economiche della coppia (si pensi ad esigenze di salute, studio, formazione individuale). Il dovere grava pertanto sui membri dell'unione, in relazione (cioè in proporzione) alle proprie sostanze ed alla capacità lavorativa, secondo le modalità stabilite nell'accordo sull'indirizzo di vita. La mancanza di reddito o di sostanze non esonera, pertanto, la parte che ne è sprovvista dal provvedervi mediante lavoro esercitato a vantaggio della famiglia stessa, sempre che egli sia in grado di provvedervi. Tra i bisogni da soddisfare vanno considerati anche quelli dei figli genetici della coppia (nella ricordata ipotesi legata al mutamento di sesso), dei nati da fecondazione artificiale eterologa<sup>237</sup> o da surrogazione di maternità praticate all'estero ed eventualmente riconosciute in Italia, dei figli adottati (eventualmente) in Italia o all'estero sempre che, anche in questo caso, l'adozione produca effetti nel nostro Paese. Ed inoltre quelli dei minori affidati alla coppia (si pensi all'affidamento familiare il quale può certamente essere disposto anche nei confronti della coppia unita civilmente) o con essa conviventi (ricomposizione familiare<sup>238</sup>).

Occorre ricordare che è tutt'ora oggetto di discussione la possibilità di riconoscere efficacia in Italia a provvedimenti stranieri che hanno attribuito rilevanza giuridica al rapporto genitoriale costituito tra un minore e una coppia del medesimo sesso,

---

236 **A. FALZEA**, Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia, loc. cit.; **A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO**, op. loc. cit. E con specifico riferimento all'unione civile **G. DE CRISTOFARO**, op. cit., p. 128.

237 Ad es., Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in Corr. giur., 2017, p. 181, con nota di **G. FERRANDO**, ha riconosciuto il rapporto di filiazione nei confronti di una coppia composta da due donne una delle quali aveva fornito il patrimonio genetico mentre l'altra aveva condotto la gravidanza, facendo anche ricorso ad un donatore. In dottrina si rinvia per tutti a **L. LENTI**, cit. alla nota 57.

238 Il dovere del convivente del medesimo sesso di contribuire al soddisfacimento dei bisogni del figlio dell'altro e il parziale esercizio della responsabilità genitoriale è espressamente previsto dal § 9, abs 1 della LPartG tedesca mediante rinvio al § 1629, abs 2 del BGB. Analoga soluzione si riscontra nella LUD svizzera (art. 27)Esprime, più in generale, una decisa critica all'assenza nella legge n. 76/2016 di una disciplina volta a regolare i rapporti tra un componente dell'unione civile ed il figlio dell'altro **G. DE CRISTOFARO**, op. cit., p. 122 s.

problema che esula peraltro dai confini di questo contributo<sup>239</sup>. Sul profilo riguardante il tenore di vita che ciascuno dei componenti dell'unione può pretendere di condurre ci si soffermerà nei paragrafi successivi.

È infine da osservare che la violazione del dovere di contribuzione espone, almeno in linea teorica<sup>240</sup>, l'obbligato all'azione dell'altro al fine di ottenere l'adempimento coattivo anche mediante la distrazione dei redditi, il sequestro dei beni e l'ipoteca giudiziale, tutela che assume particolare importanza in un quadro in cui, come si è detto, la violazione dei doveri previsti riguardo all'unione civile non comporta gli effetti derivanti dall'addebito della separazione.

#### **1.4 Coabitazione**

Il comma 11 riproduce anche per l'unione civile l'obbligo di coabitazione, ma la legge non richiama l'articolo 45 del codice civile in materia di domicilio del coniuge. Ciò nondimeno, l'assetto che ne deriva per l'unione civile resta indistinguibile da quello del matrimonio.

Già in passato peraltro la giurisprudenza considerava configurabile una famiglia di fatto solo nella coppia (anche del medesimo sesso) che vivesse nella stessa casa, nel sostanziale rispetto dei doveri coniugali quali elementi costitutivi della fattispecie, onde la coabitazione ne veniva considerata tratto essenziale<sup>241</sup>. Strumentale all'adempimento del dovere in esame è la fissazione di una residenza comune<sup>242</sup> mediante il sistema dell'accordo volto a determinare l'indirizzo di vita. A detta casa occorre fare riferimento nell'applicazione dell'art. 540 cc., a cui la

---

239 V. citaz. alla nota 126. Per l'ammissibilità della adozione pronunciata a favore di donna coniugata all'estero o convivente della madre divenuta tale mediante fecondazione eterologa, v. ad esempio, Trib. min. Roma, 29 ottobre 2015; App. Roma, 23 dicembre 2015, entrambe in Banca dati Pluris; Trib. min. Roma, 22 ottobre 2015 e App. Milano, 10 dicembre 2015, in Foro it., 2016, I, c. 338; Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, in Dir. fam., 2014, p. 1533. Ma in senso contrario Trib. min. Piemonte e V. D'Aosta, 11 settembre 2015 n. 258 e 259, in Nuova giur. civ. comm., 2016, p. 205. V. anche citaz. a nota 17.

240 È estremamente improbabile infatti che un'iniziativa siffatta possa essere assunta ove manchi la volontà di sciogliere l'unione.

241 Sul punto la giurisprudenza è univoca. Ma per alcune indicazioni v. le citaz. a nota 205.

242 Ma non può escludersi che la coppia decida di trascorrere abitualmente una parte dell'anno in un luogo ed altra parte in un'altro, onde in tal caso più di una sarà la sua residenza.

legge fa rinvio nel comma 21 per stabilire i diritti successori della parte superstite configurando il diritto di abitazione; alla stessa si riferisce il comma 19, richiamando l'applicazione dell'art. 146 cc., per stabilire le conseguenze che derivano dall'allontanamento ingiustificato dalla residenza familiare. I suddetti rinvii operati dalla legge consentono quindi di affermare che l'alloggio (o gli alloggi) individuato dalla coppia unita civilmente ai fini dell'adempimento del dovere di coabitazione è "casa familiare" al di là del fatto che la legge abbia evitato di indicarla come tale. In essa ciascuno ha diritto di vivere e non potrebbe esserne escluso dall'altro<sup>243</sup>.

La legge sulle unioni civili si muove pertanto sulla stessa direttrice tracciata dalla riforma del 1975 secondo la quale entrambi i membri della coppia concorrono nella decisione, al fine del perseguimento dell'interesse comune<sup>244</sup>, nel rispetto del principio di uguaglianza. È da rilevare che tale interesse non viene menzionato dal comma 12, a differenza di quanto accade invece per il matrimonio. L'art. cc. 144 stabilisce infatti che "i coniugi fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e secondo quelle preminenti della famiglia stessa". Peraltro la diversa formulazione<sup>245</sup> non incide sul criterio che deve ispirare i membri dell'unione nella scelta, onde, sia pure ai limitati effetti in cui rileva il rifiuto ingiustificato di tenere in adeguata considerazione gli interessi comuni, esso risulterebbe violato ove uno dei due volesse far prevalere i propri interessi nel determinare il luogo ove fissare la residenza comune. In una unione con figli anche gli interessi di questi ultimi assumono sicura rilevanza nell'assunzione della decisione. Sembra possibile ascrivere le differenze di formulazione alle più volte rammentate esigenze di eliminare tutti i riferimenti testuali alla famiglia con riferimento all'unione civile.

---

243 V. in proposito **P. ZATTI**, op. ult. cit., p. 64.

244 A differenza di quanto accadeva sotto il cc. del 1942 il quale rimetteva alla decisione del marito la fissazione della "sua" residenza, che costituiva anche residenza della moglie nella quale doveva accompagnarlo (art. 144); il marito era peraltro obbligato a tenere la moglie presso di sé (art. 145).

245 Rispetto alla quale si esprime in maniera decisamente critica **G. DE CRISTOFARO**, op. cit., p. 129.

Ciò non toglie peraltro che la residenza comune è da intendersi come residenza della famiglia e il criterio di fissazione è costituito dal prevalente interesse della famiglia stessa, onde quello comune prevale sugli interessi dei singoli soggetti. Come gli altri, anche il dovere di coabitazione è inderogabile, sulla base di quanto previsto dal comma 13, onde le parti non potrebbero esimersi dal determinare il luogo dove condurre la vita comune<sup>246</sup>; in caso contrario ciascuna potrebbe pretendere che si provveda in un momento successivo. Come si ammette generalmente per la coppia coniugata, non sussistono ragioni per negare anche ai componenti dell'unione civile margini di autonomia nella concreta determinazione delle modalità di attuazione del dovere. Se ricorrono pertanto particolari esigenze (ad es., per motivi di lavoro, salute, assistenza a congiunti infermi o anziani)<sup>247</sup> le parti possono stabilire validamente di mantenere residenze diverse fin quando le ragioni non vengano meno<sup>248</sup> e ferma la possibilità per ciascuna di chiedere la revisione dell'accordo ove ne ricorrano i presupposti<sup>249</sup>. Ciò non impedisce di configurare una residenza della coppia (e dunque una casa familiare) anche se non costituisce la dimora abituale dei suoi componenti<sup>250</sup>. In particolare è certamente da prendere in seria considerazione l'esigenza, eventualmente manifestata da una delle parti, di ricercare una soluzione abitativa che consenta di trascorrere più tempo insieme, al fine di perfezionare e consolidare la comunione di vita. Non sussistono, invece, limiti particolari riguardo alla fissazione del domicilio, onde le parti possono avere il centro dei

---

246 Ma in senso contrario, **F. CORSI**, Il regime patrimoniale della famiglia, I, in Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A.CICU-F.MESSINEO, Milano, 1979, p. 38 s.

247 In assenza delle quali la scelta di una residenza saltuaria risulta ingiustificata (G. CONTE, op. cit., p. 73) e dunque ciascuno potrebbe pretenderne la modifica.

248 Sottolinea **M. PARADISO**, op. cit., p. 78 che, al protrarsi nel tempo della mancata coabitazione, non potrà che seguire la crisi familiare.

249 9 Ciò appare tanto più pretendibile quanto l'accordo escluda o limiti notevolmente i tempi da trascorrere insieme.

250 Questa è la posizione assunta dall'interpretazione dominante: v. per tutti **P. ZATTI**, op. ult. loc. cit., il quale osserva che l'espressione "residenza familiare" serve ad indicare «un luogo d'abitazione dove si svolge la vita comune, senza che ciò vincoli la «dimora abituale» d'entrambi i coniugi». Pertanto, osserva giustamente **F. FINOCCHIARO**, op. cit., p. 286, la residenza familiare non coincide necessariamente con il criterio fissato dall'art. 43, 2° comma cc. ed «è il luogo convenzionale in cui la famiglia convive e al quale fanno ritorno quelli dei membri del gruppo che se ne siano allontanati per una qualche ragione».

propri affari in luogo diverso da quello di residenza, ciò non costituendo ostacolo alla realizzazione della comunione di vita.

Al componente dell'unione che abbandoni ingiustificatamente la casa familiare e rifiuti di ritornarvi nonostante il richiamo da parte dell'altro, si applicheranno le medesime sanzioni previste con riferimento al matrimonio in virtù del rinvio all'art. 146 cc. Egli subisce la sospensione temporanea del suo diritto all'assistenza morale e materiale<sup>251</sup> ma è tenuto invece, a sua volta, all'osservanza di tutti i doveri nascenti dall'unione e per tale ragione il giudice può disporre il sequestro dei suoi beni, al fine di assicurarne la contribuzione in vista del soddisfacimento dei bisogni dell'altro.

### **1.5 Indirizzo della vita familiare**

La scelta di inserire nella legge sulle unioni civili fra persone dello stesso sesso la specifica locuzione <<vita familiare>> si spiega in ragione della volontà di rimarcare la natura giuridica del nuovo istituto. Se ciò che si intende normare ha natura <<familiare>>, oggetto della regolamentazione, secondo il normal uso della lingua italiana, è una <<famiglia>>. L'inclusione dello specifico riferimento alla <<vita familiare>> nel comma 12 della legge, testimonia la precisa volontà del legislatore di introdurre uno specifico riferimento alla nozione di famiglia.

Affinità e divergenze di disciplina tra unioni civili e matrimonio emergono con evidenza dal dettato del comma 12. Partendo dalle prime è possibile constatare che la norma rimette all'accordo dei componenti dell'unione civile la determinazione dell'indirizzo di vita familiare e della residenza comune analogamente a quanto è previsto nel matrimonio. Come in precedenza accennato, solo in questo comma è possibile individuare un richiamo alla vita familiare riguardo all'unione civile, il quale è stato invece accuratamente evitato mediante una riformulazione delle norme inserite nella legge 76, in tutte le altre situazioni

---

251 Può dunque prospettarsi l'interrogativo se tale misura comprenda anche la perdita del diritto agli alimenti, soluzione che risponde meglio all'idea secondo la quale la sanzione più ampia si giustifica per scoraggiare iniziative individuali che violino i diritti dall'altro componente della coppia senza ricorrere ai normali strumenti forniti dal diritto nel caso di crisi dell'unione (chiederne lo scioglimento).



nelle quali il codice civile parla di famiglia, riferendosi alla coppia coniugata (ad es., si parla di residenza comune e non di residenza della famiglia, di contribuzione ai bisogni comuni e non ai bisogni della famiglia). La ragione di questo richiamo non è certa, ma si può ipotizzare una svista dovuta alla fretta con cui il senato è giunto all'approvazione del testo finale<sup>252</sup>, in quanto non vi sarebbe stata difficoltà a formulare il medesimo concetto parlando di “indirizzo della vita comune”, come peraltro accaduto riguardo alla residenza.

Al di là dei dati testuali<sup>253</sup> la possibilità di individuare nella coppia che ha contratto unione civile una famiglia, dipende dalle finalità e dalle regole fondamentali alle quali essa è sottoposta e non dalla qualificazione che ne dà la legge<sup>254</sup>. Divergenza di disciplina è costituita dal mancato richiamo all'intervento del giudice quale strumento volto a superare l'eventuale disaccordo fra i membri dell'unione riguardo alla determinazione dell'indirizzo di vita e della residenza comune, ma anche sulle altre decisioni relative alla vita familiare che non costituiscono mera attuazione dell'indirizzo concordato.

Ciò comporta che la coppia è chiamata ad individuare al suo interno gli strumenti più appropriati per superare il dissenso, col rischio che la mancata risoluzione porti ad una crisi della coppia. L'impossibilità di ricorrere al giudice<sup>255</sup> (in via conciliativa o decisionale, alla stregua di quanto previsto dall'art. 145 cc.) potrebbe rappresentare un segnale ulteriore di debolezza di cui tenere conto, eventualmente, nella ricostruzione della disciplina che la caratterizza<sup>256</sup>. E'

---

252 A favore di tale ipotesi si pronuncia, ad esempio, **E. QUADRI**, op. ult. cit., p. 1695.

253 Fra i quali occorre considerare anche il dettato del 1° comma il quale definisce l'unione civile una “specificazione formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione”. Per altro verso occorre sottolineare che nell'ambito dei rapporti patrimoniali tra coniugi – ai quali si è fatto rinvio anche per l'unione civile senza riformulare il testo delle norme – numerosi sono i riferimenti alla famiglia (ad es., “bisogni della famiglia”: art. 167 e 170; “spese per il mantenimento della famiglia”: art. 186 lett. c).

254 In senso critico circa la diversità dei termini usati dalla legge per distinguere la famiglia matrimoniale dalle unioni civili, **G. IORIO**, op. cit., p. 86.

255 Diversamente, **G. IORIO**, op. cit., p. 87 ritiene che l'art. 145 possa applicarsi in via analogica

256 In tal senso, **G. DE CRISTOFARO**, op. cit., p. 130. Ma in senso contrario v. le considerazioni svolte nel commento al comma precedente.

maggiormente verosimile ritenere che la legge abbia evitato di riproporre uno strumento rivelatosi nel tempo evanescente perché già inutilizzato dalle coppie coniugate. Facendo riferimento all'accordo come strumento generale di governo della famiglia, il comma 12 segue la strada già tracciata dalla riforma del 1975, trattandosi dell'unico strumento compatibile con l'uguaglianza dei componenti dell'unione. Esso è pertanto inderogabile onde le parti non potrebbero riconoscere ad una di esse maggiori poteri decisionali, ma solo delegarne in parte l'esercizio mediante procura. La disponibilità alla ricerca dell'accordo costituisce dovere<sup>257</sup> la cui osservanza deve valutarsi in concreto sulla base dell'atteggiamento assunto da ciascuno<sup>258</sup> e che potrebbe comportare un giudizio di responsabilità nei suoi confronti riguardo alla crisi dell'unione, che dovesse eventualmente scaturirne, per averne ostacolato il raggiungimento<sup>259</sup>. Analogamente è a dirsi per la disponibilità alla revisione dell'accordo, ove esso si rivelasse nel tempo insoddisfacente<sup>260</sup>. Tale dovere potrebbe ricondursi, come si è detto, sotto il più ampio contesto della collaborazione<sup>261</sup>, ma vi è anche chi, nel rapporto coniugale, configura un autonomo ed ulteriore dovere<sup>262</sup> rispetto a quelli formulati nell'art. 143 cc., ricostruzione che potrebbe assumere una certa rilevanza ove si ritenesse che la coppia unita civilmente non è tenuta al rispetto del primo.

Nell'ambito della determinazione dell'indirizzo di vita sono da ricondurre tutte le decisioni di natura esistenziale ed organizzativa riguardanti la coppia, indirizzate al perseguimento dei valori che essa intende privilegiare, tra le quali possono menzionarsi, per la loro importanza, lo svolgimento dell'attività lavorativa extra-familiare e domestica, l'utilizzazione delle risorse disponibili ed il tenore di vita

---

257 Non sussistono al riguardo dubbi in dottrina. Peraltro esso è costituito dalla ricerca dell'accordo, onde il mancato raggiungimento non può considerarsi sol per questo violazione del medesimo. V. per tutti M. PARADISO, op. cit., p. 170 ss.

258 **M. PARADISO**, op. cit., p. 187 individua una sicura violazione nel «rifiuto caparbio a concordare gli affari della famiglia».

259 **F. FINOCCHIARO**, op. cit., p. 280.

260 Anche per tale aspetto v. **M. PARADISO**, op. cit., p. 177 s.

261 In questo senso, **G. FURGIUELE**, op. cit., p. 144; **G. CONTE**, op. cit., p. 47.

262 **P. ZATTI**, op. ult. cit., p. 61; **F. RUSCELLO**, op. cit., p. 1065.

da condurre, la collocazione della casa familiare e le modalità per renderla disponibile (locazione, acquisto, convivenza con altri), la concretizzazione dei doveri previsti, il modo di trascorrere il tempo libero, l'educazione, istruzione, assistenza dei figli ove esistenti, la composizione del nucleo familiare. Proprio nell'ambito da ultimo menzionato è da ricondurre la decisione di assistere un congiunto prendendolo nella propria casa<sup>263</sup>. Tale aspetto è disciplinato dalla legge con riferimento al figlio generato da un componente della coppia precedentemente al sorgere dell'unione e di cui sia affidatario esclusivo o collocatario. Ove l'altro sollevasse opposizione, il relativo comportamento si porrebbe in contrasto col dovere di collaborazione; ugualmente nell'ipotesi in cui si trattasse di un figlio nato al di fuori del matrimonio e convivente col genitore al momento della costituzione dell'unione o del quale l'altro ne conoscesse l'esistenza, in conformità al dettato dell'art. 252, 2° comma cc. Riguardo alla concretizzazione dei doveri derivanti dall'unione è opportuno precisare che, mediante l'accordo, è consentito determinarne i profili attuativi in conformità alle esigenze della coppia, ma ne è vietata la deroga (anche ad uno solo) come peraltro ritiene l'opinione prevalente con riferimento ai doveri matrimoniali<sup>264</sup>, in virtù del divieto formulato dall'art. 160 cc. e comunque desumibile dalla funzione del matrimonio di realizzare una comunione di vita fondata su determinate caratteristiche. L'ambito del divieto di deroga sarebbe ridimensionata per l'unione civile, ove si considerassero insussistenti al suo interno i doveri di fedeltà e collaborazione (onde sarebbe ad es., consentito adottare lo schema della "coppia aperta" sotto il profilo sentimentale e sessuale, rifiutare il consenso ad ammettere i figli dell'altro nella casa familiare, non adoperarsi per la risoluzione delle problematiche familiari), soluzione che, come detto, è da respingere. L'accordo che contrasta con i doveri di coppia non risulta vincolante e quindi non se ne può

---

263 P. ZATTI, op. ult. cit., p. 59 s.

264 V. ad esempio, M. PARADISO, op. cit., p. 206 ss.; F. FINOCCHIARO, op. cit., p. 288 s.; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, Milano, 1996, p. 78 ss.; G. VILLA, op. cit., p. 374 ss.; G. CONTE, op. cit., p. 44; F. RUSCELLO, op. cit., p. 1067. Per l'opinione contraria, G. FURGIUELE, op. cit., p. 144; R. TOMMASINI, op. ult. cit., p. 457 a causa della collocazione della norma nell'ambito del capo riguardante il regime patrimoniale della famiglia.

esigere l'osservanza<sup>265</sup>; è dubitabile se rimangano fermi gli effetti già prodotti (ad es., se possano ripetersi le spese sostenute nell'adempimento esclusivo del dovere di contribuzione). L'accordo validamente concluso vincola anche per il futuro e legittima ciascuno dei membri dell'unione ad assumere le iniziative volte a determinarne l'attuazione.

Anche per l'unione civile si pone il problema, ampiamente dibattuto in dottrina con riferimento al matrimonio, relativo alla "stabilità" dell'accordo raggiunto o, invece, alla possibilità riconosciuta a ciascuno di rimetterlo in discussione, pretendendone la modifica, anche per mero pentimento o insoddisfazione degli effetti prodotti. L'economia della trattazione ne rende possibile solo un accenno e peraltro i termini della questione non sono diversi quando l'accordo è stipulato nel contesto dell'unione civile. Occorre constatare che la soluzione viene per lo più influenzata dalla ricostruzione relativa alla natura dell'accordo stesso. L'opinione prevalente gli attribuisce carattere negoziale<sup>266</sup>, onde il vincolo che ne scaturisce potrebbe sciogliersi solo consensualmente. Al contrario si mette in luce la insoddisfacente rigidità che ne deriverebbe, la quale mal si concilia con la sua funzione di introdurre un regolamento alla vita di coppia destinata a protrarsi nel tempo, con possibilità di mutamenti nei presupposti sui quali la decisione iniziale si è fondata. Si aggiunge inoltre che l'intesa potrebbe essere volta anche solo all'impostazione della vita comune, la quale non comporti produzione di effetti giuridici<sup>267</sup>. Un accettabile temperamento delle contrapposte esigenze (stabilità e flessibilità) viene individuata nella c.d. *efficacia rebus sic stantibus*, la quale renderebbe fondata la pretesa di procedere alla ridefinizione dell'accordo ove si

---

265 G. VILLA, op. cit., p. 376 s.

266 F. SANTORO PASSARELLI, op. cit., p. 523 s.; G. CONTE, op. cit., p. 47 ss.; A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, op. cit., p. 327 ss.; G. DORIA, op. cit., p. 81 s.; F. CORSI Il regime patrimoniale della famiglia, cit., p. 37. Nell'ambito di questa corrente di pensiero può ricondursi anche la posizione di S. ALAGNA, op. cit., p. 212 ss. secondo il quale solo gli accordi a lungo termine hanno, normalmente, natura negoziale nonché alcune decisioni particolari se la loro attuazione richiede l'esercizio di scelte ulteriori, non anche gli accordi su scelte di vita a breve termine.

267 G. CIAN, introduzione, in Commentario alla riforma del diritto di famiglia, a cura di L. Carraro-G. Oppo-A. Trabucchi, I, 1 Padova 1977, p. 47 s.

fosse modificata la situazione in costanza della quale era stato formulato<sup>268</sup>. Altra corrente di pensiero contesta la negoziabilità dell'accordo sul presupposto che la sua conclusione o più che altro il perseguimento dell'obiettivo, non è rimessa alla discrezionalità delle parti ma costituisce dovere previsto dalla legge, al quale non è possibile pertanto sottrarsi<sup>269</sup>; si aggiunge che il negozio mal si presterebbe all'esigenza "di programmare interessi sempre nuovi e diversi"<sup>270</sup>. Ed allora vi è, ad esempio, chi configura un'intesa<sup>271</sup>, o una tecnica di governo della famiglia<sup>272</sup>, oppure un mero fatto dal quale si desume la concordanza di intenti<sup>273</sup>. Pur nella diversità di accenti, l'elemento tendenzialmente comune a queste tesi si riscontra nell'idea secondo la quale sarebbe consentito alla parte insoddisfatta rimettere in discussione l'accordo, in quanto esso non assume l'efficacia di un reciproco impegno giuridico, anche se la situazione pregressa non si è modificata, senza che l'altra parte possa sottrarsi al dialogo, o possa assumere iniziative future tali da pregiudicarne la modifica<sup>274</sup>.

Non sembra, a dire il vero, che la doverosità dell'accordo contrasti con la configurabilità di un atto di autonomia privata<sup>275</sup>, alla quale è pur sempre rimessa la determinazione del contenuto dei diversi doveri, nel rispetto dei limiti innanzi individuati. Sarebbe peraltro contraria al suo significato sotto il profilo giuridico e sociale la possibilità di porre in discussione la stabilità per un pentimento persino

---

268 **F. SANTORO PASSARELLI**, op. loc. cit.

269 **F. FINOCCHIARO**, op. cit., p. 283.

270 **G. BONILINI**, Manuale di diritto di famiglia, cit., p. 117. Per sottolineature sulla inadeguatezza dello strumento negoziale a risolvere i peculiari problemi che la materia può presentare, anche **G. VILLA**, op. cit., p. 368 ss.

271 **P. ZATTI**, op. ult. cit., p. 75 ss.

272 **G. FURGIUELE**, op. cit., p. 140 ss. Un'articolata critica di questa tesi e di quella successivamente menzionata nel testo è formulata da **M. PARADISO**, op. cit., p. 178 ss.

273 **C.M. BIANCA**, op. cit., p. 65; **F. FINOCCHIARO**, op. cit., p. 184, tuttavia ritiene che l'accordo produca effetti vincolanti fino al mutamento della situazione pregressa; **T. BONAMINI**, Gli accordi sull'indirizzo familiare, in Trattato di diritto di famiglia, diretto da **G. Bonilini**, cit., I, p. 901 ss.

274 **P. ZATTI**, op. ult. cit., p. 76 s.

275 In senso conforme anche **F. SANTORO PASSARELLI**, op. loc. cit.

capriccioso<sup>276</sup>. Maggiori aperture, riconducibili al dovere di collaborazione, sono ammissibili ove il convivente insoddisfatto adducesse un errore di valutazione<sup>277</sup> e tuttavia si ritiene che l'altra parte potrebbe legittimamente opporsi alla modifica nelle ipotesi in cui essa comporti rilevanti effetti sulle scelte già compiute, non (rapidamente) modificabili, e dunque le sarebbe ancora consentito assumere iniziative volte ad attuare l'indirizzo di vita già concordato. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui una delle parti intenda mutare lavoro, la cui prestazione è da compiersi in altro luogo rispetto a quello in cui è posta la casa familiare e convenga però, con l'altro convivente, di non modificare l'assetto abitativo sottoponendosi a spostamenti verso il luogo di lavoro. In attuazione del suddetto programma viene rinnovato il contratto di locazione della casa familiare, si acquistata una seconda auto per agevolare gli spostamenti verso il nuovo posto di lavoro, l'altro convivente concorda a sua volta col suo datore di lavoro un orario più consono alle sopravvenute esigenze della coppia. Il convivente non potrà allora pretendere (soprattutto in tempi brevi) un nuovo mutamento dell'assetto di vita solo perché si è reso conto che il viaggio da affrontare comporta una fatica superiore al previsto, proprio per le importanti ripercussioni che il nuovo cambiamento avrebbe sugli interessi familiari. Una maggiore disponibilità, nel quadro del dovere di collaborazione, è richiesta invece nelle ipotesi in cui la situazione preesistente si sia modificata; peraltro in attesa della stipulazione di un nuovo accordo, il precedente rimane in vigore, ma ulteriori iniziative volte alla sua attuazione dovranno limitarsi ove ne ostacolino la sua revisione<sup>278</sup>. Le questioni poste da ultimo riguardano comunque le decisioni destinate a durare nel tempo e non anche quelle che non avranno ripercussioni sulle decisioni future (si pensi, ad esempio, alla determinazione delle modalità di investimento di una somma resasi disponibile).

---

276 Anche se la questione non riveste importanza fondamentale. **G. FURGIUELE**, op. cit., p. 144 nega la negoziabilità dell'accordo ma considera contrario al dovere di collaborazione sottrarsi arbitrariamente agli impegni raggiunti.

277 V. in questo senso **M. PARADISO**, op. cit., p. 192 ss., secondo il quale l'accordo relativo ad affari essenziali è in linea di principio vincolante e la sua modifica non sarebbe pretendibile per mero dissenso. La sua rilevanza dovrebbe invece ammettersi per questioni di modesta importanza; **G. FURGIUELE**, op. cit., p. 143.

278 **P. ZATTI**, op. ult. cit., p. 77.

Non costituiscono invece materia di accordo le scelte connesse all'esercizio delle libertà e dei diritti e fondamentali della persona<sup>279</sup> in quanto per lo più non incidono significativamente sulla vita di coppia (ad esempio, quelle di carattere culturale, religioso, politico); pertanto esse possono assumersi liberamente da ciascuno, anche contro la volontà dell'altro, in conformità al dettato dell'art. 2 cost. il quale tutela l'esercizio dei diritti fondamentali anche nel contesto delle formazioni sociali. Tuttavia l'altro convivente ne deve essere reso almeno partecipe, nel quadro del dovere di assistenza delineato in precedenza (§ 5). La ricerca dell'accordo è però necessaria quando l'esercizio dei diritti fondamentali possa incidere sulla vita di coppia (si pensi ad esempio ad alcune scelte connesse all'attività lavorativa<sup>280</sup>), quantunque anche in questo caso essi non possano subire un radicale sacrificio, onde entrambe le parti dovranno rendersi disponibili a ricercare una soluzione volta a contemperarne gli interessi (quello di coppia e l'interesse individuale), ferma restando la limitatezza degli effetti derivanti dall'inosservanza del dovere.

## 2. Rapporti patrimoniali dell'unione civile

Conformemente al matrimonio<sup>281</sup>, il comma 13 dell'art. 1, L. 76/2016 prevede che il regime patrimoniale ordinario dell'unione civile consista nella comunione dei beni (art. 159 c.c.), fatta salva la possibilità che le parti addivengano a una convenzione patrimoniale<sup>282</sup>; a quest'ultima si applicano le disposizioni del codice civile relative a forma (art. 162), modifica (art. 163), simulazione (art. 164) e

---

279 Al riguardo vi è convergenza di opinioni in dottrina. Si v. ad esempio, **P. ZATTI**, op. ult. cit., p. 83; **G. VILLA**, op. cit., p. 374; **F. RUSCELLO**, op. cit., p. 1068 s.; **S. ALAGNA**, op. cit., p. 205 ss. il quale osserva altresì che, ove un accordo in materia fosse intervenuto, non sarebbe vincolante per il futuro ove sopravvenisse dissenso

280 Il § 1356, abs 2 del BGB dispone ad esempio, che «Entrambi i coniugi hanno diritto di svolgere un'attività produttiva. Nella scelta e nell'esercizio di un'attività produttiva essi devono tenere nel dovuto riguardo le esigenze dell'altro coniuge e della famiglia».

281 **C. VENUTI**, La disciplina dei rapporti patrimoniali nel d.d.l. Cirinnà, in **F. ROMEO**, C. VENUTI, Relazioni affettive non matrimoniali, riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze, in Nuove leggi civ. comm., 2015, p. 994.

282 Sul tema del regime patrimoniale nell'unione civile vedi amplius **O. LANZARA**, Profili patrimoniali dell'unione civile, in Comparazione e diritto civile, 2017, passim.

capacità dell'inabilitato (art. 166) per la stipula delle convenzioni matrimoniali. Come avviene per il matrimonio, resta ferma la possibilità dei partners di optare per il regime di separazione dei beni. Lo stesso comma 13, sancendo l'inderogabilità per i contraenti dei diritti e doveri derivanti dalla costituzione dell'unione civile, stabilisce in tema di regime patrimoniale l'applicazione della disciplina delle sezioni II (fondo patrimoniale, artt. 167-171), III (comunione legale, artt. 177-197), IV (comunione convenzionale, artt. 210 e 211), V (separazione dei beni, artt. 215-219) e VI (impresa familiare, art. 230bis) del libro primo, titolo VI, del codice civile<sup>283</sup>. Il regime patrimoniale vigente nell'unione civile risulta dall'apposito registro tenuto dallo stato civile. Estraendone una certificazione, se non ci sono annotazioni, significa che il regime è quello legale della comunione dei beni, in quanto, come nel matrimonio, nel registro medesimo si annota solo l'esistenza di eventuali convenzioni e di loro eventuali modifiche<sup>284</sup>. Se l'unione civile si scioglie, cessa anche il regime patrimoniale che sia stato instaurato tra gli uniti civili. Ciò accade, ad esempio, per morte di uno degli uniti, per passaggio in giudicato delle sentenze di morte presunta di uno degli uniti, di rettificazione del sesso di uno degli uniti, di scioglimento dell'unione civile<sup>285</sup>.

## 2.1 La comunione legale

Il comma 13 dell'art. 1 della L. n. 76/2016 così dispone :*”Il regime patrimoniale dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, in mancanza di diversa convenzione patrimoniale è costituita dalla comunione legale”*.

---

283 **M. ASTONE**, I regimi patrimoniali delle unioni civili nella L. n. 76/2016: opzioni legislative e principio di non discriminazione, in *Fam. e Dir.*, 2016, p. 902

284 **G. Iorio**, Costituzione dell'unione civile, impedimenti ed altre cause di nullità. Gli obblighi dei contraenti. Il regime patrimoniale. Lo scioglimento dell'unione civile civile, in *AA.VV.*, *Unioni civili e convivenze di fatto*. L. 20 maggio 2016, 76 ( a cura di) **M. Gorgoni**, Santarcangelodi Romagna, 2016, p. 94 ss

285 **G. OBERTO**, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, in *AA.VV.*, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*. Legge 20 maggio 2016 n. 76, Torino, 2016, p. 30 ss.



Vale allora evidenziare come la comunione legale diverga dalla comunione ordinaria di beni, dato che ciascun coniuge è solidalmente titolare dell'intero patrimonio e non di una quota ideale dello stesso. Attraverso la storica sentenza della Corte Costituzionale 17 marzo 1988 n. 311, il Giudice delle leggi ha chiarito che all'interno della comunione "la quota non è elemento strutturale, ma ha soltanto la funzione di stabilire la misura entro cui i beni della comunione possono essere aggrediti dai creditori particolari (articolo 189 c.c.), la misura della responsabilità sussidiaria di ciascuno dei coniugi con i propri beni verso i creditori della comunione, (articolo 190 c.c.), la proporzione in cui, sciolta la comunione, l'attivo e il passivo debbano essere ripartiti tra i coniugi o i loro eredi (articolo 194 c.c.)"<sup>286</sup>.

Tra i beni comuni si suole operare una distinzione tra quelli rientranti nella cd. "*comunione attuale*" che rientrano nel patrimonio al momento del loro acquisto, formando in tal modo *l'attivo*, e quelli che ricadono nella cd. "*comunione de residuo*" perchè incrementano il patrimonio comune solo se sussistenti al momento in cui, nelle varie forme, si scioglie la comunione stessa. Nella "*comunione attuale*" sono inclusi gli acquisti di cui alla lett.a) dell'art. 177c.c., l'azienda di cui alla lett. d) dello stesso articolo, nonché, quanto previsto dall'ultimo comma del medesimo articolo con riferimento agli utili e agli incrementi di quella azienda che, seppur gestita da entrambi, prima del matrimonio, apparteneva solo ad uno di essi. La comunione de residuo, invece, comprende i frutti dei beni propri ed i proventi dell'attività separata di ciascuno se, allo scioglimento della comunione, non siano stati consumati (art. 177, lett. b e c, c.c.). Essa, inoltre, include i beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno dei coniugi costituita dopo il matrimonio e gli incrementi dell'impresa realizzata anche precedentemente se sussistono al momento dello scioglimento di questa (art. 178 c.c.)

---

286 Corte cost., 17 marzo 1988 n. 311, in Foro it., vol. 113, parte prima: giurisprudenza costituzionale e civile (1990), c. 2145/2146-2149/2150.

Maggiori difficoltà , poi , si sono avute in merito alla possibilità di includere nella comunione gli acquisti a titolo originario<sup>287</sup>. I primi commentatori della riforma della famiglia non poterono che evidenziare l'inadeguatezza del riferimento all'utilizzo del termine "acquisto", in quanto il termine in questione porta con sé una tale ampiezza e una tale genericità da rischiare di compromettere la sua portata di specificità. Proprio in virtù di quel principio solidaristico, la maggior parte della dottrina si è orientata nel far rientrare nel concetto di acquisti sia quelli a titolo derivativo che quelli a titolo originario. Ed in effetti la *ratio* della comunione legale è quella di vedere i coniugi partecipare in maniera paritaria a tutte le vicende economiche riguardanti la famiglia.

Nell'ambito degli acquisti a titolo originario, occorre distinguere quelli che sono caratterizzati da un fenomeno di c.d. attrazione reale, vale a dire "quelli che operano ipso jure in forza di un particolare rapporto che lega il bene acquisito al bene che lo attrae (es. accessione)"<sup>288</sup>, da quelli che sono fondati sul fenomeno di attrazione personale, che presuppone un comportamento attivo necessario per l'apprensione del bene (usucapione, occupazione, invenzione). Soltanto la prima tipologia di acquisti, sono in radice esclusi dalla comunione, perché dalla lettura dell'articolo 177 c.c. e nel dettaglio dall'utilizzo del verbo compiere, è presupposto un facere da parte del soggetto acquirente. La suddetta summa divisio tra acquisti a titolo originario per attrazione reale e per attrazione personale, possa essere estesa anche alla comunione intercorrente tra i costituenti l'unione, a fronte dell'esplicito richiamo contenuto nel comma 13 all'integrale disciplina sulla comunione legale. E' quindi possibile estendere anche alle unioni civili le conclusioni a cui è giunta la giurisprudenza di legittimità sulla eventuale

---

287 **F. GAZZONI**, Manuale di diritto privato, Napoli, 2013, p. 376; **S. TONDO**, Gli acquisti originari nel regime di comunione legale, in Foro it., 1981, c. 161.; **B. MEOLI**, La comunione legale: natura, caratteri ed oggetto, in Il diritto di Famiglia nella Dottrina e nella Giurisprudenza, Trattato Teorico-Pratico, a cura di G. AUTORINO STANZIONE, vol. III, cit., p. 182 e ss.; **G. GABRIELLI - M.G. CUBEDDU**, Il regime patrimoniale dei coniugi, Milano, 1997, p. 33; **S. TONDO**, Gli acquisti originari nel regime di comunione legale, in Foro it., 1981, V, c. 161.

288 **M. SANTISE**, Coordinante ermeneutiche di diritto civile, Napoli, 2017, p. 66; **V. DE PAOLA - G. GUIDOCCIO**, Nuovi profili in tema di acquisti per accessione e comunione legale, in Fam. e dir., 2000, p. 24; **M.L. CENNI**, Operatività dell'accessione nella comunione legale, in Corr. giur., 1996, p. 558.

possibilità di qualificare come acquisto che cade immediatamente sotto il regime della comunione ex articolo 177, lettera a c.c., la costruzione realizzata con materiale o denaro di un coniuge, ma edificata su fondo di proprietà esclusiva dell'altro.

La Suprema Corte ritiene che in tali casi operi la disciplina dettata in tema di accessione, per cui, in ossequio alla portata generale del meccanismo di attrazione reale che può, a norma dell'articolo 934 c.c., essere derogato soltanto dal titolo o dalla legge, il bene edificato resterà nell'esclusiva disponibilità del coniuge proprietario del fondo<sup>289</sup>. Sono state, di converso, manifestate maggiori aperture circa la qualificazione di taluni diritti di credito vantati da uno solo dei coniugi in costanza di matrimonio come acquisti ex articolo 177 c.c.

Gli Ermellini, hanno consentito, l'ingresso dei diritti di credito<sup>290</sup> nella comunione in presenza di determinate condizioni. Pertanto, rientrano nella comunione legale i titoli obbligazionari, quelli azionari, nonché le quote, i fondi d'investimento acquistati dal coniuge come proventi della propria attività professionale, ed in particolare "l'acquisto di obbligazioni societarie, comportando l'impiego del denaro, provento dell'attività personale e separata di uno dei coniugi, in un bene giuridico costituente una forma di investimento, trasforma il provento dell'attività separata in un quid alii che, secondo la regola generale posta dall'articolo 117, comma 1, lettera a), per tutti gli acquisti compiuti da ciascun coniuge in regime di comunione legale con i proventi della propria attività, entra a far parte della comunione legale immediata e non della comunione

---

289 Cass. civ., 11 giugno 1991 n. 6622, in Giust. civ., 1992, I, p. 763; Cass. civ., 16 febbraio 1993 n. 1921, in Giur. it. 1993, I, 1, c. 1902; Cass. civ., 25 novembre 1993 n. 11663, in Giur. it., 1994, I, c. 1512. Sul punto si rinvia **A. CECCHERINI**, Comunione legale, accessione e proprietà dei materiali di costruzione, in Fam e dir., 1996, p. 220; **F. PARENTE**, Le Sezioni Unite imputano al patrimonio personale la costruzione realizzata sul suolo del coniuge durante la comunione legale, in Dir. fam, 1997, p. 114; in chiave critica **E. QUADRI**, in nota a Cass. 27 gennaio 1996 n. 651, in Corr. giur., 1996, p. 558; **T. AULETTA**, Accessione e comunione legale: ancora una pronuncia della suprema corte a favore del proprietario del suolo, in Giust. civ., 1998, p. 2831.

290 Cass. civ., 18 febbraio 1999, n. 1363, in Vita notar., 2000, p. 162; Cass. civ., 9 luglio 1994, n. 6493, in Riv. giur. edil, 1995, I, p. 114; Cass. civ., 27 gennaio 1995, n. 987, in Vita notar., 1996, p. 237. Per una diffusa trattazione del tema vedasi **M. SANTISE**, op. cit., p. 70; **B. MEOLI**, La comunione legale: natura, caratteri ed oggetto, cit., p. 182 e ss.

de residuo ai sensi dell'articolo 177 c.c., comma 1, lettera c<sup>291</sup>. Faranno parte della comunione soltanto i diritti di credito che presentino il carattere della strumentalità, risolvendosi in investimenti e non i meri mezzi strumentali all'acquisto di diritti reali<sup>292</sup>.

## 2.2 Convenzioni patrimoniali tra le parti dell'unione civile

Il comma in epigrafe traspone nella disciplina dell'unione civile l'intero assetto giuridico delle "convenzioni matrimoniali" stabilito dal codice civile, tramutandone il nome in "convenzioni patrimoniali"<sup>293</sup>.

Orbene, atteso l'esplicito rinvio all'articolo 162 c.c., i componenti dell'unione possono stipulare la convezione in ogni tempo, ferme restando le disposizioni dell'articolo 194 c.c. Inoltre, è prescritto il medesimo rigore formale richiesto per le convenzioni matrimoniali. Le convezioni tra i costituenti dell'unione dovranno essere stipulate per atto pubblico<sup>294</sup> dinnanzi al notaio o al pubblico ufficiale, a pena di nullità.<sup>295</sup> Parimenti alle convenzioni patrimoniali possono estendersi le valutazioni svolte da attenta dottrina sulla forma da prescegliersi per quelle matrimoniali, e segnatamente quella dell'atto pubblico rogato da notaio. A tale conclusione si perviene ponendo l'accento al regime dell'opponibilità prescritto al 4° comma dell'articolo 162 c.c. Secondo il regime ordinario la convenzione non è opponibile ai terzi se non risultano annotate a margine dell'atto di costituzione dell'unione civile la data della stessa, l'identità del notaio rogante e le generalità

---

291 Cass. civ., 23 settembre 1997, n. 9355, in Riv. notariato, 1999, p. 670; Cass. civ., 15 gennaio 2009, n. 799, in Vita not., 2009, 1, p. 333; Cass. civ., 15 giugno 2012, n. 9845, in Mass. giust. civ., 2012, 6, p. 799.

292 **M. SANTISE**, op. cit., p. 72.

293 Sulle quali si rinvia a **M.G. Cubeddu**, Le convenzioni matrimoniali, in **T. Auletta** (cur), I rapporti patrimoniali fra coniugi, Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone, vol. III, Torino, 2011, p. 27 ss., p. 43 ss.

294 **A. SATURNO**, Le convenzioni matrimoniali, in Il diritto di Famiglia nella Dottrina e nella Giurisprudenza, Trattato Teorico-Pratico, a cura di **G. AUTORINO STANZIONE**, vol. III, cit., p. 63 ss.

295 **G. OBERTO**, Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale, in Fam. e dir., 1995, 6, p. 596;

dei contraenti, nonché la scelta del regime di separazione ed eventualmente della scelta della legge straniera applicabile, nel caso di coppie miste o di un partner residente all'estero.

Di certo, la regola dell'atto pubblico notarile soffre di almeno un'eccezione, costituita dalla "scelta del regime di separazione" che, ai sensi del capoverso dell'art. 162 c.c., "può anche essere dichiarata nell'atto di celebrazione del matrimonio". Siffatto formalismo è richiesto anche in sede di modifica della convenzione, la quale può avvenire soltanto con il consenso di tutte le persone che ne sono state parti. Se tuttavia una delle parti dell'unione muore dopo aver consentito con atto pubblico alla modifica, quest'ultima produce effetti solo se le altre parti vi consentono e fatta salva l'omologazione da parte del giudice, nel qual caso sia le modifiche sia la sentenza di omologazione devono essere annotate a margine dell'atto di unione civile. L'omologazione può essere chiesta da tutte le persone che hanno partecipato alla modificazione delle convenzioni o dai loro eredi". L'omologazione, a parere di attenta dottrina<sup>296</sup>, avrebbe la funzione di tutelare gli interessi degli eredi del coniuge defunto, vincolati dalla sua proposta, sicché si ritiene che l'eventuale procedimento avviato avrà carattere contenzioso, e non camerale<sup>297</sup>.

L'istituto della modifica va collegato all'articolo 210 c.c., pure applicabile all'unione civile in conseguenza del richiamo al relativo capo da parte del comma 13. Ai sensi di tale previsione, infatti, le parti dell'unione possono *modificare convenzionalmente la comunione legale dei beni*, ad esempio estendendola a taluni beni particolari, purchè queste modifiche non riguardino <<beni di uso strettamente personale di ciascuna parte dell'unione civile>>, << i beni che servono all'esercizio della professione dell'altra parte dell'unione civile, tranne quelli destinati alla conduzione di una azienda facente parte della comunione>> e << i beni ottenuti a titolo di risarcimento del danno nonché la pensione attinente alla perdita parziale o totale della capacità lavorativa>>. Le modifiche non

---

296 F. CORSI, op. cit., p. 37 ss.

297 A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, Diritto di famiglia, I, Milano, 1984, p.776;  
V. DE PAOLA, op. cit., p. 182 ss.

possono riguardare né l'amministrazione dei beni in comunione né l'uguaglianza delle quote.

Come avviene per le convenzioni matrimoniali, anche quelle stipulate nell'ambito dell'unione civile possono essere oggetto di simulazione. In tal modo, la convenzione può essere contestata con un'azione di simulazione da parte dei terzi, ma le controdeklarazioni scritte producono effetto soltanto se fatte con la presenza e con il simultaneo consenso di tutte le parti della convenzione. La ratio di tale limitazione risiederebbe nella prevalenza degli interessi del gruppo familiare rispetto a quelli individuali dei singoli contraenti<sup>298</sup>.

L'ultima norma richiamata dal comma 13 dell'art. 1 della L. n. 76/2016 è l'art. 166 cc relativo alla “*capacità dell'inabilitato*” che prevede<sup>299</sup>: “*Per la validità delle stipulazioni e delle donazioni, fatte nel contratto di matrimonio dall'inabilitato o da colui contro il quale è stato promosso giudizio di inabilitazione, è necessaria l'assistenza del curatore già nominato. Se questi non è stato ancora nominato, si provvede alla nomina di un curatore speciale*”.

A tal riguardo, se una delle parti risulta inabilitata o è pendente il processo di inabilitazione, per la stipulazione occorre, a pena di invalidità, l'assistenza di un curatore legale il quale, se non è ancora stato nominato, dovrà esserlo ai sensi dell'art. 732 c.p.c. Al minore ammesso a contrarre matrimonio, anche se non ancora emancipato, è consentito manifestare la propria volontà sul regime patrimoniale che intende adottare con l'assistenza dei genitori, ovvero di curatore speciale o tutore, senza l'autorizzazione giudiziale. Vi è chi ritiene, di converso, che esisterebbe una vera e propria inidoneità assoluta del minore a divenire

---

298 **L.V. MOSCARINI**, Convenzioni matrimoniali in genere, in *La comunione legale*, a cura di C.M. BIANCA, II, Milano, 1989, p. 1027 ss.

299 **F. CORSI**, op. cit., p. 12; **R. SACCO**, Regime patrimoniale e convenzioni, nel Commentario alla riforma del diritto di famiglia, a cura di **L. CARRARO, G. OPPO e A. TRABUCCHI**, Padova, 1976, p. 341; **E. RUSSO**, L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, p.155. Sull'interesse del minore elevato a parametro valutativo per la tutela giuridica dello stesso sia consentito il rinvio a **P. STANZIONE**, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975; **ID.**, *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, p. 260; **ID.**, **G. SCIANCALEPORE**, *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006, p. 45 ss

titolare dei rapporti giuridici in questione<sup>300</sup>, perché, trattandosi di atti personalissimi, non potrebbero essere compiuti né dal genitore, né dal tutore<sup>301</sup>. Inoltre, si discute se il minore possa, al pari dell'inabilitato, nonostante la mancata previsione nell'articolo 165, includere all'interno della convenzione atti di liberalità. La tesi prevalente propende per la possibilità dell'inserimento di una donazione all'interno della convenzione matrimoniale, per una duplice ragione: in primo luogo, viene richiamato l'articolo 774<sup>302</sup> c.c. che consente espressamente sia al minore che all'inabilitato la stipula di donazioni “nel contratto di matrimonio, a norma degli articoli 165 e 166 c.c.”<sup>303</sup>. Viene fornita un'interpretazione estensiva della locuzione “*tutte le relative convenzioni*” contenuta nell'articolo 165 c.c., tale da consentire l'ingresso delle donazioni nel contratto di matrimonio, a condizione che tali atti di liberalità siano collegati alle future nozze e che il contratto di matrimonio abbia come contenuto principale la previsione del regime patrimoniale. Ne consegue, dunque, l'impossibilità per il minore di stipulare donazioni obnuziali con atto distinto e separato, per effetto dei divieti previsti dagli articoli 774 e 777 c.c..

Occorre precisare che le riflessioni svolte in merito alla posizione del minore non sono estensibili alle unioni civili, dato che il riformatore non richiama l'articolo 165, né l'articolo 84 c.c. Proprio l'esclusione da ultimo menzionata ha destato non poche perplessità a tal punto da spingere taluno a paventare un problema di costituzionalità, non riuscendosi ad individuare la ragione per cui ad un soggetto ultra sedicenne, dotato di maturità psicofisica ed in presenza dei gravi motivi, dovrebbe essere consentita la celebrazione delle nozze, ma non la stipula

---

300 **M. CANNIZZO**, Le convenzioni matrimoniali e gli incapaci, in Vita not., 1993, p. 1008.

301 **G. DE RUBERTIS**, Le convenzioni matrimoniali nel nuovo diritto di famiglia, in Dir. fam. pers., 1976, p. 1294; E. SACCO, op. cit., p. 341; L.V. MOSCARINI, op. cit., p. 1008.

302 **A. D'ANTONIO**, Convenzioni matrimoniali, donazioni e capacità del minore nel disposto dell'art. 165 c.c., in Riv. dir. civ., 1989, p. 657 ss.

303 Di diverso avviso **F. CORSI**, op. cit., p. 13, il quale, muovendo dal rilievo che le donazioni tra coniugi, comprese quelle obnuziali, non possono essere assimilate alle convenzioni matrimoniali (cui fa ora riferimento l'art. 165) ritiene che la modifica apportata alla norma in commento abbia carattere sostanziale ed esclude, per conseguenza, che il minore, diversamente dall'inabilitato, possa compiere nel suo contratto di matrimonio liberalità

dell'unione civile<sup>304</sup>. L'art. 166. c.c. si occupa tanto della situazione dell'inabilitato, che di quella del soggetto contro cui sia stata proposta domanda di inabilitazione. In relazione all'inabilitato, si ritiene che la stipula della convenzione non sia subordinata all'autorizzazione del giudice, essendo sufficiente la nomina del curatore<sup>305</sup>. Nel caso in cui la convenzione venga stipulata successivamente alle nozze e alla pronuncia di inabilitazione, onde evitare possibili conflitti di interesse, qualora, come di consueto accade, il curatore sia il coniuge, il giudice tutelare, o in mancanza il presidente del tribunale, provvederà alla nomina di un curatore speciale<sup>306</sup>. Ove, viceversa, sia pendente il giudizio di inabilitazione, la norma deroga a quanto stabilito dall'articolo 427 c.p.c, che contempla la nomina di un curatore provvisorio, sempre che vi sia alta probabilità che venga pronunciata l'inabilitazione<sup>307</sup>.

Per quanto riguarda l'interdetto per infermità di mente, non vi sono disposizioni che consentano al tutore di sostituirsi all'infermo in sede di scelta del regime patrimoniale. Con riferimento alla posizione vantata dall'interdicendo, si discute se sia analogicamente applicabile la regola dettata dal 166 c.c. La posizione dominante nega tale possibilità, a fronte della natura eccezionale delle disposizioni in tema di capacità<sup>308</sup>. In relazione alla posizione dell'interdetto legale, non vi è univocità di vedute. In ogni caso, si ritiene che tale soggetto, potendo liberamente contrarre matrimonio, debba essere ammesso alla stipula di convenzioni matrimoniali, e, che egli, in considerazione del carattere personale,

---

304 **G. OBERTO**, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., p. 53.

305 F. D. BUSNELLI, voce "Convenzione matrimoniale", in Enc. dir., X, Milano, 1962, p. 525 ss.; **R. SACCO**, Del regime patrimoniale della famiglia. Le convenzioni matrimoniali, in Comm. dir. it. fam. Cian-Oppo-Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 42 ss.

306 **V. DE PAOLA**, op. cit., p. 87.

307 **G. GABRIELLI**, Infermità mentale e rapporti patrimoniali familiari, in Riv. dir. civ., 1986, I, p. 532.

308 **M. CANNIZZO**, op. cit., p. 1010 ss.



possa stipularle senza dover ricorrere ad alcuna forma di rappresentanza o di assistenza<sup>309</sup>.

Quanto descritto può essere traslato anche alle convenzioni patrimoniali stipulate dai membri dell'unione.

### 2.3 Il *pactum de lege utenda*

Alle parti dell'unione civile è consentito inoltre regolare le loro convenzioni patrimoniali mediante ricorso ad una legge straniera che prende il nome di *pactum de lege utenda*.

Il suddetto accordo rinviene il suo addentellato normativo nell'articolo 32 ter, comma 4, della legge 31 maggio 1995, n. 218 ( Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), aggiunto al decreto attuativo in materia di diritto internazionale privato ( d.lgs 19 gennaio 2017, n. 7)<sup>310</sup>. Tale previsione, consente alle coppie <<miste>> e alle coppie <<a distanza>><sup>311</sup> di << convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno una di esse è cittadina o nel quale almeno uno di esse risiede>>.

La disposizione richiamata rispetto alla regolamentazione del matrimonio omette di precisare sia le condizioni di validità dell'accordo, sia l'opponibilità di

---

309 **F. SANTOSUOSSO**, Il regime patrimoniale della famiglia, in Commentario del codice civile, a cura di AA.VV., Torino, 1983, p. 109.; F. CORSI, op. cit., p. 15; **A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO.**, op. cit., p. 787; M. CANNIZZO, op. cit., p. 1011; V. DE PAOLA, op. cit., p. 96 ss., “sarebbe preclusa la stipula di convenzioni dispositive - vale a dire di quelle che incidono su di un regime mediante apporto o esclusione di determinati beni - mentre sarebbe ammessa quella di convenzioni programmatiche, che non rientrerebbero nel disposto dell'art. 32 c.p. e che al pari degli altri atti di natura personale e familiare l'interdetto legale potrebbe stipulare di persona”.

310 Cfr. l'art. 1, comma 1, lett. a), del d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 7, Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n. 76, in Gazz. Uff. n. 22 del 27 gennaio 2017, p. 15 ss.

311 A tal riguardo può ricordarsi che, secondo la Corte europea dei diritti umani, <<nell'odierno mondo globalizzato molte coppie conducono la loro relazione a grande distanza, assecondando il bisogno di mantenere residenze in Paesi diversi per fini professionali o per altri fini. La Corte considera che questa circostanza non influisce sull'esistenza di una relazione stabile e responsabile e sul suo bisogno di protezione>>. Corte EDU, 21 luglio 2015, ricorsi n. 18766/11 e 36030/11, Oliari et al c. Italia , § 169

quest'ultimo ai terzi. Si tratta dei due aspetti espressamente contemplati dai commi 2 e 3 dell'articolo 30 della legge n. 218/1995 in materia di rapporti patrimoniali tra i coniugi. Ragioni logico-sistematiche impongono l'estensione di tali commi anche all'unione civile. Pertanto, da un lato l'accordo è valido «se è considerato tale dalla legge scelta o da quella del luogo in cui l'accordo è stato stipulato» e, dall'altro, esso risulta opponibile ai terzi «solo se questi ne abbiano avuto conoscenza o lo abbiano ignorato per loro colpa». Infine «*relativamente ai diritti reali su beni immobili, l'opponibilità è limitata ai casi in cui siano rispettate le forme di pubblicità prescritte dalla legge dello Stato in cui i beni si trovano*».

In assenza di accordo, deve farsi riferimento alla legge del luogo di costituzione. In deroga alla forma prevista *ad substantiam* per la convenzione patrimoniale, la *professio iuris* può essere effettuata per «iscritto», e dunque mediante mera «scrittura privata, senza alcuna prescrizione formale»,<sup>312</sup> ma per essere opponibile ai terzi essa dovrà comunque essere annotata a margine dell'atto di costituzione dell'unione civile.<sup>313</sup> Pertanto le condizioni di validità del patto vanno valutate, alla stregua dei presupposti di fatto esistenti al momento della stipulazione, in virtù della legge del luogo di formazione del medesimo patto.

#### 2.4 Il fondo patrimoniale tra le parti dell'unione civile

In virtù del richiamo integrale alla sezione II del capo del codice civile dedicato al regime patrimoniale della famiglia, anche le parti di un'unione civile possono costituire un fondo patrimoniale.<sup>314</sup> La scelta degli uniti, al pari dei coniugi, di

---

312 Così L. Di Lorenzo, Il regime patrimoniale tra i coniugi nel diritto internazionale privato, in F. Preite, **A. Gazzanti Pugliese di Cotrone** (cur.), *Atti notarili, Diritto comunitario e internazionale*, Torino, 2011, II, p. 205 ss., p.255.

313 A tale conclusione si giunge tramite interpretazione analogica dell'art. 69, lett. b), del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile), che prevede l'annotazione nell'atto di matrimonio «della scelta della legge applicabile ai loro [sic] rapporti patrimoniali ai sensi dell'articolo 30, comma 1, della legge 31 maggio 1995, n. 218».

314 Secondo **B. De Fillippis**, *Unioni civili e contratti di convivenza*, cit. p. 194 «il richiamo alla normativa del fondo patrimoniale avrebbe potuto essere tranquillamente omesso, trattandosi di istituto in disuso. Tuttavia, una volta effettuata la scelta di riconoscere ai

costituire un fondo patrimoniale non si pone come alternativa al regime di comunione legale, ma, a differenza degli altri regimi convenzionali, può alla stessa affiancarsi. Quest'ultimo consiste in un vincolo di destinazione che ciascuna delle parti, entrambe ovvero un terzo<sup>315</sup> possono costituire a mezzo di convenzione patrimoniale riversata in un atto pubblico o anche per testamento in relazione a determinati beni immobili, mobili registrati o titoli di credito allo scopo di << *far fronte ai bisogni della famiglia*<sup>316</sup>>>. La proprietà dei beni oggetto del fondo spetta ad entrambe le parti dell'unione, salvo che nella convenzione sia previsto diversamente; il compimento di atti di ordinaria amministrazione spetta, secondo le regole della comunione legale, a ciascuna parte disgiuntamente.

Indipendentemente da chi vanti il titolo di proprietà su beni oggetto del vincolo di destinazione (entrambi o il singolo unito o piuttosto il terzo), l'amministrazione degli stessi è assoggettata al regime della comunione legale, le cui norme sono espressamente richiamate dall'articolo 168, 3° comma, c.c.

La costituzione del fondo impone sui beni che ne sono oggetto un regime di parziale *inaggregabilità e parziale inalienabilità* che richiede il consenso di entrambe le parti e, in presenza di figli, l'autorizzazione del giudice <<*nei soli casi di necessità o utilità evidente*>>.

In assenza di figli minori non è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare per il compimento degli atti di disposizione sui beni oggetto del fondo, né tantomeno l'obbligo di rimpiego, di converso, in presenza dei minori, gli atti dispositivi

---

contraenti diritti patrimoniali e facoltà simili a quelli previsti per il matrimonio, l'inclusione ha una sua coerenza>>.

315 In relazione alla costituzione del fondo patrimoniale ad opera di un terzo, essa si perfeziona al momento dell'accettazione da parte del partner, che può essere fatta a mezzo di un atto pubblico posteriore (art. 167, comma 2, c.c. )

316 Sulla natura giuridica del fondo patrimoniale, caratteristiche e struttura: **A. SATURNO**, Il fondo patrimoniale, in **G. AUTORINO STANZIONE** (diretto da), Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico, vol. terzo, cit., p. 337 ss.; **V. DE PAOLA**, Il fondo patrimoniale, in Commentario, a cura di **L. CARRARO, G. OPPO e A. TRABUCCHI**, I, Padova, 1992, p. 196; **T. AULETTA**, Il fondo patrimoniale, Milano, 1990; **P.G. DE MARCHI**, Il fondo patrimoniale, Milano, 2005; **S. CECCARONI**, Fondo patrimoniale, trust, e patti di famiglia, Milano, 2016; **A. FERRARI**, Fondo Patrimoniale e trust familiare, Milano, 2017.

saranno consentiti nei limiti e secondo le modalità prescritte dall'articolo 169 c.c. L'estinzione del fondo si verifica nel caso di annullamento, di scioglimento e di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Sembra possibile affermare che, nel caso di unione civile, il fondo si estinguerà con lo scioglimento dell'unione, e, in ogni caso, le parti potranno rivolgersi al giudice per ottenere indicazioni sulle modalità di amministrazione del fondo. Tuttavia, in presenza di figli minori essa dura fino al compimento della maggiore età di questi<sup>317</sup>. Le parti dell'unione civile possono rivolgersi al giudice per ottenere indicazioni sulle modalità di amministrazione del fondo (articolo 171).

Il fondo patrimoniale si presenta, comunque, come patrimonio di scopo, autonomo e “diverso” rispetto ai beni che finiscono ope legis nel patrimonio coniugale. C'è in dottrina, infatti, chi ha coniato la definizione di “patrimonio separato<sup>318</sup>”. Trattasi, quindi, di un istituto che consente alla famiglia, convenzionalmente, di creare su determinati beni un vincolo per soddisfare i bisogni della famiglia.

Come si è visto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 170 c.c il fondo patrimoniale è suscettibile di “*aggressione*” da parte dei creditori a determinate condizioni. Due, infatti, gli elementi che consentono ai creditori di soddisfare le proprie legittime pretese: la *causa obligandi*, ovvero l'elemento oggettivo che collega il credito vantato allo stesso fondo e la *scientia creditoris* che afferisce all'elemento psicologico del creditore, quindi, all'elemento soggettivo.

Per dirla con le parole della Suprema Corte “è (...) *l'oggettiva destinazione dei debiti contratti alle esigenze familiari che legittima l'aggressione di detti beni da*

---

317 V. Cass. Civ., sez. I, 8 agosto 2014, n. 17811, in Dir. fam. Pers., 2015, p. 844 ss (s.m.), con nota di A.P. Di Flumeri, il fondo patrimoniale: tra autonomia dei costituenti, bisogni familiari, tutela dei figli ed interessi dei creditori.

318 L'articolo in esame è stato introdotto dall'articolo 39 - novies della l. 23 febbraio 2006, n. 51, di conversione con modifiche del D.L. 30 dicembre 2005, n. 273, “Recante definizione e proroga di termini, nonché conseguenti disposizioni urgenti. Proroga di termini relativi all'esercizio di deleghe legislative”, che è venuto ad introdurre nel nostro ordinamento l'art. 2645 ter c.c. In argomento per un'approfondita disamina cfr. **G.M. RICCIO**, L'art. 2645 ter del codice civile e la disciplina degli atti di destinazione, in **G. AUTORINO STANZIONE** (diretto da), Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico, vol. terzo, cit., p. 695 ss.

*parte dei creditori”. Ed ancora : “Come è noto, è controversa la possibilità di ricondurre ai bisogni della famiglia debiti derivanti all'attività professionale o di impresa di uno dei coniugi anche in considerazione del fatto che i redditi relativi sono di norma, ma non necessariamente , destinati al mantenimento della famiglia”.*

Sotto questo profilo, se è vero che la destinazione ai bisogni della famiglia non può dirsi sussistere per il solo fatto che il debito sia sorto nell'esercizio dell'impresa, tuttavia tale circostanza non è neppure idonea ad escludere, in via di principio, che il debito possa dirsi contratto per soddisfare tali bisogni.

Piuttosto, occorre che l'indagine del giudice si rivolga specificamente al fatto generatore dell'obbligazione, a prescindere dalla natura di questa: i beni costituiti in fondo patrimoniale non potranno essere sottratti all'azione esecutiva dei creditori quando lo scopo perseguito nell'obbligarsi sia quello di soddisfare i bisogni della famiglia, da intendersi non in senso mera-mente oggettivo, ma nel senso ampio indicato, nel quale sono ricompresi anche i bisogni ritenuti tali dai coniugi in ragione dell'indirizzo della vita familiare e del tenore prescelto, in conseguenza delle possibilità economiche familiari.

## **2.5 L'impresa familiare tra parti dell'unione civile**

In virtù del richiamo integrale alla relativa disciplina, anche le parti di un'unione possono usufruire del regime dell'impresa familiare<sup>319</sup> che è stato introdotto dal legislatore del 1975 al fine di porre un freno alle situazioni di abuso e sfruttamento del lavoro prestato a favore del familiare imprenditore.

Deve ricordarsi a tal riguardo che l'impresa familiare costituisce un *istituto residuale* destinato ad applicarsi solo <<salvo che sia configurabile un diverso rapporto>>. Ciò premesso, l'istituto mira a tutelare il lavoro che la parte

---

319 **L. BALESTRA**, L'impresa familiare, in Dir. fam., a cura di S. PATTI-M. G. CUBEDDU, Milano, 2011, p. 1019 – 1020; **D. APICELLA**, L'impresa familiare, in G. **AUTORINO STANZIONE** (diretto da), Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico, vol. terzo, cit., p. 417 ss.

dell'unione<sup>320</sup> <<presta in modo continuativo [...] nella famiglia>> e permette così a quest'ultima di acquistare il diritto al mantenimento e alla partecipazione agli utili dell'impresa familiare, ai beni acquistati con essi e agli incrementi dell'azienda.

L'art. 230 bis c.c., quindi, fornisce una definizione assai estesa di impresa familiare ovvero la identifica come quella nella quale collaborano familiari.

Si intendono per <<familiari>> il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo. La collaborazione dei familiari all'impresa potrebbe configurarsi come rapporto di lavoro subordinato o come partecipazione ad una società di fatto. E' escluso che possa configurarsi altro tipo di forma societaria.

La giurisprudenza, infatti, ha chiarito che “ *non solo l'assenza nell'art. 230 bis cod. civ di ogni previsione in tal senso, ma, soprattutto, l'irriducibilità ad una qualsiasi tipologia societaria della specifica regolamentazione, patrimoniale, ivi prevista in ordine alla partecipazione del familiare agli utili ed ai beni acquistati con essi, nonché agli incrementi dell'azienda, che sono determinati in proporzione alla quantità e alla qualità del lavoro prestato e non alla quota di partecipazione. Tale soluzione si evince dall'incipit della norma che, nel far salva la configurabilità di un diverso rapporto, <<prefigura l'istituto in esame come autonomo, di carattere speciale ( ma non eccezionale ) e di natura residuale rispetto ad ogni altro rapporto negoziale eventualmente configurabile*”.

L'art. 230 bis c.c., inoltre, richiede che la collaborazione del familiare sia prestata in modo continuativo. Secondo la dottrina <<continuità>> è sinonimo di regolarità, di costanza nel tempo e corrisponde, per i collaboratori dell'imprenditore, a quella che, per quest'ultimo, è la <<professionalità>>. Come è noto, infatti, con tale termine ci si intende riferire alla durata e alla stabilità dell'attività esercitata.

Sono previste due ipotesi di collaborazione: la prima vede il familiare prestare la propria attività in modo continuativo nell'impresa; nella seconda, invece, il

---

320 L'art. 230 bis, comma 3, c.c definisce <<familiaire>> ai fini dell'impresa familiale il partner dell'unione civile, i parenti di ciascun partner entro il terzo grado e gli affini entro il secondo .

familiare collabora non nell'impresa direttamente ma nella famiglia. Si ritiene che, anche in quest'ultimo caso, come, ovviamente, nel primo, egli ha diritto al mantenimento, secondo la condizione patrimoniale della famiglia, e alla partecipazione agli incrementi di azienda, agli utili, nonché all'avviamento, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato. Quando il familiare presta la propria attività nell'impresa, oltre a tutti i diritti che avrebbe se lavorasse solo in famiglia, partecipa alle decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi, la gestione straordinaria, gli indirizzi produttivi, la cessazione dell'impresa.

La Suprema Corte, in una decisione inerente al momento in cui sorgono i diritti, di natura patrimoniale, di cui all'art. 230 bis c.c., ha così stabilito: *”il diritto agli utili nell'impresa familiare, previsto dall'art. 230 bis c.c. è condizionato dai risultati raggiunti dall'azienda, essendo poi gli stessi utili naturalmente destinati non alla distribuzione tra i partecipanti ma al reimpiego nell'azienda o in acquisti di beni; la maturazione di tale diritto dalla quale decorrono rivalutazione monetaria ed interessi ex art. 429 c.c., in relazione alla riconducibilità della collaborazione continuativa all'impresa familiare ad uno dei rapporti di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. coincide di regola, in assenza di un patto di distribuzione periodica, con la cessazione dell'impresa familiare”*.

### **3. L'esperienza spagnola**

In Spagna alcune *Comunidades* sul finire degli anni Novanta hanno riconosciuto alcuni diritti alle coppie di fatto. In particolare la Catalogna, con la Ley 10/1998 *De uniones estables de pareja*, entrata in vigore il 23 ottobre dello stesso anno, ha disciplinato taluni aspetti privatistici delle relazioni stabili tra conviventi di sesso uguale o diverso, prevedendo, tra l'altro, la responsabilità solidale in relazione alle spese domestiche, regolando l'uso della casa comune e riconoscendo benefici di tipo assistenziale. Diverso è il regime stabilito per le due tipologie di coppie di fatto: nel caso di partners omosessuali, i conviventi potevano accedere ai benefici previsti dalla legge 10/1998 rendendo una dichiarazione sancita con atto notarile; le coppie eterosessuali potevano ricorrere anch'esse all'atto notarile, ovvero fruire

dei medesimi benefici automaticamente, dopo una convivenza superiore ai due anni o in presenza di un figlio.

Gli sposi hanno la facoltà di scegliere il regime economico che preferiscono sottoscrivendo delle convenzioni matrimoniali (*capitulaciones matrimoniales*), entro i limiti posti dal codice civile.

Le convenzioni sono contratti che per essere validi devono essere conclusi con atto pubblico davanti al notaio. Inoltre non devono essere contrari alla legge, al buon costume e non possono limitare l'uguaglianza di diritti spettanti ai coniugi. Esse possono stipularsi prima o durante il matrimonio, quindi oltre che per scegliere o sostituire il regime patrimoniale della famiglia, possono servire per modificarlo in parte.

Per poter essere opposte ai terzi vanno iscritte nel Registro civile.

Quando i coniugi decidono di non stipulare convenzioni matrimoniali o quando queste risultino inefficaci, il regime patrimoniale della famiglia sarà quello della *comunione legale* (*sociedad de gananciales*, che è il regime patrimoniale generale vigente in Spagna, tranne in quelle Comunità autonome nelle quali il *diritto locale o derecho foral* dispone l'applicazione di un altro regime. Così accade in Catalogna, Aragona, Baleari, Paesi Baschi e Navarra. Questi differenti regimi hanno caratteristiche proprie che li avvicinano ora al regime convenzionale, ora a quello della separazione dei beni.

Qualunque sia il regime scelto dai coniugi, ciascuno deve contribuire con i propri beni alle spese familiari. In caso ciò non avvenga, ciascun coniuge può rivolgersi al giudice perché adotti le misure opportune per l'adempimento delle obbligazioni assunte per la famiglia.

Il coniuge può compiere gli atti necessari a soddisfare le necessità ordinarie della famiglia, secondo gli usi del posto e le circostanze proprie di ciascun dovere a cui si attende. Per le obbligazioni familiari si risponde con i beni comuni e solo in via subordinata con i beni propri del coniuge che ha agito e successivamente con quelli dell'altro coniuge. In questi due ultimi casi il coniuge ha diritto di rivalersi



sui beni comuni o di essere reintegrato in base al regime patrimoniale della famiglia.

Della casa familiare e dei beni che l'arredano si può disporre solo di comune accordo o, in caso di disaccordo, con l'autorizzazione del giudice, anche quando tali beni siano propri di uno solo dei coniugi.

I coniugi tra loro possono trasmettersi, a qualsiasi titolo, beni e diritti e sottoscrivere ogni tipo di contratto.

Sono regimi patrimoniali tipici: *1. la comunione legale o sociedad de gananciales; 2. la separazione dei beni o separación de bienes ed il regime di partecipazione o régimen de participación.*

La comunione legale (sociedad de gananciales) rappresenta un regime economico in cui beni e gli incrementi acquistati dopo il matrimonio (ganancias) siano automaticamente proprietà comune, indipendentemente da chi li abbia pagati o ottenuti e rimangono tali per tutta la durata del matrimonio. Al momento dello scioglimento, ciascuno rimane proprietario della metà dei beni. Tuttavia ci sono beni che rimangono privati (o di ciascun coniuge) durante il matrimonio.

I beni privati nel regime della comunione legale sono i seguenti:

- quelli che appartenevano esclusivamente a uno dei coniugi prima del matrimonio;
- quelli che sono acquistati successivamente al matrimonio gratuitamente da uno dei coniugi (sono i regali, le donazioni o le eredità);
- quelli che sono acquistati utilizzando beni privati propri;
- quelli che derivano dal risarcimento dei danni subiti da uno dei coniugi;
- i vestiti e gli oggetti di uso personale che non siano di eccezionale valore e gli strumenti necessari per l'esercizio della professione, tranne quando si tratti di di professione o ufficio esercitato da entrambi i coniugi;

I beni che rientrano nella comunione legale sono :

- quelli ottenuti da ciascun coniuge con il proprio lavoro;
- i frutti, le rendite e gli interessi che producono tanto i beni privati quanto quelli della comunione;
- quelli acquistati con denaro comune sia dall'uno che dall'altro coniuge;
- le imprese costituite con beni comuni;
- il diritto di usufrutto o la pensione sono beni privati, però i frutti ottenuti da questi si considerano beni della comunione (art. 1349 c.c.)
- le vincite di gioco;
- I beni acquistati per donazione o testamento dai coniugi congiuntamente;

I beni privati possono essere trasformati in beni della comunione per volontà comune dei coniugi cui appartengano.

Quei beni acquistati in parte con beni della comunione e in parte con beni privati, appartengono alla comunione e al coniuge in proporzione dell'apporto di ciascuno.

I coniugi di comune accordo possono destinare alla comunione i beni acquistati a titolo oneroso durante il matrimonio, indipendentemente dall'appartenenza dei beni utilizzati per acquistarli. Gli acquisti fatti in forma congiunta e senza attribuzione per quota della loro proprietà, si presumono in comunione.

Al momento dello scioglimento della comunione verrà confrontato il patrimonio iniziale e finale di ciascun coniuge e tutti gli incrementi (*cabezas de ganado*) saranno considerati appartenenti alla comunione.

Infine, si presumono beni della comunione quelli esistenti durante il matrimonio, per i quali non si può provare l'appartenenza esclusiva ad uno dei due coniugi .

I beni comprati a rate sono :

- quelli che appartengono alla comunione, anche se sono acquistati da uno dei coniugi con denaro proprio, quando la prima rata o primo esborso è pagato con denaro della comunione;
- sono privati se la prima rata fu pagata con denaro privato;
- se sono acquistati prima del matrimonio da uno dei coniugi, rimangono privati anche se la totalità del prezzo sia pagato con denaro della comunione. Fanno eccezione la casa e i beni che servono per arredarla; se fu acquistata in parte con denaro privato e in parte con beni comuni, apparterrà al singolo coniuge e alla comunione in proporzione agli apporti di ciascuno.

I miglioramenti apportati ai beni hanno lo stesso carattere dei beni ai quali vengono apportati, indipendentemente dall'appartenenza del denaro con cui vengono realizzati.

In ogni caso, il coniuge è debitore verso la comunione o, al contrario, la comunione verso uno dei coniugi, quando un bene privato venga migliorato con beni appartenenti alla comunione e un bene della comunione con beni privati.

La comunione paga le spese derivanti dal :

- mantenimento della famiglia, il cibo, i vestiti e l'educazione dei figli comuni e dei figli di uno solo di essi che vivano nel nucleo familiare;
- acquisto, mantenimento e ogni altra spesa relativa ai beni comuni;
- l'amministrazione ordinaria dei beni privati di ciascuno dei coniugi;
- le spese ordinarie relative alla professione di ciascun coniuge e le donazioni o le cose promesse da parte di entrambi i coniugi di comune accordo .

I beni della comunione rispondono anche per le obbligazioni contratte da uno solo dei coniugi quando :

- siano contratte nell'esercizio della potestà domestica (spese per l'alimentazione, pagamento di bollette, acquisto di oggetti di uso domestico, etc.) o derivino dalla gestione dei beni della comunione;
- derivino dall'esercizio ordinario della professione o ufficio;
- siano determinate dall'amministrazione ordinaria di beni privati di ciascun coniuge;
- siano contratte dai coniugi o da uno di essi con il consenso dell'altro;
- derivino da debiti di gioco di uno dei coniugi sempre che l'importo di questi possano considerarsi moderato secondo la situazione economica e gli usi della famiglia .

I beni della comunione rispondono inoltre in tutti i casi in cui le obbligazioni sono contratte dai coniugi congiuntamente e da uno solo con il consenso dell'altro .

Infine ciascun coniuge risponde con i beni privati dei propri debiti e quando tali beni non sono sufficienti, rispondono i beni della comunione fino al raggiungimento della metà che gli corrisponde. A tal fine i creditori possono chiedere lo scioglimento della comunione legale. In questo caso il regime patrimoniale della famiglia si trasformerà in quello di separazione dei beni, a meno che entro tre mesi dallo scioglimento il coniuge non debitore non ricostituisca con atto pubblico la comunione legale .

L'amministrazione e gestione spetta ad entrambi i coniugi in forma congiunta, se non risulti diversamente dalle convenzioni matrimoniali. Tuttavia ciascun coniuge può compiere spese urgenti che abbiano carattere di necessità, anche se siano straordinarie. Quando uno dei coniugi si trovi nell'impossibilità di esprimere il proprio consenso ad un atto di amministrazione congiunto o ad atti di disposizione sui beni o li neghi senza motivo, l'altro può rivolgersi al giudice.

Ciascun coniuge può disporre per testamento della propria metà dei beni, rispettando la legittima.

Ciascun coniuge può anche utilizzare il denaro della comunione, senza il consenso dell'altro, quando serva per i bisogni della famiglia o l'esercizio della propria professione o l'amministrazione dei beni privati. Tuttavia l'altro coniuge deve essere a conoscenza degli atti compiuti o da compiersi. Sono validi gli atti di amministrazione dei beni e quelli di disposizione (come la vendita, le locazioni, le cessioni, etc.) se il coniuge che ne dispone possiede i poteri per farlo.

Il giudice può attribuire l'amministrazione della comunione legale a uno solo dei coniugi quando l'altro sia dichiarato incapace o quando abbia abbandonato la famiglia o ci sia separazione di fatto. L'amministrazione passa per legge all'altro coniuge, quando sia nominato tutore o rappresentante legale del consorte.

Con il regime della separazione dei beni (*separación de bienes*) ciascun coniuge è proprietario esclusivo dei beni posseduti prima del matrimonio e di quelli acquistati durante il matrimonio. Dei propri beni ciascuno può godere e disporre liberamente.

Si avrà separazione dei beni nei seguenti casi:

1. quando espressamente lo scelgano i coniugi;
2. quando i coniugi convengano con convenzione matrimoniale che non si avrà tra loro comunione legale, ma non specificano quale regime debba assumersi;
3. quando durante il matrimonio si abbia scioglimento della comunione legale o del regime di partecipazione e i coniugi non optino per un diverso regime;

quando così disponga il diritto forale della Comunità autonoma in cui si contrae il matrimonio e non si faccia una scelta per atto pubblico di un diverso regime patrimoniale.

I coniugi contribuiscono alle spese del matrimonio e della vita comune in proporzione alle proprie risorse economiche, se non hanno disposto diversamente con convenzione.

Il lavoro domestico svolto per la famiglia viene considerato un arricchimento per il patrimonio familiare e dà diritto al coniuge che lo svolga, in caso di scioglimento del matrimonio, ad una pensione compensatoria.

Il coniuge che gestisca i beni dell'altro, si considera agisca come mandatario e risponde degli obblighi di quest'ultimo, però non ha l'obbligo di rendicontare i frutti da tali beni percepiti e consumati, se sono destinati al mantenimento della famiglia.

Ciascun coniuge è responsabile personalmente delle obbligazioni che assume, tranne che per quelle contratte nell'esercizio dei poteri domestici .

Qualora non si possa con certezza stabilire a chi appartengono, i beni, essi si considerano appartenere a ciascuno per metà .

Nel caso di dichiarazione di fallimento di uno dei coniugi si considererà, salvo prova contraria, che i beni acquistati dall'altro a titolo oneroso nel corso dell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento, siano stati donati per metà al coniuge fallito .

#### **4. La convivenza registrata in Germania**

In Germania la L. 16 febbraio 2013<sup>321</sup> aveva originariamente previsto per i conviventi omosessuali che avessero provveduto alla registrazione della loro unione l'apposito regime della *Ausgleichsgemeinschaft*, modellato sulla falsariga della *Zugewinnngemeinschaft*. A seguito della riforma del 2005 è stata adottata quest'ultima quale regime legale, peraltro derogabile, come per i coniugi<sup>322</sup>.

Ma, a differenza di quanto avviene nell'esperienza francese, le unioni civili sono ammesse in Germania esclusivamente per le coppie omosessuali.

---

321 Gesetz u ¨ber die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG).

322 Con espresso rinvio ai §§ 1363, 2° comma, nonché da 1364 a 1390 BGB.

IL § 5 LPartG dispone che «I conviventi sono reciprocamente obbligati, attraverso il loro lavoro e con il loro patrimonio a provvedere adeguatamente al mantenimento della convivenza registrata. I §§ 1360, frase 2, 1360a e 1360b e 1609 del codice civile tedesco si applicano corrispondentemente». Con tale norma il legislatore ha introdotto una regola parallela a quella prevista nel diritto matrimoniale con riferimento al mantenimento della famiglia (§ 1360 BGB). Nella versione originaria della legge, sussisteva una prima interessante differenza: mancava una disposizione corrispondente alla seconda frase del § 1360 BGB, secondo cui «*Se ad un coniuge è affidata la gestione della casa, questi adempie al suo obbligo di contribuire con il lavoro al mantenimento della famiglia di regola attraverso la gestione della casa*». Il legislatore, non operando il richiamo a tale parte della norma codicistica, aveva con molta probabilità volutamente evitato di disciplinare questo aspetto. Il motivo dell'omissione probabilmente risiedeva nell'intenzione di tenere conto della specificità della convivenza fra persone dello stesso sesso, nella quale poteva non esservi ragione di regolamentare il lavoro del partner, magari in funzione dei figli comuni, diversamente da quanto accade oggi anche a seguito delle importanti riforme in materia di adozione. Il richiamo operato dall'art. 5 LPartG (sin nella sua versione originaria) ai §§ 1360a e 1360b BGB<sup>323</sup> rileva, invece, sotto due profili: quello del Taschengeldanspruch (diritto di ricevere denaro per le piccole spese) e quello dell'anticipo delle spese processuali. Quanto al primo, nel diritto matrimoniale esso si desume appunto dal § 1360a, 1° comma, BGB che determina l'entità del dovere di mantenimento, comprensivo anche di tutto quanto serve a soddisfare le esigenze personali della vita quotidiana

---

323 § 1360a Estensione dell'obbligo di mantenimento. L'adeguato mantenimento della famiglia comprende tutto quanto è necessario, secondo le condizioni dei coniugi, per far fronte alle spese dell'attività domestica e per soddisfare i bisogni personali dei coniugi e i bisogni di vita dei figli comuni aventi diritto al mantenimento. Il mantenimento deve prestarsi nei modi richiesti dalla comunione di vita coniugale. I coniugi sono reciprocamente obbligati a mettere a disposizione, anticipatamente, per un periodo di tempo adeguato, i mezzi necessari per il mantenimento congiunto della famiglia. Le disposizioni dei §§ da 1613 al 1615 vigenti per l'obbligo di mantenimento dei parenti trovano corrispondente applicazione. Se un coniuge non è in grado di sopportare le spese di una controversia giudiziaria, che riguarda una questione personale, l'altro coniuge è obbligato ad anticipare tali costi, nella misura in cui ciò risponde ad equità. Lo stesso vale per le spese della difesa in un procedimento penale, rivolto contro il coniuge. § 1360b Prestazione eccessiva. Se uno dei coniugi partecipa al mantenimento della famiglia con un contributo superiore a quanto da lui dovuto, deve ritenersi nel dubbio che egli non intenda pretendere dall'altro coniuge rimborsi.

dei coniugi. Tale norma trova dunque applicazione anche alla convivenza registrata, nella quale l'obbligo di mantenimento, configurato come reciproco, non è determinato nel suo ammontare, limitandosi la legge tedesca a richiedere che esso sia adeguato, quindi tale da consentire ai conviventi, tenuto conto delle loro condizioni economiche, di fare fronte alle spese domestiche e ai bisogni personali dei medesimi. Quanto all'anticipo delle spese processuali, esso è previsto dall'art. 1360a, 4° comma, BGB, a norma del quale «Se un coniuge non è in condizione di sopportare i costi di una controversia giudiziaria, che riguarda una vicenda personale, l'altro coniuge è obbligato ad anticipare tali costi, nella misura in cui ciò risponde ad equità. Lo stesso vale per i costi della difesa in un procedimento penale, che è promosso nei confronti di un coniuge». Tale disposizione si applica anche alla convivenza registrata, con ciò riproponendosi ancora una volta il parallelismo con il diritto matrimoniale. Nella versione originaria della legge, mancava il richiamo al § 1609 BGB, relativo all'ordine di precedenza degli aventi diritto al mantenimento. L'applicazione corrispondente di tale norma è stata prevista dal Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts (UÄndG)<sup>324</sup>, nell'ottica di una equiparazione anche sotto questo aspetto. Il § 8 LPartG contempla poi altri effetti patrimoniali che discendono dalla costituzione della convivenza registrata. Tale norma ha subito piccole, ma sostanziali modifiche nel tempo. Invero, sin dalla sua stesura originaria era prevista la presunzione di proprietà dei beni mobili in possesso di un convivente (o di entrambi i conviventi, secondo una successiva modifica), nel senso che nei confronti del creditore di uno dei conviventi, essi si presumevano appartenenti al debitore<sup>325</sup>. Essa ricalcava il § 1362 BGB, dettato specificamente per i coniugi di sesso diverso, visto il riferimento al genere maschile e femminile («Nei confronti del creditore di un marito o del creditore di una moglie...»), che per questo motivo non poteva essere applicato corrispondentemente, mentre sin da subito fu prevista la corrispondente applicazione della restante parte di quella norma, con la

---

324 Legge del 21 dicembre 2007, in BGBl., 2007, I, 3189, in vigore dal 1° agosto 2008.

325 La disposizione appare per certi versi simile all'art. 219, 2° comma, c.c. italiano, secondo cui i beni di cui nessuno dei coniugi può dimostrare la proprietà esclusiva sono di proprietà indivisa per pari quota di entrambi i coniugi.



conseguenza che, anche per i conviventi, la predetta presunzione non opererà in caso di separazione e in ipotesi di beni di uso strettamente personale di uno dei partners. Il § 8, 2° comma, LPartG, sancendo la corrispondente applicazione del § 1357 BGB, estende ai conviventi il diritto di compiere negozi, aventi effetti anche in capo all'altro convivente, per soddisfare le esigenze di vita della convivenza, tranne che dalle circostanze del caso concreto emerga una situazione diversa (si tratta del cosiddetto Schlüsselgewalt, che rimane sospeso in caso di separazione). È scomparso infine il riferimento ai §§ 1365-1370 BGB. Quanto al regime patrimoniale della convivenza registrata, il § 6 LPartG ha subito profonde modifiche sin dai primi anni di applicazione della legge in esame (sul punto già nel 2004). Al momento della sua entrata in vigore, la suddetta disposizione prevedeva, infatti, che – prima di costituire la convivenza – gli interessati dovessero dichiarare reciprocamente il regime patrimoniale che intendevano adottare, potendo concordare il regime patrimoniale della comunione degli incrementi (cosiddetta Ausgleichsgemeinschaft) oppure comunicare di avere concluso un contratto di convivenza ai sensi del § 7 LPartG. Il parallelismo fra la Ausgleichsgemeinschaft, prevista inizialmente per la convivenza registrata, e la Zugewinnsgemeinschaft, propria del diritto matrimoniale, risultava poi confermato dal 2° comma del § 6 LPartG, secondo cui «In caso di regime patrimoniale di comunione degli incrementi il patrimonio che i conviventi hanno all'inizio della convivenza o acquisiscono durante la convivenza non diventa patrimonio comune. Ciascun convivente gestisce il proprio patrimonio da sé. In caso di cessazione del regime patrimoniale, l'eccedenza che i conviventi hanno conseguito nel perdurare del regime patrimoniale viene compensata. I §§ da 1371 a 1390 del codice civile tedesco si applicano corrispondentemente». Il richiamo operato dal LPartG consentiva l'applicazione anche alle convivenze registrate delle disposizioni del BGB dedicate appunto alla Zugewinnsgemeinschaft propria del diritto matrimoniale. Constatata la suddetta corrispondenza fra diritto matrimoniale e diritto della convivenza, appariva davvero singolare il 3° comma del § 6 LPartG secondo cui, se l'accordo di adottare il regime della comunione degli incrementi o il contratto di convivenza era inefficace, trovava applicazione il regime della separazione dei patrimoni. Rimaneva invero incomprensibile il motivo per cui non

fosse previsto anche per i conviventi registrati il regime patrimoniale legale della comunione degli incrementi. Ecco perché, tra l'altro, i conviventi dovevano espressamente dichiarare di avere concordato il regime della *Ausgleichsgemeinschaft*<sup>326</sup>, non costituendo esso il regime legale. Nel 2004 il legislatore tedesco è prontamente intervenuto<sup>327</sup>, statuendo che anche per i partners registrati vale il regime legale della *Zugewinnngemeinschaft* e disponendo l'applicazione corrispondente delle relative norme codicistiche. Un'alternativa che si presenta ai conviventi, così come ai coniugi, per regolare i loro rapporti patrimoniali è costituita dalla possibilità di stipulare un contratto di convivenza<sup>328</sup>. L'unica novità rispetto al testo originario riguarda il rinvio operato alle norme del BGB, nella versione originaria limitato ai §§ 1409 e 1411, mentre attualmente decisamente ampliato (§§ 1409-1563 BGB).

---

326 Il regime della *Ausgleichsgemeinschaft* corrisponde in linea di massima alla *Zugewinnngemeinschaft*, cioè alla comunione degli incrementi prevista dal § 1363 BGB, secondo cui «I coniugi vivono in regime dei beni di comunione degli acquisti, qualora non abbiano concordato diversamente tramite una convenzione matrimoniale (1° comma). Il patrimonio del marito e il patrimonio della moglie non diventano patrimonio comune dei coniugi; ciò vale anche per il patrimonio che un coniuge consegue dopo lo scioglimento del matrimonio. L'incremento che i coniugi conseguono nel corso del matrimonio viene compensato, se la comunione degli incrementi viene meno» (2° comma)». Il termine 'comunione' può dare luogo a equivoci, poiché fra i coniugi (ed ora anche fra i conviventi dello stesso sesso) non sorge alcuna comunione. È solo al momento dello scioglimento di tale regime patrimoniale che nasce un diritto di credito a favore di uno dei coniugi – o di uno dei conviventi – volto a soddisfare l'esigenza di compensare i guadagni avuti dall'altro durante il matrimonio – o durante la convivenza – (si tratta di un istituto che presenta – sia pure con le dovute differenze - taluni profili di somiglianza con la comunione de residuo italiana. Sul punto v. ampiamente D. henriCh, *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich: die deutsche Sicht*, in *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich* a cura di D. Henrich e D. Schwab, Bielefeld, 1999, 361 ss.

327 L'art. 1 del Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (LPartRÜG) del 5 dicembre 2004, in BGBl., 2004, I, 3396, in vigore dal 1° gennaio 2005, ha modificato il § 6 del LPartG nel seguente modo: «Die Lebenspartner leben im Güterstand der *Zugewinnngemeinschaft*, wenn sie nicht durch Lebenspartnerschaftsvertrag (§ 7) etwas anderes vereinbaren. § 1363 Abs. 2 und die §§ 1364 bis 1390 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten entsprechend».

328 In Italia, sull'opportunità di introdurre una disciplina volta a regolamentare i rapporti patrimoniali nascenti da una convivenza non fondata sul matrimonio, L. Balestra, I contratti di convivenza, in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, 43 ss. Di recente esamina con attenzione i progetti di legge in tema di rapporti patrimoniali tra conviventi more uxorio e di contratti di convivenza, G. oBerto, I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali), in *Fam. dir.*, 2015, 165 ss.

## 5. Il Pacte Civil de Solidarité in Francia

In Francia l'originaria versione dell'art. 515-5 c.c., introdotto dalla legge del 1999<sup>329</sup>, in difetto di apposita convenzione derogativa, per i concubins pacse 's stabiliva la regola dell'indivision (ossia la comunione ordinaria, e non quella legale tra i coniugi) per gli acquisti compiuti anche separatamente.

Dal primo gennaio 2007<sup>330</sup>, la norma è stata modificata e la nuova formulazione prevede che sia applicabile par de'faut il regime di separazione dei beni<sup>331</sup>

Il Pacs presenta una disciplina autonoma e differente rispetto al matrimonio, ed è caratterizzato dall'importante ruolo demandato all'autonomia negoziale delle parti.

I "Patti civili di solidarietà" sono estesi alle coppie sia eterosessuali che omosessuali che, pur desiderando assicurare una disciplina certa alla loro "vita comune" (così l'art. 515-1 c.c.), non intendono accedere all'istituto del matrimonio.

Tra i requisiti per poter costituire un patto civile di solidarietà vi è : quello non essere coniugati o legati da un precedente PACS, non avere rapporti di ascendenza e discendenza in linea retta, non essere parenti in linea retta e collaterali (sino al terzo grado incluso)<sup>332</sup>. Il patto, stipulato dalle parti, è depositato presso la cancelleria del Tribunale del luogo in cui è fissata la residenza della coppia (art. 515-3); in alternativa, è prevista la possibilità di stipulare il patto per atto di notaio, con i medesimi effetti sul piano della pubblicità.

---

329 L. 15 novembre 1999, n. 99-944.

330 Per effetto della L. 23 giugno 2006, n. 2006-728.

331 A termini del 1° comma "Sauf dispositions contraires de la convention visée au deuxième alinéa de l'article 515-3, chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels"

332 Da questo si deduce che il PACS non possa essere concluso al fine di mutuo soccorso

Ai sensi dell'art. 515-3-1 la stipula del patto è annotata sull'atto di nascita, con indicazione del partner ma, a differenza del rapporto di coniugio, non prevede l'assunzione di un cognome comune.

Tra gli obblighi che discendono dal PACS vi sono: l'obbligo dei conviventi a condurre una vita comune (che non consiste solamente nella comunione di interessi e nella esigenza di coabitazione bensì nella residenza comune e nella vita di coppia), la reciproca assistenza e l'aiuto materiale in proporzione alle rispettive risorse. Inoltre i conviventi sono responsabili in solido nei confronti dei terzi per le obbligazioni assunte da ciascuno di loro per soddisfare i bisogni della

vita quotidiana. Altrettanto rilevanti sono le differenze con il matrimonio, per ciò che riguarda il regime patrimoniale e, soprattutto, successorio. In particolare, al membro superstite del PACS sono estese unicamente le norme relative al subingresso, per un anno, nel diritto di abitazione della casa comune (qualora questa sia di proprietà del partner) e, più in generale, quelle relative alla possibilità di chiedere l'assegnazione preferenziale di alcuni beni dell'asse ereditario (v. art. 515-6). Non è prevista invece l'automatica successione del partner, che sussiste per il coniuge dall'art. 731 del Codice civile. Il patto civile di solidarietà viene a cessare o con dichiarazione congiunta scritta e depositata presso la cancelleria del tribunale d'istanza del luogo nel quale almeno uno di loro ha la residenza o quando uno dei partner si sposa oppure per la morte di almeno uno dei due. A seguito dello scioglimento, in base al principio dell'autonomia contrattuale, la disciplina patrimoniale viene regolata dai partner, ma, in mancanza d'accordo, è il giudice che prenderà ogni decisione. La stessa legge istitutiva dei PACS prevede il concubinato (art 518-1) che consiste in una unione di fatto, caratterizzata da una vita comune fondata sul carattere di stabilità e continuità, tra due persone, di sesso diverso o del medesimo sesso, che vivono in coppia. A differenza del matrimonio e del PACS, nel concubinato non si ha l'obbligo di fedeltà; vige oltretutto il regime della separazione dei beni e i partner non sono neppure responsabili in solido in caso di debiti; anche in materia fiscale essi dichiarano i loro redditi in maniera distinta e separata. Inoltre il concubinaggio rispetto al Patto comporta una serie di diritti più limitati, per

esempio in materia di previdenza. Il confronto pubblico e politico sul tema delle unioni omosessuali è proseguito sul fronte dell'eguaglianza, da una parte, con la richiesta dell'estensione della disciplina del matrimonio o quantomeno di una sempre maggiore equiparazione delle coppie unite da PACS alle coppie sposate e, dall'altra, la difesa del matrimonio improntato al paradigma eterosessuale. Su questo scenario si era espresso il Conseil Constitutionnel che con decisione n. 99-419 DC del 9 novembre 1999 ha rinnegato l'idea secondo cui l'istituzionalizzazione di una forma di coabitazione diversa dal matrimonio violerebbe i principi fondamentali delle leggi a tutela del matrimonio e della famiglia.

In seguito alla legge istitutiva dei PACS del '99, in risposta alla situazione che si era venuta a creare, e cioè la previsione per le coppie dello stesso sesso di un istituto parallelo ma non identificabile al matrimonio e l'accesso al matrimonio riservato solo alle coppie eterosessuale si arrivò ad una battaglia giudiziaria di rivendicazione del diritto al matrimonio pervenuto dinanzi al Conseil Constitutionnel 28 gennaio 2011.

Il fatto che ha generato il giudizio a quo vedeva infatti protagoniste due donne, già unite da un Patto civile di solidarietà e madri di quattro figli, che rivendicavano la possibilità di accedere al matrimonio per poter così ottenere l'esercizio congiunto della potestà sui propri figli conviventi, che nell'ordinamento francese è riservato alle sole coppie sposate.

La Corte di Cassazione francese ha definito nulli i matrimoni delle coppie omosessuali celebrati da alcuni sindaci precisando che per matrimonio deve intendersi l'unione tra un uomo e una donna. Dunque ritornando al Conseil Constitutionnel con sentenza n. 2010-92 del 28 gennaio 2011 dispose la legittimità costituzionale delle norme inerenti al matrimonio che definivano lo stesso come l'unione tra un uomo e una donna e affermò che fosse compito discrezionale del legislatore stabilire se prevedere o meno il matrimonio per le coppie omosessuali<sup>333</sup>. A seguito di queste decisioni la Francia ha introdotto, con

---

333 **Anna Maria Lecis**, Le unioni di persone dello stesso sesso in Francia: dai PACS alla sentenza sul mariage homosexuel, in IANUS n. 4-2011, ISSN 1 1974-9805

la legge n. 404 del 17 maggio 2013, il matrimonio per le coppie omosessuali, modificando l'art 143 del codice civile che definisce adesso il matrimonio come il contratto stipulato tra due persone di sesso diverso oppure dello stesso sesso. Il Conseil constitutionnel, previamente adito, con decisione n. 2013-663 DC del 17 maggio 2013 si è espresso a favore della legittimità costituzionale della legge su citata. Si è arrivati così a concludere il processo legislativo che era stato intrapreso dal governo francese nell'autunno del 2012, in seguito alla promessa elettorale del presidente della Repubblica Francois Hollande, e che era stato

fermamente avversato dalle forze dell'opposizione di centro-destra, sino al ricorso alla Corte Costituzionale. La Corte sostiene che la disciplina della materia non riguarda la sua competenza ma è competenza esclusiva del legislatore; dunque è il legislatore che deve definire i requisiti necessari per l'accesso all'istituto matrimoniale (e in questo la decisione della Corte è in linea con gli altri indirizzi espressi da tutte le altre corti Costituzionali di civil law).

Inoltre il Conseil Constitutionnel afferma che l'estensione dell'istituto del matrimonio alle coppie dello stesso sesso non riguarda l'esercizio di una libertà fondamentale in quanto non limita la facoltà delle coppie eterosessuali di sposarsi e non conferma le tesi sostenute dai ricorrenti che considerano il matrimonio come un diritto di impronta naturale (tesi giusnaturalistica)<sup>334</sup>.

In questo modo le coppie omosessuali hanno raggiunto la piena parificazione con le coppie eterosessuali e possono accedere anche all'adozione.

---

334 La teoria giusnaturalistica concepisce i diritti come propri dell'uomo in quanto tale essendo essi radicati nella sua natura. Lo stato prende atto del fatto che i cittadini sono già titolari di alcuni diritti e che il suo compito è esclusivamente quello di garantirli (questa concezione è tipica della rivoluzione francese). Di contro la teoria giuspositivistica afferma che i diritti non preesistono ma sono riconosciuti dallo Stato

## CAPITOLO TERZO

### **Lo scioglimento del rapporto**

1. Scioglimento per mutuo consenso o recesso unilaterale; 2. La ratio del divorzio ex comma 24; 3. Il matrimonio non consumato; 4. La procedura divorzile; 5. La negoziazione assistita; 6. La tutela del componente debole; 7. La rettificazione dell'attribuzione di sesso; 8. Le cause di scioglimento dell'unione civile in Spagna, Germania e Francia

#### **1. Scioglimento per mutuo consenso o recesso unilaterale**

Lo scioglimento dell'unione civile è regolato ai commi 22, 23, 24, 25 e 26 dell'articolo 1 della legge. Deve distinguersi tra cause automatiche, contemplate al comma 22, cioè la morte o la dichiarazione di morte presunta di una delle parti dell'unione, e cause su domanda di una o di entrambe le parti, previste dai commi 23 e 24.

Il comma 23 richiama le fattispecie enunciate dall'art. 3, n. 1 e n. 2, lettere a), c), d) ed e), della legge n. 898/1970 sul divorzio. Si tratta dei casi in cui una parte, dopo la costituzione dell'unione civile, sia stata condannata, con sentenza passata in giudicato, anche per fatti commessi in precedenza, alle pene previste dal richiamato art. 3. Un raffronto del comma 23 con il testo integrale dell'art. 3 della legge sul divorzio evidenzia che tra le cause di scioglimento dell'unione civile non sono ricomprese né l'ipotesi della separazione giudiziale o consensuale, che infatti non trova applicazione tra le parti dell'unione civile, né quella dell'inconsumazione dell'unione, mentre quella di rettificazione di sesso è regolata dal comma 26 dell'art. 1, il quale prevede che la relativa sentenza determina lo scioglimento dell'unione. Occorre sottolineare che la vera peculiarità dello scioglimento dell'unione civile, che lo differenzia profondamente dal divorzio della coppia matrimoniale, è rappresentata dal disposto del comma 24, alla cui stregua l'unione civile viene

meno quando le parti hanno manifestato, anche disgiuntamente, la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile, decorsi tre mesi, può essere proposta la corrispondente domanda giudiziale avanti il tribunale competente o apposita procedura amministrativa di negoziazione assistita da un avvocato o di accordo di fronte all'ufficiale dello stato civile (commi 24-25). Trattasi, all'evidenza, di un'ipotesi di recesso, in forza della quale anche una sola parte dell'unione civile può ottenere la pronuncia di scioglimento. È chiaro che - come è stato esattamente osservato- la predetta disposizione assorbe e rende inutile quella, di cui già si è detto, contenuta al comma 23, cosicché, in definitiva, la mera volontà unilaterale di scioglimento dell'unione configura una nuova causa di divorzio, che riduce il compito del giudice - o quello dell'avvocato o dell'ufficiale di stato civile in caso di risoluzione stragiudiziale della crisi - ad un mero accertamento della volontà stessa, anche di una sola parte. Resta fermo che il tribunale, oltre che dichiarare con sentenza lo scioglimento dell'unione, dovrà poi adottare tutti i provvedimenti di cui agli artt. 5, commi 6, 7, 8; 8; 9; 9-bis; 10; 12-bis; 12-ter (disposizione che pare invero erroneamente menzionata in quanto riferita all'ipotesi dei figli comuni tra i divorziati che non può realizzarsi tra le parti di una unione civile); 12-quater; 12-quinques e 12-sexies L. n. 898/1970; articoli tutti richiamati dal comma 25 dell'art. 1, L. n. 76/2016. Ove invece - come pur lo stesso comma 25 consente - lo scioglimento venga attuato tramite negoziazione assistita da avvocati o in forza di accordi raggiunti davanti all'ufficiale dello stato civile, restano fermi i limiti previsti dagli artt. 6 e 12 del D.l. n. 132/2014, espressamente richiamati: sì che, per es., resta escluso che l'accordo di scioglimento possa avvenire di fronte agli ufficiali di stato civile in presenza di figli minori o di figli maggiorenni incapaci o economicamente non autosufficienti.

La disciplina di legge ha ricevuto attuazione, dapprima, tramite le disposizioni transitorie di cui al D.P.C. n. 144/2016(68), il cui art. 6 ha regolamentato: a) lo scioglimento per accordo delle parti concluso innanzi all'ufficiale di stato civile, ai sensi dell'art. 12 D.l. n. 132/2014 (conv., con modificazioni, dalla L. n. 162/2014) (art. 6, comma 1); b) lo scioglimento per accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita da avvocati, ai sensi dell'art. 6 del



medesimo D.l. n. 132/2104 (art. 6, comma 2); c) lo scioglimento conseguente a manifestazione, anche disgiunta, della volontà di scioglimento dell'unione ai sensi dell'art. 1, comma 24, legge n. 76 del 2016 (art. 6, comma 4); d) lo scioglimento che abbia ad oggetto l'unione civile costituita a seguito di sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso (art. 6, comma 3). Ed infine per effetto del D.lgs. n. 5/2017, che, nel modificare il D.P.R. n. 396/2000 per adeguarlo (in via definitiva) al nuovo istituto dell'unione civile sul piano della tenuta dei registri dello stato civile, ha previsto - poi ulteriormente corredato dalle formule di cui al D.m. 27 febbraio 2017 -: 1) l'annotazione negli atti di nascita delle sentenze che pronunciano lo scioglimento dell'unione civile, ovvero degli accordi di scioglimento raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita ai sensi dell'art. 6 D.l. 132/2014 o conclusi innanzi all'ufficiale di stato civile ai sensi dell'art. 12 D.l. 132/2014 (innovato testo dell'art. 49 D.P.R. 396/2000, lettere g), **g-bis**), **g-ter**)); 2) l'iscrizione negli archivi di cui all'articolo 10 D.P.R. 396/2000 degli accordi di scioglimento dell'unione civile ricevuti dall'ufficiale dello stato civile o di modifica delle condizioni di scioglimento; ovvero della manifestazione congiunta di volontà di scioglimento dell'unione civile a norma dell'art. 1 comma 24 della legge, ovvero della manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione civile di una sola parte a norma della medesima disposizione; ovvero la trascrizione degli accordi di scioglimento dell'unione civile, o di modifica delle condizioni dello scioglimento, raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato (innovato testo dell'art. 63, commi 1 e 2, D.P.R. 396/2000, lettere **g-quater**), **g-quinqies**), **h-ter**)); 3) l'annotazione negli atti di costituzione dell'unione civile della dichiarazione contenente la manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione civile resa ai sensi dell'art. 1 comma 24 della L. 76/2016; delle sentenze di scioglimento dell'unione civile; degli accordi di scioglimento dell'unione civile raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da avvocati nonché di quelli conclusi agli stessi fini innanzi all'ufficiale di stato civile (nuovo comma **1-bis** dell'art. 69 D.P.R. 396/2000). È inoltre, in particolare, previsto - per ciò che qui più rileva - che la parte che intende sciogliere unilateralmente l'unione civile debba «comunica[rlo] all'altra parte mediante invio di lettera raccomandata con avviso di ricevimento alla residenza

anagrafica o, in mancanza, all'ultimo indirizzo noto, ovvero con altra forma di comunicazione parimenti idonea» (art. 63, comma 1, lett. g-*quinquies*) D.P.R. 396/2000), prima - ed al fine di poter poi - presentarsi innanzi all'ufficiale di stato civile onde manifestare la propria volontà di scioglimento, comprovando documentalmente l'avvenuto invio di comunicazione all'altra parte.

## 2. La ratio del divorzio ex comma 24

Una volta analizzata la procedura prevista dal comma 24, è necessario soffermarsi in particolare con riguardo alla mancata previsione di un periodo di separazione propedeutica all'attivazione della procedura di divorzio. Tale scelta, se rappresenta una novità per il nostro ordinamento, tuttavia è già riscontrabile nell'ordinamento tedesco, inglese, spagnolo e francese.

La dottrina ha spesso messo in risalto l'ambiguità della separazione, che inizialmente era concepita come rimedio al fallimento dell'esperienza coniugale, mentre attualmente è destinata a lasciare il posto al divorzio in un breve lasso di tempo<sup>335</sup>. A seguito dell'introduzione del divorzio, la separazione ha assunto una doppia funzione ed una natura essenzialmente ibrida, per un verso permanendo quale possibile esito finale della crisi coniugale e per altro verso quale momento iniziale, necessario per il divorzio.

Tale assetto risente ancora l'influsso del paradigma della indissolubilità del vincolo, mentre negli altri paesi si è assistito al riconoscimento del *divorzio consensuale*.

Come si è visto per la separazione, anche per il divorzio due sono i tipi astrattamente possibili e storicamente attuati nei vari Stati: il *divorzio-sanzione*, che punisce il comportamento del coniuge contrario ai doveri matrimoniali, e il *divorzio-rimedio*, che non sanziona la violazione di tali doveri ma è piuttosto il risultato di un'insanabile frattura, anche incolpevole, della comunione spirituale e

---

335 In questo senso v. **M. Fortino** La separazione personale dei coniugi, in Trattato di diritto di famiglia diretto da Paolo Zatti, volume primo, Famiglia e matrimonio (a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello), p. 1266

materiale dei coniugi. La scelta operata nel 1970 dal legislatore italiano è certamente del secondo tipo e, coerentemente con questa scelta, la riforma del diritto di famiglia del 1975 ha trasformato la separazione- sanzione del codice del 1942 nell'attuale separazione- rimedio.

Ad esempio nell'ordinamento tedesco, non vi è alcuna separazione legale, nonostante sia possibile addivenire direttamente al divorzio, vi è una clausola dura (*Harklausel*) che impone la verifica giudiziale di un periodo di c.d. *separazione di vita* che deve perdurare per un anno in caso di separazione consensuale e tre anni in caso di divorzio non consensuale. Mentre nel nostro ordinamento è necessario un doppio giudizio, invece nel sistema tedesco si ha solo un requisito per la pronuncia dell'unica decisione.<sup>336</sup>

Nell'ordinamento francese l'istituto della separazione è previsto, al fine di consentire ai coniugi che per motivi religiosi non vogliono ricorrere al divorzio di sortire gli stessi effetti. Con la legge del 2004<sup>337</sup> si è consentita la conversione della separazione in divorzio, al quale si accede con il consenso di entrambe le parti.<sup>338</sup> Nel caso in cui il divorzio venga richiesto unilateralmente, la legge richiede l'accertamento di una separazione di fatto protratta per due anni.<sup>339</sup> Nel caso di specie, la volontà dei coniugi assume rilevanza soltanto in quanto si sia espressa attraverso un periodo di separazione.

Da ultimo, l'ordinamento spagnolo con la Ley 15/2005, la quale sembra anticipare la scelta del legislatore italiano del 2016 in materia di unione civile. Il legislatore iberico ha ritenuto che, il principio di libertà matrimoniale riguarda anche la

---

336 Rammenta che “nei paesi di tradizione cattolica, la separazione è stata poi recepita dal diritto civile, mentre è sconosciuta nei paesi di tradizione protestante, così lontana dalla loro mentalità che i giudici tedeschi, ancora negli anni '60 del secolo scorso, si rifiutavano di delibare le sentenze italiane di separazione, in quanto ritenute contrarie all'ordine pubblico. In quegli stessi anni i giudici italiani, in modo per così dire simmetrico, si rifiutavano di delibare le sentenze straniere di divorzio”, **G. Ferrando**, Le unioni civili. Prime impressioni sulla riforma, in *GenIUS*, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, 2016, II, p. 15

337 L. n. 2004-439 del 26 maggio 2004.

338 Divorce par consentement mutuel e divorce accepté

339 Divorce pour altération définitive du lien conjugal

possibile estinzione del rapporto, per cui la richiesta di divorzio può pervenire anche da un solo coniuge senza che sia prevista la possibilità di opposizione dell'altro e dà luogo allo scioglimento del vincolo coniugale senza che sia consentito al giudice di effettuare accertamenti sulle ragioni della rottura. Vi è un solo limite posto dalla disciplina spagnola è che il matrimonio sia stato comunque celebrato da almeno tre mesi. La separazione in Spagna rappresenta un istituto residuale, autonomo ed alternativa al divorzio.

Soltanto nelle legislazioni irlandese e maltese, oltre all'Italia resterebbe attualmente la separazione prima dell'accesso al divorzio, mentre in Finlandia, Norvegia ed Olanda lo scioglimento del vincolo è per contro immediato.<sup>340</sup>

L'obiettivo sotteso del legislatore del 2016 è quello di consentire alle parti dell'unione civile di accedere direttamente alla procedura prevista dalla legge in materia di divorzio in seguito alla presentazione di una dichiarazione solenne avanti all'ufficiale di stato civile e previo decorso di un termine di tre mesi. La dottrina italiana ha stigmatizzato la pavidità del legislatore il quale riducendo i tempi della separazione, non ha tuttavia completato la scelta con la sua definitiva cancellazione, essendo stata stralciata durante i lavori parlamentari la norma che prevedeva la possibilità di ottenere direttamente il divorzio “immediato” o “diretto”.<sup>341</sup>

### **3. Il matrimonio non consumato**

Il comma 23 non richiama l'ipotesi del “*matrimonio inconsumato*” prevista dalla lettera f) della legge 1 dicembre 1970 n° 898. L'istituto *de quo* dovrebbe trovare applicazione in forza del comma 20, anche in caso di inconsumazione la parte potrebbe attivare il dispositivo di cui al comma 24. Autorevole dottrina

---

340 Secondo quanto riferisce **G. Vassallo**, *Unioni civili e convivenze di fatto dopo la legge 20 maggio 2016, n76*, Roma, 2016, p.73

341 Ex multis, G. Ferrando, *Il divorzio breve: un'importante novità legislativa nel solco della tradizione*, in *Corriere Giuridico*, 2015, p. 1041 e ss. Sostiene l'idea di rendere la separazione istituto autonomo rispetto al divorzio F. Cipriani, *Abrogazione della separazione coniugale? In Il diritto di famiglia e delle persone*, 3, 1997, pp. 1103 ss.

ascriverebbe l'omissione nella volontà di rimuovere ogni riferimento all'affettività sessuale nell'ambito dell'unione civile<sup>342</sup> o addirittura ad una indimostrata adesione a quell' indirizzo che avrebbe escluso la consumazione in caso di rapporti anali od orali.<sup>343</sup> Tale impostazione, invero, pare riesumere una nozione di normalità dei rapporti sessuali, sottolineando come la sessualità debba essere valutata sempre secondo parametri interni alla coppia<sup>344</sup>. L' omissione è da ricondurre alla volontà di aggiornare la regolamentazione dello scioglimento del vincolo. L'inconsumazione inizialmente era considerata esclusivamente rilevante come causa di invalidità del matrimonio, nell'ambito del diritto canonico, successivamente è stata introdotta negli ordinamenti laici.<sup>345</sup>

L'opinione dominante collega l'inconsumazione alla necessità di parificare le posizioni tra chi avesse contratto matrimonio civile e chi poteva ricorrere alla dispensa pontificia *pro rato et non consummato*.<sup>346</sup>

In effetti, sussistendo, in seguito al Concordato, una riserva di giurisdizione in favore dei tribunali ecclesiastici non solo per gli annullamenti ma anche per il matrimonio rato e non consumato, coloro che erano uniti in matrimonio secondo il rito concordatario beneficiavano di un'altra causa per svincolarsi dal coniuge<sup>347</sup>.

---

342 **M. Sesta**, La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare, in *Fam. Dir.* 2016, 10, p.887

343 **A. Figone**, Lo scioglimento delle unioni civili cit., p. 265

344 **A Scalisi e M.E. La Torre**, Le cause civili di divorzio, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Paolo Zatti, volume primo, cit, p.1579.

345 Questa causa di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso, è piuttosto peculiare nel panorama comparatistico con altre legislazioni; essa venne introdotta allo scopo di sanare una evidente disparità di trattamento esistente allora tra i matrimoni concordatari e quelli cd. civili o anche quelli davanti a un ministro di culto acattolico. Sul punto, **M. LUPO**, *Lo scioglimento del matrimonio*, in G. Bonilini – G. Cattaneo (*dir.*), *Il diritto di famiglia*, I, *Famiglia e matrimonio*, tomo II, seconda ed., Torino, 2007, 663; **M. PITTALIS**, *Scioglimento del matrimonio*, in M. Sesta, (*dir.*) *Codice della famiglia*, I, Milano, 2007, p. 3229; **L. BARBIERA**, *Il matrimonio*, Padova, 2006, p. 320; **A. MUSIO**, *Le cause di divorzio*, in G. Autorino Stanzione, *La separazione. Il divorzio*, Torino, 2005, p. 261; **G. BONILINI**, *L'inconsumazione del matrimonio*, in G. Bonilini – F. Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio* in P. Schlesinger – D. Busnelli (*dir.*), *Comm. cod. civ.*, seconda ed., Milano, 2004, p. 257.

346 L'introduzione nella disciplina divorzistica dell'ipotesi dello scioglimento del matrimonio per inconsumazione, così come previsto dall'art.3, n. 2, lett. f) della legge 898/1970, ha sollevato non poche questioni di costituzionalità che sono state risolte con la dichiarazione della loro manifesta infondatezza. Sul punto cfr., Corte Cost. 22 luglio 1976, n. 181, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Matrimonio*, c. 2111, n. 119 ss.

347 Com'è noto la Chiesa, per la quale il matrimonio è un sacramento, considera indissolubile ed irrefrangibile il vincolo coniugale, destinato a durare per tutta la vita dei coniugi.

Con la legge sul divorzio si offrì, quindi, un'ulteriore possibilità a coloro che avevano optato per il matrimonio laico che, nonostante non potessero avvalersi della dispensa ecclesiastica, avrebbero potuto chiedere lo scioglimento del vincolo sempre per il motivo dell'inconsumazione.

L'orientamento che sostiene l'identità dei fenomeni regolati dall'uno e dall'altro ordinamento, non soltanto non è armonizzabile con i principi ispiratori della disciplina matrimoniale nel nostro ordinamento, ma rischierebbe di provocare una disparità di trattamento in grado di dar luogo a numerosi dubbi di costituzionalità. La visione maggioritaria è orientata a superare i suddetti ostacoli e prevede un'ipotesi di non consumazione autonoma rispetto a quella esclusiva dell'ordinamento canonico, desunta dai principi del nostro diritto matrimoniale, in base alla considerazione della diversità di presupposti e di funzioni tra il matrimonio nel diritto canonico e nel nostro ordinamento. Si giunge, pertanto, a configurare una nozione di consumazione che diverge da quella canonistica soltanto per la non essenzialità dell'*effusio* del *verum semen* in vagina, data la non essenzialità del *bonum prolis* nel nostro ordinamento<sup>348</sup>. L'orientamento si muove in base alla considerazione di norme espresse in materia, occorre far riferimento a ciò che viene considerata copula matrimoniale richiedendosi da un punto di vista obiettivo un atto consumativo che s'identifica nella *potentia coeundi* e cioè nella *copula naturaliter* modo di per sé idoneo alla generazione, anche se per avventura questa non segua per incapacità di generare o per l'uso di strumenti anticoncezionali<sup>349</sup>.

---

In conseguenza di ciò, i Tribunali ecclesiastici possono solo giudicare circa la validità genetica del *matrimoniale foedus*; in buona sostanza, del matrimonio come atto e non come rapporto. Dunque i tribunali canonici giudicano esclusivamente della validità o nullità della formazione dell'accordo matrimoniale, ovvero se esso nacque privo di impedimenti dirimenti e con il consenso pieno e non viziato di ciascuno degli sposi. Il matrimonio non rato non è invece sacramentale, pur essendo comunque valido per diritto divino naturale.

348 Per il diritto canonico dovrebbe rilevare solo l'atto effettivamente procreativo, ossia quello che dà origine al concepimento, o almeno quello che abbia concretamente tale attitudine. In realtà così non è giacché consumano il matrimonio anche gli sposi affetti da *impotentia generandi*; in tal senso si veda Trib. Eccl. Reg. Apostolico 17 settembre 1981, in *Dir. Eccl.*, 1982, II, 567.

349 In particolare continua ad essere considerato unanimemente consumazione per il nostro ordinamento, ai fini dello scioglimento del matrimonio o della cessazione dei suoi effetti civili ex art. 3, n. 2, lett. f), L. n. 898/1970, solo il rapporto tra coniugi secondo natura, ossia la copula vaginale. Sul punto si veda **M. LUPO**, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., p. 663; **L. BARBIERA**, *Il matrimonio*, cit., p. 321; **T. AULETTA**, *Il diritto di famiglia*, IX ed, Torino,

Per quanto concerne l'elemento soggettivo, lo schema più seguito risulta essere quello dell'adempimento del *debitum coniugalis*: la consumazione è esclusa soltanto quando vi sia stata violenza fisica, nel senso di costrizione, o quando il soggetto era in stato d'incapacità d'intendere e di volere. Nel caso in cui le parti dovessero accordarsi preventivamente al matrimonio per non consumarlo esso sarà o invalido per simulazione, o sciolto per inconsumazione. Bisogna stabilire se l'ipotesi di non consumazione giustifichi da sola lo scioglimento del matrimonio, indipendentemente dai motivi che l'hanno determinata, o è necessario procedere secondo le circostanze del caso concreto alla determinazione dell'incidenza che la mancata consumazione abbia avuto sulla comunione di vita; commisurazione che deve essere rapportata alla consapevolezza dell'impossibilità della consumazione ed alle aspettative dell'uno o dell'altro coniuge.

Numerose perplessità sono sorte in seguito al fatto di annoverare la capacità sessuale tra i requisiti della capacità di contrarre matrimonio. Dubbi simili sorgono sulla configurabilità di un *debitum* coniugale, sganciato dalla solidarietà, dall'assistenza e dalla collaborazione, di cui sarebbe assai difficile concretizzare il contenuto. Ciò che si contesta è che sia possibile individuare la rilevanza giuridica della copula intesa come adempimento del dovere di fedeltà, di assistenza morale e materiale e di coabitazione che di volta in volta sono richiamati come comprendenti anche il diritto-dovere all'instaurazione di normali relazioni sessuali, specialmente là dove questa vuole essere presa a parametro della consumazione del matrimonio.

Gli unici criteri che sembrano emergere dagli art 143 e 144 c.c. letti alla luce degli art 2 e 29 Cost., sono quelli dell'accordo dei coniugi e dell'aspettativa tutelata come aspetto inerente alla personalità umana, a vedere soddisfatte le proprie esigenze di carattere erotico-sessuale, nei limiti in cui non si urti contro la salute, la dignità e l'identica esigenza dell'altro coniuge. Il concetto di consumazione del matrimonio non ha e non può avere un contenuto predeterminato, giuridicamente

---

2008, p. 258; C. RIMINI – G. VIGANO', *Diritto di famiglia. Repertorio sistematico di giurisprudenza*, Padova, 2007, p. 212; M. DOGLIOTTI, *Le cause di divorzio*, in G. Ferrando (dir.), *Separazione e divorzio*, in *Giur. sist. Bigiavi*, I, UTET, 2003, p. 158. In giurisprudenza si veda inoltre, Trib. S. Maria Capua Vetere, 18 marzo 1997, in *Gius.*, 1997, 1652; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 15 aprile 1999, in *Gius.*, 1999, 2590; Trib. Napoli, 5 marzo 2001, in *Giur. nap.*, 2001, 156.

rilevante dal momento che si comporta diversamente a seconda delle circostanze prima indicate.

Da un lato risulta necessario, per la causa di divorzio, la scomparsa della comunione di vita materiale e spirituale, dall'altro si pone la scelta tra una nozione ristrettissima oppure ampia di non consumazione. In realtà ci si trova dinanzi alla necessità o di dare rilevanza a qualsivoglia distorto sviluppo delle relazioni sessuali tra i coniugi, purché sia talmente grave da incidere sulla comunione, oppure di limitare l'applicazione di tale causa alle ipotesi in cui sia evidente *ab origine* la mancata instaurazione della comunione di vita materiale e spirituale.

Sebbene entrambe le soluzioni siano sostenibili sul piano normativo, ciò che induce a preferire la seconda è una sola determinante considerazione: la distorta o insoddisfacente evoluzione delle relazioni sessuali dei coniugi, collocabile nell'ambito di un diritto al libero sviluppo della personalità anche sotto tale profilo, non sembra possa essere assunto a elemento di eccezionale gravità tale da giustificare l'immediato scioglimento del matrimonio, escludendo l'applicabilità della clausola dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza, a meno di non voler esaltare, ingiustificatamente sul piano giuridico, il profilo sessuale nel rapporto matrimoniale.

Si comprendono così gli esempi che comunemente si richiamano nell'ambito di tale causa di divorzio: il matrimonio per procura cui non è seguita la ricongiunzione tra i coniugi, la mancata coabitazione, il matrimonio contratto per il raggiungimento di determinati scopi e così via.

Aspetto fondamentale e al tempo stesso problematico di tale causa di divorzio è rappresentato dal profilo probatorio dell'inconsumazione. Escluse le poche ipotesi in cui è possibile offrire una dimostrazione sicura della mancata consumazione, infatti, occorre accontentarsi di far assumere rilevanza a situazioni dalle quali è possibile desumere, con un giudizio di probabilità, soltanto la verosimiglianza di quanto i coniugi asseriscono in ordine alla non consumazione del matrimonio.

Va, invece, esclusa la possibilità di ricorrere sia al giuramento che alla confessione, in quanto gli artt. 2733 e 2739 c.c. sottraggono al principio dispositivo la materia in esame. A complicare le cose interviene, inoltre, la possibilità di prendere in considerazione soltanto il periodo successivo alla celebrazione, dal momento che non rileva, ai fini della sussistenza della consumazione, l'aver avuto rapporti sessuali con il futuro



coniuge prima del matrimonio.

Quanto all'azionabilità del procedimento di divorzio basato su tale causa, non esiste uniformità di vedute in relazione alla proponibilità della domanda. In particolare, si discute in ordine al fatto se la pronuncia di divorzio per inconsumazione del matrimonio possa essere emessa anche a seguito di domanda congiunta dei coniugi.

#### **4. La procedura divorzile**

In caso di divorzio dall'unione civile, il comma 25 della legge rinvia <<*in quanto compatibili*>> alla gran parte delle disposizioni per il divorzio dal matrimonio, di cui alla legge 1 dicembre 1970, n° 898, nonché a tutte le disposizioni di cui al Titolo II del libro quarto del codice di procedura civile ed agli articoli 6 e 12 del decreto legge 12 settembre 2014, n° 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n° 162.

L'assetto normativo dei processi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio – quest'ultima nel caso di matrimonio celebrato con rito religioso e regolarmente trascritto -, è stato oggetto di ampie riforme nel 2005 e nel 2006 com'è avvenuto del resto anche per i procedimenti di separazione giudiziale. Va ricordato che la L. 80/2005, pur mantenendo differenziata la procedura sul divorzio da quella della separazione, ha armonizzato i due procedimenti prevedendo i medesimi termini e le stesse forme in entrambe le procedure.

Alla disciplina così modificata, inoltre, trovano piena applicazione i principi dettati dalla L. 54/2006 riguardanti i provvedimenti nell'interesse dei figli e l'affidamento condiviso, così come espressamente previsto dall'art. 4 della legge.<sup>350</sup>

---

<sup>350</sup> L'art. 4 L. divorzio, nuovo testo in vigore, comprende 16 commi (invece dei 13 del testo precedente), ma continua a prevedere forme differenti a seconda che la domanda per ottenere lo scioglimento del matrimonio \_ o di cessazione dei suoi effetti civili -, venga proposta da un solo coniuge o da entrambi: nel primo caso, si procede in via contenziosa ordinaria, dopo una fase iniziale del giudizio regolata in modo peculiare dalla legge sul divorzio; nel secondo caso – divorzio su domanda congiunta -, si procede in forme camerale. Tali *modi procedendi*, non privi, in realtà, di reciproche interferenze, scompaiono in sede di appello, laddove la legge all'art. 4, comma 15, prevede forme parzialmente diverse da quelle ordinarie e ciò indipendentemente dalle modalità di svolgimento, contenziose o camerale, del primo grado di giudizio. Sul punto si veda

In particolare, per effetto delle citate normative succedutesi nel tempo l'ordinamento prevede due modalità di divorzio:

— il divorzio ordinario, caratterizzato da un fase presidenziale e da una fase istruttoria, con la decisione finale della lite;

— un divorzio abbreviato a domanda congiunta, caratterizzato dalla domanda consensuale dei coniugi che si svolge in camera di consiglio.

Anche tale procedimento, introdotto dalla legge 74/1987, simile alla separazione consensuale, pur svolgendosi con il rito camerale, presenta un carattere contenzioso e richiede in ogni caso una pronuncia del giudice, non essendo previsto un divorzio consensuale, fondato sulla mera volontà dei coniugi.<sup>351</sup>

Il procedimento di divorzio, inoltre, così come quello di separazione, si articola in due fasi: quella c.d. *presidenziale* che si svolge avanti al Presidente del Tribunale, e quella *istruttoria* che si svolge con le forme del giudizio ordinario di cognizione.

Le modifiche più importanti, così come nel procedimento di separazione giudiziale, sono state introdotte nella disciplina dell'udienza presidenziale, fase di transazione con il giudizio di merito, e nella successiva fase istruttoria, cui trovano applicazione le disposizioni di cui agli articoli 180 e 183, commi primo, secondo, quarto, quinto, sesto e settimo, del codice di procedura civile, nonché l'articolo 184 del medesimo codice, così come modificati dalla legge 80/2005. Per garantire maggiore celerità è previsto, come nel procedimento di separazione, il termine di novanta giorni dal deposito del ricorso entro cui deve essere fissata l'udienza di comparizione dei coniugi istanti avanti al Presidente.

La domanda<sup>352</sup> si propone con ricorso, che deve contenere l'esposizione dei fatti

---

**SALETTI – VANZ**, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in Trattato Bonilini – Cattaneo, I, 2, *Famiglia e matrimonio*, seconda ed., Torino, 2007, p. 699.

351 Natura contenziosa è riconosciuta anche al divorzio a domanda congiunta che si svolge secondo le forme camerale, giacché l'oggetto del processo di divorzio non muta, nonostante la diversità di forme previste, e il provvedimento conclusivo della procedura camerale rimane pur sempre una sentenza idonea ad acquistare l'autorità di cosa giudicata... Così testualmente **SALETTI – VANZ**, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in Trattato Bonilini – Cattaneo, I, 2, *Famiglia e matrimonio*, seconda ed., Torino, 2007, p. 699. Si veda inoltre **BARBIERA**, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, p. 81; **MANDRIOLI**, *Diritto processuale civile*, 19° ed., III, 119.

352 Parte della dottrina ha posto l'accento sul fatto che il nuovo assetto normativo del giudizio di divorzio dopo la novella del 2005 presenta alcuni aspetti – quali ad esempio la previsione che il ricorso introduttivo sia seguito, una volta ultimata la fase presidenziale, da una memoria integrativa provvista dei requisiti previsti dall'art. 163, comma 3, c.p.c. (art. 4, comma 10, L. div.);

e degli elementi di diritto sui quali la domanda di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso è fondata.

È altresì previsto che nel ricorso debba essere indicata l'esistenza dei figli legittimi, legittimati o adottati da entrambi i coniugi durante il matrimonio. E', inoltre, previsto l'obbligo per entrambi i coniugi di allegare le ultime dichiarazioni dei redditi al ricorso e alla prima memoria difensiva rispettivamente presentate.

Del ricorso il cancelliere ne dà comunicazione all'ufficiale dello stato civile del luogo dove il matrimonio fu trascritto per l'annotazione in calce all'atto.

In tema di divorzio, le disposizioni previste dalla L. 1° dicembre 1970, n. 898, modificata dalla L. 6 marzo 1987, n. 74, laddove legittimano all'azione anche il coniuge "colpevole" od al quale sia addebitabile la separazione, consentendogli, tra l'altro, di rifiutare la riconciliazione. Inoltre non prevedono una rappresentanza e difesa in giudizio della famiglia e dei figli, non si pongono in contrasto con precetti della Costituzione, né, in particolare, con quelli degli artt. 2, 3, 23, 29, 30 e 31, considerato che difetta nella stessa Costituzione un principio di indissolubilità del vincolo coniugale. E' così affidata al legislatore ordinario la valutazione delle condizioni autorizzative dello scioglimento del vincolo stesso, quale rimedio al definitivo fallimento del rapporto (non quale sanzione per il coniuge colpevole), e che la tutela degli interessi della famiglia e dei figli è assicurata dall'intervento obbligatorio del pubblico ministero<sup>353</sup>.

In mancanza di una specifica disposizione normativa che preveda il relativo potere, il tutore dell'interdetto per infermità di mente non può proporre domanda di divorzio per lo stesso; in applicazione analogica dell'art. 4, quinto comma, della legge n.898 del 1970 - che regola l'ipotesi in cui l'interdetto infermo di mente sia convenuto in un giudizio di divorzio - in relazione agli artt. 78 e 79 c.p.c.,

---

il rispetto dei termini a comparire di cui all'art. 163 *bisc.p.c.*, ridotti a metà, tra la data dell'ordinanza presidenziale e la prima udienza davanti al giudice istruttore; l'onere di notificazione dell'ordinanza presidenziale al convenuto non comparso - che, secondo parte della dottrina, si possono considerare profili sintomatici dell'accoglimento da parte del legislatore, dopo la riforma del 2005, della cd. concezione bifasica, in base alla quale la fase contenziosa del giudizio di separazione inizia solo con il passaggio della causa innanzi al giudice istruttore. Sul punto cfr. **DOGLIOTTI**, *La separazione giudiziale*, in G. Bonilini – G. Cattaneo, (diretto da) *Il diritto di famiglia, Trattato, I, Famiglia e matrimonio*, seconda ed., Torino, 2007, p. 570.

353 □ In tali sensi Cass. Civ., 21 luglio 2000, n. 9582, in *Foro it.*, 7, 2000, p. 2234 ; Cass. Civ., sez. I, 13 luglio 1992, n. 8475, in *Foro it.*, 7, 1992, 1221.

legittimato a proporre la domanda di divorzio per l'interdetto è un curatore speciale, la cui nomina può essere richiesta dal tutore. L'azione per la pronuncia del divorzio - attesa la sua natura personalissima - non è trasmissibile agli eredi.

Nessuna modifica rilevante è stata apportata al procedimento cd. abbreviato, introdotto dalla legge n. 74/1987 per accelerare i tempi processuali, salvo la determinazione del giudice territorialmente competente.

Si tratta in buona sostanza di un procedimento simile a quello previsto per la separazione consensuale, privilegiato dal nostro ordinamento, in quanto diretto a favorire il più possibile la riconciliazione e/o a raggiungere rapidamente una decisione, in modo da evitare che le vicende processuali possano aggravare la conflittualità fra gli sposi e, di conseguenza, pregiudicare la posizione del coniuge debole e dei figli.

Si tratta di un procedimento in camera di consiglio, privo di istruttoria, promosso su domanda congiunta dei coniugi, che presuppone un accordo circa la richiesta di divorzio e le condizioni che devono regolare i rapporti personali e patrimoniali della famiglia.

La domanda che deve indicare anche compiutamente le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici, è proposta con ricorso al Tribunale in camera di consiglio. Il Tribunale, pertanto, sentiti i coniugi, verificata l'esistenza dei presupposti di legge e valutata la rispondenza delle condizioni all'interesse dei figli, decide con sentenza.

Tuttavia, qualora il Tribunale ravvisi che le condizioni relative ai figli sono in contrasto con gli interessi degli stessi, si applica la procedura di cui al comma 8, ovvero il processo proseguirà con le forme ordinarie, cioè con il rito contenzioso.

In tal caso, quindi, il tribunale fisserà l'udienza di comparizione avanti al Presidente, che inviterà le parti a modificare i termini dell'accordo sulla prole.

Il divorzio, quindi, anche se proposto congiuntamente dai coniugi, discende sempre da una pronuncia del giudice, non essendo previsto un divorzio consensuale, fondato sulla mera volontà dei coniugi.

Il procedimento, quindi, pur svolgendosi nelle forme del rito camerale, presenta comunque un carattere contenzioso, per cui sono necessarie tutte le garanzie,

prima fra tutte quella del diritto di difesa.

Va precisato che deve dichiararsi improcedibile la domanda congiunta di cessazione degli effetti civili del matrimonio qualora uno dei coniugi non compaia personalmente.

Deve essere respinto il ricorso per divorzio congiunto alle presenti pattuizioni relative ai figli non conformi all'interesse dei minori<sup>354</sup>. Nel procedimento camerale di divorzio congiunto, la mancata comparizione di uno dei coniugi in camera di consiglio non impedisce al Tribunale di provvedere sulla domanda.

La legge n. 80/2005 ha modificato le regole sulla determinazione del giudice territorialmente competente, prevedendo che la domanda si propone al Tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi, ovvero, in mancanza, del luogo in cui il coniuge convenuto ha la residenza o il domicilio. Qualora il coniuge convenuto sia residente all'estero o risulti irreperibile, la domanda si propone al Tribunale del luogo di residenza o di domicilio del ricorrente e, se anche questi è residente all'estero, a qualunque Tribunale della Repubblica. La domanda congiunta può essere proposta al Tribunale del luogo di residenza o di domicilio dell'uno o dell'altro coniuge.

Il criterio di competenza<sup>355</sup> stabilito dall'art. 30-*bis*, c.p.c. non trova applicazione nel giudizio di cessazione degli effetti civili del matrimonio promosso su domanda congiunta dei coniugi<sup>356</sup>.

La competenza territoriale in ordine al procedimento per la dichiarazione di cessazione degli effetti civili del matrimonio è inderogabile, data l'obbligatorietà dell'intervento del pubblico ministero (artt. 70 c.p.c. e 5 della legge 1 dicembre 1970, n. 898) e l'attinenza del giudizio ad una questione di stato delle persone, e, pertanto, la deducibilità del difetto di essa non soggiace alla

---

354 Trib. Napoli 10 giugno 2001, in *Giust. civ.*, 2001, 6, 1156,

355 La questione della competenza giurisdizionale coinvolge un numero sempre più crescente di fattispecie concrete nell'applicazione del diritto di famiglia. Può ritornare utile richiamare le norme che regolamentano la competenza giurisdizionale del giudice italiano in materia di divorzio: la L. n. 31 maggio 1995 n. 218, che opera sul piano generale, mentre tra gli Stati membri dell'Unione europea, eccezion fatta per la Danimarca, si applica il reg. (CE) 27 novembre 2003, n. 221. Si veda sul punto **BADIALI**, voce *Divorzio (III, Diritto internazionale privato e processuale)*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1999, 7; **TOMMASEO**, *La disciplina processuale del divorzio*, in Bonilini – Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in Comm. Schlesinger, seconda ed., p. 305; **DI IASI**, *Procedimenti di separazione e divorzio*, in Ferrando – Fortino-Ruscello, *Famiglia e matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, I, 2, p. 1406.

356 Trib. Milano 6 novembre 2002, in *Giust. civ.*, 2002, 11, 2321.

preclusione di cui all'art. 38, terzo comma, c.p.c.

Nella determinazione del luogo di residenza del convenuto, anche al fine della competenza per territorio in ordine alla domanda di separazione personale (art. 4, legge n. 898 del 1970, sostituito dall'art. 8, legge n. 74 del 1987, richiamato, quanto ai giudizi di separazione, dall'art. 23 di quest'ultima legge), il principio della corrispondenza tra residenza anagrafica e residenza effettiva costituisce una presunzione semplice, superabile con ogni mezzo di prova idoneo ad evidenziare l'abituale e volontaria dimora di un soggetto in un luogo diverso; allorché si provi o risulti in concreto che il terzo di buona fede — che può anche essere il coniuge separato di fatto — fosse a conoscenza della mancata corrispondenza fra residenza anagrafica e residenza effettiva, non può operare, rispetto a detto terzo, la più rigorosa disciplina prevista dall'art. 44 c.c. in ordine all'opponibilità del trasferimento della residenza<sup>357</sup>.

L'art. 4, legge n. 74 del 1987, dispone che, nei cinque giorni successivi al deposito in cancelleria del ricorso, il presidente del tribunale, con decreto, deve fissare la data di comparizione dei coniugi davanti a sé.

Tale udienza deve avvenire entro novanta giorni dal deposito del ricorso.

Nello stesso decreto, quindi, il Presidente assegna al ricorrente il termine per la notificazione del ricorso e del decreto, nonché, il termine entro cui il coniuge convenuto può depositare memoria difensiva e documenti.

Quando il convenuto è malato di mente o legalmente incapace, il Presidente nomina un curatore speciale.

All'udienza davanti al Presidente del Tribunale i coniugi devono comparire personalmente, salvo gravi e comprovati motivi, e con l'assistenza di un difensore, prevista come obbligatoria, a garanzia del diritto di difesa.

Quindi si possono verificare le seguenti ipotesi.

Se il ricorrente non si presenta o rinuncia, la domanda non ha effetto.

Se non si presenta il coniuge convenuto, il Presidente può fissare un nuovo giorno per la comparizione, ordinando che la notificazione del ricorso e del decreto gli sia rinnovata.

All'udienza di comparizione, il Presidente deve sentire i coniugi prima

---

<sup>357</sup> Cass. Civ., 22 luglio 1995, n. 804, in *Giust. civ.*, 1995, 7, 1521.

separatamente poi congiuntamente, tentando di conciliarli.

Se i coniugi si conciliano, il Presidente fa redigere processo verbale della conciliazione. Qualora, invece, la conciliazione non riesce, il Presidente, sentiti i coniugi e i rispettivi difensori emette, anche d'ufficio, con ordinanza i provvedimenti temporanei ed urgenti che reputa opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole.

Si tratta di un provvedimento di natura provvisoria e a contenuto anticipatorio rispetto alle statuizioni definitive.

Nella stessa ordinanza, il Presidente, nomina il giudice istruttore e fissa l'udienza di comparizione e trattazione dinanzi a questo, assegnando alle parti i seguenti termini:

**a)** al ricorrente un termine per il deposito in cancelleria di memoria integrativa, che deve avere il contenuto di cui all'articolo 163, terzo comma, numeri 2), 3), 4), 5) e 6), c.p.c.

**b)** al convenuto un termine per la costituzione in giudizio ai sensi degli articoli 166 e 167, primo e secondo comma, c.p.c., nonché per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio. L'ordinanza Presidenziale deve inoltre contenere l'avvertimento al convenuto che la costituzione oltre il suddetto termine implica le decadenze di cui all'articolo 167 del codice di procedura civile e che oltre il termine stesso non potranno più essere proposte le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.

Nello stesso modo il Presidente provvede, se il coniuge convenuto non compare, sentito il ricorrente e il suo difensore.

Il tentativo di conciliazione non costituisce un presupposto indefettibile del giudizio di divorzio in quanto la mancata comparizione di una delle parti non comporta la fissazione obbligatoria di una nuova udienza presidenziale, che può essere omessa quando non se ne ravveda la necessità e l'opportunità; pertanto, il giudizio può proseguire ove risulti la persistente volontà della parte non comparsa di chiedere il divorzio.

Nel giudizio di divorzio, l'omissione del tentativo di conciliazione dei coniugi, per effetto della mancata comparizione di uno di essi all'udienza presidenziale all'uopo fissata, può ritenersi illegittima, e quindi idonea ad invalidare i successivi

atti del processo, in relazione a gravi motivi giustificativi di detta mancata comparizione (art. 4, quarto comma, della legge 1° dicembre 1970, n. 898), solo quando la parte assente abbia assolto l'onere di dare ritualmente tempestiva ed adeguata comunicazione dei motivi stessi.

La mancata comparizione del convenuto nell'udienza presidenziale del procedimento di divorzio, ove non determinata da un legittimo impedimento, equivale al fallimento del tentativo di conciliazione, e, pertanto, legittimamente, il presidente emette in tale udienza gli ulteriori provvedimenti previsti dalla legge<sup>358</sup>.

Al Presidente del Tribunale non è consentito, nella fase preliminare del giudizio di divorzio, di eliminare o modificare l'assegno di mantenimento fissato in sede di separazione. Il potere presidenziale di fissare l'assegno divorzile provvisorio deve invero considerarsi limitato ai casi in cui manchi la determinazione di un assegno di mantenimento ovvero all'ipotesi che in sede di separazione l'assegno non sia stato riconosciuto o risulti inadeguato. In tali casi, infatti, il provvedimento presidenziale non incide su diritti soggettivi ormai acquisiti e non è quindi necessario azionare il procedimento di revisione ex artt. 710 e 711 c.p.c.<sup>359</sup>

All'udienza davanti al giudice istruttore si applicano le disposizioni di cui agli articoli 180 e 183, commi primo, secondo, quarto, quinto, sesto e settimo, del codice di procedura civile, nonché l'articolo 184.

È obbligatorio l'intervento del P.M., la sentenza di divorzio determina la cessazione dello stato coniugale e fa venir meno la qualità di coniuge.

Nel caso in cui il processo debba continuare per la determinazione dell'assegno, il Tribunale emette sentenza non definitiva relativa allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Avverso tale sentenza è ammesso solo appello immediato. Formatosi il giudicato, si applica la previsione di cui all'articolo 10.

---

358 Il Presidente, all'udienza di comparizione, "deve" sentire i coniugi, prima separatamente e poi congiuntamente, tentando di conciliarli. Le dichiarazioni delle parti in sede di tentativo di conciliazione, di norma, forniscono al Presidente informazioni indispensabili per l'adozione dei provvedimenti nell'interesse della prole e dei coniugi stessi. Infatti, se il tentativo non raggiunge lo scopo di ri-conciliare i coniugi ha comunque una indubbia utilità per la sua funzione istruttoria in senso lato. Sul punto **F. TOMMASEO**, *La disciplina processuale del divorzio*, in Bonilini – Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, 2 ed., 2007, p. 327; **CARRATTA**, *Art. 708 c.p.c. Tentativo di conciliazione e provvedimenti, del presidente*, in S. Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile, Commentario*, Tomo II, 2005, 1474.

359 Trib. Spoleto, 27 luglio 1995, in *Giust. civ.*, 1995, 7, 775.



In questo caso, il Tribunale, emettendo la sentenza che dispone l'obbligo della somministrazione dell'assegno, può altresì disporre che tale obbligo produca effetti fin dal momento della domanda. Per la parte relativa ai provvedimenti di natura economica la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva.

Nel giudizio diretto allo scioglimento (o alla cessazione degli effetti civili) del matrimonio, il Tribunale, ancorché le parti, nell'udienza di comparizione davanti al giudice istruttore, abbiano chiesto fissarsi udienza di spedizione della causa in decisione solo in relazione alla dichiarazione di divorzio, può legittimamente pronunciare - senza che il relativo provvedimento sia inficiato da nullità - sentenza non definitiva. Con la quale, oltre a dichiarare la cessazione degli effetti civili del matrimonio, disponga l'affidamento del figlio minore ad uno dei coniugi, regoli il diritto di visita dell'altro e ponga a carico di quest'ultimo un contributo per il mantenimento del minore stesso, in quanto l'art. 4, comma 9, legge n. 898 del 1970, come modificato dall'art. 8, legge n. 74 del 1987 - che prevede, anche senza istanza di parte, la pronuncia di sentenza non definitiva di divorzio nel caso in cui il processo debba continuare per la determinazione dell'assegno divorzile. Non esclude che il Tribunale si pronunzi, in sede non definitiva, anche in ordine all'affidamento ed al mantenimento della prole (ove ritenga già acquisiti elementi sufficienti per l'emanazione degli stessi), considerato, altresì, che trattasi di provvedimenti che sono sottratti all'iniziativa e alla disponibilità delle parti, in quanto rivolti a soddisfare esigenze e finalità pubblicistiche, e possono essere adottati d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio di merito.<sup>360</sup>

Avverso la sentenza che pronuncia lo scioglimento del matrimonio civile o la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario è ammesso l'appello. In particolare, l'appello, va proposto con ricorso depositato entro il termine perentorio di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c., ed è deciso in camera di consiglio. Legittimati attivi sono entrambi i coniugi ed il Pubblico Ministero quanto agli interessi patrimoniali dei figli minori o incapaci.

L'azione di divorzio (ossia il potere di proporre la domanda correlativa e di resistere all'avverso gravame contro la sentenza che l'abbia accolta) ha natura personalissima e non è trasmissibile agli eredi, che restano legittimati a stare nel

---

360 Cass. civ., 16 aprile 1996, n. 3596, in *Giust. civ.*, 4, 1996, 323.

processo solo in ordine a quel diritto od a quegli obblighi di carattere economico inerenti al patrimonio del loro dante causa, che siano stati dedotti eventualmente in connessione con l'istanza di divorzio e che siano stati, quindi, già acquisiti al suo patrimonio prima della morte. Pertanto - una volta intervenuto, dopo la notifica dell'atto di appello avverso la sentenza parziale di divorzio, il decesso del coniuge, che aveva proposto la relativa domanda - è inammissibile, nel giudizio dinanzi alla Corte d'Appello, la costituzione di colui che, accampando la propria qualità di erede, miri non già a far valere diritti, o contestare obbligazioni, di contenuto patrimoniale, già entrati nel patrimonio del *de cuius* prima del suo decesso (e suscettibili, perciò, di trasmissione *iure hereditario*), ma a coltivare, con resistenza al gravame interposto dalla controparte, l'azione di divorzio già esercitata dal defunto, ed a far così risalire a tale causa, e non al sopravvenuto decesso, lo scioglimento del di lui matrimonio con l'appellante.

L'art. 110 c.p.c., secondo il quale, in caso di morte di una parte, il processo è proseguito dal successore universale o nei suoi confronti, esaurisce i propri effetti nella sfera processuale e dunque non si estende fino alla creazione di una legittimazione sostanziale esclusa dalla specifica disciplina del rapporto in contestazione. Ne deriva che, in tema di azione di divorzio - dove il decesso di uno dei coniugi, sopravvenuto nel corso del relativo processo, determina lo scioglimento del matrimonio per altra causa, precludendo il diritto ad ottenere il bene della vita richiesto in via giudiziale (cessazione degli effetti civili del matrimonio) - detta norma non vale a radicare la *legitimatio ad processum* del successore a titolo universale nei confronti del coniuge superstite alcuna successione nel diritto e nel rapporto per l'intrinseca intrasmissibilità della situazione soggettiva correlativa.<sup>361</sup>

In tema di impugnazione della sentenza di divorzio, l'art. 8 della legge n. 74 del 1987 (sostitutivo dell'art. 4, comma 12, della legge 898/1970), nel disporre che "l'appello è deciso in camera di consiglio",<sup>362</sup> deve essere interpretato come

---

361 Cass. Civ., sez. I, 25 giugno 2003, n. 10065, in *Giust. civ.*, 6, 2003, 1523.

362 **F. TOMMASEO**, *La disciplina processuale del divorzio*, in Bonilini – Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, 2 ed., 2007, p. 411. La legge sul divorzio non detta nessuna disposizione con riguardo agli altri mezzi di impugnazione, che, pertanto, sono disciplinati dalle norme ordinarie in materia. Sul punto **SALETTI-VANZ**, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in Trattato Bonilini – Cattaneo, I, 2, *Famiglia e matrimonio*, 2 ed., p. 752.

introduttiva del rito camerale per l'intero giudizio di impugnazione, con la conseguenza che la proposizione dell'appello si perfeziona con il deposito del ricorso in cancelleria nel termine perentorio di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c.<sup>363</sup> Mentre la notifica di detto ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza costituisce momento esterno e successivo alla fattispecie processuale introduttiva del giudizio di impugnazione, diretto soltanto ad instaurare il contraddittorio, con la conseguenza che, depositato l'atto di appello, e tenuto conto che il termine fissato dal presidente del collegio per la notificazione del ricorso e del pedissequo decreto non ha natura perentoria, l'inosservanza del detto termine non dà luogo ad inammissibilità o improcedibilità del gravame. Ma richiede, oltre la previsione dei casi di cui all'art. 160 c.p.c., in mancanza di costituzione dell'appellato, la fissazione, da parte del giudice, di una nuova udienza, nonché la rinnovazione della notifica (con indicazione di un termine questa volta perentorio) *ex art. 291 c.p.c.*<sup>364</sup>

Nel procedimento di divorzio fra coniugi con figli minori od incapaci, l'atto di appello va notificato anche al pubblico ministero presso il Tribunale, in considerazione della sua qualità di *litisconsorte necessario* in via concorrente con le parti private del giudizio di primo grado (artt. 70, n. 2, c.p.c. e 5, terzo comma della legge 1° dicembre 1970, n. 898), con la conseguenza che, ove manchi detta notificazione, il giudice di secondo grado deve disporre l'integrazione del contraddittorio nel termine all'uopo assegnato (art. 331 c.p.c.). Peraltro, l'obbligo di provvedere a tale integrazione resta escluso per effetto della volontaria costituzione in sede di gravame del pubblico ministero presso la Corte d'Appello, atteso che a quest'ultimo, dopo l'introduzione del giudizio di secondo grado, spetta

---

363 I termini per impugnare sono quelli ordinari stabiliti per le impugnazioni civili, di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c., rispettivamente termine breve di trenta giorni e termine lungo di un anno e non il brevissimo termine perentorio di dieci giorni dalla notifica della sentenza di primo grado previsto per il reclamo camerale *ex art. 739, comma 2, c.p.c.* Cass. civ., 7 marzo 2008, n. 6196; Cass. civ., 2 ottobre 2007, n. 20704, Cass. civ., 15 gennaio 2003, n. 507, Cass. civ., 17 giugno 1992, n. 7409, in <http://bd.utetgiuridica.it>. I termini sono rispettati con il deposito del ricorso in cancelleria, mentre la notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza costituisce un momento esterno e successivo alla fattispecie processuale introduttiva del giudizio di impugnazione, funzionale solo ad instaurare il contraddittorio. Cass. civ., 2 ottobre 2007, n. 20704, ove si precisa che anche nell'ipotesi di appello riguardante unicamente gli aspetti patrimoniali della decisione si applicherà il rito camerale all'intero procedimento.

364 Cass. civ., 15 gennaio 2003, n. 507, in *Giust. civ.*, 1, 254.

in via esclusiva la legittimazione a partecipare al processo, pure quando il pubblico ministero presso il giudice *a quo* sia titolare di un autonomo potere d'impugnazione in via principale (alt. 72, quinto comma, c.p.c.).<sup>365</sup>

Nelle controversie in materia di divorzio e separazione personale dei coniugi, poiché l'appello si perfeziona con il deposito nella cancelleria del giudice *ad quem* dell'atto di impugnazione, mentre la notifica del ricorso e del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza in camera di consiglio costituisce un adempimento successivo rivolto ad instaurare il contraddittorio tra le parti, qualora l'appello sia stato proposto con atto di citazione notificato e tempestivamente depositato, nessun ulteriore adempimento (quale la notifica dell'ordinanza o del decreto presidenziale che dispone il mutamento di rito) grava sull'appellante, considerato che il contraddittorio, già instaurato con la notifica della citazione, è assicurato nella fase a rito camerale dalla comunicazione a cura della cancelleria, ai sensi dell'art. 134 c.p.c., del provvedimento di mutamento di rito pronunciato fuori udienza.<sup>366</sup>

Ai sensi dell'art. 23 della legge n. 74 del 1987 l'appello avverso la sentenza di separazione deve essere trattato con il rito camerale, il quale si applica all'intero procedimento, dall'atto introduttivo (ricorso anziché citazione) alla decisione in camera di consiglio.<sup>367</sup> Nel procedimento di impugnazione della sentenza di divorzio, l'appello è soggetto al rito camerale ai sensi dell'art. 4, comma 12, della legge n. 898 del 1970, come sostituito dall'art. 8 della legge n. 74 del 1987. Esso si propone, pertanto, con ricorso, che deve essere depositato nei termini perentori di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c. Peraltro, ove sia stato proposto con citazione, è da escluderne la nullità in applicazione del principio generale di conservazione degli atti viziati, purché il deposito della citazione nella cancelleria del giudice adito sia avvenuto entro i predetti termini perentori fissati dalla legge, a nulla rilevando,

---

365 Cass. civ., 25 gennaio 1983, n. 693, in *Giust. civ.*, 1, 1983, 274.

366 Nella specie, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la decisione di merito che aveva dichiarato improcedibile l'appello - introdotto con citazione tempestivamente depositata e ritualmente notificata alla controparte, che si era costituita - a seguito dell'omessa notifica a cura dell'appellante del provvedimento di mutamento di rito pronunciato fuori udienza dal presidente. Cass. Civ., sez. I, 26 febbraio 2000, n. 2185.

367 Cass. civ., 11 ottobre 1999, n. 11386, in *Giust. civ.*, 11, 1999, 2034.

invece, a tal fine che negli stessi termini sia stata effettuata la notificazione all'appellato.<sup>368</sup>

Nelle controversie in materia di divorzio e di separazione personale dei coniugi la proposizione dell'appello si perfeziona, ai sensi dell'art. 8, L. 74 del 1987, con il deposito del ricorso nella cancelleria del giudice (sia che lo stesso avvenga nel termine di cui all'art. 325, sia che avvenga nel termine di cui all'art. 327 c.p.c.), e tale deposito impedisce ogni decadenza della impugnazione ed impone al giudice di assegnare alla parte, che ha depositato il ricorso, il termine per eseguire la notificazione dello stesso e del decreto di fissazione dell'udienza di comparizione alla controparte.<sup>369</sup>

Nel giudizio di appello avverso la sentenza dichiarativa dello scioglimento degli effetti civili del matrimonio - che va deciso, *ex art. 8, legge 74/1987, "in camera di consiglio"* -, tra la data di notificazione del ricorso e del decreto e quella dell'udienza di comparizione non devono intercorrere i termini di comparizione fissati dall'art. 163-*bisc.p.c.* (ridotti alla metà), così come disposto dall'art. 4, comma 6, della legge 898/1970 per il procedimento di primo grado, essendo il principio del contraddittorio rispettato, in appello, per il solo fatto che il ricorso introduttivo sia portato a conoscenza della controparte, e sia assicurata ad entrambe le parti la possibilità di partecipare al processo e di far valere le loro ragioni mediante organizzazione di una tempestiva difesa tecnica.<sup>370</sup>

La pronuncia della Corte d'Appello, resa in esito al reclamo proposto contro il provvedimento camerale del Tribunale sulla domanda congiunta di divorzio (art. 4, tredicesimo comma, nuovo testo della legge 1° dicembre 1970, n. 898), è impugnabile con ricorso per Cassazione, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., in quanto espressamente assoggettata alla forma della sentenza (in coerenza con la sua portata decisoria).

---

368 Cass. civ., 26 ottobre 2000, n. 14100, in *Giust. civ.*, 10, 2000, 2121.

369 Cass. civ., sez. I, 13 settembre 2002, n. 13423, in *Giust. civ.*, 9, 2002, 1986.

370 Cass. Civ., 19 febbraio 2000, n. 1 (in ipotesi di convenzione conclusa ma con mancato successivo accordo sul merito della controversia). 916, in *Giust. Civ.*, 2, 2000, 287.

## 5. La negoziazione assistita

La negoziazione assistita è un procedimento che può condurre prima alla sottoscrizione ad opera delle parti di un accordo (c.d. convenzione di negoziazione) mediante il quale esse convengono di cooperare per risolvere in modo stragiudiziale e tramite avvocati una lite che è tra di loro insorta e che riguarda diritti disponibili, nonché, in un secondo momento, alla successiva attività di negoziazione vera e propria, che può sfociare in un altro accordo (compositivo della lite) che, sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Il comma 25 della legge richiama gli articoli 6 e 12 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, aventi ad oggetto, rispettivamente, la negoziazione assistita da un avvocato e gli accordi dichiarati innanzi all'ufficiale di stato civile.<sup>371</sup>

Si è posto il problema dell'effettiva latitudine del rinvio di cui al comma 25, atteso che la separazione personale è esclusa dalla legge sulle unioni civili, così come è escluso lo scioglimento del vincolo nel caso di cui al comma 3, primo comma, numero 2), lettera b, della legge 10 dicembre 1970, n. 989. Secondo una prima tesi, l'effetto del rinvio sarebbe stato assolutamente marginale, posto che l'unica portata residuale del rinvio riguarderebbe le ipotesi << di modifica delle condizioni di divorzio >>.<sup>372</sup> Secondo un altro approccio ermeneutico, l'evidente identità di *ratio* dell'ipotesi di cui al comma 24 e dell'ipotesi di cui alla lettera b) dell'articolo 3 l. n. 898/1970 consentirebbe invece di ricorrere a tali procedure semplificate di divorzio nell'ipotesi di divorzio di cui al menzionato comma 24.<sup>373</sup>

Tale indirizzo è stato definitivamente accolto dal decreto attuativo n. 5 del 19 gennaio 2017, il quale all'articolo 1, comma 1, lettera m) e r) ha stabilito la

---

371 Per un commento delle nuove procedure di negoziazione assistita, cfr. *G. A. Parini*, La negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti

372 **P. Pacia**, Unioni civili e convivenze, cit

373 **A. Figone**, Lo scioglimento delle unioni civili, cit., p. 269.

trascrizione degli <<accordi raggiunti in seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato, conclusi tra le parti dell'unione civile al fine di raggiungere una soluzione consensuale di scioglimento dell'unione civile, nonché di modifica delle condizioni di scioglimento>> e << degli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati, conclusi tra le parti al fine di raggiungere una soluzione consensuale di scioglimento dell'unione civile>>. Il comma 25 non prevede l'applicabilità della negoziazione assistita e degli accordi dichiarati innanzi all'ufficiale di stato civile anche per i casi di divorzio c.d. immediato per cause penali o per divorzio o annullamento conseguito all'estero. Al fine di intraprendere le procedure stragiudiziali è necessario il decorso di tre mesi dalla dichiarazione di cui al comma 24, nonostante la norma faccia riferimento alla “domanda” di divorzio.

Il procedimento di negoziazione assistita può essere facoltativo o obbligatorio. Nel primo caso il ricorso al procedimento in questione viene liberamente scelto dalle parti. Rientra nella negoziazione assistita facoltativa anche quella in tema di famiglia. La negoziazione assistita è obbligatoria *ex lege*, invece, nei casi in cui essa è imposta dalla legge. La disciplina della negoziazione assistita è in molti suoi punti strutturata secondo quanto già previsto nel d.lgs. n. 28 del 2010 in tema di mediazione.

Quando viene conferito l'incarico all'avvocato questi deve informare (e ciò costituisce dovere deontologico, senza comunque conseguenze processuali) il proprio cliente della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita. Se la parte sceglie, nei casi di negoziazione facoltativa, di fare ricorso al procedimento di negoziazione, allora l'avvocato (e può trattarsi anche di cd. avvocato stabilito ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96, in ossequio a quanto affermato dalla Corte Giust. UE, Grande Sezione, sentenza 17 luglio 2104) formulerà alla controparte un invito a stipulare una convenzione di negoziazione indicando l'oggetto della controversia (che non può concernere né diritti indisponibili né cause lavoristiche) e avvertendo l'altra parte del fatto che la sua eventuale mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto potrebbe in futuro essere valutato dal giudice ai fini della

determinazione del regime delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli artt. 96 (in materia di responsabilità aggravata della parte) e 642, comma 1 (relativo ai casi in cui il giudice deve concedere l'esecuzione provvisoria al decreto ingiuntivo) del codice di procedura civile. Tale ultimo avvertimento è finalizzato a favorire la serietà del tentativo di conclusione dell'accordo. Inoltre, l'invito in questione deve anche contenere la certificazione dell'autografia della firma apposta all'invito ad opera dell'avvocato che formula l'invito. In merito agli effetti dell'invito in questione si noti che, al fine di impedire che il tempo necessario allo svolgimento della procedura in questione possa risultare pregiudizievole per la parte il cui diritto sia prossimo alla prescrizione, è stato previsto che già la semplice comunicazione dell'invito (ma ciò vale anche per la sottoscrizione della convenzione) incide sulla prescrizione in quanto produce, con riferimento ad essa, gli stessi effetti della domanda giudiziale. Inoltre, dallo stesso momento è impedita, per una sola volta, la decadenza. Se però l'invito è rifiutato o non è accettato entro 30 giorni dalla ricezione allora la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dall'eventuale rifiuto (in ipotesi di espresso rigetto dell'invito) ovvero dalla mancata accettazione dell'invito nel termine (in caso di mancata risposta) ovvero dalla dichiarazione di mancato accordo certificata dagli avvocati. Dopo l'invito è possibile stipulare la "convenzione di negoziazione" che, evidentemente, altro non è che un accordo tra le parti tramite il quale queste pattuiscono di "cooperare in buona fede e con lealtà" per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati. In particolare, secondo la definizione normativa "*la convenzione di negoziazione assistita da un avvocato è un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo anche ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96*". Si tratta di un contratto che impegna le parti a negoziare al fine di trovare una composizione della lite. Il testo legislativo precisa che sono tenute ad affidare la convenzione di negoziazione alla propria avvocatura le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001, e cioè, fra l'altro, tutte le amministrazioni dello Stato, le Regioni, le Province, i Comuni, le comunità



montane, le istituzioni universitarie, case popolari, le Camere di commercio, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, nonché le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale.

Con riferimento alla natura giuridica della detta convenzione di negoziazione va ora rilevato che essa rientra tra i negozi compositivi della lite e, in particolare, tra le transazioni se si considera che, come tutte le transazioni, la causa della convenzione di negoziazione è quella di porre fine a una controversia relativa a diritti disponibili. Tuttavia, a differenza delle normali transazioni, la convenzione di negoziazione può essere conclusa anche in assenza di reciproche concessioni. Inoltre, essa richiede sempre l'assistenza di un avvocato (e ne basta anche uno solo, salvo che nella materia della famiglia, visto il definitivo testo del comma 5 dell'art. 2), che gestisce la procedura negoziativa. Trattandosi, quindi, di un particolare tipo di transazione, risulta applicabile la disciplina in tema di transazione se non espressamente derogata dalle norme sulla negoziazione assistita. Conseguentemente, ad esempio, se viene stipulata una convenzione di negoziazione in materia di dritti indisponibili, allora la convenzione sarà nulla ex art. 1967 comma II c.c. Chiaramente, infatti, per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite (art. 1966, comma I, cod. civ.). Sono poi previsti particolari requisiti formali per la convenzione di negoziazione, la quale deve essere redatta in forma scritta a pena di nullità, deve essere sottoscritta dalla parti e dagli avvocati, i quali certificano l'autografia delle sottoscrizioni, e deve indicare il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura (termine che non può comunque essere inferiore ad un mese né superiore a tre mesi, prorogabile per ulteriori trenta giorni su accordo tra le parti) nonché l'oggetto della controversia (che non deve riguardare diritti indisponibili, né, come aggiunto in sede di conversione, vertere in materia di lavoro). Nel caso mancasse uno dei requisiti di forma, si deve ritenere che in questo caso l'accordo potrà valere, se ne ricorrono comunque i requisiti, come normale transazione e ciò anche in considerazione di quanto stabilito dall'art. 1424 cod. civ.<sup>374</sup> Si pensi al caso del difensore che non certifichi l'autografia delle sottoscrizioni o

---

374 **R. Pacia**, *Unioni civili e convivenze*, cit

all'accordo concluso senza l'assistenza di un avvocato iscritto all'albo o all'accordo non sottoscritto dai difensori che le hanno assistite. Tuttavia, tale mancata certificazione, così come l'eventuale mancanza di certificazione in ordine alla conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, potrebbe essere ostativa all'esecutività del patto. In questo caso l'accordo potrebbe non valere come titolo esecutivo ex art. 5 legge 162/14. Inoltre, se le parti omettono di indicare il termine per lo svolgimento della procedura di negoziazione tale omissione non comporta alcuna nullità dovendosi comunque ritenere applicabile il termine massimo di tre mesi previsto dalla legge. In ogni caso, è da ritenere che anche le altre irregolarità non impediscono alle parti di andare avanti con la negoziazione. Inoltre, relativamente alle materiali modalità di stipulazione della convenzione di negoziazione sembra fin troppo evidente che essa, integrando un normale contratto, possa essere redatta o contestualmente dalle parti o tramite lo scambio di proposta e di controproposta ex art. 1326 c.c. Una volta stipulata la convenzione di negoziazione, si potrà procedere all'espletamento della procedura di negoziazione, che deve essere ovviamente svolta con l'assistenza degli avvocati che, così come le parti, sono tenuti a comportarsi con lealtà e devono tenere riservate le informazioni ricevute dall'altra parte. In particolare, le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento non possono essere utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto. Inoltre, i difensori delle parti e coloro che partecipano al procedimento non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite. La violazione di tali regole di condotta costituisce per l'avvocato illecito disciplinare. All'esito dello svolgimento del procedimento di negoziazione è possibile che le parti non riescano ad addivenire ad un accordo. In questo caso va redatta la dichiarazione di mancato accordo che gli avvocati designati certificano. Se, invece, si riesce a raggiungere un accordo compositivo della controversia (che deve essere conforme alle norme imperative e all'ordine pubblico) questo viene sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono e costituisce così titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. In questo contesto di redazione dell'accordo, così come in quello precedente di svolgimento del procedimento di negoziazione, è essenziale il ruolo dell'avvocato, il quale, tra le altre cose,

certifica la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico e l'autografia delle firme (anche se quando con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale di accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato). Inoltre, l'accordo che compone la controversia deve essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'articolo 480, comma 2, c.p.c. Poiché le indicazioni che devono essere trasfuse nel precetto in base al citato art. 480 c.p.c. sono previste «a pena di nullità», allora anche la trascrizione dell'accordo che compone la controversia è richiesta *ad substantiam*. Visto il relevantissimo ruolo svolto dall'avvocato in sede di negoziazione, si è previsto che il legale che impugni un accordo alla cui redazione ha partecipato commette illecito deontologico<sup>375</sup>.

## 6. Tutela del componente debole

La l. n. 76/2016, utilizzando la tecnica del rinvio alla normativa esistente in tema di matrimonio, dedica il comma 25 dell'art. 1 alla regolamentazione delle possibili conseguenze di natura economica connesse alle reciproche aspettative che possano derivare in capo ai soggetti di un'unione civile nel caso di disgregazione della coppia. La scelta legislativa è stata quella, in particolare, del richiamo alle disposizioni in tema di divorzio. Se quindi è indubbio che la novella abbia inteso attribuire al soggetto debole di una unione civile garanzie analoghe a quelle previste per il coniuge debole, è evidente che la non perfetta equiparabilità dell'unione rispetto al matrimonio sotto il profilo degli obblighi nascenti dalla contrazione del vincolo nei due istituti non può che ripercuotersi anche sulle conseguenze – sotto il profilo dell'*an* e del *quantum* - dell'assegno spettante al soggetto debole dell'unione.

Diversi, anche sotto il profilo terminologico, sono infatti i doveri dell'unito rispetto a quelli del soggetto coniugato: non c'è dovere di fedeltà, non vi è

---

375 G. A. Parini, La negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti, in Nuova giur. Civ. Comm., 2015

l'obbligo di collaborazione nell'interesse della famiglia, essendo l'unito tenuto invece (comma 11 dell'art. 1) all'obbligo di assistenza morale e materiale e a quella di coabitazione, nonché al dovere di contribuire ai bisogni comuni in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo. Non può infatti tacersi che mentre per la dissoluzione della coppia coniugata il legislatore prevede tuttora l'obbligatorio passaggio della separazione (e quindi da un sempre possibile accertamento della violazione degli obblighi discendenti dal vincolo matrimoniale) in grado di incidere anche nella decisione sulla debenza e sull'entità del successivo assegno divorzile (unico prevedibile per la coppia *seme-sex*), il mero richiamo all'articolo 5 dai commi dal quinto all'undicesimo della legge n. 898/1970 non potrà che imporre una lettura ermeneutica della norma alla luce di due istituti non del tutto coincidenti né per le loro premesse costitutive (doveri connessi) né per le loro modalità di scioglimento.

Come anticipato il legislatore prevede espressamente che al momento dello scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, il Tribunale adito (ma anche le parti personalmente in caso di accordo tra i congiunti o di negazione assistita) possa stabilire con la relativa sentenza l'obbligo per uno degli uniti di somministrare periodicamente al partner un assegno quando quest'ultimo non abbia mezzi adeguati o comunque non sia in grado di procurarseli per ragioni oggettive. Il soggetto debole di una unione non avrà quindi diritto ad un assegno di mantenimento avente le caratteristiche di quello previsto per il coniugato dall'art. 156 c.c. solo allorché privo di mezzi adeguati di mantenimento potrà vedersi riconosciuto un assegno diretto, appunto, a garantirgli il proprio mantenimento. In altri termini non si tratterà mai di una attribuzione automatica (l'onere della prova graverà sull'istante), ma di una attribuzione conseguente allo specifico accertamento dell'assenza in capo al soggetto richiedente l'assegno di mezzi adeguati a garantirne il mantenimento o dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive.

Accertata la sussistenza del diritto, la misura della relativa contribuzione verrà poi determinata considerando, unitamente alle condizioni delle parti: a) le ragioni della decisione; b) il contributo personale ed economico dato da ciascuno alla

conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune; c) il reddito di entrambi, il tutto parametrato in relazione al criterio temporale della durata dell'unione civile. Un primo aspetto appare immediatamente chiaro: l'assegno a cui il soggetto debole dell'unione avrà diritto sarà analogo a quello del coniuge debole divorziato. Tale assegno, quindi, avrà natura squisitamente assistenziale e sarà diretto a colmare l'apprezzabile deterioramento delle precedenti condizioni economiche che si pongano quale conseguenza diretta dello scioglimento del vincolo. L'assegno prescinde, quindi, dagli obblighi di mantenimento operanti e perduranti nel corso dell'unione civile e costituisce un effetto diretto della pronuncia di scioglimento della stessa assolvendo alla funzione etica e giuridica di assicurare all'*ex partner*, anche oltre il momento dello scioglimento dell'unione e successivamente, una esistenza libera e dignitosa.

Al pari dell'assegno divorzile l'obbligo della periodica somministrazione dell'assegno cessa quando il soggetto percipiente costituisca una nuova unione civile, ovvero nel caso in cui le condizioni economiche del percipiente risultino radicalmente mutate in meglio e quindi quando il medesimo possa contare su redditi o altre risorse che gli consentano di provvedere in via autonoma al proprio mantenimento.

Il soggetto debole dell'unione potrà vedersi riconosciuto un assegno solo allorché provi – l'onere della dimostrazione degli elementi positivi spetterà infatti alla parte richiedente – di essere privo di mezzi adeguati per il proprio mantenimento con un tenore di vita analogo a quello goduto nel corso dell'unione civile.

L'adeguatezza dei mezzi economici del richiedente dovrà quindi essere valutata con riferimento ad un modello di vita economicamente autonomo e dignitoso, con la conseguenza che il tenore di vita fruito nel corso dell'unione civile costituirà il parametro per valutare l'adeguatezza dei mezzi economici a disposizione del richiedente per consentirgli standard analoghi a quelli goduti nel corso dell'unione civile o che potevano legittimamente e ragionevolmente fondarsi su aspettative maturate nel corso dell'unione ma stabilite e valutate nel momento della dissoluzione del vincolo e basate proprio sull'obbligo per le parti di contribuire ai bisogni comuni.

Ai fini della valutazione in concreto dei presupposti per l'attribuzione patrimoniale in parola sarà necessaria quindi un'indagine comparativistica della situazione reddituale e patrimoniale attuale del richiedente con quella complessiva della coppia all'epoca dello scioglimento dell'unione. Una ricostruzione complessiva della posizione patrimoniale e reddituale di entrambe le parti diretta a verificare che l'attuale posizione del richiedente lo ponga in una condizione deteriore che gli impedisca, con i mezzi latamente intesi di cui dispone, di mantenere un tenore di vita tendenzialmente analogo a quello di cui disponeva in costanza di convivenza. L'indagine sull'impossibilità per il richiedente di procurarsi mezzi adeguati di sussistenza dovrà essere compiuto in concreto e quindi si dovranno vagliare le condizioni soggettive (età, malattia) del richiedente anche sopravvenute considerando ogni fattore economico, sociale, individuale, ambientale, territoriale in grado di assurgere ad aspetto rilevante ed incidente del caso specifico.

Il parametro di confronto sarà quello del pregresso tenore di vita che, come nei procedimenti di divorzio, potrà essere liberamente dimostrato senza che sia necessario procedere ad una precisa ed esatta quantificazione essendo in tal senso bastevole l'ordine di grandezza degli standard di vita della coppia. La dimostrazione che potrà essere data anche in via presuntiva avrà riguardo all'intera consistenza patrimoniale.

E' necessario menzionare la sentenza n. 18287 del 2018 con cui la Suprema Corte ha affermato che, il giudizio sul diritto ad ottenere l'assegno divorzile non si può basare esclusivamente sull'accertamento del criterio dell'autosufficienza economica o nella possibilità di procurarsi i mezzi : non si può prescindere dall'accertamento dell'eventuale incidenza degli indicatori concorrenti contenuti nell'art. 5 comma 6 della legge n. 898 del 1970 ed, in particolare dal contributo fornito dal richiedente alla condizione della vita familiare ed alla conseguente formazione del patrimonio comune e personale dell'altro ex coniuge.

## 7. Rettificazione dell'attribuzione di sesso

Il diritto all'identità personale<sup>376</sup> è stato notoriamente il frutto di una vivace attività giurisprudenziale iniziata alla metà degli anni '70 del secolo scorso<sup>377</sup>, e che ha trovato il suo culmine nel riconoscimento operato dalla Corte di Cassazione nel 1985<sup>378</sup>, per poi trovare esplicita individuazione legislativa all'art. 1 della L. n. 675/1996, la prima legge sulla protezione dei dati personali, poi rivista nel D.Lgs. n. 196/2003, "Codice in materia di protezione dei dati personali". Il diritto all'identità personale, inizialmente costruito per derivazione dal diritto al nome e dal diritto all'immagine, viene qualificato come diritto della personalità e ricondotto nell'alveo dei diritti inviolabili costituzionalmente protetti all'art. 2 Cost.<sup>379</sup> Secondo la giurisprudenza e la dottrina, infatti, questa disposizione non è da intendersi come riassuntiva dei diritti e libertà esplicitamente tutelate dalla Costituzione, bensì è da considerarsi come "clausola aperta" in grado di far "entrare" nella Costituzione, in via interpretativa, nuovi diritti e libertà che il legislatore e la giurisprudenza considerano meritevoli di tutela<sup>380</sup>. Fu la stessa Corte di Cassazione, nel caso Veronesi, a dare una definizione esaustiva del diritto all'identità personale, qualificandolo come il

---

376 Per un approfondimento sul tema dell'identità personale v. **G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI** (a cura di), *Il diritto alla identità personale*, Padova, 1981; sempre degli stessi autori v. *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983; **F. MACIOCE**, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, 1984; **G. BAVETTA**, *Diritto alla Identità*, in *Enc. del Dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970; **M. DOGLIOTTI**, *Un nuovo diritto: all'identità personale*, in *Giur. It.*, 1981, IV, p. 145.

377 Il leading case che ha segnato il primo riconoscimento del diritto all'identità personale, è il noto caso dei "falsi abrogazionisti", v. *Pret. Roma 6 maggio 1974*, in *Giur. it.*, I, 2, p. 514, con nota di **A. D'ANGELO**, *Lesione dell'identità personale e tutela riparatoria*.

378 Il noto "*caso Veronesi*", *Cass.* 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, p. 2211; v. anche **Z. ZENCOVICH**, *Diritto all'identità personale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 647. La vicenda trae origine dal fatto che alcune frasi che l'oncologo aveva effettivamente pronunciato in un'intervista erano state poi decontestualizzate ed impiegate da una azienda produttrice di sigarette light per promuovere il proprio prodotto, travisando così il reale pensiero del medico.

379 Si afferma con opinione pacifica che al diritto all'identità personale debba essere riconosciuta una salda rilevanza costituzionale, pur in mancanza di un richiamo espresso da parte della Carta fondamentale, e tale interpretazione estensiva è giustificata dalla garanzia del pieno sviluppo della personalità individuale e della partecipazione all'organizzazione politica e sociale del Paese di cui agli artt. 2 e 3 cost.

380 Da ultimo v. **D. FLORENZANO, D. BORGONOVO RE, F. CORTESE**, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza*, Giappichelli, Torino, 2015.

diritto che ogni persona ha di vedersi rappresentato con i propri reali caratteri, senza travisamenti delle proprie idee, del proprio vissuto nonché del proprio patrimonio intellettuale, ideologico, etico, professionale, etc. Come ha avuto modo di precisare più volte la dottrina, una violazione del diritto all'identità personale può senz'altro passare attraverso l'uso del nome e/o dell'immagine ma può anche prescindere da essi, poiché il diritto all'identità personale protegge un bene giuridico diverso ed ulteriore<sup>381</sup>. Un corollario del diritto all'identità personale è il diritto all'identità sessuale<sup>382</sup>, da intendersi come il diritto a veder tutelata la propria caratterizzazione sessuale<sup>383</sup>. Per superare la pretesa immutabilità del sesso anagrafico della persona transessuale, anche nel caso di intervenute modifiche medico-chirurgiche dei caratteri sessuali, a livello teorico e dottrinale<sup>384</sup> si propose una valorizzazione del diritto alla personalità facendovi rientrare il diritto alla identità sessuale. Nasceva così un diritto soggettivo che ponendosi a garanzia di un valore collegato alla personalità umana acquisiva il crisma di inviolabilità ad essa costituzionalmente collegata. Se tra la dottrina che si mostrava sensibile alle problematiche giuridiche legate al fenomeno del transessualismo non vi era dubbio alcuno circa la necessità di offrire una tutela costituzionale all'identità sessuale, vi era invece divergenza in riferimento all'individuazione della norma costituzionale quale fonte di tale diritto (il dissenso ancor oggi permane). Da un lato c'era chi, abbracciando la teoria dell'atipicità dei

---

381 Per una più approfondita disamina v. G. PINO, *Identità personale*, in *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), Giuffè, Milano 2010, p. 297-322; G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003; S. LABRIOLA, *I diritti fondamentali della persona: il diritto alla identità*, in *Riv. dir. pubbl. e scienze politiche*, 2002, p. 313.

382 Un'equilibrata ricostruzione del problema, con interessanti considerazioni, è offerta da M. MONINA, *Identità sessuale e sviluppo della persona*, in *Legalità e giustizia*, 1984, p. 779 ss.

383 P. STANZIONE, *Transessualità*, in *Enc. del dir. vol. XLIV*, Roma, 1992.

384 P. PERLINGIERI, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, in *Dir. giur.*, 1970, p. 830 ss; G. PETRINA, *Problemi giuridici del transessualismo*, in *Temi*, 1972, p. 353 ss; S. BARTOLE, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 1979, p. 1178; T. L. SCHWARZENBERG, *Considerazioni medico legali sulla transessualità e sindromi collegate*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 145; P. ZATTI, *Il diritto all'identità e all'applicazione diretta dell'art. 2 cost.*, in *Il diritto all'identità personale*, Cedam, Padova, 1981; M. GARUTTI, F. MACIOCE, *Il diritto all'identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, II, p. 273 ss.



diritti inviolabili, lo riconduceva all'art. 2 Cost.<sup>385</sup> dall'altro lato c'era chi ne individuava il fondamento nell'art. 13 Cost. (libertà personale)<sup>386</sup> e ancora chi faceva riferimento all' art. 32 Cost. (tutela della salute).<sup>387</sup> Tuttavia, a questi spunti dottrinali non corrispose poi una parallela evoluzione da parte della giurisprudenza che ancora continuava ad affermare l'irrilevanza della psicosessualità. La stessa Corte costituzionale con la sentenza 98/1979<sup>388</sup>, in adesione all'orientamento della Corte di Cassazione, non aveva ritenuto nessuno dei citati articoli violato dalla normativa civilistica<sup>389</sup> che impediva la rettificazione del sesso anagrafico anche qualora la persona transessuale avesse modificato chirurgicamente i caratteri sessuali. La Corte, intendendo l'art. 2 Cost. come "catalogo chiuso", affermava che le norme costituzionali non pongono "[...] fra i diritti inviolabili dell'uomo quello di far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall'originario, acquisito con una trasformazione chirurgica, per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica [...]". L'art. 2 Cost., infatti "[...] nel riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo non può non essere ricollegato alle norme costituzionali concernenti singoli diritti e garanzie fondamentali [...]". Si può osservare in primo luogo come questa sentenza abbia segnato un punto di arresto nel percorso di riconoscimento della condizione transessuale e non può poi passare in secondo piano la sua dissonanza rispetto alla

---

385 In dottrina considerano l'art. 2 Cost. idoneo a garantire nuove situazioni emergenti e dunque anche il diritto all'identità sessuale: **P. PERLINGIERI**, Norme costituzionali e rapporti di diritto civile, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss; **A. BARBERA**, Principi fondamentali, in *Commentario della Costituzione* (Art. 1-12), di **G. BRANCA** (a cura di), Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, p. 85 ss; **G. AMATO**, Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale, Giuffrè, Milano, 1967, p. 308 ss.

386 **A. BALDASSARRE**, Diritti inviolabili, in *Enc. giur.*, XI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 21.

387 **M. C. CHERUBINI**, Atti di disposizione del proprio corpo, in *Tutela della salute e diritto privato*, **F. D. BUSNELLI**, U. BRECCIA (a cura di), Giuffrè, Milano, 1978, p. 87 ss; **P. D'ADDINO SERRAVALLE**, Mutamento volontario di sesso e azione di rettificazione, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 231 ss.

388 Corte Cost. 1 agosto 1979, n.98, in *Giur. it.*, 1981, I, c. 23 ss, con nota di **M. DOGLIOTTI**, Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali.

389 Artt. 165 e 167 del R.D.L. del 9 luglio 1939, n. 1238 e art. 454 Cod. civ., abrogati dall'art. 110, rispettivamente, comma 1 e comma 3, del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396.

contemporanea decisione della Corte costituzionale tedesca che, nel 1978<sup>390</sup> aveva dichiarato l'incostituzionalità delle norme che in quell'ordinamento giuridico non consentivano alla persona transessuale una rettificazione del sesso anagrafico e del prenome. Ed è stata proprio sulla scorta di questa sentenza che era intervenuto il legislatore tedesco approvando nel 1980 la legge in materia di transessualismo.<sup>391</sup>

In Italia, invece, la Corte costituzionale aveva semplicemente segnalato la possibilità dell'intervento del legislatore il quale era poi intervenuto accogliendo con la l. n. 164/1982 un concetto di identità sessuale<sup>392</sup> nuovo e diverso rispetto al passato, dando maggiore importanza alla componente psicologica e sociale della persona, a scapito della mera conformazione degli organi genitali. Veniva cioè a delinearsi un diritto all'identità sessuale, inteso come diritto a veder riconosciuto dall'ordinamento giuridico un profilo essenziale della personalità delle persone, quello della sessualità, superiore e prevalente rispetto a caratteristiche puramente esteriori. Se in un primo momento il diritto alla identità sessuale aveva rilevanza nell'ordinamento giuridico soltanto come pretesa alla non ingerenza altrui nel proprio diritto, con la l. n. 164/1982 il diritto all'identità sessuale veniva ad acquisire una nuova declinazione configurandosi non più soltanto come libertà negativa ma anche come pretesa che lo Stato intervenga attivamente, a riconoscere valore giuridico al proprio atto di autodeterminazione poiché

---

390 BVerfG, 11 ottobre 1978, in BVerfGE, 49, p. 286 ss; in NJW, 1979, 595 ss; in EuGRZ, 1979, 50 ss, con nota di H. SEIBERT. La decisione è stata tradotta in lingua italiana da G. VOLPE, in Foro it., 1979, IV, c. 272 ss.

391 L. 10 settembre 1980, "Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz - TSG)" consultabile sul sito internet: [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de). La legge è stata tradotta in lingua italiana da P. STANZIONE, La soluzione normativa del transessualismo: l'esperienza tedesco-occidentale, in Rass. dir. civ., 1980, p. 1226 ss (ristampata in P. D'ADDINO SERRAVAELE – P. PERLINGIERI – P. STANZIONE, op. cit., 190 ss). (

392 Sul diritto all'identità sessuale v. M GARUTTI, F. MACIOCE, Il diritto all'identità sessuale, in Riv. dir. civ., 1981, II, p. 273; M. DOGLIOTTI, Le persone fisiche, in Trattato di diritto privato Persone e famiglia, Torino, 1982, II, t. 1, p. 104 ss; A. DE CUPIS, I diritti della personalità, in Trattato di diritto civile e commerciale, Milano, 1982, IV, p. 414; S. PATTI, Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale, in Rivista critica del diritto privato, 1984, p. 335; F. MACIOCE, Tutela civile della persona e identità personale, Padova, 1984, p. 38 ss; C. M. BIANCA, Diritto civile, I. La norma giuridica. I soggetti, Milano, 1978, p. 182.

elemento imprescindibile che consente il pieno svolgimento della persona umana, di cui la sfera sessuale è parte integrante.

Sul piano internazionale ricopre un'importanza in materia di diritto all'identità sessuale, e in generale per la protezione di tutti i diritti fondamentali, la "Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" ratificata dall'Italia nel 1955, e la "Carta dei diritti fondamentali" dell'Unione Europea firmata a Nizza nel 2000. Il 12 settembre 1989 il Parlamento europeo ha adottato una Risoluzione sulla discriminazione delle persone transessuali, che muove dalla considerazione della transessualità come problema sociale e qualifica il diritto di condurre una vita corrispondente alla propria identità sessuale come espressione della dignità umana. Sulla base di tali premesse gli Stati membri sono stati invitati ad emanare disposizioni che regolino il diritto dei transessuali al cambiamento di sesso e vietino la loro discriminazione negli ambiti in cui si esplica la loro personalità. Anche la direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità, include le discriminazioni basate sul cambiamento di sesso tra quelle che beneficiano delle tutele previste per le discriminazioni tra uomo e donna. E' intervenuta l'U.E. con la Raccomandazione del Comitato di ministri del 31 marzo 2010 sulle misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere.<sup>393</sup>

Pochi anni dopo l'entrata in vigore della l. n. 164/1982 "Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso", un'ordinanza della Corte di Cassazione, aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale<sup>394</sup> degli artt. 1 e 5 della Legge n. 164/1982, prospettandone il contrasto con gli artt. 2, 3, 29, 30 e 32

---

393 È da segnalare poi la recente Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2015 con la quale la Commissione e l'OMS sono state invitate ad eliminare i disturbi dell'identità di genere dall'elenco dei disturbi mentali e comportamentali ed a porre fine alla patologizzazione delle persone transgender.

394 La questione di legittimità costituzionalità era stata sollevata dalla Corte di Cassazione, con ordinanza n. 515 del 20 giugno 1983. L'ordinanza è pubblicata in Giust. civ., 1983, 11, I, p. 3242, con nota di M. FINOCCHIARO, I transessuali di nuovo innanzi alla Corte; inoltre v. **M. DOGLIOTTI**, In pericolo la nuova legge sul mutamento di sesso, in Dir. fam. pers., 1984, p. 420; in Giur. it., 1984, 11, p. 80, con nota di M. GARUTTI, Psicosexualità, mutamento di sesso, certezza (a proposito dell'ordinanza della Cassazione).

Cost.<sup>395</sup> Il caso si era originato dalla Corte d'Appello di Napoli che con la sentenza n. 1726/1979<sup>396</sup> confermava quella di primo grado, rigettando la domanda di B. P., persona transessuale Male-To-Female, diretta ad ottenere la rettificazione del sesso anagrafico (e di conseguenza anche del prenome) attribuitogli alla nascita sulla base del mero criterio biologico. La Corte di Appello, in coerenza con quello che era all'epoca l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, considerava determinante ai fini dell'attribuzione del sesso il solo carattere maschile dei cromosomi, delle gonadi e degli originali organi genitali esterni, negando quindi rilevanza al sesso psichico, all'elemento comportamentale tipicamente femminile assunto fin dall'infanzia, e all'avvenuto intervento medico-chirurgico demolitivo-ricostruttivo dei genitali esterni (realizzato tramite orchietomia bilaterale e vaginoplastica). Tale sentenza era stata poi impugnata davanti alla Corte di Cassazione la quale, decidendo sul ricorso aveva individuato profili di sospetta incostituzionalità della legge n. 164. Varie furono le osservazioni di carattere generale fatte dalla Corte in quella sede: si affermava che “un’alterazione artificiale del sesso” nel caso di persona transessuale (ma non nel caso di persona intersessuale) avrebbe potuto determinare gravi implicazioni “in una società, in cui alla diversità del sesso corrisponde anche una diversità di doveri e comportamenti”. Si sosteneva che il mutamento artificiale del sesso “sconvolge l’ordine naturale della società familiare in modo ben diverso da quanto accade per il divorzio, in cui può aversi una successione di famiglie, ma col rispetto dei ruoli dei suoi componenti”. La Corte di Cassazione era pervenuta alla conclusione per cui la rettificazione dell’attribuzione di sesso, secondo la lettera della legge n. 164, era da considerarsi consentita non più soltanto nel caso di evoluzione naturale di situazioni originariamente non ben definite (stato intersessuale), ancorché coadiuvate da interventi chirurgici diretti ad evidenziare organi già esistenti ed a promuoverne il normale sviluppo (e che la Suprema Corte riteneva costituzionalmente compatibile), ma anche nel caso di transessualismo e quindi

---

395 Cass. (ord.), 20 giugno 1983, n. 515, in *Giust. civ.*, 1983, 11, I, p. 3242, con nota di **M. FINOCCHIARO**, I transessuali di nuovo innanzi alla Corte; in *Dir. fam. pers.*, 1984, p. 420, con nota di **M. DOGLIOTTI**, In pericolo la nuova legge sul mutamento di sesso.

396 App. Napoli, 12 ottobre - 23 novembre 1979 n. 1726.

laddove l'intervento medico-chirurgico fosse diretto non a chiarire una ambiguità anatomica, bensì ad adeguare il corpo di una persona biologicamente XX al sesso anagrafico maschile o al contrario consentire ad una persona biologicamente XY di accostarsi al genere anagrafico femminile. La Suprema Corte, rilevava essere sopravvenuta, in pendenza del giudizio, la l. n. 164/1982 e che, essendosi già svolte nelle precedenti fasi processuali le essenziali condizioni previste da tale legge (domanda, istruttoria, consulenze tecniche), questa doveva ritenersi di immediata applicazione nel giudizio in corso. Ciò premesso, la Corte di Cassazione, dopo aver osservato che i dubbi di incostituzionalità potevano a suo avviso prospettarsi nei confronti addirittura di tutta la legge n. 164/1982 (introducendo una serie di eccezioni di incostituzionalità astrattamente prospettabili), e non soltanto di alcune sue norme, di fatto però aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale soltanto in riferimento agli artt. 1 e 5 e assumendo come parametri gli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost.<sup>397</sup> La Corte di Cassazione in riferimento all'art. 1 della legge, ne sottolineava la formulazione vaga ed indeterminata<sup>398</sup> ma nel contempo affermava che tale incertezza doveva risolversi sul piano interpretativo; nel senso che, secondo la volontà del legislatore, doveva ritenersi legittima la rettificazione del sesso anagrafico non soltanto nei casi di intersessualità ma anche nei casi (come quello in esame) di mutamento di sesso del tutto artificiale, nei quali cioè “sulla base di una dichiarata psicosessualità in contrasto con la presenza di organi chiaramente dell'altro sesso, si intervenga, con operazioni demolitorie e ricostruttive, ad alterare gli organi esistenti per conferire al soggetto la mera apparenza del sesso opposto”. La Corte di Cassazione, quindi, non censurava in modo assoluto e categorico i disposti di legge sopra specificati ma lo faceva soltanto nella parte in cui consentivano di rettificare l'attribuzione di sesso anche nelle ipotesi di transessualismo e non circoscrivendolo all'ipotesi di intersessualità. A tale conclusione la Corte

---

397 L'ordinanza di rimessione è stata criticata dalla dottrina, v. M. SALVEZZA, In margine al giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 5 della legge 12.4.1982 n. 164, in *Vita not.*, fasc., 1/3, 1984, p. 177; M. FINOCCHIARO, I transessuali di nuovo dinanzi alla Corte Costituzionale, in *Giust. civ.*, 1983, p. 2347; M. GARUTTI, Psicosessualità, mutamento di sesso, certezze a proposito dell'ordinanza della Cassazione, in *Giur. it.*, 1984, p. 81 ss.

398 Art. 1 “[...] attribuire ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali”.

rimettente perveniva assumendo: “[...] a) che la proposta, da cui la legge 164 era scaturita, era esplicitamente motivata in base all'esigenza di superare la giurisprudenza della stessa Cassazione secondo cui la rettificazione non era consentita nei casi suddetti, ma solo in quelli “di sopravvenute modificazioni dei caratteri sessuali per una evoluzione naturale ed obiettiva di una situazione originariamente non ben definita o solo apparentemente definita, ancorché coadiuvate da interventi chirurgici diretti ad evidenziare organi già esistenti ed a promuovere il normale sviluppo”; b) che la proposta intendeva altresì raccogliere l'invito della Corte costituzionale sent. 98/79<sup>399</sup> che, pur ritenendo legittime le norme allora vigenti interpretate nel senso suddetto, aveva segnalato la possibilità di una diversa soluzione del problema per via legislativa; c) che nel successivo iter legislativo la proposta medesima, pur di fronte a inviti di precisazioni (della Commissione affari costituzionali), proposte limitative e pareri contrari (della Commissione Igiene e Sanità del Senato), era rimasta, a suo avviso, sostanzialmente inalterata [...]”. La Corte rimettente richiamava, poi, i limiti normativi alla disponibilità del proprio corpo<sup>400</sup> (artt. 5 Cod. civ. 579 e 580 Cod. pen., 32 Cost.), ed assumeva che le citate norme costituzionali (artt. 2, 3, 29, 30, 32) tutelavano la persona umana soprattutto nella sua vita di relazione, e che sotto questo profilo andavano considerate le implicazioni che un'alterazione meramente artificiale del sesso di una persona transessuale può comportare sia rispetto alle persone che entrano in rapporto con il soggetto, sia rispetto ai diversi doveri e comportamenti che ne conseguono (basti pensare al servizio militare ed agli stabilimenti penitenziari). La Corte di Cassazione, in riferimento agli artt. 29 e 30 affermava che la legge n. 164 violava l'ordine naturale della società familiare e del matrimonio, ed impediva alla persona transessuale di svolgere i suoi compiti “naturali” di genitore, determinando uno squilibrio nella diversità di figure genitoriali necessarie ad un normale svolgimento della vita familiare, consentendo alla persona transessuale di sottrarsi ai suoi fondamentali doveri nei confronti dei

---

399 V. nota a sentenza di **S. BARTOLE**, Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo, in *Giur. cost.*, 1979, p. 1178-1197.

400 Sugli atti di disposizione del corpo v. M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. II, Utet, Torino, 1992 p. 77.

figli. La Corte passa poi ad esaminare l'ipotesi di nuovo matrimonio della persona transessuale affermando che la legge, determinando lo scioglimento del precedente matrimonio (con conseguente alterazione dell'istituto del divorzio che si configurava automatico e non su istanza di parte) e consentendo alla persona transessuale di contrarne uno nuovo (senza che il coniuge possa conoscerne lo status anagrafico originario) legittimerebbe la celebrazione di un matrimonio inesistente per mancanza del requisito della diversità di sesso, o quanto meno radicalmente nullo, posto che il coniuge viene messo in condizione di cadere nell'errore di cui all'art. 122 Cod. civ.: malattia o anomalia tale da impedire lo svolgimento della vita coniugale<sup>401</sup> Sotto il profilo, poi, della tutela della salute e dell'integrità psico-fisica della persona transessuale (art. 32 Cost.), la Suprema Corte sosteneva che gli interventi medicochirurgici diretti ad eliminare la dissociazione tra soma e psiche finiscono per complicare l'anormalità del soggetto in quanto da un lato riescono ad attribuire un sesso diverso dall'originario solo in modo parziale e sostanzialmente apparente, e dall'altro privano irreversibilmente l'individuo della funzione endocrina testicolare e della capacità procreativa.<sup>402</sup> In riferimento all'art. 5 della l. n. 164, invece, la Corte rimettente assumeva che tale norma, precludendo in modo assoluto ai terzi di conoscere i dati anagrafici originari del transessuale, "pone in pericolo delle irrinunciabili esigenze di certezza (ai fini del matrimonio e di altri importanti aspetti della vita di relazione), che appaiono prevalenti su quelle della riservatezza": le quali ultime possono essere, invero, "in certa misura salvaguardate attraverso il sistema dell'autorizzazione giudiziale". Per tutti questi motivi la Corte di Cassazione aveva ritenuto opportuno sollevare la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 5 della legge n. 164/1982, prospettandone il contrasto con gli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost.

---

401 Per un approfondimento v. V. PIETROBON, Della nullità del matrimonio, in Commentario alla riforma del diritto di famiglia, a cura di L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABUCCHI, I, I, Padova, 1977, p.137; F. LAZZARO, L'errore nella volontà matrimoniale, in Dir. fam. pers., 1977, p. 783 ss; sul punto v. anche Capitolo IV, par. x, par. 3.3.

402 In dottrina, coniuga il diritto alla identità sessuale con il diritto alla salute B. PEZZINI, Transessualismo, salute ed identità sessuale, in Rass. dir. civ., 1984, pag. 461.

Alla stregua delle considerazioni esposte nel paragrafo precedente, la Corte Costituzionale si trovò a vagliare la legittimità costituzionale degli artt. 1 e 5 della legge n. 164.<sup>403</sup> La Corte fece, innanzitutto, chiarezza sul significato di “transessuale”, condividendo la descrizione che già da anni ne aveva dato la dottrina medico-legale, la quale lo definiva come un soggetto che vive il contrasto spesso drammatico tra sesso psichico e sesso biologico, che si sottopone a gravi interventi medico-chirurgici demolitori-ricostruttivi per adeguare il corpo alla psiche.<sup>404</sup> Dopo tale intervento di trasformazione anatomica degli organi genitali, egli è capace di “normali” rapporti sessuali con persone dell’altro sesso anche se gli è evidentemente preclusa la facoltà di generare. La Corte affermava, poi, che le conoscenze scientifiche dell’epoca portavano a ritenere che la sindrome transessuale non potesse essere efficacemente curata né con terapie ormonali né con interventi di psicoterapia e che soltanto l’operazione chirurgica, demolitoria-ricostruttiva, potesse dare risultati positivi, come era stato verificato nella grande maggioranza dei casi considerati. In secondo luogo la Consulta riconosceva come la legge n. 164/1982 accogliesse un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione si conferiva rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero “naturalmente” evolutisi, sia pure con l’ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale. Secondo la Corte, dunque, la l. n. 164/1982 “[...] si colloca nell’alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale [...]”. La Corte costituzionale passava poi a riconoscere l’irrelevanza delle questioni che avevano ad oggetto l’art. 5 della legge 164, con riferimento agli artt. 2, 3, 29, 30, 32 Cost. La Corte riteneva che a parte ogni considerazione sulla pertinenza dei parametri invocati, non solo non risultava che

---

403 Corte Cost., 24 maggio 1985, n. 161 in *Giur. cost.*, 1985, 1173 ss; in *Foro it.*, 1985, c. 2162-2168; Per un commento, v. **M. DOGLIOTTI**, La Corte Costituzionale riconosce il diritto all’identità sessuale, in *Giur. it.*, 1987, I, p. 236; **G. SCIANCALEPORE**, **P. STANZIONE**, Il transessualismo e tutela della persona, Assago, Ipsoa, 2002, p. 55 ss.

404 **V. S. PATTI**, **M. R. WILL**, Mutamento di sesso e tutela della persona, Cedam, Padova, 1986, p. 123 ss; **E. PAOLELLA**, Sulla diagnosi di sesso: aspetti medico-legali, in *Giust. pen.*, 1971, I, p. 228.



nel giudizio a quo potesse o dovesse farsi applicazione del disposto di legge censurato, ma era assolutamente certo il contrario, poiché il rilascio dell'attestazione di cui all'art. 5 presupponeva l'avvenuta rettificazione giudiziale dell'attribuzione di sesso ed il conseguente adempimento, da parte dell'Ufficiale dello stato civile competente, dell'ordine di effettuare la rettificazione medesima. In relazione all'art. 1 il giudice a quo aveva sollevato una pluralità di questioni in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost. La Corte costituzionale sottolineava come la disposizione di legge denunciata avesse carattere e portata generale, innovando la normativa contenuta nell'art. 454 Cod. civ.<sup>405</sup> Essa riguardava tutte le ipotesi di rettificazione giudiziale dell'attribuzione di sesso, quando si accertava la diversità da quello enunciato nell'atto di nascita, a seguito di intervenute modificazioni dei caratteri sessuali dell'interessato, senza, peraltro, che il disposto in esame prendesse in considerazione il modo in cui le modificazioni medesime si fossero verificate, se naturalmente ovvero a seguito di intervento medicochirurgico.<sup>406</sup> L'art. 4, secondo comma, della l. n. 164 prevede invece che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso “provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. Si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1 dicembre 1970, n. 898 e successive modificazioni”. La Corte costituzionale una volta chiarito il quadro normativo, passava a ribadire che le questioni sollevate dalla Suprema Corte muovevano tutte dalla concezione per cui l'identità sessuale era da considerarsi soltanto quella determinata dagli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita, o modificati per naturale evoluzione ancorché coadiuvata da interventi chirurgici diretti ad evidenziare organi già esistenti ed a promuoverne il normale sviluppo (intersessualità).

---

405 L'articolo è stato abrogato dall'art. 110 del d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396 riguardante l'Ordinamento dello stato civile. Il procedimento di rettificazione è ora disciplinato dagli artt. 95 e 96 del ridetto d.p.r. 396/2000. Pertanto, chi intenda promuovere la rettifica di un atto, dovrà adire il Tribunale competente (quello del circondario dell'ufficio dello stato civile interessato) mediante ricorso; il Tribunale, assunte le informazioni ed acquisiti i documenti, nonchè eventualmente sentito il procuratore della repubblica e gli interessati, provvederà mediante decreto motivato assunto in camera di consiglio.

406 Quest'ultima ipotesi è specificamente disciplinata dall'art. 3 del medesimo testo normativo, dove è prevista, come necessaria, l'autorizzazione con sentenza del Tribunale adito, che, accertata l'effettuazione del trattamento autorizzato, dispone la rettificazione in camera di consiglio.

Coerentemente, il giudice a quo non riteneva neppure ipotizzabile il mutamento di sesso della persona transessuale, dal momento che la nuova identità sessuale conseguente alla modificazione anatomica ottenuta con l'intervento chirurgico era puramente apparente non essendo diretta a chiarire una ambiguità anatomica dei caratteri sessuali. La questione, sollevata con riferimento agli artt. 2 e 32 Cost., assumendosi che il disposto di legge denunciato violasse i limiti alla disponibilità del proprio corpo (art. 5 del Cod. civ.; artt. 579 e 580 Cod. pen.) posti a tutela della persona umana, veniva dalla Corte dichiarata non fondata. Preliminarmente, infatti, la Consulta aveva precisato come nonostante l'intervento medico-chirurgico realizzi una diminuzione permanente dell'integrità fisica, la tutela della salute della persona transessuale sarebbe comunque garantita dalla necessità di una preventiva autorizzazione del Tribunale per potersi sottoporre a detti interventi che irreversibilmente modificherebbero i genitali della persona, determinando conseguentemente la perdita permanente della capacità procreativa. La Corte aveva poi ritenuto, in piena armonia con l'orientamento maggioritario in dottrina, che il carattere terapeutico dei trattamenti medico-chirurgici, a cui si sottopone la persona transessuale, consentono di escludere una violazione dei limiti della disponibilità del proprio corpo posti a tutela della persona umana. L'interpretazione dell'art. 5 Cod. civ. diventava così orientata nei termini di valorizzazione del diritto costituzionale alla salute<sup>407</sup> che rende lecito qualsiasi intervento fondato su esigenze di tutela della salute. Il richiamo al diritto della salute serviva alla Consulta anche per negare la rilevanza degli interessi di quanti entrino in contatto con la persona transessuale. Oltre a non comprendere esattamente quale potrebbe essere in concreto il loro diritto fondamentale offeso, in ogni caso non potrebbe prevalere sul diritto alla salute della persona transessuale. La Corte va addirittura oltre affermando che in riferimento al turbamento dei rapporti sociali che si potrebbero determinare in conseguenza della rettificazione dell'attribuzione di sesso della persona transessuale, è certo che il far

---

407 Per un approfondimento circa la realizzazione e la protezione del proprio diritto all'identità sessuale v. il contributo di: **M. DOGLIOTTI**, *Le persone fisiche*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 364; **M. BESSON, E. ROPPO**, *Diritto soggettivo alla salute ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Pol. Dir.*, 1974, p. 767; **F. D. BUSNELLI, U. BRECCIA**, *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978

coincidere l'identificazione anagrafica del sesso alle apparenze esterne del soggetto interessato favorisca anche la chiarezza dei rapporti sociali e, di conseguenza, la certezza dei rapporti giuridici. Alle stesse considerazioni si riconduceva il giudizio d'infondatezza della distinta questione, riferita al solo art. 32 Cost., con riguardo all'intervento medico-chirurgico che produce la trasformazione anatomica degli organi sessuali. La Corte costituzionale sottolineava nuovamente che negando l'esistenza, nei termini scientificamente definiti, del transessualismo, si negava, di conseguenza, il valore terapeutico che la medicina affida all'operazione chirurgica, disconoscendo che la legge impugnata prevedeva i mezzi di prova necessari per accertare le condizioni psicosessuali del soggetto interessato<sup>(96)</sup>. I parametri di costituzionalità degli artt. 29 e 30 Cost. erano poi analizzati su un duplice versante. Da un lato si prendeva in considerazione l'ipotesi della persona transessuale che contraesse matrimonio prima di aver ottenuto la dichiarazione giudiziale di rettificazione dell'attribuzione di sesso; dall'altro, si prospettava la diversa ipotesi della persona transessuale che contraesse o celebrasse matrimonio dopo la dichiarazione giudiziale medesima. Anche su questo punto la Corte costituzionale aveva dichiarato l'inammissibilità per due ordini di considerazioni: In primo luogo, perché lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili (conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato col rito religioso) era provocata non dalla rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso, di cui all'art. 1 della legge impugnata, ma dalla sentenza che tale rettificazione disponeva (art. 454 del Cod. civ.; art. 4 della legge 164 del 1982). La questione quindi era da considerare mal posta perché la Corte di Cassazione avrebbe dovuto tutt'al più sollevare la questione di incostituzionalità dell'art. 4 della l. n. 164 laddove affermava che la sentenza di rettificazione di sesso provocava lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso, rinviando all'applicazione della legge sul divorzio. In secondo luogo, la Consulta affermava che le norme censurate venivano dalla Corte di Cassazione considerate sospette di incostituzionalità sulla base della sbagliata argomentazione per cui, essendo il mutamento di sesso della persona transessuale meramente apparente essa continuerebbe, in realtà, ad appartenere al sesso biologico, e lo

sconvolgimento dell'“ordine naturale della società familiare”, conseguente alla rettificazione giudiziale dell'identità sessuale, offenderebbe il dedotto parametro costituzionale sia nell'ipotesi di scioglimento del precedente matrimonio sia qualora il transessuale, ottenuta la rettificazione giudiziale, contraesse (nuovo) matrimonio. In riferimento alla prima ipotesi, la Corte afferma come l'ordine naturale della famiglia verrebbe tutt'al più ad essere sconvolto dalla condizione di disforia di genere del familiare e non dalla sentenza di rettificazione anagrafica di sesso che, invece, cerca semplicemente di risolvere sul piano giuridico i disagi che la sindrome fa sorgere. In riferimento alla seconda ipotesi, la Corte costituzionale afferma che il giudice a quo, prospettava conseguenze meramente eventuali poiché l'attore non aveva mai contratto matrimonio e del tutto incerto era pure la celebrazione di un futuro matrimonio una volta ottenuta la rettificazione del sesso anagrafico. Sul punto la Corte affermava che laddove la persona transessuale avesse deciso di unirsi in matrimonio con una persona di sesso anagrafico tacendo al coniuge la propria condizione, l'ordinamento giuridico già prevedeva adeguati rimedi a tutela del coniuge caduto in errore. In riferimento alla questione sollevata con riferimento all'art. 30 Cost., la Consulta la considerava non rilevante al caso in esame poiché l'attore non aveva avuto figli prima di perdere la capacità di generare (quale conseguenza dell'intervento medico-chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali) né tantomeno aveva figli adottivi. In ogni caso la Corte aveva precisato che anche qualora avesse avuto figli sarebbe stato comunque tenuto all'adempimento degli obblighi posti dalla legge a carico dei genitori. Con questa sentenza, la Corte costituzionale andava a controbattere punto per punto le argomentazioni dell'ordinanza di rimessione condannando sotto più aspetti l'atteggiamento della Corte di Cassazione che faceva riferimento frequente a questioni astrattamente prospettabili, ma nella specie assolutamente irrilevanti. La Consulta osservava, poi, come tutte le questioni proposte partivano da un preciso postulato, che non trovava alcun fondamento nella Costituzione, ma era piuttosto espressione di un'ideologia per la quale l'identità sessuale era da considerarsi solo quella caratterizzata dagli organi genitali esterni<sup>408</sup> accertati al momento della

---

408 La tesi di fondo della Corte di cassazione era quella di considerare l'identità sessuale determinata soltanto sulla base degli organi genitali. Punto di vista smentito dalla stessa medicina, v. C. SCHWARZENBERG, T. SCHWARZENBERG, Spunti medico-legali in tema

nascita (o per una naturale evoluzione) senza considerazione alcuna degli elementi psicologici e sociali.<sup>409</sup> Come evidenziano S. Patti e M. R. Will,<sup>410</sup> non si può non condividere la decisione della Corte costituzionale che di fatto andava a confermare l'orientamento di fondo già manifestato in occasione della prima sentenza<sup>411</sup> emessa in materia di transessualismo. In quel caso si trattava, però, di valutare la legittimità costituzionale dell'art. 454 Cod. civ. che, in base all'interpretazione della Corte di Cassazione, escludeva il diritto alla rettificazione del sesso anagrafico nel caso della persona transessuale. La Corte costituzionale escluse la illegittimità della norma ma già in quella sentenza lasciò trapelare una certa comprensione per le persone transessuali e ammise di fatto la possibilità per il legislatore di regolare la materia. Il compito della Corte costituzionale non era dei più difficili, trattandosi di valutare la questione sottoposta al suo esame alla luce del significato ormai da tempo attribuito agli articoli della Costituzione che si ritenevano violati. Così, in particolare, per quanto concerne la tutela della personalità e la salute della persona umana, intesa anche come salute psichica. Correttamente, inoltre, sulla base di questi principi e valori che essi esprimono, la Corte aveva individuato nella scelta compiuta dal legislatore l'accoglimento di un concetto di identità sessuale "nuovo e diverso rispetto al passato", data la rilevanza attribuita anche agli elementi di carattere psicologico e sociale. Si affermava quindi una concezione del sesso come "dato complessivo della

---

di volontaria modificazione dei caratteri sessuali esterni e di psico-sessualità, in *Dir. fam.*, 1973, p. 564 ss; **C. LORÉ, P. MARTINI**, *Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo*, Milano, 1984, p. 35 ss; T. N. WISE, *Transsexualism: a clinical approach to gender dysphoria*, in *Medical Trial Technique Q.*, 1983, p. 167.

409 Avverso questa interpretazione, prima ancora della sentenza in esame si era espressa parte della dottrina: **P. PERLINGIERI**, Note introduttive ai problemi di mutamento di sesso, in *Dir. e Giur.*, 1970, p. 830 ss; **M. DOGLIOTTI**, *Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali*, in *Giur. it.*, 1981, I, p. 28 ss; **M. VIGNOLO**, *Un problema de iure condendo: il c.d. cambiamento di sesso*, in *Temi*, 1974, p. 174; **G. PALMIERI**, *Diagnosi e mutamento di Sesso*, in *Noviss., Dig. it.*, XXIII, Torino, 1970, p. 230 ss; **E. PAOLELLA**, *Sulla diagnosi di sesso, aspetti medico legali*, in *Giust. pen.*, 1971, I, p. 228; **M. GARUTTI, F. MACIOCE**, *Il diritto alla identità sessuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, p. 285

410 **S.PATTI, M. R. WILL**, "Mutamento di sesso e tutela della persona", Cedam, Padova, 1986, p. 138-145.

411 Corte Cost. 1 agosto 1979, n.98, cit.

personalità determinato da un insieme di fattori dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio”.

## **8. Le cause di scioglimento dell'unione civile in Spagna, Germania e Francia**

### **- Ordinamento spagnolo**

La riforma spagnola, con la ley 15/2005 sembra anticipare la scelta del legislatore italiano del 2016 in materia di unioni civili. Il legislatore iberico, infatti, ha evidenziato che il principio di libertà matrimoniale include anche la possibilità di estinzione del rapporto, per cui la richiesta di divorzio può pervenire anche da un solo coniuge senza che vi sia opposizione da parte dell'altro coniuge e dà luogo allo scioglimento del vincolo coniugale senza che sia consentito al giudice di effettuare accertamenti sulle ragioni della rottura, dovendosi limitare a prenderne atto.

Unico limite previsto dalla disciplina spagnola è che il matrimonio sia stato comunque celebrato da almeno tre mesi. Anche in Spagna la separazione resta istituto residuale, autonomo ed alternativo al divorzio. Come sottolineato da autorevole dottrina soltanto nelle legislazioni irlandese e maltese, oltre che in Italia, resterebbe attualmente la separazione prima dell'accesso al divorzio.

L'istituto del divorzio, disciplinato inizialmente con la Ley 30/1981 (tre anni dopo l'approvazione dell'attuale testo costituzionale), è stato profondamente modificato con la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que “se modifica nel Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio”. Il provvedimento ha modificato gli articoli del Código civil concernenti la separazione ed il divorzio.

Antecedentemente la modifica intervenuta nel 2005 l'ordinamento spagnolo sofferma l'attenzione su alcuni punti: in primo luogo l'assenza dai due istituti sia del tentativo di conciliazione o anche di *de lias de réflexions*, sia di clausole equitative o di durezza. In secondo luogo la stretta interdipendenza tra le due normative con il rinvio l'una all'altra e che avevano in comune la regolamentazione degli effetti - fatti salvi quelli peculiari alla dissoluzione del vincolo matrimoniale -.

L'art. 82 *Código Civil* richiamava infatti, come cause di separazione, quelle di divorzio previste dall'art. 86 *Código Civil*, nn. 3, 4 e 5; del resto l'art. 86 *Código Civil* fondava la concezione del divorzio soprattutto sul "*cese efectivo de lo convivencia coniugal*", mentre la rilevanza del titolo della separazione appariva assolutamente marginale.

Il n. 1 dell'art. 86 *Código Civil* indicava come causa di divorzio la cessazione effettiva della convivenza coniugale per un anno ininterrotto a far tempo dalla presentazione dell'istanza di separazione consensuale o per domanda accettata (art. 81 *Código Civil*): in questo caso si dava rilievo al divorzio consensuale mentre il collegamento con la separazione legale appariva parzialmente rilevante: invero da un lato non era sufficiente il provvedimento giudiziale, in quanto era necessario pur sempre il decorso del termine fissato dalla norma; dall'altro non si riteneva necessaria la definizione del procedimento di separazione se per l'appunto il termine indicato era scaduto senza che vi fosse stato provvedimento di primo grado (art. 86 *Código Civil*, n. 2). Dunque sia in ipotesi di separazione che di divorzio consensuale le parti dovevano sottoporre all'omologazione del giudice un "*convenio*" sugli effetti della separazione o del divorzio. L'interesse del legislatore spagnolo verso la definizione concordata dei conflitti coniugali appariva evidente dalla possibilità concessa alle parti di accedere in ogni momento al procedimento di divorzio consensuale - connaturale al n. 1 dell'art. 86 *Código Civil* - anche quando l'istanza si basava su un'altra causa di divorzio, se uno dei coniugi decideva di aderire all'istanza dell'altro ed entrambi concordavano la proposta di convenzione.

In realtà è con il n. 2 dell'art. 86 *Código Civil* che iniziarono le difficoltà interpretative. In questo caso infatti, veniva in rilievo la cessazione effettiva della convivenza coniugale per almeno un anno dalla presentazione della domanda di separazione per una delle cause indicate dall'art. 82 *Código Civil*, su istanza dell'attore o del convenuto che avesse agito in riconvenzione, e se il procedimento di separazione si fosse concluso, e se, trascorso il termine indicato, non fosse intervenuta sentenza di primo grado.

A ben vedere si nutrivano perplessità non soltanto perché le cause di separazione elencate nell'art. 82 *Código Civil* non erano tutte fondate sulla colpa di uno dei

coniugi, ma soprattutto perché, qualora fosse trascorso l'anno di non convivenza, il procedimento di divorzio s'instaurava e si svolgeva indipendentemente da quello di separazione.<sup>412</sup>

Tra gli argomenti che ebbero a sollecitare riflessioni della dottrina e della giurisprudenza spagnole, un ruolo di particolare rilievo lo assunse l'istituto della *vivienda familiar*, ossia dell'abitazione che i coniugi decidevano di definire quale sede della famiglia. Una prima testimonianza dell'attenzione rivolta a questa tematica è data dal costante intervento che il legislatore ha iniziato a rivolgere alla materia a partire dalla riforma del 1981, con la quale fu introdotto l'art. 1320 *Código civil*, disposizione chiave per la comprensione dell'istituto. Il legislatore utilizzò una molteplicità di termini per designare la materia concernente l'abitazione familiare: *vivienda familiar*, *vivienda habitual*, *hogar familiar*. La dottrina, invece, le considerava espressioni sinonimiche. Anche la giurisprudenza si espresse offrendo interpretazioni sulla definizione: a titolo esemplificativo può citarsi la sentenza del *Tribunal Supremo* del 31 dicembre 1994 in base alla quale per *vivienda familiar* doveva intendersi quel «bene familiare, non patrimoniale, al servizio del gruppo o ente pluripersonale che in questa si stabilisce, chiunque sia il proprietario». In altre parole, con tale espressione la giurisprudenza intendeva alludere a quella casa che i coniugi, di comune accordo, individuavano per lo sviluppo della vita e della comunità familiare per sé e, se del caso, dei loro discendenti. Il valore personale piuttosto che patrimoniale della casa familiare derivava dal fatto che questa costituiva la sede in cui trovavano compimento e realizzazione le esigenze di ciascuna persona appartenente al gruppo familiare e della famiglia stessa.<sup>413</sup>

La regolamentazione della crisi matrimoniale da parte dei coniugi in Spagna avvenne mediante un istituto “il *convenio regulador*”, intendendosi con tale espressione “l'accordo stipulato dai coniugi per fronteggiare la situazione di crisi sia sotto il profilo patrimoniale, sia per quanto attiene alle vicende personali,

---

412 **FOSAR BENNLOCH**, *Estudios de derecho de familia*, t. II, *La separación y el divorcio en el derecho español vigente*, I, Barcelona, 1981, 149 ss. **LORENTE BARRACAN**, *La idea de culpabilidad en la nueva regulación de la separación y el divorcio*, in Aa. Vv., *La reforma del derecho de familia. Jornadas hispalenses*, Sevilla, 1982, 92 ss., e in giurisprudenza *Juzg.*, prm. ist. Mataró, 3 gennaio 1987, in *Rev. Jur. de Catalunya*, *Jur.*, 1983, 544 ss.

413 In tal senso testualmente **G. AUTORINO STANZIONE**, *op. ult. cit.*, p. 263.



*proprie e dei figli*". La previsione di questa fattispecie da parte dell'ordinamento fu unanimemente commentata quale momento di valorizzazione, nell'area del diritto di famiglia, della autonomia privata, in linea con una più ampia tendenza legislativa di procedere ad una progressiva privatizzazione di questa branca del diritto.<sup>414</sup>

Non pochi problemi interpretativi hanno richiesto l'attenzione e le pronunce di dottrina e giurisprudenza arrivando alla conclusione di potersi affermare che con la previsione del *convenio regulador* il legislatore spagnolo aveva voluto riconoscere ai coniugi un potere di composizione della crisi familiare, consentendo a costoro di autoregolamentare gli aspetti personali e patrimoniali che a causa del dissidio necessitavano di definizione.

Si riconosceva in tal modo spazio all'autonomia privata nell'ambito della famiglia, nel convincimento che i soggetti coinvolti, auto-disciplinandosi, potessero al meglio comporre e distribuire gli interessi in gioco, salvaguardando, i bisogni di ciascuno. Quanto detto, però, non stava ad indicare che la materia fosse interamente lasciata all'attività negoziale del coniugi; l'aspetto privatistico della convenzione risultava attenuato sotto un duplice profilo: da un lato, la previsione di norme cogenti con le quali il legislatore vincolava le parti circa i punti da inserire nel *convenio*, dall'altra, l'intervento, da parte del giudice, di verifica dell'accordo, attraverso un controllo.<sup>415</sup>

La dottrina prevalente e la giurisprudenza si orientarono verso il riconoscimento di ampi poteri di controllo al giudice, così da respingere la concezione del *convenio* quale negozio di diritto privato, per attribuirgli natura mista, ossia di atto a cui partecipano sia soggetti privati che l'autorità pubblica. Anzi, alcuni autori non mancarono di rilevare che, "attesa la natura pubblicistica dell'intervento del giudice, questo dovesse reputarsi prevalente rispetto alla volontà dei coniugi, potendo correggere il contenuto dell'accordo".<sup>416</sup>

---

414 **DIEZ PICAZO – GULLON**, *Sistema de Derecho civil, IV, Derecho di familia*, Madrid, 1990, 132.

415 In tali sensi **G. AUTORINO STANZIONE**, *op. ult. cit.*, p. 266.

416 **DIEZ PICAZO – GULLON**, *Sistema de Derecho civil, IV, Derecho di familia*, Madrid, 1990, 133; **G. AUTORINO STANZIONE**, *op. ult. cit.*, p. 268. Illuminanti sul punto le conclusioni nel contributo sull'ordinamento spagnolo di **G. AUTORINO STANZIONE**, *op. ult. cit.*, p. 268, secondo cui "Per concludere, proprio la disciplina del *convenio regulador*, correttamente interpretata, rappresenta una significativa riprova dello spirito con cui deve leggersi la materia

La **Ley 15/2005**, a differenza della precedente normativa, considera separazione e divorzio come due opzioni, alle quali i coniugi possono fare ricorso indifferentemente per far fronte alle vicissitudini matrimoniali. Va ricordato che con la **Ley 13/2005** la Spagna ha esteso la possibilità di contrarre matrimonio civile anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso, modificando l'art. 44 del *Còdigo civil*, secondo cui il matrimonio richiede gli stessi requisiti e produce gli stessi effetti quando a contrarlo sono due persone dello stesso sesso o di sesso diverso.

Il vero elemento di novità è il rafforzamento del “*principio della libertà dei coniugi*”, che si realizza limitando il più possibile l'intervento giudiziale e lasciando il più ampio spazio alla libera volontà delle parti. La relazione di accompagnamento della legge chiarisce che il diritto allo sviluppo della personalità, sancito dall'art. 10, comma 1, della Costituzione va garantito anche nell'ambito del matrimonio e, pertanto, la volontà di interrompere il vincolo coniugale non deve necessariamente essere subordinata all'esistenza di cause specifiche.

La domanda di separazione o di divorzio può, quindi, essere presentata anche da uno solo dei coniugi, a condizione che siano trascorsi tre mesi dalla celebrazione del matrimonio, senza che l'altro possa opporsi per motivi materiali e senza che il giudice possa respingere la richiesta, fatti salvi i motivi processuali. In tal modo il coniuge convenuto può contestare le misure richieste dall'altro coniuge ed ha l'opportunità di proporre altre. Il termine di tre mesi dalla celebrazione del matrimonio non è richiesto nel caso in cui sia in pericolo la vita, l'integrità fisica, la libertà e l'integrità morale o sessuale del coniuge richiedente o dei figli conviventi.

Tuttavia l'intervento del giudice deve configurarsi come una estrema *ratio*, limitata al caso in cui i coniugi non siano pervenuti a un accordo o quando il contenuto dell'accordo possa essere lesivo degli interessi dei figli minori o di quelli portatori di handicap.

La legge, infatti, prevede che se i coniugi presentano congiuntamente istanza di separazione o di divorzio, i requisiti che devono concorrere sono

---

divorzistica nell'ordinamento spagnolo, in cui la valorizzazione del ruolo dell'autonomia privata si deve compiere pur sempre nella cornice dei valori del personalismo e del solidarismo”.

quelli previsti dalla legge vigente, con l'unica novità della riduzione a tre mesi del tempo che deve trascorrere tra la celebrazione del matrimonio e la richiesta di divorzio. I coniugi devono accompagnare la richiesta con una “*convenio regulador*” o proposta di accordo conformemente a quanto disposto dal Codice civile. Per quanto concerne le conseguenze sulla divisione dei beni tra i coniugi, il divorzio comporta lo scioglimento del regime patrimoniale dei coniugi e la liquidazione degli averi comuni eventualmente acquisiti. Si procede pertanto alla ripartizione dei beni comuni, che è determinata dal regime patrimoniale che ha disciplinato il matrimonio. Va altresì osservato che secondo l'attuale normativa il regime patrimoniale legale dei coniugi è quello di *sociedad de gananciales* ovvero di comunione degli acquisti, se essi non hanno optato, mediante una convenzione matrimoniale, per un regime diverso<sup>417</sup>. In alternativa la legge prevede un *régimen de participación* ovvero regime di partecipazione degli acquisti ed un *régimen de separación de bienes* ovvero regime di separazione dei beni. Nel regime di partecipazione previsto agli artt. 1411- 1434 del Codice, ciascun coniuge mantiene i beni di cui era titolare prima del matrimonio e diviene unico proprietario dei beni acquisiti durante il matrimonio, ma ciascun coniuge ha diritto di partecipare agli acquisti dell'altro coniuge. Nella separazione dei beni (artt. 1435-1436 del Codice civile), ciascun coniuge conserva la titolarità dei beni che aveva prima del matrimonio e diviene unico proprietario dei beni acquistati durante il matrimonio.

Nel caso di regime di comunione degli acquisti tra coniugi, con il divorzio o con la separazione la comunione è sciolta, con conseguente scioglimento e liquidazione del patrimonio comune secondo quanto stabilito dagli artt. 1392 e ss. del *Código civil*. I beni personali dei coniugi di cui all'art. 1346 del Codice sono esclusi dalla divisione.

#### **- Ordinamento tedesco**

Nell'ordinamento tedesco, non è prevista alcuna separazione legale. Pur potendosi addivenire direttamente al divorzio, sussiste tuttavia una clausola dur (*Hartklausel*) che impone la verifica giudiziale di un periodo di c.d. *separazione*

---

417 Cfr. sul punto gli artt. 1315-1316 del *Código civil*.

*di vita*. Resta, comunque, l'evidente differenza rispetto alla modalità di scioglimento del matrimonio italiano, posto che nel nostro ordinamento è sempre necessario un doppio giudizio, mentre nel sistema tedesco si ha un requisito per la pronuncia dell'unica decisione.

La legge di riforma del diritto di famiglia, *Eberechtsgesetz*, del 1976 segna, sul piano legislativo, il momento di passaggio da un sistema in cui lo scioglimento del matrimonio è basato sulla colpa ad uno fondato sulla criterio obiettivo della irreversibilità della crisi coniugale.<sup>418</sup>

Tale scelta di fondo si esprime nel cosiddetto *Zerruttugtsprinzip*, ossia nel principio in base al quale al divorzio può pervenirsi quando, e soltanto quando, il rapporto coniugale risulta fallito, e non appare più possibile recuperare *quell'affectio coniugalis* che ne deve, appunto, costituire il fondamento. L'adozione del criterio del fallimento di vita coniugale, formulato nel § 1565, I, *BGB*, rappresenta senza dubbio fattore apprezzabile sul piano di una riforma legislativa che, nell'ambito della disciplina familiare, voglia porsi in linea con il sistema dei principi recepito dal *Grundgesetze* che la normazione di primo grado deve promuovere.<sup>419</sup>

La Germania regolò l'istituto nella seconda Metà del secolo scorso, all'epoca della generale unificazione del diritto. La L. 6 febbraio 1875 introdusse il matrimonio civile, il divorzio e la giurisdizione dei tribunali civili nelle cause matrimoniali, istituti che vennero successivamente accolti dal codice civile del 18 agosto 1896, entrato in vigore il 1 gennaio 1900.

Tali norme furono sostanzialmente modificate ed ampliate dalla nuova legge matrimoniale 6 luglio 1938 e dalla ordinanza di attuazione 27 luglio 1938, basate sulle concezioni dell'etica e della politica nazista.

I principi ispiratori di tale nuova legge matrimoniale attengono alla concezione del matrimonio che non viene più riguardato — com'era nel vecchio codice civile — sotto un profilo privatistico ma come istituto di interesse pubblico, ed alla conseguente disciplina del divorzio come strumento di utilità collettiva, diretto ad assicurare l'interesse generale

---

418 Testualmente G. AUTORINO STANZIONE, in *Il divorzio – Disciplina, procedure e profili comparatistici*, cit., p. 241; WALTER, *Le recenti riforme in materia di divorzio nella RFG*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 435 ss.

419 G. AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.*, p. 241.

attraverso l'eliminazione dei matrimoni falliti e come tali privi di utilità sociale.<sup>420</sup>

In pratica, accanto a motivi di divorzio specificatamente elencati, non dissimili da quelli noti alla maggior parte delle legislazioni (adulterio, infermità di mente, malattie contagiose o, ripugnanti) in alcuni dei quali era già possibile riscontrare l'intento di prescindere dal concetto di colpa di uno dei coniugi, l'art. 43 introdusse il concetto generale che *“si concedeva divorzio quando il coniuge per la sua condotta indegna e immorale avesse causato la rovina del matrimonio in modo così grave che la continuazione della vita comune, quale era quella rispondente alla natura stessa del matrimonio, non potesse più essere contemplata”*<sup>421</sup>.

Nel vasto ambito in tal modo descritto la giurisprudenza riconduceva, ad es., la bigamia, la libidine contro natura, la mancata assistenza, le ingiurie, la condanna a pene detentive o infamanti, il rifiuto all'amplesso.

La legge del 1938 fu riformata — ma sostanzialmente confermata dalla Legge 20 febbraio 1946 emessa dalle autorità alleate, la quale si limitò ad abrogare le disposizioni più scopertamente naziste.

Anche in Germania, come in Francia, la giurisprudenza distinse fra cause perentorie e cause facoltative ritenendo, ad es., che il divorzio dovesse in ogni caso essere concesso nel caso di adulterio, salva l'ipotesi dell'intervenuto perdono.

La procedura prevedeva, al solito, una fase conciliativa seguita, ove occorreva, da quella contenziosa.

Quanto agli effetti, la donna divorziata conservava di regola il cognome del marito, salvo che, divorziata per sua colpa, il marito non chiedesse che ciò le venisse interdetto.

Nell'ipotesi di divorzio “per colpa” il coniuge incolpevole doveva corrispondere all'altro gli alimenti, solo se questo versava in stato di bisogno. Per contro, nell'ipotesi di divorzio per cause obiettive (infermità mentale, ecc.) il coniuge attore era tenuto al mantenimento dell'altro in proporzione dei redditi di entrambi.

---

420 **Enciclopedia del Diritto**, Giuffrè ed., 1998, p. 514 ss.

421 **Enciclopedia del diritto**, Giuffrè ed., 1998, p. 515.

Nell'affidamento dei figli si aveva riguardo in primo luogo all'interesse dei minori e, solo sussidiariamente, alla "colpa dei coniugi".

Attualmente in **Germania** la normativa concernente la separazione ed il divorzio è contenuta nel Codice civile tedesco (*BürgerlichesGesetzbuch - BGB*) sezione Diritto di famiglia, in particolare ai §§ 1564-1587.

In base al § 1564 del *BürgerlichesGesetzbuch - BGB*, un matrimonio può essere sciolto per divorzio solo con sentenza dei giudice su domanda di uno o di entrambi i coniugi. Il matrimonio è sciolto con il passaggio in giudicato della sentenza. Il § 1565, comma 1, del *Bürgerliches Gesetzbuch- BGB* stabilisce che "un matrimonio può essere sciolto per divorzio se è in stato di disfacimento", vale a dire "quando non esiste più la comunione di vita dei coniugi e non può attendersi che essi la ricostruiscano".

Le corti tedesche sono spesso ed in maniera significativa, state spinte a sottolineare come il cd. *ZerrÜttung sprinzip* contenuto nel § 1565, I, *BGB* dovesse essere inteso in senso oggettivo, ossia quale impossibilità *in re* di prosecuzione del rapporto matrimoniale, e con l'esclusione di ogni forma di indagine circa l'eventuale imputabilità, all'uno o all'altro coniuge, del dissesto del rapporto.

A tal proposito, la giurisprudenza ripropone spessissimo il verbo, già ricorrente nella normativa in questione, *scheitern*(fallire), per dire che il matrimonio va sciolto quando è, appunto, fallito (*gescheitert*), e con la precisa consapevolezza che tali sintagmi, per la loro valenza semantica ed ermeneutica di tipo oggettivo, esprimono l'opzione di fondo che è alla base del divorzio, e, al contempo, la consolidano.<sup>422</sup> Più segnatamente l'assunto dal quale sono soliti muovere i giudici è quello in base al quale il matrimonio fallito (*gescheiterteEhe*), costituisce la premessa fondamentale, la *Grundvoraussetzung* del divorzio. E anche vero, peraltro, come giurisprudenza costatante dal 2001 in poi ritiene, che lo *Scheitern*, ossia il dissesto di vita familiare, non ricorre, con conseguente inammissibilità di chiedere il divorzio, quando i coniugi, pur vivendo separati, sono ancora in continuo contatto tra di loro, e in tali incontri intrattengono altresì rapporti sessuali. Alla conclusione a cui la giurisprudenza perviene secondo cui il

---

422 G.AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.*, p. 243.

matrimonio non ha ragione di proseguire si può materialmente arrivare attraverso due strade. Da una parte esso si ritiene fallito quando i coniugi vivono separati da almeno un anno e la domanda di divorzio è proposta da entrambi, ovvero il coniuge nei confronti della quale è proposta vi aderisce § 1566, I, *BGB*. Dall'altra, il matrimonio è reputato "*permute*" ossia parimenti fallito quando i coniugi vivono separati da almeno tre anni §1566, II, *BGB*.

In altre parole nel valutare l'irrecuperabilità - e quindi la *ZerrÜttung* - del matrimonio giocano un ruolo determinante: in primo luogo, il decorso del tempo (1 o 3 anni); in secondo luogo, il fatto che i coniugi abbiano entrambi intenzione di sciogliere il vincolo, proponendo congiuntamente domanda di divorzio, ovvero aderendo un coniuge alla domanda dell'altro.

E' chiaro dunque che il § 1566 *BGB*, significativamente rubricato *ZerrÜttung svermutungen*, ossia presunzioni di dissesto, si collochi quale norma chiave dell'intera regolamentazione della materia; invero, la convinzione del definitivo fallimento del matrimonio non è affidata alla discrezionale valutazione del giudice, ma è fatta dipendere da presunzioni assolute fondate sulla separazione di vita. La prima delle due *Vermutungen* richiede un termine di separazione di un anno, laddove la maggiore brevità è giustificata dal fatto che i coniugi chiedono consensualmente lo scioglimento del matrimonio - domanda congiunta o cui il convenuto aderisce; la seconda, viceversa, prevede un termine ben tre volte maggiore, considerato che, in siffatta ipotesi, il fatto del dissesto familiare non è evidentemente condiviso dall'altro coniuge - altrimenti questi avrebbe congiuntamente proposto la domanda, oppure vi avrebbe aderito.

In sintesi oltre allo stato di disfacimento, presupposti per il divorzio, come detto, sono:

- a) la **separazione da un anno**: "si presume inconfutabilmente che il matrimonio sia in stato di disfacimento se i coniugi vivono separati da un anno ed entrambi i coniugi chiedono il divorzio o se la parte che non ha presentato la domanda dà la sua approvazione" (§ 1566, comma 1);
- b) la **separazione da tre anni**: "si presume inconfutabilmente che il matrimonio sia in stato di disfacimento se i coniugi vivono separati da tre anni" (§ 1566, comma 2);

in questo caso il divorzio è possibile anche senza il consenso del coniuge e senza la dichiarazione dei motivi.

Le presunzioni contenute nel § 1566 *BGB* hanno entrambe natura eminentemente oggettiva; esse sono infatti rappresentate in primo luogo dall'obiettivo decorso del tempo, e ciò a prescindere dal diverso termine di durata, uno o tre anni; in secondo luogo dal fatto, altrettanto obiettivo, che i coniugi vivono separati.

Pertanto, e come risulta evidente dalla lettura delle due norme, in entrambe le disposizioni contenute nel § 1566 *BGB*, fermo restando il diverso lasso di tempo richiesto, la presunzione prevista dal legislatore come requisito imprescindibile per il divorzio, è data dalla presenza di uno stato di separazione tra marito e moglie.

In tale quadro disciplinare, completamento necessario del § 1566 *BGB* risulta essere il successivo § 1567, il quale ci fornisce la nozione di *Getrenntleben*. Secondo il primo comma lo stato di separazione deve ritenersi sussistere quando tra i coniugi non vi è convivenza, né un coniuge intende ricostruirla, dal momento che rifiuta la comunione di vita coniugale (*ehelische Lebensgemeinschaft*). La seconda parte dell'*Abschnitts*ende a precisare che il fatto di vivere nello stesso appartamento da parte dei coniugi, non costituisce, di per sé, causa di esclusione del *Getrenntleben*.

In altri termini, non la coabitazione, ma la convivenza rileva nella determinazione dell'essere in *Lebensgemeinschaft*.

Non è casuale, infatti, che tra le controversie più ricorrenti presso le corti tedesche in materia di *Getrenntleben*, vi siano quelle relative alla sussistenza o meno di uno stato di separazione, sia se i coniugi vivono in case separate, ovvero dimorino ancora all'interno della medesima abitazione.<sup>423</sup>

In buona sostanza il *Getrenntleben* può aver luogo sia se marito e moglie abitino in case diverse, sia che continuino a vivere nella medesima casa. Il tratto differenziale, idoneo a far decorrere di dissesto familiare, in nessuno dei due casi può risolversi nel fattore estrinseco dell'appartamento, ma si deve ravvisare nel sentire ancora quella comunione di vita, materiale e spirituale, che costituisce l'anima del rapporto matrimoniale. -In altre parole, secondo le corti tedesche, a rilevare non è tanto la condivisione della *sedes*, ma piuttosto quella dell'*affectio*.

Il meccanismo che conduce al divorzio, è in realtà reso assai più complesso dalla

---

423 G.AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.*, p. 244.



previsione di due *Härteklause*, la prima, "positiva", contenuta nel § 1565 Abs 2 *BGB*, l'altra, "negativa", di cui al § 1568 *BGB*.

La *positive Härteklause* consente la pronunzia del divorzio su richiesta di uno dei coniugi, di là dall'esistenza del periodo di separazione. Più esattamente, la possibilità di ottenere il divorzio prima del decorso del termine di un anno ricorre, secondo il § 1565 Abs 2 *BGB*, quando, per ragioni che risiedono nella persona dell'altro coniuge, la prosecuzione del rapporto ha acquisito una insostenibile durezza, sì che il matrimonio può solo essere sciolto» (*kann die Ehenurgeschiedenwerden*).

Come si è già anticipato, il rigido sistema basato sulle presunzioni è attenuato nell'ordinamento tedesco, oltre che dalla *positive*, anche dalla *negative Härteklause*, contenuta nel § 1568 *BGB*. Questa, dopo la decisione del *BverG* del 21 ottobre 1980, non consente la pronunzia del divorzio fin tanto che perdurano circostanze straordinarie che rendono eccessivamente gravoso il divorzio per uno dei coniugi ovvero che rendono in via eccezionale necessario il matrimonio nell'interesse dei figli. Al di là dalle polemiche che ha suscitato la formulazione di tale clausola e la sua revisione costituzionale, risulta confermata dalla dottrina più autorevole e soprattutto dalla giurisprudenza la linea interpretativa, che da un lato esalta l'eccezionalità della norma, dall'altro ne limita l'applicazione alle circostanze che riguardano il profilo strettamente esistenziale.

Per quanto riguarda il regime coniugale dei beni, l'ordinamento tedesco, in mancanza di diversa convenzione stipulata, prevede la cosiddetta "*Zugewhingemeinschaft*" o "comunione degli incrementi patrimoniali": secondo tale norma il patrimonio dell'uomo e il patrimonio della donna non diventano patrimonio comune dei coniugi (§ 1363, comma 2). Tuttavia, al momento della cessazione del vincolo matrimoniale, "se l'incremento patrimoniale di uno dei coniugi supera l'incremento patrimoniale dell'altro, all'altro coniuge spetta la metà dell'eccedenza quale credito di conguaglio" (§ 1378, comma 1). I coniugi possono accordarsi per la *Gütergemeinschaft* (comunione dei beni § 1415) mediante contratto matrimoniale. In caso di divorzio, "la comunione dei beni è sciolta con il passaggio in giudicato della decisione del giudice" (§ 1449, comma 1).

### - Ordinamento francese

L'istituto della separazione è previsto, al fine di consentire ai coniugi che per motivi religiosi non vogliono accedere al divorzio di sortire comunque gli stessi effetti. Con la legge del 2004, si è considerata la conversione della legge in divorzio, sicchè, su base volontaria, la separazione francese può rappresentare un'alternativa ed un preludio al divorzio

Nel periodo rivoluzionario l'introduzione del divorzio avviene in conformità con lo spirito illuministico - individualistico che domina la regolamentazione dei rapporti civili. Si che la preminenza degli interessi individuali, rispetto a quello dei vari raggruppamenti sociali – ivi compresa la famiglia – giustifica il libero esplicarsi della volontà delle parti sia nella conclusione che nello scioglimento del contratto matrimoniale.<sup>424</sup>

In applicazione della Costituzione del 1791, la quale dichiarava che *la loi ne considère le mariage que comme contrat civil*, il divorzio fu introdotto in Francia con l'art. 8 d. 20 settembre 1792 nella forma più larga, prevedendosi che esso potesse essere concesso anche per mutuo consenso e per *simple incompatibilité d'humeur*.

Il *code Napoléon* del 1803 accolse l'istituto regolandolo col titolo VI (art. 229-311) e prevedendo anch'esso lo scioglimento del matrimonio per mutuo consenso.

Con la Restaurazione, in applicazione della *Charte* del 1814 che restituiva alla religione cattolica il rango di religione di Stato, la L. 8 maggio 1816 abolì il divorzio. La terza Repubblica, con L. 27 luglio 1884, ripristinò l'istituto, abolendo peraltro il divorzio per mutuo consenso e parificando la posizione dell'uomo e della donna nei riguardi dell'adulterio. Dopo le modifiche portate dalle Legge 2 aprile 1941 e 12 aprile 1945, il divorzio era disciplinato dal titolo VI *code civil*, così come successivamente modificato, ed eradato per le seguenti cause; *a*) adulterio della moglie (art. 229); *b*) adulterio del marito (art. 230); *c*) eccessi, sevizie, ingiurie gravi (art. 231); *d*) condanna del coniuge a pene detentive e infamanti (art. 232)<sup>425</sup>.

---

424 In tal senso la citazione testuale della Prof.ssa **G. AUTORINO STANZIONE**, in *Il divorzio – Disciplina, procedure e profili comparatistici*, cit., p. 239.

425 **Enciclopedia del Diritto**, Giuffrè ed., 1998, pp. 512 ss.

L'adulterio della moglie e quello del marito furono riguardati dalla legge in modo paritetico, cioè come posizioni parimenti rilevanti.

Le cause di divorzio suelencate vennero distinte in due categorie: cause perentorie (adulterio, condanna a pena detentiva) di fronte alle quali il giudice non poteva rifiutare il provvedimento, e cause facoltative (eccessi, sevizie, ingiurie) di fronte alle quali il giudice poteva valutare l'opportunità di concedere o meno lo scioglimento, e generalmente richiedere, per provvedere positivamente, gravità e reiterazione delle offese.

I coniugi divorziati diventavano liberi e indipendenti e potevano contrarre nuove nozze (art. 296-297); la donna perdeva il cognome del marito (art. 299); il regime patrimoniale si scioglieva, mentre il colpevole perdeva i benefici economici acquisiti col contratto matrimoniale (art.300); il coniuge colpevole poteva essere condannato a corrispondere all'altro un assegno di mantenimento in misura non eccedente i due terzi del proprio reddito (art. 301); i figli venivano di regola affidati al coniuge incolpevole (art. 302).

Il codice prevedeva altresì all'art. 310 la conversione automatica, su domanda di uno dei coniugi, della separazione legale personale, esistente da oltre tre anni, in divorzio.

La procedura involgeva un preliminare tentativo di conciliazione.

Un sistema analogo a quello francese fu adottato nel Belgio che puramente e semplicemente recepì, in argomento, il *code Napoléon* nella originaria formulazione del 1803.

Le cause di divorzio erano pertanto: *a)* adulterio della moglie; *b)* adulterio del marito, configurantesi soltanto ove ricorrevano gli estremi del concubinato; *c)* sevizie, eccessi e ingiurie gravi; *d)* mutuo consenso.

Fu invece abrogato l'art. 232 del *code civil*, che prevedeva il divorzio per condanna di uno dei coniugi a pene detentive e infamanti.

Quanto alla possibilità che il divorzio si ottenesse per mutuo consenso essa era vincolata ad una serie di limiti, quali quelli costituiti dall'età degli sposi, dalla durata del matrimonio, dalla reiterazione della manifestazione di volontà dei coniugi, che la rendevano, in pratica, notevolmente difficile. La Legge 20marzo 1927 infine modificò l'art. 310 *code civil* nel senso che il

giudice aveva la facoltà, e non l'obbligo, di concedere, su domanda del coniuge contro il quale veniva pronunciata la separazione, la conversione di questa in divorzio decorsi tre anni dalla pronunzia<sup>426</sup>.

Attualmente in **Francia** gli istituti della **separazione legale** (*séparation de corps*) e del **divorzio** sono regolati dal *Code civil* rispettivamente dagli artt. 296-309 e 229-286 e dal Codice di procedura civile dagli artt. 1075-1136. Tuttavia il legislatore francese, in via generale, non ha prescritto l'obbligo di una successione temporale tra separazione e divorzio ai fini dello scioglimento del vincolo matrimoniale, soprattutto in presenza dell'accordo consensuale dei coniugi.

Il *Code civil* prevede all'art. 229 quattro tipi di divorzio:

**a)** consensuale; **b)** per accettazione del divorzio; **c)** per alterazione del legame coniugale per almeno due anni; **d)** per colpa.

Il **divorzio consensuale** previsto dal *Code civil* agli artt. 230-232 presuppone l'accordo di entrambi i coniugi sia sulla rottura del vincolo matrimoniale che sulle conseguenze pratiche che questa comporta per loro e gli eventuali figli minori. Non è richiesta nessuna durata minima del matrimonio. La procedura prevede una sola udienza davanti al giudice per gli affari familiari (*Juge aux affaires familiales*), al quale i coniugi, assistiti da un unico avvocato, presentano congiuntamente una convenzione che regola le conseguenze del divorzio (patria potestà e affidamento dei figli, liquidazione degli interessi patrimoniali e divisione dei beni, alimenti, prestazione compensatoria) e deve sufficientemente tutelare gli interessi dei figli e degli stessi coniugi. Il giudice omologa la convenzione e pronuncia la sentenza di divorzio se riconosce la volontà reale ed il libero consenso dei due coniugi a sciogliere il matrimonio. Nel caso il giudice rifiuti l'omologazione, può essere presentata una nuova convenzione entro i successivi sei mesi.

Il **divorzio per accettazione del principio della rottura del matrimonio** previsto dagli artt. 233-234 presuppone l'accordo sullo scioglimento del vincolo matrimoniale da parte dei due coniugi, che però rimettono al giudice la disciplina

---

426 **Enciclopedia del Diritto**, Giuffè ed., 1998, pp. 513 ss.

delle conseguenze della separazione. L'accettazione non può essere ritrattata, neanche in sede di appello. La procedura prevede che ciascun coniuge sia assistito da un avvocato. Dopo un tentativo di conciliazione, volto al raggiungimento di un accordo sulle conseguenze del divorzio, e dopo aver accertato il libero consenso delle parti, il giudice pronuncia la sentenza di divorzio disciplinando gli effetti da essa prodotti.

**Il divorzio per alterazione definitiva del legame coniugale per almeno due anni** disciplinato dagli artt. 237-238 si fonda sulla causa oggettiva della cessazione della comunità di vita, sia affettiva che materiale. E' pertanto possibile il divorzio dopo due anni di separazione legale pronunciata dal giudice e può essere richiesto anche unilateralmente da uno solo dei coniugi. In mancanza di un regolamento convenzionale tra le parti, è il giudice a regolare le conseguenze economiche e familiari dello scioglimento del vincolo matrimoniale e non è previsto alcun effetto patrimoniale automatico a carico del coniuge che ha chiesto il divorzio. Se invece la separazione legale è stata consensuale, può essere convertita in divorzio solo su domanda congiunta dei coniugi e senza dover attendere il trascorrere dei due anni.

Infine, il **divorzio per colpa** disciplinato dagli artt. 242-246 ricorre solo nei casi di violazione grave dei doveri e degli obblighi matrimoniali, tale da rendere intollerabile il mantenimento della vita comune. Un rilievo particolare è stato dato ai casi di violenza esercitata da uno dei coniugi nei confronti dell'altro o dei figli: la vittima, anche prima dell'avvio della procedura di divorzio, può chiedere al giudice per gli affari familiari di deliberare sulla separazione delle residenze e sull'assegnazione dell'abitazione coniugale. La legge francese favorisce in ogni modo l'accordo tra le parti e consente il passaggio da una forma di divorzio contenzioso a quello consensuale.

Nei casi di divorzio contenzioso la domanda iniziale è presentata con l'intervento di un avvocato, senza la necessità di indicare le cause della rottura del matrimonio, e il giudice deve sempre procedere a un tentativo di conciliazione sull'accettazione del divorzio oltre che sulla definizione dei relativi effetti, al fine di regolare definitivamente con il giudizio le conseguenze familiari e patrimoniali del divorzio. Dopo l'udienza di conciliazione, il giudice può

assumere misure provvisorie per regolare i rapporti tra i coniugi che producono effetto fino al passaggio in giudicato della sentenza. Per quel che riguarda la liquidazione dei beni comuni e il regolamento dei rispettivi interessi economici, gli ex coniugi, in caso di mancato accordo nel corso del giudizio, hanno ancora un anno di tempo dalla pronuncia del divorzio per raggiungere un regolamento consensuale, in mancanza del quale decide il giudice sulla base di un progetto di liquidazione predisposto da un notaio.

## CAPITOLO QUARTO

### **Unione civile e filiazione**

1. Inquadramento della problematica e fattori di trasformazione sociale e giuridica; 2. L'inconfigurabilità nel nostro ordinamento di un diritto della coppia omosessuale alla genitorialità 3. La procreazione medicalmente assistita; 4. La stepchild o second parent adoption; 5. Lo stato giuridico del figlio nell'ordinamento spagnolo, francese e tedesco.

### **1. Inquadramento della problematica e fattori di trasformazione sociale e giuridica**

La materia della filiazione nella coppia omosessuale deve oggi essere inquadrata in una realtà sociale, culturale e giuridica, che, anche in seguito all'evoluzione scientifica, ha subito nel tempo profonde trasformazioni. Anzitutto è ormai un dato di palese evidenza che alla famiglia tradizionale fondata sul matrimonio si affiancano altri diversi e molteplici modelli familiari, tra i quali anche il nucleo familiare costituito da persone dello stesso sesso, che, secondo la nota sentenza della Corte cost., n. 138/ 2010, deve essere incluso a pieno titolo tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. Alle coppie non coniugate di sesso uguale o diverso, afferma la Corte, spetta *“il diritto di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendo il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”*.

Riconoscimento giuridico che veniva affidato alla discrezionalità del legislatore quanto ai tempi, modalità e contenuti, ma che costituiva un preciso obbligo per il legislatore stesso di assicurare dignità e tutela alle unioni omosessuali e alle convivenze di fatto, ora attuato con la recente legge. Passando al contesto europeo, si osserva che le forti pressioni e le raccomandazioni, ripetutamente provenienti dall'Unione Europea per una regolazione giuridica da parte dei singoli Stati membri delle unioni tra persone dello stesso sesso, non hanno trascurato la filiazione, in particolare i profili della tutela e protezione dei figli<sup>427</sup>.

---

<sup>427</sup> V, in particolare, Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 marzo 2012, secondo la quale gli Stati membri non devono dare al concetto di famiglia definizioni restrittive allo scopo di negare protezione alle coppie dello stesso sesso e ai loro figli, al contrario sono invitati dal

D'altro canto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato la discriminazione fondata sul sesso con riguardo all'adozione co-genitoriale, sostenendo che se uno Stato appartenente all'UE prevede che a questo tipo di adozione possa accedere il convivente di fatto, non potrà essere negata in quello Stato l'adozione in ragione soltanto della omosessualità del richiedente, in quanto il diniego sarebbe in contrasto con gli artt. 8 e 14 C.E.D.U., che sanciscono rispettivamente il rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione<sup>428</sup>.

Altro dato di cui tener conto è che la genitorialità non è più solo ed esclusivamente quella fondata sul legame genetico. Da un lato, attraverso la procreazione assistita di tipo eterologo, ora ammessa nel nostro ordinamento in seguito all'intervento della Corte costituzionale (Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162) che ha dichiarato illegittimo il divieto, nei casi di infertilità si può divenire genitori senza aver dato il proprio contributo genetico, ma con l'apporto di un donatore esterno alla coppia. D'altro lato, si afferma, specialmente nelle attuali famiglie allargate o ricomposte, trova riconoscimento da parte della giurisprudenza la figura del "genitore sociale", che si prende cura del minore in senso morale e materiale, svolgendo un ruolo genitoriale e costituendo per il minore una persona significativa di riferimento affettivo ed educativo. La scissione tra filiazione genetica e filiazione giuridica, prima riscontrabile solo nell'istituto dell'adozione, diviene il risultato di un più ampio processo evolutivo al quale contribuiscono anche le nuove tecniche di riproduzione assistita e da cui non può prescindere nell'affrontare il tema qui oggetto di esame. La forte sensibilità giuridica e morale che emerge dalla legge di riforma della filiazione, la quale pone al centro del rapporto genitori-figlio l'interesse di quest'ultimo ad un'equilibrata crescita e a un sano sviluppo psico-fisico, proclamando, da un lato,

---

Parlamento Europeo ad elaborare proposte per il riconoscimento delle unioni civili e delle famiglie omosessuali.

428 Corte europea dir. uomo, 19 febbraio 2013, ric. 19010/07, X and Others v. Austria, in Nuova Giur. Civ. Comm., 2013, I, 519 e segg., con nota di C. Fatta e M. Winkler, Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second parent adoption. V. anche, precedentemente, sul divieto di discriminazione sessuale in materia di adozione da parte del single, Corte europea dir. uomo, 22 gennaio 2008, ric. 43546/02, E.B. c. Francia, in Fam. e Dir., 2008, 221 e segg., con nota di E. Faletti, La Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale.



i suoi diritti tra cui, principalmente, il diritto all'amore, e configurando, dall'altro, in luogo della potestà, la responsabilità genitoriale, deve orientare e guidare anche nella materia in esame. In particolare si dovrà privilegiare la soluzione che assicuri al minore la stabilità delle relazioni affettive e il calore familiare di cui ha bisogno, indispensabile nel suo processo di formazione.

## **2. L'inconfigurabilità nel nostro ordinamento di un diritto della coppia omosessuale alla genitorialità**

Nel nostro ordinamento non è riconosciuto un diritto della coppia omosessuale, pur se fondata sulla costituzione di un'unione civile, alla genitorialità<sup>429</sup>. Per una genitorialità intesa come progetto di coppia, comune e condiviso, le vie che dovrebbero essere percorse sono o l'adozione piena di un minore in stato di abbandono o la procreazione assistita di tipo eterologo, che, per le coppie gay, deve necessariamente prevedere anche il ricorso alla gestazione per altri comunemente denominata maternità surrogata. Né l'adozione, né le tecniche di procreazione assistita sono accessibili in Italia alle coppie omosessuali<sup>430</sup>, in quanto per la prima la richiesta deve provenire da una coppia unita in matrimonio (art. 6, 1° comma, L. 4 maggio 1983, n. 184), per la seconda da soggetti "maggiorenni di sesso diverso", coniugati o conviventi, (art. 5, L. 19 febbraio 2004, n. 40). La maternità surrogata, inoltre, indispensabile perché le coppie omosessuali maschili possano avere figli, incontra un divieto assoluto e generale nella legge sulla fecondazione assistita. Al tema della genitorialità non è ovviamente estraneo il rapporto di differenziazione o di assimilazione che voglia individuarsi tra l'istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso ed il matrimonio. La distinzione, ben salda nella coscienza sociale e nelle posizioni

---

429 Per l'inconfigurabilità in generale, anche al di fuori della materia in esame, di un diritto soggettivo ad avere figli e, in particolare, di un diritto ad adottare, v. **A. Morace Pinelli**, Per una riforma dell'adozione, in *Fam. e Dir.*, 2016, 719 e segg. L'A., nell'interessante saggio ora pubblicato, fonda l'affermazione sulla posizione centrale che assume nel sistema il minore dopo la riforma della filiazione e che si ripercuote anche nel rapporto con i genitori.

430 Cfr., sul punto, **M. Segni**, Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, II, 715. Rileva, però, l'a. che, essendo ora ammessa la procreazione assistita di tipo eterologo, il diniego di accesso a tale metodo procreativo alle coppie omosessuali femminili potrebbe essere condannato dalla Corte di Strasburgo, la quale, "al di fuori del matrimonio, vieta ogni differenza di trattamento tra la coppia omosessuale e quella eterosessuale".

assunte precedentemente dalla nostra giurisprudenza<sup>431</sup>, appare confermata nella legge<sup>432</sup>, sebbene delineata più sul piano formale che sostanziale. Certamente, però, come precedentemente rilevato, il legislatore ha intenzionalmente evitato di introdurre nella legge sulle unioni civili norme che attribuissero un diritto di divenire genitori. Era stata prevista nel progetto di legge Cirinnà l'adozione in casi particolari del figlio del partner dell'unione civile, che costituiva un compromesso tra le rivendicazioni omosessuali ad una genitorialità di coppia, piena e condivisa, da un lato, e l'opinione, largamente diffusa a livello trasversale nella società, volta ad escludere il diritto delle persone dello stesso sesso ad adottare minori e a svolgere il ruolo di genitori sull'assunto che l'inserimento nel nucleo familiare omogenitoriale sia pregiudizievole per un'equilibrata crescita del minore, d'altro lato. La disposizione normativa, come già detto, è stata stralciata in fase di approvazione della legge. Nel tirare le fila conclusive, si

---

431 Anteriormente alla legge sulle unioni civili, oltre alla sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010, già citata, che ha negato fondamento costituzionale al diritto al matrimonio tra due persone dello stesso sesso, vedi nella giurisprudenza di legittimità, Cass. civ., Sez. I, 9 febbraio 2015, n. 2400, in Nuova Giur. Civ. Comm., 2015, I, 649 e segg., con nota di T. Auletta, Ammissibilità nell'ordinamento vigente del matrimonio fra persone del medesimo sesso. Questa sentenza, pur affermando che l'unione omo-affettiva riceve un diretto riconoscimento costituzionale dall'art. 2 Cost., che può consentire una protezione equiparabile a quella matrimoniale in caso di lesione di diritti fondamentali scaturenti dalla relazione, ritiene legittimo il rifiuto op

posto dall'Ufficiale di stato civile alle pubblicazioni di matrimonio tra persone dello stesso sesso. V. anche Cass. civ., Sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, ibidem, 2012, I, 588 e segg., con nota di D. Ferrari e D. Fiorato, Lo status giuridico delle coppie omosessuali. Il diritto alla vita familiare in due recenti pronunce, secondo la quale il matrimonio omosessuale celebrato all'estero non può essere trascritto in Italia, essendo riservata nell'ambito dell'Unione Europea alla competenza del legislatore nazionale l'individuazione delle forme di riconoscimento e garanzia delle unioni tra persone del medesimo sesso. Nello stesso senso, per la non trascrivibilità del matrimonio omosessuale costituito all'estero, v. Cons. di Stato 26 ottobre 2015, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Nella giurisprudenza europea v. Corte Europea dir. uomo, 24 giugno 2010, ric. 30141/04, Schalk and Kopf v. Austria, in Nuova Giur. Civ. Comm., 2010, I, 1137 e segg., con nota di M. Winkler, Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo. La Corte ritiene che il diritto di sposarsi e di formare una famiglia di cui all'art. 12 C.E.D.U. non può essere esteso fino a garantire il diritto delle coppie omosessuali di contrarre matrimonio, ma la scelta dell'istituto matrimoniale o di altra forma di riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso deve essere lasciata alla discrezionalità degli Stati membri, in quanto "il matrimonio presenta connotazioni sociali e culturali radicate, che possono molto variare nelle differenti realtà nazionali"

432 Per un'attenta analisi delle differenze tra matrimonio e unione civile si segnala, in sede di correzione di bozze, l'incisivo lavoro di Mir. Bianca, Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto, appena pubblicato in [Giudicedonna.it](http://Giudicedonna.it), 2016, 2, 1 e segg., L'a., nel distinguere i due modelli sotto i profili dell'atto e del rapporto, qualifica correttamente l'unione civile quale istituzione attributiva di un nuovo status diverso da quello matrimoniale.

rileva la distinzione, operata nel presente lavoro, tra diritto della coppia omosessuale alla genitorialità, attualmente non legislativamente previsto in Italia, e diritto del minore, effettivamente riconosciuto dai giudici, ad uno stato giuridico di figlio corrispondente ad una situazione di fatto creatasi all'interno di un nucleo familiare omogenitoriale fondato sugli affetti, sull'assistenza materiale e sulla cura del minore. Si assiste pertanto, anche in questa materia, ad una rilevanza del fatto che condiziona il diritto. La soluzione giuridica non discende, infatti, dalla pura applicazione di una norma giuridica sulla genitorialità nell'ambito delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, che, come si è visto, non esiste, ma dall'esigenza di dare risposte concrete a situazioni concrete. Nell'odierna scienza giuridica si segnala il capovolgimento di prospettiva nella relazione tra categorie giuridiche e fatti socio-economici, sottolineando la decisa tendenza verso la cosiddetta "fattualità del diritto", per usare l'espressione coniata da un autorevole giurista.

L'importanza centrale del fatto, letto alla luce dei valori e interessi espressi dall'ordinamento nella sua attuale complessità, ha la forza di incidere sul diritto e di plasmarlo. Come si dirà successivamente nel paragrafo sulla *stepchild adoption* anche nel settore in esame, il fatto della presenza di figli all'interno del nucleo familiare omosessuale sollecita forme di protezione dell'interesse dei minori, determinando, come si è potuto constatare, risposte dall'ordinamento giuridico e la produzione di effetti analoghi a quelli che si sarebbero realizzati se non fosse stata stralciata nel progetto di legge la norma sulla *stepchild adoption*, ma più estesi in quanto non necessariamente legati alla formale costituzione di un'unione civile e, soprattutto, funzionali unicamente allo sviluppo e alla tutela della personalità del minore<sup>433</sup>. Infine, nel volgere lo sguardo a prospettive future, si rilevano con riguardo alla revisione dell'istituto dell'adozione forti segnali di cambiamento. In particolare, per la finalità di realizzare in modo più ampio il superiore interesse del minore ad essere amato ed inserito in un gruppo familiare,

---

433 Per l'applicazione dell'adozione in casi particolari co-genitoriale nelle convivenze di fatto, sia omosessuali che eterosessuali, cfr. A. Nocco, L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso, cit., 209 e segg

interesse che dovrà sempre essere verificato in concreto, si profila il superamento del requisito del matrimonio degli adottanti e l'apertura dell'adozione piena alle coppie non coniugate, purché stabilmente conviventi, e alla persona single<sup>434</sup>. Una tale apertura non potrà escludere, in applicazione del principio di non discriminazione, le coppie conviventi dello stesso sesso e le persone singole in ragione esclusivamente della loro omosessualità, sempre che, in seguito alla valutazione delle particolarità del caso concreto, la decisione sia quella che meglio realizzi l'interesse del minore.

### **3. La procreazione medicalmente assistita**

Dopo un lungo dibattito e la presentazione di vari progetti, è stata approvata la legge 19 febbraio del 2004, n. 40, recante “ *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* ” . L'Italia è arrivata così a dotarsi, al pari di molti altri paesi europei, di una normativa specifica in questa materia.

Questa legge, oggetto di forti critiche, presenta effettivamente degli aspetti problematici, che sono rappresentati dal principio di soggettività dell'embrione, a cui si legano anche la previsione di una serie di misure a tutela dello stesso, dalla definizione di stringenti requisiti soggettivi e oggettivi per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ed infine dalla previsione di una serie di divieti, tra cui spicca il divieto di fecondazione eterologa. Nel disciplinare la materia della procreazione medicalmente assistita, il legislatore ha dovuto individuare preliminarmente gli interessi e i diritti in gioco e il modo in cui dovevano essere considerati. I soggetti coinvolti sono da una parte la coppia ricorrente, che desidera avere un figlio, e dall'altra il figlio stesso, che deve venire ad esistenza e ricevere adeguata tutela.

L'articolo 1 enuncia le finalità della legge e prevede la possibilità di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita, “ *alle condizioni e secondo le modalità previste dalla legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito* ”. Questa disposizione mostra un primo profilo di problematicità, legato

---

434 Vedi le Osservazioni di C.M. Bianca nell'ambito dell'indagine conoscitiva in tema di adozione, svolte nella seduta della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 23 maggio 2016.

al fatto che i soggetti coinvolti nella procreazione medicalmente assistita sono titolari di interessi necessariamente contrapposti e quindi difficilmente si potrà garantire una contestuale tutela dei diritti di tutti i soggetti. Proprio in riferimento a questi, si può dire che il riconoscimento della tutela prioritaria, che deve essere assicurata al nato, si può desumere in via generale dall'ordinamento giuridico<sup>435</sup> articolo 1, comma 2, della legge n. 40 del 2004. e quindi non destano problemi le disposizioni della legge, volte a tutelare gli interessi del nato con la previsione anche di specifici divieti.

Altra questione posta da questo articolo è legata all'individuazione nel concepito di soggetto meritevole di tutela, al pari degli altri soggetti coinvolti. Per evitare che questa disposizione rimanga una vuota enunciazione, non si può che identificare il concepito con l'embrione e quindi le norme a tutela del concepito sono quelle dettate a tutela dell'embrione<sup>436</sup>.

Analizzando la posizione del concepito nel nostro ordinamento prima dell'approvazione di questa legge, si può evidenziare come esso non sia espressamente citato in alcuna norma costituzionale. Tale constatazione può portare a due conclusioni differenti: si può ritenere che al concepito non sia riferita alcuna norma costituzionale oppure che egli debba essere ritenuto destinatario di tutte le norme relative alle persone già nate, sulla base della considerazione per cui il nascituro debba essere considerato individuo umano fin dal momento del concepimento. A livello del codice civile, si può evidenziare invece come alcune disposizioni. Appaiano applicabili al concepito, in questo senso, l'articolo 1 del codice civile, dopo aver stabilito che la personalità giuridica sia acquisisce solo con l'evento nascita, precisa che *“i diritti che la legge riconosce al concepito sono subordinati all'evento nascita”*; il concepito viene considerato un uomo in fieri e quindi privo della capacità giuridica. Altre norme del codice sembrano attribuire diritti al concepito, ma ogni diritto risulta

---

435 A favore di questa posizione, si può far riferimento non solo alla Convenzione sui diritti del fanciullo, adottata dall' ONU nel 1989, ma anche alcune norme del Codice civile e altre disposizioni, contenute in alcune leggi italiane.

436 Nella legge n. 40 non troviamo una definizione di concepito o di embrione e quindi, in assenza di una specificazione, si fa riferimento al significato, attribuitogli nel linguaggio comune, di cellula uovo fecondata.

sempre condizionato all'evento nascita.

La legge n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria di gravidanza parla di una vita umana che deve essere tutelata "fin dal suo inizio" e questo può essere inteso come un riferimento al concepito.

Queste disposizioni sono molto scarse e quindi l'attribuzione di diritti al concepito nel nostro ordinamento si può desumere principalmente da alcune risoluzioni europee<sup>437</sup> e dalla giurisprudenza costituzionale. In questo senso, particolare rilievo si deve attribuire alla sentenza n. 27 del 1975, in cui "*ritiene la Corte che la tutela del concepito, che viene già in rilievo nel diritto civile, abbia fondamento costituzionale*". L'articolo 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la tutela della maternità e, più in generale, l'articolo 2 riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito<sup>438</sup>. La Corte non si era limitata a riconoscere il fondamento costituzionale della tutela del concepito, ma aveva anche previsto che ciò dovesse essere accompagnato "*dall'ulteriore considerazione che l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godono di tutela costituzionale e che di conseguenza la legge non può dare una prevalenza totale e assoluta, negando ai secondi adeguata protezione*"<sup>439</sup>. Questa posizione ha trovato poi un'ulteriore conferma nella sentenza del n. 35 del 1997, in cui è affermato di nuovo il principio per cui la vita umana deve essere tutelata dall'inizio. Si assiste quindi ad un rafforzamento dell'idea del diritto alla vita come diritto inviolabile, tutelato all'articolo 2 della Costituzione, che attribuisce la titolarità dei diritti all'uomo, nell'accezione di individuo dotato di vita umana; in questo senso, rileva la tutela attribuita al concepito. Anche il Comitato nazionale di bioetica, nel 2003, ha attribuito agli embrioni natura di vita umana a pieno titolo e a ciò veniva subordinato il dovere morale di rispettarli. L'attribuzione di diritti al concepito

---

437 4 Parlamento europeo, Risoluzione sui problemi etici e giuridici della procreazione artificiale umana, 16 marzo 1989, in cui sono stati identificati come diritti del concepito "il diritto alla vita e all'integrità, diritto alla famiglia, diritto alla propria integrità genetica".

438 Corte cost., sentenza 18 febbraio 1975, n. 27

439 6 Ibidem

nella legge n. 40 si pone in linea quindi con una concezione già presente nel nostro ordinamento.

Altra questione sollevata dalla legge è rappresentata dalla soluzione fornita al problema della definizione dello statuto giuridico dell'embrione umano, a cui si è risposto parlando dell'embrione come di un soggetto di diritto, al pari degli altri soggetti coinvolti.

Il nascituro è definito come titolare di diritti e questo ha posto un'ulteriore questione, ovvero se possa essere attribuita la capacità giuridica all'embrione, che, in base all'articolo 1 c.c., si dovrebbe acquisire solo dopo la nascita e quindi se si possa parlare di una sorta di capacità giuridica anticipata. In questo contesto è interessante il dibattito dottrinale che si era sviluppato, anche prima della legge n. 40, in relazione allo stato dell'embrione. La dottrina maggioritaria era volta ad escludere la natura di soggetti del diritto agli embrioni umani e quindi questi, non essendo titolari di diritti soggettivi, non sarebbero stati neppure titolari di un vero diritto ad essere tutelati o un diritto alla vita. Tale impostazione si fondava sulla lettura dell'articolo 1 del codice civile, che stabilisce appunto che la titolarità di diritti e doveri si acquisisce solo con la nascita. Alcuni autori sostenevano invece che l'embrione fosse già soggetto di diritto, in quanto individuo umano autonomo rispetto alla madre, semplice portatrice di esso, e quindi ritenevano che la tutela riconosciuta alle persone dovesse essere attribuita anche al concepito; in questo senso, affermavano quindi che la capacità giuridica si acquistasse con il concepimento.<sup>440</sup>

Il dettato legislativo è stato oggetto di diverse interpretazioni. Alcuni autori ritengono che il riconoscimento del concepito come soggetto titolare di diritti equivalga di fatto all'attribuzione allo stesso della capacità giuridica; in questo senso, si arriva anche a ridimensionare la precedente giurisprudenza della Corte costituzionale, che, nella sentenza n. 27/1975, aveva affermato la non equivalenza tra i diritti riconosciuti alla madre e la salvaguardia dell'embrione, che ancora deve diventare persona. Altri autori affermano che la capacità

---

440 Questa impostazione è espressa, tra gli altri, da Palazzoni, La legge italiana sulla procreazione assistita: aspetti fisiologici e giuridici, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 1999.

giuridica dell'embrione non sia un problema fondamentale posto dalla nuova legge, ritenendo che questa non possa essere desunta dalla semplice affermazione dell'articolo 1, che lo vorrebbe soggetto di tutela; inoltre, tendono a distinguere tra la necessità di tutela della vita prenatale, scopo della legge n. 40, e quella di sostenere invece che all'embrione sia attribuita una capacità giuridica anticipata. In questo senso la soggettività e la capacità giuridica non si possono scindere e quindi, mancando al non nato la capacità giuridica, che si acquista con l'evento nascita, non può essere attribuita la soggettività. L'embrione non è però da considerare una cosa ma un'entità meritevole di una tutela specifica, in quanto portatore di un'aspettativa di nascita, salute e integrità fisica e genetica<sup>441</sup>.

A prescindere dalla questione della capacità giuridica, la legge sottolinea l'esigenza di tutelare la vita umana fin dalla fase dell'embrione e ciò è logicamente conseguente all'impostazione secondo cui l'embrione ha dignità di individuo umano. In questo senso, il fine della legge può essere identificato nella necessità di garantire la tutela massima dell'embrione e ciò si pone in linea con la precedente giurisprudenza costituzionale e con la legge n. 194 del 1978, che disciplina l'interruzione volontaria di gravidanza.

L'articolo 1, comma 2, della legge n. 40 prevede la possibilità di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita "qualora non vi siano altri metodi terapeutici per rimuovere le cause di sterilità o infertilità"<sup>442</sup>. Questa formulazione esprime il principio di sussidiarietà, di residualità che deve essere attribuito al ricorso alle suddette tecniche. L'articolo 4 è la disposizione che meglio individua i requisiti oggettivi per l'accesso alle tecniche di PMA. La norma riprende e specifica i principi previsti dall'articolo 1, affermando che "il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata

---

441 Posizione questa sostenuta, tra gli altri, da Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 29 e Stanzione, Sciancalepore, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 207.

442 Nella legge n. 40/2004 e anche nelle Linee guida ministeriali, i termini infertilità e sterilità sembrano essere utilizzati come sinonimi per indicare l'impossibilità di concepire o far nascere un bambino. In ambito medico con il termine infertilità si intende l'impossibilità di portare avanti una gravidanza fino al momento in cui possa essere garantita vita autonoma al feto mentre con il termine sterilità si indica l'incapacità di concepire un figlio dopo 1 o 2 anni di rapporti regolari e senza uso di contraccettivi



l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico”.

La legge n. 40, quindi, limita in primis la possibilità di accedere alla procreazione medicalmente assistita soltanto “alla soluzione dei problemi derivanti dalla sterilità o infertilità umana”. Questa disciplina si allontana dalle leggi di altri Stati, che invece prevedono la possibilità anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche gravi, la cui procreazione naturale potrebbe determinare un rischio alto di trasmissione delle stesse al nascituro, di accedere alla PMA ed evitare così di scegliere tra il non riprodursi o dare la vita ad un figlio malato.

In Italia, prima della disciplina normativa in materia di procreazione medicalmente assistita, era diffusa la pratica della diagnosi genetica pre-impianto, esame con cui è possibile identificare una eventuale malattia cromosomica o genica dell'embrione creato in vitro, prima del trasferimento nell'utero materno<sup>443</sup>. La scelta del legislatore di vietare l'accesso alle tecniche di procreazione assistita da parte dei soggetti fertili ma affetti da malattie genetiche, impedendo la possibilità di accedere alla diagnosi genetica pre-impianto, ha rappresentato uno dei punti caldi della discussione parlamentare; in questo senso, si possono identificare vari argomenti, sia a favore che contro questa tecnica. I detrattori sostenevano in primis che questa avrebbe determinato una selezione degli embrioni, non ammissibile nell'ottica di tutela che a questi doveva essere riconosciuta; inoltre, affermavano che questa tecnica sarebbe stata poco sicura e poco completa, perché non avrebbe permesso di diagnosticare alcune malattie genetiche. Sostenevano poi che la diagnosi genetica pre-impianto avrebbe esposto ai problemi dei falsi positivi, cioè degli embrioni ritenuti erroneamente malati ma in realtà sani, avrebbe potuto esporre alla morte l'embrione e infine

---

443 Nella legge n. 40 non è presente una norma che vieti espressamente la possibilità di ricorrere alla diagnosi genetica pre-impianto per i soggetti sterili o infertili, che decidono di sottoporsi alla PMA. La normativa legislativa è contraddittoria anche se l'esistenza di un divieto si potrebbe desumere dalla centrale tutela dell'embrione, espressa principalmente dai divieti di soppressione, crioconservazione e selezione eugenetica. Da queste norme sembra emergere la destinazione alla vita dell'embrione, che contrasta con una pratica che prevede una selezione tra embrioni sani e malati. Le Linee guida ministeriali del 2004 hanno introdotto un espresso divieto di diagnosi genetica pre-impianto, limitandone il ricorso al solo tipo osservazionale; queste sono poi state dichiarate illegittime dal Tar del Lazio nel 2008 e, nelle successive Linee guida del 2008, è scomparsa questa limitazione

avrebbe richiesto sia la creazione di più di tre embrioni che la soppressione e la crioconservazione degli stessi. I sostenitori affermavano invece che la prevenzione delle malattie fosse alla base dell'attività medica ed evidenziavano che questa tecnica avrebbe impedito il ricorso successivo all'aborto terapeutico, sottolineando anche l'assurdità del trasferimento doveroso dell'embrione a fronte di una legge sull'aborto. Tra le opposte posizioni, il legislatore ha scelto di vietare l'accesso alle tecniche di PMA a coloro che, non sterili o infertili, intendessero semplicemente prevenire la trasmissione di malattie genetiche ereditarie<sup>444</sup>.

La natura di *extrema ratio* delle tecniche di PMA trova conferma nell'articolo 4, che non solo prevede la possibilità di ricorrere alle tecniche di PMA quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione, ma attribuisce una funzione di accertamento e verifica delle cause stesse attraverso un atto medico. Il medico deve quindi accertare i casi di sterilità/infertilità, ma può anche limitarsi a certificare l'esistenza di un'incapacità inspiegabile di procreare o l'impossibilità di ricorrere a metodi terapeutici meno invasivi. Nell'ipotesi di esecuzione delle tecniche di procreazione assistita in assenza del presupposto della documentata sterilità o infertilità, la legge non prevede alcuna conseguenza giuridica: infatti, l'articolo 12, relativo alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni legislative, non contiene alcun riferimento al requisito in questione e ciò appare strano, in quanto le cause di sterilità o infertilità non costituiscono un requisito qualsiasi, ma il presupposto stesso per l'applicazione della legge. Naturalmente, l'assenza di questo requisito è più difficilmente accertabile rispetto agli altri, in quanto meno palese e in quanto richiede inoltre l'intervento di un medico.

Nel secondo comma dell'articolo 4 sono enunciati i principi che devono sorreggere l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita; questi sono il principio di gradualità degli interventi e il consenso informato dei

---

444 Il divieto di diagnosi genetica pre-impianto è stato fortemente criticato da Villani, opera citata, p. 64, che evidenzia come questo incentivi il ricorso al turismo procreativo in paesi stranieri, che considerano la prevenzione da malattie genetiche un valore primario e come poi la necessità di tutelare l'embrione esponga a rischi il feto, in quanto tale diagnosi costituisce l'unico strumento per contrastare la nascita di un figlio gravemente malato.

soggetti richiedenti. Il principio di gradualità è espressione del più generale principio di tutela della salute inteso come stato di benessere fisio-psichico della donna, garantito dall'articolo 32 della Costituzione. Il legislatore mostra qui la stessa cautela avuta nel subordinare l'accesso alle tecniche di procreazione assistita ai casi di sterilità o infertilità, non rimovibili in altro modo. La valutazione dell'incisività delle singole tecniche deve essere rimessa al medico e non può prescindere dal caso concreto; per evitare un'eccessiva discrezionalità, l'articolo 7 di questa legge rimette al Ministero della salute il potere di definire le Linee guida contenenti tutte le procedure e tecniche di procreazione medicalmente assistita ammesse. Il principio del consenso informato è disciplinato dall'articolo 6: con questo termine si fa riferimento al presupposto di ogni intervento medico<sup>445</sup> e, nell'ambito della procreazione assistita, si prevede l'obbligo del medico di informare i richiedenti *“sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulla probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro”*.

Si prevede inoltre l'obbligo di informare la coppia delle possibilità di ricorrere in alternativa all'affidamento o all'adozione, nonostante questi istituti non abbiano la stessa finalità della PMA: infatti, nel ricorrere alle tecniche di procreazione assistita, lo scopo perseguito è risolvere i problemi di sterilità al fine di concepire un figlio proprio, mentre con l'adozione si vuole dare dei genitori a un minore, che ne è privo. Il legislatore tende ad equiparare questi istituti alla PMA al fine di sollecitarne il ricorso, in quanto sono considerati preferibili e da ciò si può desumere il favor dello stesso verso modi differenti di appagamento del desiderio di avere un figlio, attribuendo così solo uno spazio residuale alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni che devono essere fornite dal medico ai sensi dell'articolo 6, comma 1, hanno come scopo di garantire la formazione di una volontà matura e consapevole della coppia circa la scelta di accedere alle tecniche di PMA. Per quanto riguarda le modalità di espressione del consenso da

---

445 Il consenso informato è enunciato nei Codici di deontologia medica e nelle Carte internazionali in materia di bioetica.

parte della coppia ricorrente, la legge richiede la forma scritta; si prevede inoltre la possibilità di revocare il consenso da parte di ciascun componente della coppia solo fino al momento della fecondazione della cellula uovo, a partire dal quale diventa irrevocabile. La ratio di questa scelta sta nel fatto che con la fecondazione viene ad esistenza un nuovo essere umano, titolare di diritti in base all'articolo 1 di questa legge, tra cui il diritto alla vita, e quindi questo non può essere distrutto; all'embrione è ricondotto anche il dovere di mantenimento da parte dei genitori, che è particolarmente intenso visto che il figlio è venuto a esistenza per libera e meditata decisione e ricercato strenuamente.

In base all'articolo 6, la revoca del consenso successivo al momento della fecondazione non produce effetti e quindi il medico può procedere ugualmente all'impianto. Questa disposizione pone dei problemi in relazione al dettato dell'articolo 32 della Costituzione, che prevede che "nessuno può essere sottoposto a un trattamento sanitario obbligatorio se non per disposizione di legge", che potrebbe essere violato da un impianto coattivo dell'embrione; l'articolo 32 prevede inoltre che "la legge non può in nessun modo violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana" e, in questo senso, si può considerare certamente lesiva della dignità personale della donna l'imposizione della gravidanza. Il conflitto tra l'esigenza di tutela dell'embrione e la scelta della donna di non divenire madre sembra apparentemente privilegiare la posizione del concepito; in realtà la possibilità della donna di interrompere successivamente la gravidanza rende vana questa limitazione. I requisiti soggettivi sono definiti all'articolo 5 della legge n. 40, per il quale "possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi"<sup>446</sup>.

In questa formulazione possiamo trovare una sorta di compromesso, perché da una parte vi è la chiusura totale alle coppie omosessuali e ai singles, ma dall'altra

---

446 Tale intervento legislativo segue le orme del Codice di deontologia medica del 25 giugno 1999, che fa divieto al medico di attuare "forme di fecondazione assistita al di fuori delle coppie eterosessuali stabili", "pratiche di fecondazione assistita in donne in menopausa non precoce", nonché "forme di fecondazione assistita dopo la morte del partner". Questi limiti trovano giustificazione anche nella necessità di tutelare il nascituro.

vi è l'apertura alle coppie conviventi, che sono poste sullo stesso piano delle coniugate. Si è realizzata così la fusione tra due opposte tendenze, quella individualistica, che concepisce la procreazione come espressione della personalità del singolo individuo e arriva ad affermare l'esistenza di un diritto al figlio, e quella personalista, che invece è incentrata su una responsabilità legata alla procreazione, ricondotta all'ambito familiare e che comporta quindi la necessità di anteporre il benessere del figlio al proprio. La concessione nei confronti delle coppie conviventi aveva portato parte della dottrina a parlare di una incostituzionale "degiuridicizzazione del matrimonio legale".<sup>447</sup> In questo senso, il riferimento è dato dall'articolo 29 della Costituzione, che "riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio"; da ciò si poteva desumere che l'atto fondativo della famiglia fosse il matrimonio, che svolgeva una funzione pubblica in quanto, da un lato, garantiva al massimo grado la stabilità della famiglia e, dall'altro, esprimeva l'assunzione di una responsabilità verso la collettività; tutto ciò aveva senso nell'ottica di garantire una protezione ai figli. Questo primato del matrimonio si poteva desumere, secondo questa parte della dottrina, anche dalla legge sull'adozione<sup>448</sup>, che prevede che possono adottare solo le coppie coniugate da almeno tre anni. La risoluzione sulla procreazione artificiale del Parlamento europeo del 1989 invitava gli Stati a disciplinare la PMA eterologa, dove ammessa, secondo i principi fissati dalle singole legislazioni nazionali per l'adozione e questo richiamo è da considerare significativo per lo Stato italiano, anche se in relazione solo alla fecondazione omologa<sup>449</sup>. La legge sull'adozione in Italia ha come fondamento il matrimonio e quindi si riteneva singolare questo spazio riconosciuto alla convivenza nella legge n. 40, che comportava quindi una limitazione dell'importanza del matrimonio come garanzia per il figlio. In realtà questa critica pare non tenere conto di altra parte della dottrina, che aveva

---

447 Posizione espressa da Palazzani L., *La procreazione assistita: aspetti filosofici-giuridici*, in *Il diritto delle famiglie e delle persone*, 1999, p. 758.

448 Legge 4 maggio 1983, n. 184, "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori".

449 Parlamento europeo, Risoluzione concernente la fecondazione artificiale in vivo e in vitro, 16 marzo 1989

sottolineato come l'esclusività della famiglia legittima non trovasse fondamento in alcun principio costituzionale e che la tutela della famiglia non fondata sul matrimonio, intesa come formazione sociale in cui si sviluppa la personalità dell'individuo, si potesse ricavare dagli articoli 2, 3, 29 e 30 della Costituzione; questi autori sembravano non considerare inoltre le aperture della giurisprudenza costituzionale, che avevano portato a un'estensione dei diritti dei componenti della famiglia di fatto. Una volta risolta la questione della legittimità costituzionale, la convivenza comporta un ulteriore problema, relativo al grado di stabilità richiesto alla stessa affinché sia considerata rilevante e alla modalità di accertamento. Nella legge non sono contenute disposizioni specifiche e questa si limita a prevedere, all'articolo 12, che la convivenza deve essere provata mediante dichiarazione scritta dei conviventi, ai quali è richiesta quindi una autocertificazione. Nel dibattito parlamentare si era posto il problema dell'assenza di garanzie, che avrebbero permesso di frodare la legge in quanto anche partners occasionali avrebbero potuto affermare di essere conviventi. Questo problema può essere risolto facendo riferimento ai requisiti, definiti a livello giurisprudenziale, che la convivenza deve avere per essere rilevante, tra cui "quel carattere di stabilità che solo può conferire un sufficiente grado di certezza alla vicenda fattuale, tale da renderla rilevante sotto il profilo giuridico"<sup>450</sup>; proprio a questa convivenza *more uxorio* farebbe riferimento l'articolo 5. Inoltre, la veridicità della convivenza si potrebbe desumere anche dal fatto che la richiesta di PMA deve essere fatta per iscritto da ciascun membro della coppia, come previsto dall'articolo 6 della legge n. 40. Il problema della durata della convivenza prima dell'applicazione delle tecniche è reso poco rilevante anche dal fatto che la sterilità e l'infertilità debbano risultare da atto medico ai sensi dell'articolo 4, che implica quindi che siano effettuati accertamenti ripetuti nel tempo<sup>451</sup>.

A prescindere che sia coniugata o convivente, la richiesta di accesso alle tecniche

---

450 Corte di cassazione, sentenza 4 aprile 1998, n. 3503

451 Questa soluzione al problema della convivenza è proposta da Casini, Casini, Di Pietro, La legge 19 febbraio 2004, n.40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commentario, Giappichelli, Torino, 2004, p. 100.

di procreazione medicalmente assistita deve provenire da una coppia, i cui componenti devono essere di sesso differente; da ciò si desume che il legislatore abbia dato maggiore rilevanza all'interesse alla bigenitorialità del nascituro rispetto al diritto di procreare della donna, che non sia legata da un rapporto di coniugio o di convivenza con un partner maschile. Questa impostazione trova giustificazione, secondo una parte della dottrina, nell'idea che la famiglia unigenitoriale sarebbe inidonea a garantire l'interesse del minore, in quanto entrambe le figure genitoriali sarebbero necessarie al completo e corretto sviluppo dello stesso; altra parte della dottrina invece critica l'idea che la necessità di tutelare l'interesse del nascituro possa giustificare il divieto di accedere alla fecondazione assistita da parte di una donna sola, in quanto non sarebbe dimostrato che l'essere senza un genitore sia una condizione peggiore del non nascere. In realtà la motivazione che sta dietro questo divieto è da ricercare nel fatto che la fecondazione della donna sola richiederebbe la necessità di accedere ad un donatore esterno anonimo e questo comporterebbe l'impossibilità di accertare il legame di filiazione ex patre, determinando così la lesione del diritto di ciascuno a conoscere le proprie origini. Il riferimento alla coppia come unico soggetto che può accedere alle tecniche di PMA è espressione di una struttura duale e non individuale della procreazione.

Altra condizione richiesta dalle legge per poter accedere alle tecniche di PMA è la maggiore età dei componenti della coppia, in quanto, è necessaria la capacità di agire dei richiedenti, che si raggiunge appunto con il compimento del diciottesimo anno di età. In questa scelta, il legislatore è stato forse influenzato dalla convinzione che la decisione di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita sia particolarmente impegnativa e quindi è necessaria una certa maturità dei soggetti ricorrenti.

L'altro requisito previsto dalla legge è dato dall'età "potenzialmente fertile" della coppia e la ratio di ciò va ricercata non solo nel bene del nascituro, in quanto è garantita così la presenza di genitori, che possono accompagnarlo nel periodo della crescita, ma anche nella finalità stessa della legge, che è quella di ovviare ai problemi di sterilità o infertilità e non di fornire metodi alternativi di procreazione a coloro che abbiano subito una perdita fisiologica della capacità di

generare. La previsione della fertilità della coppia ha come fine anche di evitare maggiori rischi per i soggetti, che ricorrono alle tecniche di procreazione assistita.

La valutazione della sussistenza dei requisiti deve essere effettuata nel momento in cui si realizza la fecondazione; l'età potenzialmente fertile è quella in cui la generazione sarebbe potenzialmente possibile se non ci fosse la causa di sterilità o infertilità, cioè quella che precede la menopausa della donna. L'assenza di un'età certa ha quindi portato il legislatore a non fissare un limite quantificato in anni, ma a rimettere la valutazione in questione al medico caso per caso. Questo è inoltre l'unico tra i requisiti richiesti all'articolo 5 per il quale non è prevista una sanzione ai sensi dell'articolo 12.

L'ultima condizione soggettiva prevista è data dal fatto che i componenti della coppia devono essere entrambi viventi e a questo riferimento si ricollega quindi un divieto di fecondazione post-mortem, con cui si indica l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita sulla donna in un momento successivo alla morte del partner<sup>452</sup>. La ratio di questa disposizione è evidente: si vuole evitare che un figlio nasca orfano e quindi tutelare i suoi interessi e diritti, che non devono essere compressi dal desiderio di una donna di garantire quasi una "continuazione" della presenza della persona amata, ormai defunta. La condizione richiesta, ovvero che entrambi i coniugi siano in vita, deve essere presente nel momento in cui la coppia decide di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita; una volta formatosi l'embrione, prevale invece il diritto alla vita dello stesso. Questo trova conferma nell'articolo 6 della legge n. 40, che prevede l'irrevocabilità del consenso della coppia quando ormai è avvenuta la fecondazione e inoltre non trova impedimenti nell'articolo 12, che prevede l'applicazione di una sanzione nei confronti della coppia se entrambi i componenti non sono viventi, considerato che l'accesso alla PMA è già avvenuto con la formazione dell'embrione.

Il fondamento della decisione del legislatore di prevedere dei requisiti soggettivi,

---

452 Per quanto riguarda la fecondazione post mortem, si possono individuare in astratto tre ipotesi differenti: il prelievo del seme da cadavere, l'inseminazione artificiale della donna con seme prelevato dal partner prima del suo decesso e l'impianto in utero di un embrione, formato in vitro, quando entrambi i membri della coppia erano ancora in vita.



al fine di limitare la possibilità di ricorrere a queste tecniche, si può ritrovare nel principio per cui lo Stato è disposto ad estendere la tutela, prevista per la procreazione naturale, anche a quella artificiale purché questa si possa considerare un'imitazione della prima e vi siano le condizioni di stabilità familiare, che permettano di tutelare il figlio che deve nascere. Prima di esaminare le tecniche di procreazione medicalmente assistita ammesse o vietate nel nostro ordinamento, è necessario dare una definizione delle stesse e procedere ad una loro classificazione, tenendo conto di quelle sviluppatosi in ambito medico. Con il termine di procreazione medicalmente assistita o fecondazione artificiale si fa riferimento alle tecniche mediche che prevedono un intervento sui gameti maschili e femminili al fine di indurre una gravidanza quando è impossibile il concepimento naturale; si caratterizzano quindi per una scissione tra l'evento procreativo e la sessualità.

Per quanto riguarda le tecniche, si deve operare una prima distinzione tra fecondazione omologa e fecondazione eterologa: la prima si caratterizza per l'utilizzo di gameti maschili o femminili, provenienti direttamente dai soggetti che hanno deciso di sottoporsi alla procreazione assistita; la fecondazione eterologa invece prevede l'utilizzo di gameti provenienti da soggetti terzi, detti donatori<sup>453</sup>. L'altra distinzione riguarda il luogo in cui avviene la fecondazione e quindi si parla di fecondazione in vivo o in vitro. La fecondazione è in vivo quando si ha la manipolazione di un solo gamete e l'introduzione dello stesso nel corpo femminile, in cui avverrà poi la fecondazione, che è quindi intracorporea; la fecondazione è invece in vitro quando si ha la manipolazione artificiale di entrambi i gameti in provetta, luogo in cui avviene la fecondazione e solo in un momento successivo avremo il trasferimento nell'utero materno dell'uovo fecondato<sup>454</sup>.

L'articolo 7 della legge n. 40 rinvia alle Linee guida del Ministero della Salute il

---

453 La fecondazione eterologa può essere in linea maschile, in linea femminile o bilaterale; una variante sviluppata in molti paesi è data dalla maternità surrogata, con cui si intende l'inseminazione artificiale di una donna esterna alla coppia, utilizzando gameti provenienti dal componente maschile della coppia o da un terzo esterno, con l'obbligo della gestante di consegnare poi il figlio alla coppia committente.

454 Per una classificazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita si rimanda a Flamigni, *La procreazione assistita*, Il Mulino, Bologna, 2002.

compito di definire quali siano le tecniche di procreazione medicalmente assistita ammesse nel nostro ordinamento. Questo strumento risulta il più idoneo per due ordini di motivi: da una parte, la complessità tecnica che caratterizza la materia non può essere ricompresa interamente in uno schema legislativo e, dall'altra, non si può prescindere dalla continua evoluzione tecnica-scientifica propria della procreazione medicalmente assistita, che giustifica il necessario aggiornamento triennale delle Linee guida ministeriali.

Le tecniche sono raggruppate in 3 livelli, tenendo conto della loro complessità e del grado di invasività tecnica. Il principio seguito nella stesura delle Linee guida è quello di utilizzare prima di tutto le opzioni terapeutiche più semplici, meno invasive e meno onerose, tenendo conto anche dell'età della donna<sup>455</sup>. L'articolo 4, comma 3, prevede espressamente che “è vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”. Questo è stato uno dei temi più delicati e dibattuti in sede di approvazione della legge, considerato che la fecondazione eterologa era una pratica conosciuta e praticata nel nostro paese, anche se con qualche limite<sup>456</sup>. A livello dottrinale, i favorevoli all'introduzione di questo divieto evidenziavano la necessità di tutelare il nato, assicurandogli la presenza di genitori tali dal punto di vista genetico, legale e affettivo e di evitare turbamenti e traumi al figlio, legati alla circostanza di essere frutto del ricorso alla fecondazione eterologa; inoltre, si sottolineava che l'identità biologica tra genitori e figli avrebbe garantito pure la conoscibilità del patrimonio genetico del nato, in vista di eventuali cure cui avesse dovuto sottoporsi. Autorevole dottrina evidenziava che, poi che l'introduzione delle tecniche di fecondazione eterologa avrebbe creato un modello di famiglia incompatibile con quello dettato

---

455 Nel primo livello, rientrano le tecniche di inseminazione artificiale; nel secondo livello, troviamo le procedure eseguibili in anestesia locale, tra cui la fecondazione in vitro con trasferimento di embrioni (FIVET); nel terzo livello troviamo invece le procedure che necessitano di anestesia generale con intubazione, tra cui trasferimento intratubarico dei gameti maschili e femminili (GIFT).

456 Con la circolare Degan del 1985 la fecondazione eterologa era stata vietata nei centri pubblici, che si occupavano di procreazione medicalmente assistita ma continuava ad essere utilizzata in quelli privati. Inoltre il Codice deontologico medico del 1998, uno dei riferimenti nel periodo di vuoto normativo, prevedeva dei limiti nel ricorso alla fecondazione eterologa, ma non conteneva un divieto assoluto. Inoltre questa tecnica era ammessa da quasi tutte le normative straniere in tema di PMA.

dall'articolo 29 della Costituzione<sup>457</sup>, in quanto non si sarebbe potuto considerare naturale una famiglia in cui i figli non sono figli genetici dei genitori<sup>458</sup>. I contrari all'introduzione di questo divieto invece evidenziavano in primis la contraddittorietà di un sistema in cui si richiedeva la corrispondenza tra genitorialità biologica e genetica, vietando così la possibilità di ricorrere alla PMA di tipo eterologo, ma allo stesso tempo si promuoveva il ricorso all'istituto dell'adozione, in cui non si può certamente parlare di genitorialità biologica; inoltre, sottolineavano come il divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo costituisse una discriminazione nei confronti di molte coppie, nelle quali la sterilità assoluta di uno dei componenti rendeva necessario il ricorso a questa tecnica al fine di avere un figlio e quindi, in questo modo, si sarebbe realizzato un contrasto con la finalità stessa della PMA, che è quella di superare una situazione di sterilità e infertilità. Essi sostenevano poi che il ricorso alla PMA di tipo eterologo non sarebbe stata causa di turbamenti o disturbi di tipo psicologico-evolutivo per i nati; infine, affermavano l'infondatezza della tesi per cui l'identità biologica tra genitore e nato faciliterebbe la cura delle malattie di quest'ultimo, considerata la possibilità di reperire informazioni del donatore nella PMA di tipo eterologo con l'istituzione di banche dati e in senso contrario si muoverebbe invece un divieto di fecondazione eterologa, che, favorendo il turismo procreativo, renderebbe più complesso questo accertamento<sup>459</sup>.

Dopo un lungo dibattito in sede parlamentare, è stato introdotto un divieto assoluto di fecondazione eterologa, senza la previsione di alcuna eccezione e la

---

457 Articolo 29, primo comma della Costituzione: "la famiglia è una società naturale fondata sul matrimonio".

458 In senso contrario all'introduzione della fecondazione eterologa si sono espressi, tra gli altri, Milan, *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Cedam, Padova, 1997, che ritiene illecita la pratica, anche con il consenso dei coniugi, perché contraria all'ordine pubblico e al buon costume; Auletta, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 39, che considera il legame genetico con un solo genitore in contrasto, non solo con la concezione naturale di famiglia biologica, ma anche con il dovere di fedeltà tra i coniugi.

459 Tra i favorevoli all'introduzione della fecondazione eterologa possiamo ricordare, tra gli altri, Santosuosso, *Per ricorrere alla soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, in *Guida al diritto*, n. 3/04, p. 33, che ritiene che il divieto di fecondazione eterologa contrasti con la legge sull'adozione; Dosi, *Procreazione assistita, finalmente una legge: ma quanti limiti!* in *Dir. e giust.*, 2003, p. 13, che parla di un divieto di fecondazione eterologa non comprensibile da un punto di vista logico.

ratio è da ricercare nel bene del figlio, in quanto si è ritenuto che il meglio per il nato fosse avere due genitori, tali dal punto di vista genetico, legale e affettivo e quindi si è espressa una preferenza per l'unitarietà genitoriale. Tale scelta è motivata anche dalla necessità di garantire il diritto all'identità personale e familiare del bambino, nato a seguito del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. L'obiezione relativa all'istituto dell'adozione, che mostra una scissione tra genitorialità genetica e quella affettiva, può essere superata, sostenendo che la PMA ha come fine di rispondere ad un desiderio di genitorialità, mentre l'adozione mira non a dare un figlio a chi non l'ha, ma a dare genitori al minore che ne è privo, a seguito dell'abbandono da parte dei genitori biologici. La PMA eterologa, quindi, non trova sostegno nell'adozione, dalla quale si differenzia notevolmente. Questa scelta legislativa pone però dei problemi difficilmente superabili in relazione al principio ispiratore dell'intera disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita, che è quello di ovviare al problema di sterilità e infertilità della coppia, lasciato insoluto dalla soluzione adottata. La legge si limita a prevedere il divieto, senza stabilire alcuna sanzione per coloro che ugualmente decidano di ricorrere alla fecondazione eterologa: infatti, l'articolo 12, comma 8, prevede espressamente che non sono punibili l'uomo e la donna ai quali sono applicate le tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo, in quanto la sanzione è prevista solo per gli operatori medici e sanitari che l'hanno resa possibile. Secondo alcuni autori, la finalità del legislatore quindi non sarebbe vietare questa pratica, ma evitare che sia praticata in Italia, lasciando liberi i soggetti di praticarla altrove<sup>460</sup>.

Il legislatore si occupa inoltre di un altro problema connesso alla fecondazione eterologa, che è stato oggetto di un lungo iter giurisprudenziale e di un forte dibattito dottrinale, ovvero la questione del disconoscimento di paternità del marito successivamente al consenso prestato alla PMA eterologa della moglie. Il

---

460 Posizione questa sostenuta da Villani, opera citata, p. 124, che evidenzia inoltre come questo divieto favorisca il ricorso al turismo procreativo, da condannare sia per ragioni di carattere tecnico e per i problemi che si potrebbero porre per il nato che per gli elevati costi, che finirebbero per selezionare e quindi discriminare gli aspiranti genitori, escludendo i meno abbienti. È indubbio che questo divieto abbia favorito il turismo procreativo, considerato che la fecondazione eterologa è ammessa in quasi tutti i paesi europei e che, in virtù della libertà di circolazione dei servizi nell'Unione europea, che comprende anche quelli sanitari, è possibile accedere alle tecnologie riproduttive vietate nel proprio Stato.

legislatore vieta la fecondazione eterologa ma si occupa ugualmente di disciplinarne le conseguenze. L'articolo 9, comma 1, prevede che, "qualora si ricorra alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1 e 2 del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 236 dello stesso codice". La legge si limita a prevedere l'impossibilità di esercitare l'azione di disconoscimento di paternità o l'impugnazione di riconoscimento nella PMA eterologa, conclusione cui era giunta già la giurisprudenza e parte della dottrina e considera quindi come soggetti attivi sia il coniuge che il convivente. Sono poi indicate le conseguenze della violazione del divieto anche nei confronti del terzo donatore, prevedendo che, "in caso di applicazione delle tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi". La posizione del terzo donatore è rilevante in relazione a due aspetti: da una parte, si deve considerare il suo rapporto con il nato dalla PMA eterologa; dall'altra, si devono definire i limiti entro i quali ammettere la possibilità di rendere nota la sua identità. Per quanto riguarda il primo aspetto, la legge ha espresso una regola complementare al divieto di disconoscimento di paternità da parte del padre sociale, prevedendo che a questo spetteranno i diritti e i doveri connessi alla paternità mentre al terzo donatore non può essere imposto né consentito alcunché<sup>89</sup>. In relazione al secondo aspetto, invece, la legge non si è pronunciata e questa omissione non può trovare giustificazione nel fatto che la fecondazione eterologa sia vietata nel nostro ordinamento, visto che il legislatore ha disciplinato tutti gli altri profili toccati da questa pratica. Si può considerare applicabile all'ipotesi della fecondazione eterologa anche l'impossibilità di anonimato della madre nell'atto di nascita del figlio, prevista dall'articolo 9, comma 2, anche se non vi è un esplicito richiamo, ma questo divieto è formulato in modo da avere una portata generale, tale quindi da ricomprendere sia la PMA legalmente ammessa che quella inammissibile e la logica dietro questa previsione

è legata al fatto che l'impegno per avere un figlio nel ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita contraddice la decisione di abbandono dopo il parto. La legge, quindi, prevede un divieto di fecondazione eterologa, ma vuole evitare che a pagarne le conseguenze sia il nato, dettando dei criteri che gli assicurano la certezza del suo status.

#### **4. Step child o second parent adoption.**

Con riferimento ai nuovi modelli di famiglia, la giurisprudenza italiana negli ultimi ha fatto ricorso, con sempre maggiore frequenza, all'art. 44 della l. 184 del 1983. Interessante, è che dopo lo stralcio dell'art. 5 della legge sulle unioni civili ( l. 76 del 2016), che avrebbe introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della *step-child adoption*, l'applicazione dell'art. 44 della legge sulle adozioni si è rivelata funzionale all'estensione degli istituti tradizionali ai nuovi modelli sociali che vanno attestando. In una recente pronuncia, sentenza n° 299 del 30 luglio 2014<sup>461</sup>, il Tribunale per i Minorenni di Roma ha osservato che “*se la*

---

461 Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 30 luglio 2014. Il caso riguardava due mamme ed una bambina. Soltanto la mamma biologica è riconosciuta dallo Stato e per tale ragione la mamma sociale chiede di essere ammessa alla sua adozione. In seguito ad un approfondito esame della situazione di fatto (nel provvedimento si dà atto dell'indagine socio-psicologica condotta, dell'ascolto dei genitori ed anche del responsabile della scuola della bimba), il tribunale rileva come la bambina sia nata da un progetto genitoriale comune delle due donne, le quali sono conviventi da dieci anni, sono iscritte nel registro comunale delle unioni di fatto e sono pure coniugate in Spagna, dove è stata pure concepita la bambina. La scelta della mamma biologica è avvenuta soltanto in ragione della sua più giovane età. Cresciuta dalla coppia, la bimba, oggi di cinque anni, riconosce pienamente nelle due donne i propri genitori, chiamandole entrambe mamma. È evidente come, a fronte della costruzione di una solida relazione di amore e di responsabilità materna, il dato biologico appaia del tutto secondario tanto per la bambina che per i genitori, come accade d'altra parte in ogni caso di fecondazione eterologa anche nell'ambito di coppie eterosessuali. Le relazioni dei servizi sociali danno atto che la bambina è perfettamente inserita ed è priva di qualsiasi emergenza negativa: in concreto ed in poche parole, la bambina cresce amata e serena. A fronte di tale chiara situazione di fatto, il tribunale della capitale osserva come allo stesso non tocchi costruire alcuna nuova realtà giuridica o creare “nuovi diritti”, ma soltanto di vagliare la rilevanza giuridica della situazione già esistente, verificando quale fattispecie giuridica trovi applicazione alla luce del superiore principio dell'esclusivo interesse della minore. I giudici rinviengono nell'art. 44, lett. d della Legge 4 maggio 1983, n. 184 l'istituto giuridico applicabile nel caso de quo. Questa norma, si ricorda nella decisione, è stata già interpretata dalla giurisprudenza nel senso di consentire l'adozione da parte di singoli o di coppie non sposate nel caso in cui sussista di fatto una relazione genitoriale col minore. Se tale adozione è consentita alle coppie eterosessuali non sposate ed ai singoli, sarebbe allora certamente illegittimo, perché discriminatorio, non consentirla anche per le coppie omosessuali o per singoli gay o lesbiche. Il tribunale rileva, difatti, come la giurisprudenza abbia già chiarito che l'orientamento sessuale del genitore non incide negativamente sulla crescita dei figli e come non vi sia alcuna ragione per dubitare della capacità genitoriale di coppie formate da due donne o da due uomini. La soluzione adottata dal tribunale lungi dal rappresentare una interpretazione

*realizzazione dell'interesse del minore costituisce il limite invalicabile dell'applicazione dell'istituto ( previsto dall'art. 44, primo comma, lett. d ), essi rappresentano anche un'importante chiave interpretativa dello stesso".* La decisione del Tribunale per i Minori di Roma, di sostanziale portata innovativa, è stata confermata prima in Appello e poi in Cassazione, ed ha ritenuto che, in applicazione del principio del superiore interesse del minore, si acconsente all'adozione co-parentale da parte del genitore sociale nelle famiglie omogenitoriali. Il Tribunale per i Minori, in questa sentenza, è stato molto attento sia a valorizzare il " legame inscindibile" tra il minore e la co-madre, e sia alla dimensione sociale dell'adozione, in quanto sottolinea come la minore sia pienamente inserita nel contesto educativo e familiare. Ma non è tutto, in quanto, ha interpretato il superiore interesse del minore in relazione " al benessere psicosociale dei membri del gruppo familiare" sottolineando come " non sono né il numero, né il genere dei genitori a garantire di per sé le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano "462. Il collegio giudicante minorile, oltretutto ha messo in evidenza anche il motivo per cui nel caso di specie non è stata applicata la lett. b dell'art. 44 ma la lett. d. Per i giudici di Roma, infatti, non costituisce ostacolo all'adozione in casi particolari il fatto che la ricorrente non sia coniugata con la madre, in quanto, il requisito del coniugio è previsto solo alla lettera b della norma. Si ricorda nella sentenza che, in giurisprudenza sussistono molti casi di applicazione della lettera d dell'art. 44 a conviventi non coniugati e, per analogia, è illogico escluderne l'applicazione al caso di specie sul

---

creativa o particolarmente ardita, appare imposta da una stringente logica di sistema, che pone in questo ambito l'interesse superiore del bambino al centro di ogni pronuncia, prescindendo da pregiudizi e chiusure ideologiche. La *stepchild adoption*, ovvero l'adozione del figlio biologico del partner, è stata ammessa per le coppie gay e lesbiche in Danimarca già da oltre vent'anni ed è oggi istituto aperto alle coppie dello stesso sesso in buona parte dei Paesi europei (non soltanto negli undici Paesi che hanno riconosciuto il matrimonio fra persone dello stesso sesso, ma anche, ad esempio in Germania), oltre che in molti Stati americani e Canada, e data la sua rilevanza per la tutela dei bambini, era stato inserito in buona parte dei progetti di legge già pendenti in Parlamento, fra cui anche quelli provenienti dal partito di maggioranza relativa. Dunque la decisione romana anticipa quanto già promesso dalla politica, assicurando da subito per questi bambini una ragionevole soluzione di stampo europeo.

462 **A. Sperti**, La tutela del superiore interesse del minore alla luce dei principi costituzionali e del diritto costituzionale comparato nell'adozione del secondo genitore, Riv. Genius, 2015/1, p. 238

presupposto che le due conviventi non risultano coniugate per lo Stato italiano. E' evidente come il Collegio fuga, ogni dubbio sul fatto che l'adozione debba rispecchiare il modello della famiglia tradizionale unita dal vincolo matrimoniale, secondo il criterio dell'*imitativo naturae*, seguendo la scia del percorso già tracciato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n° 145 del 1969<sup>463</sup>, con riferimento agli artt. 3, 29 e 30 Cost. Al riguardo, viene rilevato che la stabilità del vincolo matrimoniale è attualmente confutata dalla rilevante percentuale di separazioni e divorzi e, pertanto, il matrimonio non può considerarsi come un indice di stabilità della coppia. Per tali ragioni, secondo il tribunale minorile di Roma, non applicare l'art. 44 lett. d alla fattispecie concreta costituirebbe una grave violazione: della ratio legis della stessa disposizione, visto che l'interesse del minore ad essere accudito, istruito e mantenuto non può non realizzarsi solo perché i genitori sono omosessuali<sup>464</sup>, dell'art. 3 della Costituzione, in quanto una lettura dell'art. 44 lett. d che discriminasse gli omosessuali sarebbe contraria alla disposizione costituzionale stessa<sup>465</sup>, e della Cedu<sup>466</sup>.

---

463 Corte costituzionale, sentenza n° 145 del 1969. Il carattere di "adeguatezza deve presiedere alla individuazione della famiglia sostitutiva quando trovi applicazione l'art. 30, secondo comma, della Costituzione il che comporta la ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisce, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior cura della persona"

464 Anche la Corte di Cassazione ha ritenuto che costituisca solo un pregiudizio ritenere che sia dannoso per un bambino vivere in una famiglia omosessuale. Di fatti nella sentenza del 11 Gennaio 2013 n° 601, ritiene che, non è sufficiente asserire che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del minore il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale ma occorre dimostrare le presunte ripercussioni negative, sul piano educativo e della crescita del bambino, allegando certezze scientifiche o dati di esperienza. Diversamente, si finisce per dare per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino.

465 Va ricordato che la Corte Costituzionale con sentenza n.138/2010 definisce la formazione sociale come ogni forma di comunità semplice o complessa: quindi anche una coppia omosessuale, intesa come la stabile convivenza di due persone dello stesso sesso, è una formazione sociale ed i suoi componenti hanno diritto a vivere la loro condizione di coppia, con i connessi diritti e doveri. Per tali ragioni non sussistono differenze tra una coppia eterosessuale e una coppia omosessuale tale da negare a quest'ultimi la possibilità dell'adozione in virtù dell'art. 44 lett. d.

466 Si può richiamare a titolo esemplificativo la sentenza X e Altri c. Austria, della Corte europea dei diritti dell'uomo, del 19 febbraio 2013 che ha ritenuto discriminatoria, ex artt. 14 e 8 della Cedu, una legge austriaca che non consentiva la "second parent adoption" in caso di coppie omosessuali. Il caso riguardava due cittadine austriache che vivono insieme avendo creato un rapporto stabile e il figlio di una di loro. Nato dal precedente matrimonio nel 1995, il bambino è stato affidato alla custodia di sua madre e coabita con la nuova compagna della stessa. Volendo creare un rapporto giuridico tra la nuova compagna e il bambino, le



A sostegno di tale tesi, i giudici di Roma, asseriscono che, non sussistono certezze scientifiche o dati di esperienza riguardo all'effetto pregiudizievole per un minore di crescere nell'ambito di una coppia omosessuale; anzi dalle relazioni dei servizi sociali è emerso che la bambina sta crescendo in maniera sana, serena e ben integrata nell'ambito sociale e familiare. Comunque, la causa oggetto di decisione, riguardava l'istanza di adozione speciale proposta dalla seconda madre di una minore nata in una coppia omosessuale che, per il concepimento della bambina, aveva fatto ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita. La domanda di adozione speciale della madre sociale ha trovato accoglimento nei primi due gradi di giudizio, ma il procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'Appello ha proposto ricorso per Cassazione, deducendo come cesura l'impossibilità dell'applicazione dell'art. 44, primo comma, lett. d della l. 184 del 1983, data l'assenza di uno stato di abbandono della bambina. Per la Corte di Cassazione il ricorso è stato ritenuto infondato in quanto l'impossibilità di

---

donne concludevano un accordo di adozione. Si rivolgevano quindi al tribunale per far riconoscere l'accordo, ma le veniva opposto un rifiuto. In base all'art. 182.2 del codice civile austriaco infatti la persona che adotta «rimpiazza» il genitore naturale dello stesso sesso, interrompendo quindi il legame con quel genitore. Nel caso in questione, quindi, l'adozione non avrebbe creato un nuovo legame o rimpiazzato quello con il padre, ma avrebbe reciso quello con la madre naturale del bambino. Consapevoli di tale rompicapo giuridico, le ricorrenti hanno proposto istanza alla Corte costituzionale affinché dichiarasse tali disposizioni incostituzionali sulla base del fatto che comportavano una discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Nel giugno 2005, la Corte Costituzionale ha dichiarato il ricorso irricevibile, in quanto il giudice distretto non si era ancora pronunciato sul merito della questione. Nel mese di ottobre 2005, il tribunale distrettuale ha rifiutato di approvare l'accordo di adozione. Conforme è stato anche il giudizio, nel febbraio 2006, della Corte Regionale. A giudizio della Corte distrettuale, il modello su cui si basa la legge austriaca, pur non dando una definizione precisa di genitori, presuppone che si tratti di persone di sesso opposto. Quindi, in un caso come quello che le era stato sottoposto, il bambino aveva già due genitori, non c'era pertanto bisogno di sostituire ad uno di loro un genitore adottivo. Infine, nel settembre 2006, la Corte Suprema ha respinto il ricorso per cassazione delle ricorrenti, ritenendo che l'adozione di un bambino da parte del partner di sua madre fosse giuridicamente impossibile. La Suprema Corte ha dichiarato inoltre che le disposizioni corrispondenti del codice civile non presentavano alcun aspetto di incostituzionalità. Invocando l'art. 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in combinato disposto con l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e famiglia), le ricorrenti lamentavano di fronte alla Cedu una discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Nella sentenza la Corte europea afferma che l'Austria ha violato i diritti dei ricorrenti perché li ha discriminati sulla base dell'orientamento sessuale dei partner, visto che in Austria l'adozione dei figli dei compagni è possibile per le coppie eterosessuali non sposate. I giudici di Strasburgo hanno affermato che il governo austriaco non è riuscito a dimostrare che la differenza di trattamento tra coppie gay ed eterosessuali è necessaria per proteggere la famiglia o gli interessi dei minori. Tuttavia la Corte ha nel contempo sottolineato che gli Stati non sono tenuti a riconoscere il diritto all'adozione dei figli dei partner alle coppie non sposate, in quanto manca ancora il consenso tra gli stati.

dichiarare l'adottabilità della minore deriva dal fatto che la stessa è adeguatamente curata e accudita dalla madre biologica e che, in virtù dello stabile rapporto di convivenza tra le due donne, la minore ha instaurato una relazione di tipo genitoriale con la seconda madre “ *tale da acquisire un'autonoma rilevanza e da giustificare il riconoscimento giuridico attraverso una forma legale corrispondente alla quotidianità della minore* ”, la quale, secondo le perizie psicologiche effettuate, sperimenta già con l'aspirante madre adottiva un rapporto di intimità e positività<sup>467</sup>. L'impossibilità di affidamento preadottivo è rilevante in fatto e in diritto, e la valutazione di quale modalità permetta la realizzazione del superiore interesse del minore spetta unicamente al giudice di merito. Per di più, l'art. 44 della l. 184 del 1983 ha come scopo quello di favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, “ prevedendo la possibilità di un'adozione con effetti più limitati rispetto all'adozione legittimante, ma con presupposti meno rigorosi. Viene data rilevanza giuridica a tutte quelle situazioni in cui, pur essendo preminente la finalità di tutela del minore, mancano i presupposti per l'adozione con effetti legittimanti.” La contestazione del Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Roma risultava dall'adesione ad una tesi restrittiva secondo cui, in mancanza di una preliminare dichiarazione di adottabilità del minore, difettano le condizioni per l'adozione, anche se speciale. Stando alla ricostruzione del Procuratore l'impossibilità di affidamento preadottivo dovrebbe consistere unicamente in una impossibilità di fatto e non anche di diritto. La Corte di Cassazione ricorda che questa ricostruzione del Procuratore risale agli anni 80, dove la giurisprudenza applicava l'art. 44 ai minori adottabili, ma non collocabili in affidamento preadottivo in quanto affetti da problemi di natura psicologica o sanitaria. Successivamente, si ricorda invece, che la giurisprudenza di merito ha attribuito alla disposizione in esame una portata più ampia “ riconoscendo che l'impossibilità di affidamento preadottivo può essere una impossibilità non solo di fatto, che consente di realizzare l'interesse preminente dei minori in stato di abbandono ma non collocabili in affidamento preadottivo, ma anche un'impossibilità di diritto, che permette di tutelare l'interesse dei

---

467 Corte di Cassazione, prima sezione civile, sentenza n° 12962 del 22 giugno 2016 p.14

minori anche non in stato di abbandono attraverso il riconoscimento di rapporti di genitorialità più compiuti e completi”<sup>468</sup>. In particolare nella giurisprudenza minorile, si è radicata l’interpretazione estensiva, secondo la quale, nell’ipotesi contemplata dall’art. 44 primo comma lett. d, si può prescindere dalla condizione generale di abbandono del minore. Tale ricostruzione ha trovato conferma nella sentenza della Corte Costituzionale la n° 383 del 7 ottobre 1999, dove ha riconosciuto all’art. 44 primo comma lett. d “ valore di clausola residuale volta a disciplinare le situazioni non rientranti nei parametri di cui all’art.7, primo comma, relativi alle condizioni necessarie per procedere all’adozione legittimante”.<sup>469</sup> Sempre il Tribunale per i Minorenni di Roma, con una sentenza del 23 dicembre 2015, ha accolto la domanda d’adozione in casi particolari del padre sociale di un minore, la mancata impugnazione da parte del pubblico ministero ha poi reso immediatamente definitiva la pronuncia del giudice di primo grado. Dalla lettura della sentenza, emerge che, il vero soggetto della decisione è proprio il minore: “ (il bambino) è nato e cresciuto con il ricorrente e il suo compagno, suo padre biologico, instaurando con loro un legame inscindibile che, a prescindere da qualsiasi “classificazione giuridica”, nulla ha di diverso rispetto ad un vero e proprio vincolo genitoriale”. La decisione di disporre l’adozione deriva dalla constatazione che, in caso contrario, il minore “dovrebbe vivere una doppia rappresentazione di sé, una giuridica e una sociale, motivo di sicuro pregiudizio per la sua identità” e dunque del suo preminente interesse.

Il giudice ha dunque inteso tutelare, nella nuova e più ampia accezione del principio del superiore interesse del minore, lo status di figlio del minore stesso, tanto più che la concreta esperienza di vita del bambino, l’esistenza di “rapporti familiari consolidati”, la presenza di “vincoli e legami affettivi, umani e solidali” e di una “comunione materiale e spirituale” sono tutti elementi che depongono a favore della “rilevanza giuridica, anche ai fini dell’adozione, di ogni modello familiare, ove si accerti che esso sia luogo di sviluppo e promozione della personalità del minore, il cui superiore interesse deve sempre prevalere”.

---

468 Tribunale Minorile di Roma, sentenza 299/2014

469 Corte di Cassazione, sentenza n° 12062/2016, p. 15 e ss. e p. 29 e ss.

Un passaggio importante di questa sentenza sta nella identificazione della posizione soggettiva del genitore sociale che chiede all'ordinamento il riconoscimento della propria relazione con il figlio biologico del partner. In questo senso, il Tribunale per i minorenni di Roma fa un'importante affermazione secondo cui “ il desiderio di avere dei figli, naturali o adottati, rientra nell'ambito del diritto alla vita familiare, nel “vivere liberamente la condizione di coppia” riconosciuto come diritto fondamentale, ed anzi ne è una delle espressioni più rappresentative<sup>470</sup>.” Da questa premessa si giunge all'affermazione dell'irrelevanza dell'orientamento sessuale ai fini dell'indagine sull'idoneità di un soggetto ad assumere la responsabilità genitoriale nei confronti di un bambino, con il superamento di ogni trattamento differenziato non giustificato dalla esclusiva considerazione dell'interesse superiore del fanciullo<sup>471</sup>.

La sentenza oggetto di esame, giunge così a sviluppare l'importante affermazione di principio contenuta nella sentenza n. 601 del 2013 della prima sezione civile della Corte di cassazione, che già aveva separato con molta chiarezza il dato dell'orientamento sessuale dalla idoneità genitoriale, il cui accertamento deve seguire criteri autonomi ed incentrati esclusivamente sull'interesse del fanciullo. In quest'ottica, per i giudici minorili “il benessere psicosociale dei membri dei gruppi familiari non è tanto legato alla forma che il gruppo assume, quanto alla qualità dei processi e delle dinamiche relazionali che si attualizzano al suo interno”; di conseguenza, “ciò che è importante per il benessere psicofisico dei bambini è la qualità dell'ambiente familiare che i genitori forniscono loro indipendentemente dal fatto che siano dello stesso sesso<sup>472</sup>.” Ne consegue che, nel momento in cui sia garantito alle coppie non coniugate l'accesso all'adozione speciale di cui all'art. 44, lett. d, tale garanzia non può venire meno in ragione dell'orientamento sessuale del richiedente e del tipo di coppia in cui il bambino sia stato accolto e cresciuto: a tale esito conduce una virtuosa combinazione tra il principio di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale e la

---

470 Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza 2015, cit. p. 12

471 **A. Schillaci**, commento, La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino, riv. Genius, 2016/1.

472 Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 2015, cit., pp. 16 e 17

considerazione del superiore interesse del fanciullo. Inoltre, essendo questo il primo caso di co-adozione da parte di un padre sociale, è poi emersa la delicata questione delle origini del bambino, nato in Canada con surrogazione di maternità. In merito, il Tribunale minorile di Roma ha provveduto a ricostruire in modo accurato le dinamiche di relazione tra la coppia e la gestante, sia prima che dopo la nascita del bambino, nonché le forme del rapporto tra il bambino e la donna che lo ha partorito e “ la serena consapevolezza che il bambino mostra (nei limiti della sua tenera età, e grazie all’azione educativa dei papà) delle vicende che lo hanno portato al mondo.” In punto di diritto, il Tribunale si richiama alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>473</sup>, affermando, in particolare, che la “ scissione tra la valutazione che l’ordinamento riconnetta al ricorso alla gestazione per altre e il diverso e autonomo profilo della tutela del bambino che in tal modo sia venuto al mondo. “ Fermo restando (...) il margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato in relazione alla disciplina interna della gestazione per altre, la discrezionalità dello Stato stesso non può estendersi fino a pregiudicare un rapporto (quello tra il genitore sociale ed il bambino) che coinvolge un aspetto fondamentale dell’identità degli individui<sup>474</sup>.” Quindi, riprendendo gli orientamenti della Corte europea dei diritti dell’uomo, il Tribunale di Roma afferma che “ i bambini generati con ricorso alla maternità surrogata sono soggetti ad uno stato di incertezza giuridica, ove il loro Stato di appartenenza non riconosca la loro identità al suo interno, privandoli ingiustificatamente della figura genitoriale di riferimento e mettendoli nella condizione di fornire una duplice rappresentazione di sé, valida in un caso solo socialmente e nell’altro solo legalmente<sup>475</sup>.” Le modalità con cui il bambino è stato generato, quindi, non possono essere d’ostacolo al riconoscimento del rapporto giuridico che lo lega al padre sociale, “ a ciò opponendosi l’interesse del bambino alla stabilità e continuità degli affetti, che prevale su ogni considerazione relativa al rilievo dell’ordine pubblico interno o internazionale”. Il giudice afferma, in sostanza,

---

473 Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenze Paradiso e Campanelli c. Italia, 27 gennaio 2015; Mennesson c. Francia del 26 giugno 2014; Labassee c. Francia del 26 giugno 2014

474 Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza 2015, p. 14

475 Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza 2015, p.15

che il ricorso all'adozione coparentale in coppie omogenitoriali a favore di figli generati facendo ricorso alla maternità surrogata è questione diversa dall'ammissibilità di tecniche di procreazione assistita da parte dell'ordinamento.

Altra sentenza importante in tema di adozione co-parentale delle coppie omogenitoriali, proviene dalla Corte d'Appello di Milano, che con la decisione del 16 ottobre 2015, ha ordinato la trascrizione del provvedimento straniero di adozione di una minore da parte della madre sociale. Il Tribunale aveva rilevato l'impossibilità di trascrivere sia il matrimonio celebrato in Spagna tra la madre biologica e l'aspirante madre sociale, sia il loro successivo divorzio. Ciononostante, è stata ritenuta meritevole di accoglimento la domanda di trascrizione nei registri dello stato civile dell'ordinanza del giudice spagnolo che aveva dichiarato l'adozione piena della minore, attribuendole il doppio cognome.

Il giudice d'appello di Milano ricorda che, ai sensi degli artt. 65 e 66 della l. 218 del 1995, i provvedimenti stranieri sull'esistenza di rapporti di famiglia producono direttamente effetti nell'ordinamento italiano, senza bisogno di ulteriori procedimenti, quando siano efficaci nell'ordinamento dello Stato in cui sono stati pronunciati e non siano contrari all'ordine pubblico dello Stato medesimo. Pertanto, considerato che il provvedimento di adozione pronunciato dal giudice spagnolo ha efficacia in quell'ordinamento e non è contrario all'ordine pubblico spagnolo, quello stesso provvedimento può esplicare i suoi effetti anche nell'ordinamento italiano, tanto più che esso è pienamente conforme all'ordine pubblico internazionale, che riconosce e garantisce il superiore interesse del minore quale principio generale di diritto. Né osta all'adozione il successivo divorzio delle due madri in quanto, se è vero che il nostro ordinamento accorda maggior favore alle coppie coniugate in forza del requisito della stabilità che il matrimonio dovrebbe assicurare alla famiglia (art. 6 l. 184 del 1983), è altrettanto vero che la legge italiana sulle adozioni ammette che l'adozione possa essere disposta, nel preminente interesse del minore, anche nei confronti del solo coniuge che, per libera scelta, durante il periodo di affidamento preadottivo alla coppia, abbia deciso di porre termine alla convivenza coniugale e di separarsi (art. 25 l. 184 del 1983). Si può quindi inferire la non contrarietà all'ordine pubblico nazionale dell'adozione piena da parte di persona singola.

Inoltre, per giurisprudenza ormai costante, neanche nell'ordinamento italiano sussiste un divieto assoluto di adozione di minore in casi particolari da parte di persona non coniugata (così, Tribunale per i Minori di Bologna, decreto 21 marzo/17 aprile 2013). Considerato, poi, che l'adozione di minore nell'ambito di una coppia omosessuale non è astrattamente contraria all'interesse del minore (Corte Cass., sent. n. 601 del 2013), la Corte d'Appello di Milano non ritiene contrario all'ordine pubblico un provvedimento straniero di adozione legittimante tra “ una persona non coniugata e il figlio riconosciuto del partner, anche dello stesso sesso, una volta valutato in concreto che il riconoscimento dell'adozione (...) corrisponde al superiore interesse del minore al mantenimento della vita familiare costruita con ambedue le figure genitoriali e al mantenimento delle positive relazioni, affettive ed educative, che si sono consolidate in forza della protratta convivenza”. Un'altra sentenza interessante da analizzare potrebbe essere quella del 30 dicembre 2015, con la quale il Tribunale per i Minorenni di Roma riconosce l'adozione incrociata di due minori di una coppia omosessuale<sup>476</sup>. Il caso trattava di due donne, conviventi e unite da una relazione sentimentale da circa 10 anni, e chiedevano al Tribunale di disporsi nei confronti di entrambe l'adozione della figlia della propria convivente. La coppia ha avuto due figlie ricorrendo alla fecondazione eterologa all'estero: nel 2008 vi si era sottoposta la meno giovane e, successivamente, nel 2011 l'altra donna. Le donne, tramite ricorso, chiesero l'adozione sostenendo di aver costituito un nucleo familiare solido e ben strutturato e che le bimbe sono state cresciute come sorelle<sup>477</sup>. Nel ricorso veniva sottolineato come “ il fatto che la rispettiva compagna, pur essendo madre sociale della propria figlia, non abbia alcun riconoscimento giuridico pregiudichi notevolmente le bambine in quanto solo la madre può accompagnarle a scuola e/o dal pediatra”. La madre sociale verrebbe

---

476 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).

477 Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza del 30 dicembre 2015, p. 2

esclusa dalla vita della figlia della compagna perché giuridicamente non può vantare alcun diritto sulla bambina che sente sua figlia, pur non essendo stata generata da lei<sup>478</sup>. Il Tribunale nell'affrontare la richiesta, ricorda che l'adozione in casi particolari è stata prevista dal legislatore per “ favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e i parenti o le persone che già si prendono cura del minore stesso, prevedendo la possibilità di un'adozione con effetti più limitati rispetto a quella legittimante, ma con presupposti meno rigorosi ”. Inoltre aggiunge, che “ nessuna limitazione è prevista espressamente, o può derivarsi in via interpretativa, con riferimento all'orientamento sessuale dell'adottante o del genitore dell'adottando, qualora tra di loro vi sia un rapporto di convivenza ”. Chiarisce poi il giudice che, ovviamente, tutto l'impianto della normativa richiamata deve sempre ispirarsi alla realizzazione dell'interesse del minore<sup>479</sup>. Nel dettaglio, l'articolo 44 primo comma lett. d della legge n. 184 del 1983 come modificato dalla legge n. 149 del 2001, stabilisce che il minore possa essere adottato, anche quando non ricorrano le condizioni per l'adozione piena, quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. “ La norma, specificano i Giudici, non può e non deve essere interpretata nel senso di prevedere come presupposto l'impossibilità di affidamento preadottivo solo di fatto, ma anche, come nel caso di specie, di diritto”. L'unico presupposto è quindi l'impossibilità dell'affidamento preadottivo senza ulteriori specificazioni. Una diversa interpretazione non consentirebbe “ il perseguimento dell'interesse preminente del minore in situazioni, come quella di cui qui trattasi, in cui la figlia di persona convivente con l'adottante abbia con quest'ultima un rapporto del tutto equivalente a quello che si instaura normalmente con un genitore, al quale però l'ordinamento negherebbe qualsiasi riconoscimento e tutela”<sup>480</sup>.

In conclusione, nel caso in esame, per il tribunale sussisteva l'impossibilità dell'affidamento preadottivo di diritto, in quanto le minori rispettivamente adottande delle ricorrenti non si trovano in una situazione di abbandono e mai potrebbero essere collocate in affidamento preadottivo. Viene quindi a realizzarsi

---

478 Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza 2015, cit., p. 3

479 Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza 2015, cit., p.7

480 Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza 2015, cit., pp. 9 e ss.



il presupposto previsto dalla legge. Per i giudici minorili questa conclusione deve anche applicarsi al caso di conviventi dello stesso sesso, in quanto la norma citata non fa alcuna differenza tra coppie conviventi eterosessuali o omosessuali. Una diversa interpretazione andrebbe a contrastare con i principi costituzionali e quelli della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>481</sup>. Invero, “ negare alle bambine i diritti e i vantaggi che derivano ” dal rapporto in esame costituirebbe certamente una scelta non corrispondente all'interesse delle minori che occorre sempre valutare in concreto. Sulla base di tali argomenti, il Tribunale per i minori di Roma ha accolto il ricorso delle due donne disponendo l'adozione delle minori.

---

481 Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza 2015, cit., p. 12 e ss.

## 5. Lo statuto giuridico del figlio nell'ordinamento spagnolo, francese e tedesco

### - Ordinamento spagnolo

Nel sistema spagnolo non sono presenti disposizioni che riconoscono espressamente un diritto alla procreazione, naturale o attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita. Pertanto si possono individuare nella Carta fondamentale una serie di disposizioni, dalle quali può essere ricavato il fondamento costituzionale di questo diritto. In questo contesto, rileva il combinato disposto di quattro articoli costituzionali: l'articolo 1, comma 1, che proclama la libertà come valore superiore dell'ordinamento giuridico<sup>482</sup>; l'articolo 10, comma 1, che tutela la dignità umana, i diritti inviolabili a questa collegati e il diritto allo sviluppo della personalità<sup>483</sup>; l'articolo 17, comma 1, che, garantendo il diritto alla libertà personale, può essere interpretato, secondo una parte della dottrina, in senso estensivo, come un diritto all'autodeterminazione, che ricomprenda anche la scelta di avere figli<sup>484</sup>; l'articolo 18, comma 1, che tutela il diritto all'intimità personale e familiare<sup>485</sup>. Un altro articolo che deve essere menzionato è l'articolo 15, comma 1, della Costituzione, che prevede che “tutti hanno diritto alla vita e all'integrità fisica e psichica”<sup>486</sup>. Questa disposizione è rilevante sotto due aspetti: in primo luogo, tale articolo tutela il diritto alla vita, la cui titolarità è attribuita alla persona e quindi questo diritto può essere riconosciuto, nell'ambito della

---

482 Articolo 1, comma 1, Cost: “La Spagna si costituisce come Stato sociale e democratico di diritto che propugna come valori superiori del suo ordinamento giuridico la libertà, [...]”.

483 Articolo 10, comma 1, Cost: “La dignità della persona, i diritti inviolabili che le sono connaturati, il libero sviluppo della personalità. Il rispetto della legge e dei diritti altrui sono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale”.

484 Articolo 17, comma 1, Cost: “Ogni persona ha diritto alla sua libertà e alla sua sicurezza [...]”.

485 Articolo 18, comma 1 Cost: “Si garantisce il diritto [...] all'intimità personale e familiare [...]”.

486 Dai lavori preparatori di questa disposizione si ricava che i costituenti rifiutarono di garantire il diritto alla vita della persona, preferendo un'espressione più generica e indeterminata, come “tutti”; questa sostituzione si deve al Gruppo parlamentare di centro destra dell'Union de Centro Democrático. Legato alla tutela del diritto all'integrità fisica e psichica, è anche “il diritto alla salvaguardia della salute”, riconosciuto dall'articolo 43, comma 1 della Costituzione, che non è collocato tra i diritti fondamentali.

PMA, non solo al nato, ma anche a chi non è ancora propriamente una persona, come l’embrione; in secondo luogo, da questa disposizione è stata dedotta, al fine di garantire chi sceglie di ricorrere alla PMA, anche il diritto a “dare la vita”. L’articolo 39, commi 1 e 2, della Costituzione prevede in primis che debba essere tutelata la famiglia, che non viene legata al matrimonio; in secondo luogo, prevede che debba essere garantita piena protezione ai figli, a prescindere dalle modalità della nascita, cui può essere ricondotta anche l’assenza di differenziazione basate sulle modalità di concepimento, naturale o attraverso il ricorso alla PMA; questa disposizione prevede infine che debba essere garantita piena tutela anche alle madri<sup>487</sup>.

In questo contesto, assumono rilevanza anche le convenzioni ed i trattati relativi al diritto alla procreazione e alla disciplina della PMA, che, ai sensi dell’articolo 10, comma 2, della Costituzione, devono essere considerati nell’interpretazione dei diritti fondamentali e delle libertà costituzionalmente garantite.

Analizzando la dottrina spagnola, si possono identificare due orientamenti dottrinali: da un lato, coloro che ritengono esistente un diritto alla procreazione, costituzionalmente garantito, e, dall’altra parte, gli autori che, pur ritenendo che il desiderio di avere un figlio sia riconducibile al diritto al pieno sviluppo della personalità ex articolo 10, comma 1, della Costituzione, sostengono invece che non si possa ricostruire un diritto fondamentale a procreare, deducibile dalla Costituzione e tale da essere vincolante nei confronti del legislatore.

La prima disciplina legislativa in materia di procreazione medicalmente assistita risale agli anni ’80; la Spagna è stato uno dei primi paesi europei a dotarsi di una legge in questo ambito. La legge n. 35 del 1998 “sobre técnicas de reproducción asistida” si caratterizzava per un’impostazione di estrema apertura nei confronti delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, che sembrerebbe confermare l’orientamento per il quale esiste un vero e proprio diritto a

---

487 Articolo 39, comma 1 e 2, Cost: “1. I poteri pubblici assicurano la protezione sociale, economica e giuridica della famiglia. 2. I poteri pubblici assicurano, inoltre, piena protezione ai figli, che sono uguali davanti alla legge indipendentemente dalla legittimità o meno della filiazione, e alle madri, qualunque sia il loro stato civile. [..]”

procreare<sup>488</sup>. Questa legge è stata definitiva “permissiva” e ha trovato appoggio in ambito medico, ma è stata oggetto di forti critiche da parte della dottrina<sup>489</sup>. Tale impianto permissivo è stata modificato, nel 2003, dalla legge n. 45 del 2003, che aveva lo scopo di limitare il numero di embrioni prodotti e impiantati nell’utero materno e ridurre gli embrioni sovranumerari, garantendo anche la certezza del loro destino. Il Governo Zapatero ha cercato di limitare la portata di questa riforma con l’approvazione di due decreti regi<sup>490</sup>, ma successivamente si è avuta una profonda revisione della

disciplina esistente e si è arrivati all’approvazione della legge n. 14 del 2006 sulle tecniche di procreazione medicalmente assistita, che ha abrogato la precedente legge n. 35 del 1988.

Nella disciplina della PMA, possono essere richiamate anche fonti di soft law. Si può far riferimento alla Commissione nazionale sulla riproduzione assistita, organo dipendente dal Ministero della Sanità, avente natura collegiale e permanente, che formula pareri obbligatori, per esempio, in materia di nuove tecniche di PMA. Altro organo da richiamare è il Comitato bioetico di Spagna, istituito dalla legge n. 14 del 2007; si tratta di un organo indipendente di carattere

---

488 Questa legge è stata approvata nel periodo in cui si è proceduto in Spagna, successivamente alla fine del regime franchista, ad un aggiornamento dell’ordinamento giuridico, con lo scopo di adeguarsi ai mutamenti sociali, in ambiti importanti come la famiglia e la libertà riproduttiva. L’approvazione di questa legge è stata preceduta dall’istituzione di una Commissione speciale di studio sull’inseminazione artificiale e sulla fecondazione in vitro, che aveva presentato alla Camera una relazione, denominata “Informe Palacios”, contenente una serie di raccomandazioni rivolte al legislatore, che stava per disciplinare questa materia.

489 Iacometti, La procreazione medicalmente assistita nell’ordinamento spagnolo, in Casonato, Frosini (a cura di), La fecondazione assistita nel diritto comparato, Giappichelli, Torino, 2006, ricostruisce la dottrina che si era espressa criticamente sia su aspetti formali, che sostanziali della disciplina legislativa. In primis, è stata criticata la scelta, da parte della maggioranza socialista cui si deve l’approvazione di questa legge, di utilizzare una legge ordinaria e non una legge organica, che avrebbe richiesto una maggioranza assoluta, considerata più idonea a garantire i diritti e le libertà coinvolte da questa disciplina; inoltre alcuni autori criticavano anche il fatto che la legge fosse stata approvata da una Commissione in sede deliberante, senza il coinvolgimento quindi dell’intera Camera. Alcuni autori si scagliavano in modo inciso contro questa legge, vista come un tentativo di disciplinare problemi, aventi un forte impatto etico e sociale, senza che vi fosse un consenso internazionale e sociale su alcune scelte introdotte da questa disciplina

490 Il regio decreto 1720 del 31 gennaio 2004, che indicava le tipologie fisiopatologiche, che permettevano di superare il limiti previsto per la donazione di ovociti in materia di PMA; il regio decreto 2132 del 29 ottobre del 2004 si occupava invece di un aspetto connesso alla ricerca scientifica.

consultivo per gli aspetti etici e morali della biomedicina, chiamato a fissare anche principi da seguire nella stesura di codici<sup>491</sup>.

Il problema che si pone è, in primo luogo, quello di definire lo status dell'embrione nel sistema spagnolo. Già con la legge in materia di PMA del 1988, era stata introdotta la distinzione tra "pre-embrione" e embrione, con cui si indicava rispettivamente l'embrione nella fase precedente e successiva all'impianto nell'utero materno<sup>492</sup>, sulla base di questa distinzione, era stata giustificata una minore tutela dell'embrione prima della fase di gestazione. Il concetto di "pre-embrione" è stato ripreso dalla legge del 2006, che lo ha definito in modo chiaro come "l'embrione in vitro costituito dall'insieme di cellule derivanti dalla divisione progressiva dell'ovocita dal momento della fecondazione fino a 14 giorni dopo"<sup>493</sup>.

Nella definizione dello statuto giuridico dell'embrione, assume particolare rilevanza la giurisprudenza del Tribunale costituzionale, che si è espresso sulla legittimità costituzionale delle legge in materia di procreazione medicalmente assistita durante gli anni Ottanta. Il punto di riferimento e di partenza è rappresentato dalla sentenza n. 53 del 11 aprile del 1985, avente ad oggetto il progetto di legge organica sulla depenalizzazione dell'aborto. In questa pronuncia, il Tribunale ha affermato che anche la vita del nascituro costituisce un bene giuridico protetto dall'articolo 15 della Costituzione, che prevede che "tutti hanno diritto alla vita"; da tale affermazione non può essere desunta la titolarità

---

491 Penasa, La fragile rigidità della legge italiana in materia di procreazione assistita e la solida flessibilità della legge spagnola: modello "value oriented" e modello "procedure oriented" a confronto, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, 1, p. 151, analizzando la disciplina legislativa in materia di PMA, sostiene che l'ordinamento spagnolo sia riconducibile al modello "procedure oriented", nel quale non si ha una prevalenza del formante legislativo o giurisprudenziale: infatti questo è caratterizzato da una procedura legislativa in cui un ruolo rilevante è svolto da organi tecnici e commissioni ad hoc e da un intervento legislativo, che non è concepito come uno strumento di regolazione nell'ambito biogiuridico, ma che prevede il coinvolgimento di altri organi tecnici, necessari per la propria effettiva attuazione.

492 Con il termine "pre-embrione" si indicava in particolare il frutto della fecondazione in vitro prima che fossero trascorsi quattordici giorni da questa e che fosse trasferito nell'utero materno. Questa definizione, ripresa dal Rapporto Warnock, commissionato dal Parlamento inglese nel 1984, è stata oggetto di forti critiche da parte della dottrina.

493 Articolo 1, comma 2, legge 26 maggio 2006, n. 14. La legge sulla ricerca biomedica del 2007 ha introdotto un'ulteriore distinzione tra embrione, feto e pre-embrione.

del diritto alla vita per il nascituro, in quanto questo riguarda solo i nati. Il Tribunale ha evidenziato che anche i nascituri sono tutelati dall'ordinamento e che la loro vita è un bene costituzionalmente protetto; in particolare, si prevedeva che la protezione riconosciuta al non nato dalla Carta fondamentale implicasse l'obbligo per lo Stato "di astenersi dall'interrompere o ostacolare il processo di gestazione naturale, e quello di stabilire uno strumentario giuridico per la difesa della vita che conduca ad una difesa effettiva della stessa"<sup>494</sup>; a tale difesa che non è attribuito un carattere assoluto, e quindi, "come accade in relazione a tutti i beni e i diritti costituzionalmente riconosciuti, in determinati casi può e deve essere soggetta a limitazioni"<sup>495</sup>. Con la sentenza n. 116 del 1999, il Tribunale si è espresso sulla questione di legittimità costituzionale dell'articolo 12 della legge n. 35 del 1988, che prevedeva la possibilità di procedere ad interventi diagnostico-terapeutici sugli embrioni in vitro, che avrebbero potuto incidere sulla scelta di trasferire gli stessi nell'utero materno e ciò veniva considerata come una pratica che avrebbe depenalizzato l'aborto illegale. Il Tribunale costituzionale ha affermato che le garanzie fornite dalla legge, che limitavano tale intervento solo allo scopo di valutare la vitalità o eventuali malattie ereditarie dei pre-embrioni, fossero sufficienti in quanto "i preembrioni in vitro non god[eva]no di una protezione equiparabile a quella degli embrioni già trasferiti nell'utero materno"<sup>496</sup>. I giudici hanno poi affermato che la pratica, prevista dall'articolo 11, comma 4, di mettere a disposizione dei centri la destinazione finale degli embrioni al termine della fase di crioconservazione, non fosse in contrasto con gli articoli 10 e 15 della Costituzione, in quanto "né i preembrioni non impiantati né, a maggior ragione, i gameti sono [...] «persona umana»"<sup>497</sup>.

Si può quindi evidenziare come i giudici costituzionali abbiano affermato che il nascituro non sia titolare del diritto alla vita, pur dovendo riconoscere protezione costituzionale alla vita dello stesso; inoltre, è considerata legittima la

---

494 Tribunale costituzionale, sentenza 11 aprile 1985, n. 35, F.J. 7.

495 Ibidem.

496 Tribunale costituzionale, sentenza 17 giugno 1999, n. 116, F.J. 12. 284

497 Tribunale Costituzionale, sentenza 17 giugno 1999, n. 116, F.J.11.

differenziazione nella tutela dei preembrioni e degli embrioni impiantati nell'utero, contenuta nella legge n. 35 del 1988 e confermata anche dalla successiva legge n. 14 del 2006.

Una volta definito lo status degli embrioni nel sistema spagnolo, si devono analizzare le tecniche di impianto degli stessi. Nella legge n. 35 del 1988 non era contenuta alcuna indicazione sul numero dei preembrioni da produrre e da trasferire poi nell'utero materno; l'articolo 4 disponeva, infatti, facendo affidamento sull'autonomia ed esperienza dei medici, che doveva essere trasferito il numero di "pre-embrioni considerato scientificamente come il più adeguato ad assicurare ragionevolmente la gravidanza"<sup>498</sup>. Vennero così prodotti embrioni soprannumerari, eccedenti quelli necessari per la procreazione, per i quali era prevista la possibilità di crioconservazione, in apposite banche dati, per un tempo non superiore a cinque anni. Con la riforma del 2003, sono state introdotte delle specificazioni relativamente al numero di embrioni da produrre e alla loro destinazione. In questo senso, la nuova formulazione dell'articolo 4 prevedeva che dovesse essere evitata la produzione di embrioni soprannumerari e introduceva un numero massimo di ovociti da fecondare e di embrioni da trasferire nell'utero materno per ogni ciclo, che non dovevano essere superiori a tre; questa vietava inoltre la riduzione embrionaria.<sup>499</sup>

L'attuale legge è intervenuta su queste limitazioni e ha modificato in parte la disciplina. L'articolo 3, comma 2, della legge n. 14 del 2006 mantiene il limite nel trasferimento degli embrioni, che non possono essere superiori a tre per ogni

---

498 Articolo 4, legge 22 novembre 1988, n. 35. Su questa disposizione si era pronunciato anche il Tribunale costituzionale, che aveva articolo non in contrasto con l'articolo 10 della Costituzione, sottolineando che dalla Carta fondamentale, non si potesse desumere "alcuna preclusione ad ottenere un numero sufficiente di embrioni ad assicurare [...] il probabile successo della tecnica di procreazione assistita che si sta utilizzando, circostanza che [...] presuppone di ammettere come un fatto scientificamente inevitabile l'eventuale esistenza di preembrioni in sovrannumero"; in questo senso, i giudici hanno evidenziato come la crioconservazione, "non solo non lede la dignità umana", ma anzi questa si configuri come "l'unico rimedio per la migliore utilizzazione dei preembrioni già esistenti e per evitare fecondazioni non necessarie".

499 Articolo 4, comma 2 e 3, legge 21 novembre 2003, n. 45: "2. Si autorizza esclusivamente il trasferimento di un massimo di tre preembrioni in una donna per ogni ciclo. 3. Saranno fecondati al massimo tre ovociti da trasferire nella donna nello stesso ciclo, salvo quando ciò sia impedito dalla patologia di base dei genitori [...]".

ciclo riproduttivo; è stato eliminato invece il limite dei tre ovociti da fecondare per ogni ciclo riproduttivo. In questo contesto, si può avere quindi la produzione di preembrioni sovranumerari, che possono essere crioconservati. L'articolo 11, comma 3, prevede appunto che “i preembrioni sovranumerari derivanti dall'applicazione delle tecniche di fecondazione in vitro che non siano trasferiti nella donna in un ciclo riproduttivo potranno essere crioconservati nelle banche autorizzate. La crioconservazione degli ovociti, del tessuto ovarico e dei preembrioni sovranumerari potrà essere protratta fino al momento in cui i medici responsabili ritengano [...] che la ricettrice non integra i requisiti clinicamente adeguati per la pratica della tecnica di procreazione assistita”.

L'articolo 12 della legge n. 14 del 2004 mantiene poi la possibilità, prevista già dalla legge n. 35 del 1988, di effettuare la diagnosi genetica pre-impianto sull'embrione nei primi 14 giorni di sviluppo, al fine di determinare la presenza di malattie ereditarie gravi o di altre alterazioni che possono compromettere la salute dello stesso<sup>500</sup>.

Nella legge n. 14 del 2006 non sono state introdotte particolari novità relativamente alle condizioni personali e ai requisiti soggettivi per l'accesso alle tecniche di PMA, rispetto alla prima disciplina legislativa del 1988<sup>501</sup>. Il primo articolo da considerare è l'articolo 3, che indica le condizioni soggettive per l'accesso alla procreazione assistita e richiede solo che vi siano ragionevoli possibilità di successo, che l'impiego di queste tecniche non comporti un rischio per la salute, psichica e fisica, della madre e della sua possibile discendenza ed infine che sia stato prestato preventivamente il consenso informato. Relativamente al consenso, l'articolo 3 prevede un generale obbligo di informazione in capo ai medici, che dovranno informare i ricorrenti e i donanti sui diversi aspetti, sulle implicazioni e i rischi delle pratiche procreative; inoltre l'informazione dovrà riguardare anche considerazioni di carattere biologico,

---

500 L'articolo 12, legge 22 novembre 1988, n. 35 era stato considerato conforme all'articolo 15 della Costituzione dal Tribunale costituzionale, con la sentenza n. 116 del 1999.

501 Per un'analisi della disciplina spagnola in materia di PMA, si rimanda a ESTELLÉS PERALTA P.M., History of Spanish law in the regulation of assisted reproduction techniques: the legal and family neglect of human life in vitro, in *Medicina e Morale*, 2013, 5, p. 965 e ss.



giuridico, etico ed anche economico relative alle tecniche da applicare. Il legislatore riconosce poi la possibilità di revocare il consenso prestato dalla donna in qualsiasi momento precedente all'inseminazione o al trasferimento in utero dell'ovocita già fecondato, dovendosi rispettare la sua richiesta in tal senso. I requisiti soggettivi sono definiti dall'articolo 6 della legge n. 14 del 2006, che prevede che possono accedere alla procreazione medicalmente assistita tutte le donne maggiorenni con piena capacità di agire, in linea con quanto disposto dalla legislazione del 1988 ed aggiunge anche che questo principio debba valere a prescindere dallo stato civile e dall'orientamento sessuale della donna<sup>502</sup>. In questo senso, la legge non pone altri requisiti soggettivi per l'accesso alle tecniche di PMA da parte della donna o della coppia ricorrente; infatti, non è stabilita un'età massima, né è richiesta l'età fertile o la condizione di sterilità o infertilità per poter ricorrere alla fecondazione artificiale. In alcuni casi, inoltre, è ammessa anche la fecondazione post-mortem ovvero successiva alla morte del convivente o del marito<sup>503</sup>. L'articolo, comma 1, della legge n. 14 del 2006 definisce l'ambito di applicazione della legge stessa, affermando che questa si occupa di disciplinare l'applicazione delle tecniche di procreazione assistita "accreditate clinicamente e scientificamente indicate", delle tecniche di PMA, utilizzate nella prevenzione e nel trattamento di malattie genetiche e infine di disciplinare i presupposti e i requisiti per l'utilizzo di gameti e preembrioni umani crioconservati.

Le tecniche di procreazione assistita ammesse nel sistema spagnolo non sono indicate direttamente dalla legge ed è necessario far riferimento alle indicazioni contenute nell'allegato alla legge, che menziona l'inseminazione artificiale, la fecondazione in vitro, le iniezioni introcitoplasmatica di spermatozoi con gameti propri o di donatore e con trasferimento di preembrioni e il trasferimento

---

502 Questa aggiunta può essere considerata diretta conseguenza della legislazione spagnola, che ammette il matrimonio tra coppie dello stesso sesso e tutela anche le coppie di fatto dal 2005.

503 L'articolo 9 della legge n. 14 del 2004 prevede che la donna, rimasta priva del marito e con il materiale riproduttivo di quest'ultimo già presente nel proprio utero, possa generare un figlio legittimo; inoltre si prevede che il marito o convivente possano disporre, con atto pubblico o testamento, che si proceda all'inseminazione della moglie o della compagna entro dodici mesi dalla loro morte

intratubarico di gameti. L'articolo 2 evidenzia come questo elenco non sia da considerare definitivo, in quanto potrà essere aggiornato e modificato, mediante un decreto governativo e previo parere della Commissione Nazionale per la Riproduzione Umana Assistita, una volta verificata la validità clinica e scientifica di una nuova tecnica.

In materia di fecondazione eterologa, l'articolo 5 definisce la donazione di gameti e preembrioni, per i fini previsti dalla legge, come un contratto a titolo gratuito, stipulato tra il donatore di gameti e il centro sanitario, che deve essere redatto in forma scritta e che presuppone un'adeguata informazione per il donante sui fini e le conseguenze dell'atto di donazione; tale contratto è revocabile<sup>504</sup>. L'articolo 5, comma 5, stabilisce poi che "la donazione è anonima e deve garantirsi la confidenzialità dei dati sull'identità dei donatori da parte delle banche dati di gameti" e prevede quindi che "i figli nati hanno diritto, in proprio o attraverso rappresentanti legali, di ottenere informazioni sui donatori che non includono la loro identità"; si stabilisce infine che tale identità potrà essere rilevata "solo eccezionalmente, in circostanze straordinarie che comportino un pericolo certo per la vita o la salute del figlio o quando sia previsto da norme processuali penali". L'articolo 8, comma 3, prevede che, qualora sia stata svelata l'identità del donante, nei casi eccezionali previsti dall'articolo 5, comma 5, ciò non possa incidere, in alcun modo, sulla determinazione legale della filiazione. In tale contesto, l'anonimato del donatore potrebbe porsi in contrasto con il diritto del figlio a conoscere la propria discendenza genetica. L'articolo 5, comma 6, individua poi i requisiti che devono avere i donatori, per i quali è richiesto di avere più di 18 anni, un buono stato di salute psico-fisica e la piena capacità di agire. Si prevede poi che lo stato psico-fisico del donatore debba soddisfare le caratteristiche di un apposito protocollo di studio obbligatorio, avente carattere generale e in cui dovranno essere indicate le caratteristiche fenotipiche e psicologiche del donante e le sue condizioni cliniche, al fine di determinare l'assenza di malattie genetiche, ereditarie o infettive trasmissibili. L'articolo 5,

---

504 L'articolo 5 prevede che, pur essendo un contratto a titolo gratuito, sia previsto un compenso economico per il donatore, a titolo di risarcimento; stabilisce poi che il consenso possa essere revocato solo se i gameti sono sempre a disposizione del centro, purché il donante rimborsi i danni cagionati con la revoca.

comma 7, prevede un limite nell'utilizzo dei gameti, affermando che il numero massimo di bambini generati da un singolo gamete non possa essere superiore a sei. La violazione del divieto di anonimato dei donatori, la corresponsione di un contributo economico per la donazione di gameti e la generazione di un numero di figli per donatore superiore a sei sono considerate infrazioni gravi e, come tali, sono sanzionate dalla legge.

Una volta analizzate le tecniche ammesse, si devono considerare i divieti contenuti nella legge in materia di procreazione assistita. La legge n. 14 del 2006 contiene solo un divieto esplicito: infatti, l'articolo 10 prevede che sono nulli i contratti di maternità surrogata e quindi questa tecnica è vietata nell'ordinamento spagnolo. Tale disposizione non prevede alcuna sanzione amministrativa o conseguenza penale per la dichiarazione di nullità di questo contratto, ma prevede che il rapporto di filiazione verrà stabilito in base al parto e quindi la madre deve essere individuata in quella biologica.

#### **- Ordinamento tedesco**

Nel sistema tedesco, alcune disposizioni della Legge fondamentale assumono particolare rilevanza, in quanto alla luce di queste il legislatore ha deciso di disciplinare la procreazione medicalmente assistita. La Legge fondamentale non tutela espressamente il diritto ad avere figli, ma il fondamento costituzionale di tale diritto si può ricercare, in primis, nell'articolo 6, commi 1 e 2, che tutela il matrimonio e la famiglia, attribuendo loro una particolare protezione statale, e che riconosce il "diritto naturale" dei genitori di curare ed educare i figli<sup>505</sup>. Il diritto alla procreazione può essere, altrimenti, considerato espressione del diritto al generale sviluppo della personalità e all'autodeterminazione, che trova fondamento nel combinato disposto degli articoli 1, commi 1<sup>506</sup> e 2, comma

---

505 Articolo 6, comma 1 e 2, Legge fondamentale: "1. Il matrimonio e la famiglia godono della particolare protezione dell'ordinamento statale. 2. La cura e l'educazione dei figli sono un diritto naturale dei genitori ed un loro precipuo dovere. La comunità statale vigila sul modo con il quale essi svolgono la loro funzione."

506 Articolo 1, comma 1: "La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla."

12<sup>507</sup>, della Legge fondamentale. Altre disposizioni costituzionali assumono rilevanza in materia di procreazione assistita; tra queste, si devono considerare l'articolo 2, comma 2<sup>508</sup>, che tutela il diritto alla vita e all'incolumità fisica e l'articolo 3, comma 1, che contiene il principio di uguaglianza. In questo contesto, si deve operare un bilanciamento tra il diritto alla vita, alla dignità e all'integrità fisica dell'embrione e il diritto alla personalità, all'autodeterminazione e alla procreazione dei genitori; deve essere considerato inoltre il diritto alla dignità personale, alla vita e all'integrità fisica della donna che si sottopone alle tecniche di PMA. In materia di fecondazione assistita, una certa rilevanza deve essere attribuita anche alla normativa sovranazionale e in particolare agli articoli 8 e 14 CEDU<sup>509</sup>. In questo senso, il Bundesverfassungsgericht ha sottolineato che le fonti sovranazionali, come la CEDU, necessitano di un intervento del legislatore federale per produrre effetti nell'ordinamento tedesco e quindi non possono essere considerate come parametri costituzionali; la CEDU costituisce però un riferimento per l'interpretazione dei principi e dei diritti fondamentali della Carta costituzionale, sempre che ciò non conduca ad una limitazione degli stessi<sup>510</sup>.

Nel sistema tedesco, non è presente una legge specifica in materia di procreazione assistita e il principale riferimento legislativo è rappresentato dalla Legge per la tutela dell'embrione, che è una legge penale complementare, entrata

---

507 Articolo 2, comma 1: "Ognuno ha diritto al libero sviluppo della personalità, in quanto non violi il diritto degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale.

508 Articolo 2, comma 2: "Ognuno ha diritto alla vita e all'integrità fisica. La libertà della persona è inviolabile. Solo la legge può limitare questi diritti.

509 L'articolo 8 CEDU tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare, al quale è stato ricondotto, in via interpretativa, anche il diritto ad avere figli; L'articolo 14 CEDU esprime il principio di non discriminazione.

510 Arnold, Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco, in Casonato, Frosini (a cura di), La fecondazione assistita nel diritto comparato, Giappichelli, Torino, 2006, p. 7 sottolinea come la Corte costituzionale federale non abbia inteso i diritti fondamentali come meri diritti difensivi nei confronti dello Stato, ma questi devono essere implementati dal potere pubblico. Questi diritti si irradiano nella società e fondano il dovere di intervento dello Stato, che è tenuto a proteggerli attraverso leggi adeguate.

in vigore nel 1991<sup>511</sup>. Gli effetti civilistici della fecondazione artificiale rilevano, in primis, nel diritto di famiglia. L'articolo 1591 del Codice civile riconosce come madre colei che ha partorito e quindi, qualora la madre genetica non coincida con quella biologica, come nel caso della maternità surrogata, a questa non è riconosciuto alcuno stato giuridico in relazione al bambino. Per quanto riguarda il rapporto di filiazione padre-figlio, l'articolo 1592 stabilisce che è padre colui che è coniugato con la madre alla nascita del figlio, a prescindere dal legame genetico; al di fuori del matrimonio, è richiesto un riconoscimento o un'azione giudiziale per instaurare tale legame. Un altro riferimento è rappresentato poi dal Codice sociale, che si occupa di definire le condizioni per usufruire di eventuali coperture finanziarie nel ricorso alla PMA. Un'ulteriore fonte di disciplina in materia di PMA è rappresentata dalle Linee guida per l'effettuazione della procreazione assistita del 17 febbraio 2006, che sono state formulate dal Consiglio scientifico dell'Ordine nazionale dei medici e hanno carattere vincolante per il personale medico.

In relazione a queste fonti, si pone il problema principale di definire la natura della fecondazione assistita ovvero se questa sia da considerare un modo nuovo di procreare, come tale espressione del diritto di autodeterminazione della donna o della coppia ricorrente, oppure come un trattamento terapeutico per l'infertilità. L'articolo 27 del Codice sociale (Sozialgesetzbuch, in breve SGB) non definisce espressamente la procreazione assistita come un trattamento terapeutico, ma, nel momento in cui individua le condizioni per accedere al rimborso o alla copertura delle spese da parte dell'assicurazione sanitaria statale, di fatto la considera alla stregua di un trattamento terapeutico<sup>512</sup>. Le Linee guida del Consiglio scientifico dell'Ordine nazionale dei medici definiscono la procreazione medicalmente assistita come un intervento medico volto a soddisfare il desiderio dei ricorrenti

---

511 Legge per la tutela dell'embrione (Embryonenschutzgesetz, in breve ESchG), del 13 dicembre 1990 ed entrata in vigore il 1 gennaio 1991.

512 Il Tribunale federale tedesco, con la sentenza del 28 febbraio 2007 (1 BvL 5/03), si è espresso a favore della legittimità costituzionale di questa disposizione, affermando che la procreazione assistita si pone nella "zona grigia" e quindi in una posizione intermedia tra la malattia e lo stato psichico e fisico pregiudicato.

di avere figli attraverso determinate tecniche mediche e stabiliscono inoltre alcune indicazioni che devono essere rispettate, affinché la PMA sia effettuata in modo conforme a queste Linee guida.

La definizione limitativa della procreazione medicalmente assistita, considerata come un trattamento terapeutico, incide sulla libertà di autodeterminazione dei ricorrenti e dei donatori. La prima questione da esaminare riguarda la posizione dell'embrione nel sistema tedesco, su cui si è espressa la giurisprudenza costituzionale. In questo contesto, si deve far riferimento in primis alla sentenza del 25 febbraio 1975 del Tribunale federale<sup>513</sup> sull'interruzione volontaria di gravidanza. I giudici hanno evidenziato che la Legge fondamentale ha definito un sistema di valori in cui è attribuita una posizione centrale all'individuo e alla sua dignità; in questo senso, la tutela della vita umana non può che assumere un valore centrale nell'ordinamento, e in relazione a ciò, doveva essere valutata la disciplina in materia di aborto. In questa sentenza, il Tribunale ha affermato il diritto alla vita di ogni individuo, sostenendo che “la vita, nel senso dell'esistenza storica di un individuo umano, inizia, secondo sicure cognizioni biologico-scientifiche, in ogni caso dal 14° giorno dopo il concepimento”<sup>514</sup>. I giudici hanno evidenziato la continuità di tale processo e l'impossibilità di definire i vari gradi di sviluppo della vita umana; da ciò deriva quindi che il diritto alla vita debba essere garantito a chiunque vive, senza distinzioni. In questo senso, il Tribunale ha precisato che “ognuno”, nel senso dell'articolo 2, comma 2<sup>515</sup>, è da considerarsi “ogni vivente”, cioè ogni essere umano dotato di vita; “ognuno” è pertanto anche l'essere umano non nato”<sup>516</sup>. Il Tribunale ha sottolineato poi l'esigenza di tutelare anche lo stadio iniziale della vita, ovvero quello della precedente nascita. Nella successiva sentenza in materia di interruzione volontaria di gravidanza del 28 maggio 1993<sup>517</sup>, il Tribunale federale ha

---

513 BVerfGE 39, 1; prima sentenza in materia di interruzione volontaria di gravidanza.

514 Ibidem, motivazione, sezione C, parte I, 1, b).

515 Articolo 2, comma 2, Legge fondamentale: “Ognuno ha diritto alla vita e all'integrità fisica. [...]”

516 Sentenza del 25 febbraio 1975, motivazione, sezione C, parte I, 1, b).

517 BVerfGE 88, 203; seconda sentenza in materia di interruzione volontaria di gravidanza

sottolineato che “la Legge fondamentale non prevede in relazione alla vita non nata gradazioni del diritto alla vita e della sua tutela subordinate al decorso di determinate scadenze o dipendenti dal processo di sviluppo della gravidanza”; in questo senso, si è sottolineato che “anche nella fase iniziale l’ordinamento giuridico è tenuto a garantire lo stesso intervento protettivo”<sup>518</sup>. I giudici si sono soffermati in modo particolare sul concepito, definito addirittura “bambino non ancora nato”<sup>519</sup>, evidenziando come fosse presente una vita individuale, già determinata dal punto di vista genetico e unica; in questo senso, il Tribunale ha sostenuto che l’ordinamento giuridico dovesse tutelare il diritto alla vita del concepito, affermando inoltre l’impossibilità di subordinare tale diritto “alla decisione libera e non vincolata dalla legge di una terza persona, anche [...] della madre”<sup>520</sup>.

Dalla giurisprudenza del Tribunale federale discende quindi il riconoscimento di un diritto alla vita e alla dignità umana ex articolo 2, comma 2, della Legge fondamentale anche in capo al concepito; ciò ha riflessi anche sulla disciplina della procreazione medicalmente assistita, in particolare nel bilanciamento degli interessi coinvolti<sup>521</sup>. In relazione alla libertà di autodeterminazione della donna, nella sentenza del 1975 i giudici hanno riconosciuto la possibilità di prevedere dei limiti alla tutela dell’embrione al fine di “tener conto delle sfere giuridiche dei terzi che, a loro volta, vengono tutelati dalla Legge fondamentale”. Nonostante queste aperture, dalla giurisprudenza costituzionale emerge una posizione di favore verso la tutela del concepito, anche a discapito della libertà di autodeterminazione della madre. Tale posizione è stata seguita anche dal legislatore nella Legge per la tutela dell’embrione del 1990, in cui ha optato per

---

518 Sentenza del 28 maggio 1993, motivazione, sezione D, parte I, 2, b).

519 8 Ibidem, motivazione, sezione E, parte 5, 2, b), dd).

520 9 Ibidem, principi ispiratori, n. 4.

521 A livello dottrinale, si era sviluppato un forte dibattito sulla possibilità di riconoscere la dignità umana all’embrione, anche a quello pre-annidamento. Coloro che si sono espressi in termini positivi, sono partiti dal principio per cui l’embrione, anche quello antecedente all’annidamento, sarebbe divenuto persona, titolare del diritto alla dignità umana; in questo senso, l’embrione era meritevole di tutela, in quanto stadio necessario e preliminare all’esistenza di una persona. Per una ricostruzione della dottrina, si rimanda a Arnold, opera citata, p. 8.

una prevalenza della vita pre-natale.

La legge del 1990, l'articolo 8, comma 1, prevede in primis che la vita umana dell'embrione debba essere tutelata fin dalla fusione dei patrimoni genetici contenuti nella cellula uovo e dello spermatozoo<sup>522</sup>. La tutela da assicurare all'embrione comporta la necessità di limitare le possibilità di morte o distruzione dello stesso, che si traduce quindi nella previsione di una serie di limiti e sanzioni nelle tecniche. L'articolo 1, comma 1, n. 3 prevede un limite massimo di embrioni trasferibili per ogni ciclo, non superiore a tre, ma non prevede un numero massimo di impianti da effettuare nella donna, che decide di sottoporsi alla PMA. L'articolo 1, comma 1, n. 5, si occupa della fase precedente all'impianto, stabilendo che non possano essere fecondate più cellule uovo e quindi prodotti più embrioni di quelli trasferibili nel singolo ciclo; in questo senso, viene garantita la tutela della vita, evitando che siano prodotti embrioni sovranumerari e che questi siano conservati ai fini di scorta. L'articolo 1 prevede che la violazione di questi limiti sia punita con la pena della reclusione fino a tre anni o con una multa<sup>523</sup>. La Legge per la tutela dell'embrione del 1990 non contiene un divieto esplicito di crioconservazione, tanto che questa è citata tra le tecniche per le quali è richiesto un intervento esclusivo del medico all'articolo 9<sup>524</sup>. Dal combinato disposto degli articoli 1 e 2 della legge del 1990 sembrerebbe emergere un divieto di crioconservazione degli embrioni, salvo caso eccezionali. L'articolo 1, comma 1, n. 2, prevede che gli embrioni possono essere utilizzati solo per il fine esclusivo di provocare una gravidanza nella donna da cui

---

522 1 Articolo 8, comma 1, Legge per la tutela dell'embrione: "1. Ai sensi della presente legge con il termine embrione si intende l'ovulo umano fecondato e vitale fin dal momento della carigomia, ed inoltre ogni cellula totipotente che, in presenza delle condizioni necessarie, sia in grado di dividersi e svilupparsi per dare origine ad un individuo. [...]".

523 Anche le Linee guida del Consiglio scientifico dell'Ordine nazionale dei medici del 2006 prevedono che non possano essere fecondate più di tre cellule uovo per ciclo mestruale e che non possano essere impiantati contemporaneamente nell'utero materno più di tre embrioni. Quest'ultimo divieto dovrebbe evitare il pericolo di gravidanze plurigemellari, ma è stato sottolineato come questo limite possa incidere sull'efficacia dell'intervento, senza eliminare la possibilità di gravidanze plurime; tali gravidanze possono richiedere anche un intervento di riduzione embrionaria, volto alla distruzione intrauterina degli embrioni soprannumerari.

524 Articolo 9, Legge per la tutela dell'embrione: "Sono riservati all'opera di un medico i seguenti interventi: [...] 3. La conservazione di embrioni umani nonché di ovociti umani nei quali siano già penetrati o nei quali siano già stati introdotti artificialmente spermatozoi umani".



proviene l'ovocita; l'articolo 1, comma 1, nn. 3 e 5, contiene i limiti suddetti nella produzione e nell'impianto degli embrioni, mentre l'articolo 2 stabilisce il divieto di usare per "fini diversi da quello della sua sopravvivenza l'embrione creato al di fuori del corpo della donna, o prelevato da una donna prima che sia concluso il suo annidamento nell'utero". Da queste disposizioni emerge il divieto di creare embrioni di riserva, destinati ad essere crioconservati, tali da divenire embrioni sovranumerari e quindi non utilizzabili, qualora con il primo trasferimento si realizzi una gravidanza. In questo senso, è conseguentemente vietato ripartire il trasferimento degli embrioni tra più cicli e, nel frattempo, conservarli con la crioconservazione. L'articolo 4 prevede una sanzione per l'ipotesi in cui si proceda al trasferimento degli embrioni senza il consenso della donna che ha deciso di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita; da tale divieto, si può quindi desumere che qualora la donna, successivamente alla produzione degli embrioni, non presti il consenso per il loro trasferimento, la crioconservazione sia legittima, dato che è finalizzata alla preservazione degli embrioni stessi. La crioconservazione degli embrioni è quindi ammessa solo in casi eccezionali, nei quali il trasferimento nel ciclo di trattamento non sia attuabile e perciò rileva il riferimento all'articolo 9, comma 3, secondo cui solo un medico può procedere alla crioconservazione degli embrioni.

Le Linee guida del Consiglio scientifico dell'Ordine nazionale dei medici del 2006 ammettono inoltre la crioconservazione per i pronuclei, cioè uno stadio delle cellule uovo fecondate, che si è sviluppata come tecnica avente la finalità di evitare ripetute stimolazioni ovariche<sup>525</sup>.

Altra tecnica da considerare è la diagnosi genetica pre-impianto, che risultava vietata in base alla Legge per la tutela dell'embrione del 1990. Basandosi sulla distinzione effettuata dall'articolo 8 ESchG, tra cellule embrionali pluripotenti, ovvero capaci di specializzarsi in diversi tipi di cellule, e totipotenti, ovvero capaci di svilupparsi in un individuo, la Corte suprema federale ha ritenuto che la

---

525 Con il termine pronuclei si intende lo stadio in cui si trovano le cellule uovo nella fase di penetrazione dello spermatozoo, prima della fusione nucleare. La Legge per la tutela dell'embrione non si occupa della crioconservazione dei pronuclei, che è ammessa dalla Linee guida del Consiglio scientifico dell'Ordine nazionale dei medici, in quanto si ritiene che in questo stadio le cellule uovo tollerino meglio la crioconservazione e il successivo scongelamento.

diagnosi genetica pre-impianto fosse non penalmente sanzionabile se effettuata sulle cellule embrionali pluripotenti al fine di verificare la presenza di gravi patologie genetiche; la Corte ha quindi sollecitato un intervento legislativo in questo contesto. Nel luglio del 2011, il Bundestag ha approvato un progetto di legge che prevede la possibilità di ricorrere alla diagnosi genetica pre-impianto, ma in casi limitati nei quali si rilevino rischi genetici per il nascituro. Nel novembre del 2011, è stata approvata la legge sulla diagnosi genetica preimpianto che, pur mantenendo un divieto generale di ricorrere a questa tecnica, ritiene che gli embrioni in vitro possono essere sottoposti alla diagnosi genetica pre-impianto, quando vi sia un alto rischio di trasmissione, da parte dei genitori, di una grave patologia o di una malformazione genetica, oltre al rischio di aborto o di morte uterina del feto<sup>526</sup>.

Il principale riferimento in relazione alle condizioni di accesso alla PMA è rappresentato dalle Linee guida modello per l'effettuazione della procreazione medicalmente assistita del 2006. Queste ritengono che la procreazione assistita sia un intervento medico, che permette di soddisfare il desiderio di avere un figlio dei soggetti ricorrenti e per il quale si richiede il rispetto di determinate condizioni mediche e che siano state esperite tutte le pratiche terapeutiche principali. Si prevede poi che prima di accedere alla PMA, i soggetti ricorrenti debbano essere informati delle conseguenze giuridiche, sociali e mediche di questo intervento, oltre ai costi e alle eventuali alternative; tali informazioni devono riguardare anche i problemi psico-sociali ed etici conseguenti alla fecondazione, in caso di PMA di tipo eterologo. Le informazioni e il consenso al trattamento devono essere documentate e firmate sia dalla coppia che dal medico, che ha fornito tali informazioni. In materia di fecondazione eterologa, l'unica

---

526 La c.d. legge sulla diagnosi genetica pre-impianto (Präimplantationsdiagnostikgesetz) del 21 novembre 2011 va a modificare la Legge per la tutela dell'embrione del 1990 e risponde a stimoli, provenienti non solo dalla giurisprudenza, ma anche dall'ambito medico, in cui questa tecnica era assai diffusa. La legge del 2011 limita però il ricorso a tale tecnica e al fine di evitare abusi, prevede inoltre che la DGP sia effettuata solo da medici qualificati presso centri specializzati ed autorizzati; è inoltre necessario il previo consenso informato della donna che decide di sottoporsi a questa diagnosi, oltre a quello di un'apposita commissione etica a composizione interdisciplinare. A questa legge, ha fatto seguito un regolamento attuativo, emanato dal Governo tedesco ed entrato in vigore il 1 febbraio 2014 (Verordnung zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik).

condizione prevista dalla Legge per la tutela dell'embrione è che sia prestato il consenso al trattamento; infatti l'articolo 4, comma 1, nn. 1 e 2, della legge del 1990 prevede che sia sanzionato penalmente “chi effettua fecondazione artificiale di un ovocita senza il consenso della donna che ha fornito l'ovocita e dell'uomo il cui spermatozoo è stato utilizzato per la fecondazione” e “chi effettua un transfer embrionale in una donna senza che questa abbia dato il proprio consenso”. In questo senso, il legislatore si pone lo scopo di garantire che sia rispettata la volontà della madre e del donatore di sperma nell'utilizzo delle tecniche di PMA per fini procreativi. La legge non specifica su quali informazioni debba essere prestato il consenso, per le quali è necessario fare riferimento alle Linee guida dei medici, né se questo sia revocabile, anche se non viene esclusa la possibilità della madre di negare il proprio consenso al trasferimento degli embrioni, che si configura come una delle ipotesi eccezionali in cui è ammessa la crioconservazione.

Le Linee guida definiscono poi i requisiti soggettivi per accedere alla PMA, prevedendo che le coppie sposate possano ricorrere alla fecondazione artificiale, per garantire così il bene del bambino; viene però riconosciuta anche la possibilità della donna non sposata di accedere alla PMA, purché il medico abbia appurato che conviva in modo stabile con un uomo, che riconoscerà poi la paternità del nascituro. I componenti della coppia coniugata o convivente, che decide di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita, devono essere di sesso diverso ed entrambi viventi e quindi tale possibilità è preclusa ai singles e alle coppie omosessuali.

Relativamente alla disciplina delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la Legge per la tutela dell'embrione del 1990 sanziona penalmente l'ovodonazione e la maternità surrogata o dissociata. L'articolo 1 prevede infatti che sia punibile con la reclusione fino a tre anni o con la multa chi: “effettua il transfer in una donna di un ovocita non fecondato proveniente da un'altra donna”, “provvede alla fecondazione artificiale di un ovocita ad un fine diverso da quello di provocare una gravidanza nella donna dalla quale l'ovocita proviene”, “preleva da una donna un embrione prima che sia concluso l'annidamento nell'utero al fine di trasferire l'embrione in un'altra donna o di

utilizzarlo ad uno scopo non diretto alla sua sopravvivenza” ed infine “effettua una fecondazione artificiale o trasferisce un embrione umano in una donna (madre di sostituzione) disposta a cedere dopo la nascita il figlio in via definitiva a terzi”. Nell’ipotesi della surrogazione di maternità, il legislatore prevede che siano punibili solo i medici intervenuti in modo illecito e non la madre surrogata, colei che ha provveduto a donare l’ovulo o gli eventuali committenti<sup>527</sup>. La motivazione di questo divieto è data dalla necessità di evitare una dissociazione di maternità e quindi garantire una coincidenza tra maternità genetica, biologica e sociale nell’interesse del bambino.

Altra tecnica vietata dalla Legge per la tutela dell’embrione è la fecondazione post-mortem; infatti l’articolo 4, comma 1, n. 3 prevede che sia punito con la pena della reclusione fino a tre anni o con una multa “chi consapevolmente effettua fecondazione artificiale di un ovocita con lo sperma di un uomo deceduto” e non è prevista alcuna sanzione per la donna ricorrente.

Nella Legge per la tutela dell’embrione non è contenuto alcun divieto di fecondazione eterologa, che è quindi ammessa nel sistema tedesco, purché non sia fatto ricorso alla ovodonazione o alla maternità surrogata. La legge non contiene una disciplina puntuale della PMA di tipo eterologo ed è quindi necessario far riferimento alle Linee guida del Consiglio scientifico dell’Ordine nazionale dei medici del 2006, che, in primo luogo, procedono ad elencare le tecniche praticate in Germania. Queste Linee guida ribadiscono poi i limiti nella produzione e nell’impianto degli embrioni ed enunciano le tecniche di PMA vietate dalla legge del 1990. Viene stabilita inoltre la possibilità di ricorrere alla fecondazione eterologa, ma in via sussidiaria, ovvero qualora questa sia consigliata dal medico, che deve quindi indicare anche i motivi che rendono impossibile la fecondazione omologa; in questo senso, si ritiene che la PMA di tipo eterologo sia indicata in relazione a condizioni di grave infertilità maschili, a tentativi falliti di fecondazione omologa oppure qualora vi sia il rischio di una grave malattia genetica per il nascituro. In questo contesto, sono previsti obblighi

---

527 Con il termine “ovodonazione” si fa riferimento a quella tecnica di procreazione assistita di tipo eterologo in cui l’ovulo non viene utilizzato dalla donna cui appartiene, ma da una donna terza. Si parla di “maternità surrogata” per indicare la pratica di affitto sia dell’utero che dell’ovulo di una donna, che si impegna a portare a termine una gravidanza per conto di terzi.

stringenti per il medico che procede alla fecondazione eterologa: infatti egli dovrà, in collaborazione con una banca del seme, verificare che non vengano utilizzati spermatozoi misti, ovvero di vari donatori, che questi siano stati sottoposti a controlli medici ed infine che il seme di un donatore non sia utilizzato per più di dieci gravidanze. Per ricorrere alla fecondazione eterologa, è necessario che sia dimostrato il consenso dei genitori al trattamento; il medico dovrà inoltre documentare l'identità del donatore dello spermatozoo e l'utilizzo dei semi donati, oltre al consenso del donatore alla documentazione della provenienza, dell'utilizzo del seme da lui donato e alla comunicazione, in caso di richiesta, della propria identità al bambino. Nel sistema tedesco, non è quindi previsto l'anonimato del donatore nella fecondazione eterologa.

#### **- Ordinamento francese**

Per definire il fondamento del diritto ad avere figli e individuare gli altri beni costituzionali coinvolti nella disciplina della procreazione medicalmente assistita, si deve fare riferimento alla nota decisione *Bioéthique* del Conseil constitutionnel<sup>528</sup>. In questa sentenza, il Conseil, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle legge n. 94653 e 94-654 in materia di procreazione assistita, ha individuato le disposizioni costituzionali rilevanti<sup>529</sup>. Si tratta del primo periodo del Preambolo della Costituzione del 1946, per il quale “ogni essere umano, senza distinzione di razza, sesso, religione, possiede inalienabili e sacri diritti”, degli articoli 11<sup>530</sup>, 21<sup>531</sup> e 41<sup>532</sup> della Dichiarazione dei diritti

---

528 Decisione n. 343-344 DC, 27 luglio 1994.

529 Con la decisione n. 71-44 DC, è stato attribuito valore normativo al Preambolo della Costituzione del 1958 e quindi anche ai testi da questo richiamati, che sono la Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 e il Preambolo della Costituzione del 1946; in quest'ultimo sono contenuti i “principi particolarmente necessari del nostro tempo” e i “principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica”. L'insieme di tali fonti, che assurgono al rango di parametri di costituzionalità nel giudizio delle leggi, vanno a costituire il cosiddetto *bloc de constitutionnalité*.

530 6 Articolo 1, Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: “Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono che essere fondate sull'utilità comune”.

531 Articolo 2, Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: “Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione”.

dell'uomo e del cittadino del 1789, che riconoscono la libertà e i diritti imprescrittibili di ogni uomo. Il Conseil constitutionnel ha richiamato inoltre il Preambolo della Costituzione del 1946, paragrafo 10, per il quale “la Nazione assicura all'individuo e alla famiglia le condizioni necessarie al loro sviluppo”, e paragrafo 11, che prevede che “[La Nazione] garantisce a tutti, e specialmente al fanciullo, alla madre e ai vecchi lavoratori, la protezione della salute, la sicurezza materiale, il riposo e le vacanze”. Il diritto alla salute, che comprende anche il diritto alle cure, assume rilevanza nel sistema francese, in cui la procreazione medicalmente assistita viene considerata come un trattamento terapeutico; in questo senso, l'assistenza alla fecondazione artificiale interessa principalmente il diritto alla salute della donna.

La fecondazione eterologa è stata praticata in Francia fin dagli anni Settanta, nell'ambito di centri di studio e conservazioni degli ovuli e dello sperma, al di fuori di ogni disciplina legislativa, per la quale si è dovuto attendere gli anni Novanta. Nel 1994, sono state approvate infatti le cosiddette leggi sulla bioetica, che hanno provveduto a disciplinare tecniche già diffuse nel sistema francese. In questo contesto, si deve fare riferimento, in primo luogo, alla legge n. 94-654 del 29 luglio 1994, concernente la donazione e l'utilizzo di elementi e prodotti del corpo umano, l'assistenza medica, la procreazione e la diagnostica pre-natale<sup>533</sup>. Questa legge è stata affiancata dalla legge n. 94-548 del 1° luglio 1994, relativa al trattamento dei dati nominativi aventi come finalità la ricerca nel settore della salute<sup>534</sup>, e la legge n. 94-653 del 29 luglio 1994, concernente il rispetto del corpo umano<sup>535</sup>. Le leggi sulla bioetica, pur non avendo valore costituzionale, non possono essere equiparate a quelle ordinarie, in quanto sono connesse strettamente al concetto di dignità umana, che ha valore costituzionale. Le

---

532 8 Articolo 4, Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: “La libertà consiste nel fare tutto ciò che non nuoce ad altri: così, l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti. Tali limiti possono essere determinati solo dalla Legge”

533 Loi n. 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

534 0 Loi n. 94-548, 1 juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé.

535 Loi n. 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

disposizioni di queste leggi sono state collocate nel Codice di salute pubblica e hanno modificato anche il Codice civile, introducendo vari principi, tra i quali il primato della persona e il rispetto della vita umana fin dal suo inizio e la nullità di ogni contratto che organizzi la procreazione o la gestazione per conto di terzi. Nella legge n. 94-654, era stato previsto l'obbligo di procedere ad una revisione di questa normativa nel termine di cinque anni dalla entrata in vigore, al fine di tener conto dell'evoluzione scientifica nell'ambito della procreazione medicalmente assistita; questo termine non è stato rispettato e la riforma è avvenuta solo con l'approvazione della legge n. 2004-800 del 6 agosto 2004, relativa alla bioetica e con la legge 2011-814 del 7 luglio 2011<sup>536</sup>, che, pur apportando qualche modifica, hanno di fatto confermato l'impianto della legge del 1994.

Per quanto riguarda la fecondazione artificiale, si pone il problema della sua qualificazione giuridica, ovvero se essa debba essere considerata un trattamento terapeutico, sostitutivo della procreazione naturale oppure una nuova forma di procreazione, alternativa a quella naturale. Nel sistema francese, si è optato per la prima soluzione e quindi per una concezione terapeutica della fecondazione artificiale. Nel Codice della salute pubblica, come modificato dalla legge n. 800-2011, la procreazione assistita è definita come "l'insieme delle pratiche cliniche e biologiche che permettono il concepimento in vitro, la conservazione dei gameti, dei tessuti germinali e degli embrioni, il trasferimento di embrioni e l'inseminazione artificiale"<sup>537</sup>; si prevede che il ricorso a queste tecniche debba essere giustificato anche da ragioni mediche, ovvero dalla necessità di rimediare a una situazione diagnostica di infertilità o sterilità della coppia oppure di evitare

---

536 Piciocchi, La disciplina della procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento francese, in Casonato, Frosini (a cura di), La fecondazione assistita nel diritto comparato, Giappichelli, Torino, 2006, p. 112 individua i motivi addotti dalla dottrina francese per giustificare tale ritardo. Tra questi, si possono porre le numerose richieste di pareri e rapporti, con la finalità di garantire una trasparenza al dibattito parlamentare. Si deve inoltre considerare l'influenza del contesto sovranazionale, in cui si stava assistendo ad una evoluzione in materia di PMA in vari paesi europei, che avrebbe spinto la Francia ad attenderne gli esiti, dato che le differenze legislative in materia di fecondazione artificiale avrebbero potuto accentuare il fenomeno del turismo procreativo. Infine si deve anche considerare il cambiamento della maggioranza parlamentare nel 1997 e nel 2002 e l'ampio dibattito in materia di sperimentazione umana, che hanno prodotto una dilatazione dei tempi.

537 Articolo L. 2141-1 del Codice di sanità pubblica.

la trasmissione ai figli delle malattie genetiche delle quali sono portatori i genitori o la trasmissione di patologie gravi ad un membro della coppia. Oltre all'aspetto medico, nel Codice della salute pubblica sono definiti anche i requisiti soggettivi per l'accesso alla procreazione medicalmente assistita. In questo senso, possono ricorrere alle tecniche di PMA solo le coppie sposate, legate in un PACS o di fatto, composte da un uomo e una donna, che devono essere viventi e in età fertile, anche se non è stabilito un limite di età preciso per l'accesso<sup>194</sup>. Queste coppie devono aver prestato un preventivo consenso alle tecniche di PMA e la possibilità di ricorrere alla fecondazione artificiale è preclusa a seguito del decesso di uno dei componenti, dalla presentazione dell'istanza di divorzio o separazione, della fine della convivenza o della revoca del consenso prestato per ricorrere alla procreazione assistita.

Per quanto riguarda lo status dell'embrione nel sistema francese, si deve prima di tutto evidenziare l'assenza di una qualificazione giuridica nelle due leggi in materia di bioetica, nelle quali sono indicate solo le azioni vietate e ammesse nei confronti dell'embrione. In questo contesto si deve far riferimento alla decisione Bioéthique<sup>538</sup> del Conseil constitutionnel, chiamato a giudicare la conformità costituzionale delle leggi n. 94-653 e n. 94-654; in particolare, i ricorrenti ritenevano che la disciplina legislativa relativa all'embrione violasse il diritto alla vita e il principio di uguaglianza, in quanto era prevista una disparità di trattamento tra i soggetti concepiti prima e quelli concepiti dopo l'introduzione della disciplina legislativa. I giudici hanno evidenziato, in primis, come ai principi enunciati da queste leggi, tra cui il rispetto dell'essere umano dall'inizio della sua vita, debba essere attribuito valore costituzionale, dato che assicurano il principio costituzionale della salvaguardia della dignità umana<sup>539</sup>. Il Conseil

---

538 4 Il riconoscimento della possibilità di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita solo alle coppie eterosessuali comporta l'esclusione dei singles e delle coppie omosessuali, pur essendo riconosciuto ad entrambi il diritto di adottare. In questo senso, era stata proposta, in sede parlamentare, l'estensione della possibilità di accedere alla PMA anche alle coppie omosessuali, che però non è stata accolta.

539 Il principio del rispetto della dignità umana, introdotto dalla legge n. 94-653 del 1994, è enunciato dall'articolo 16 del Codice civile, che prevede che "la legge assicura il primato della persona, proibisce ogni lesione alla sua dignità e garantisce il rispetto dell'essere umano dall'inizio della sua vita". Il valore costituzionale di questo principio è stato dedotto dal Preambolo della Costituzione del 1946, per il quale "all'indomani della vittoria riportata dai popoli liberi sui regimi che hanno tentato di asservire e di degradare la persona umana, il



constitutionnel ha riconosciuto rilievo, nell'ambito della procreazione assistita, al Preambolo della Costituzione del 1946, che consacra il principio del rispetto della dignità umana, al paragrafo 10 e 11 dello stesso Preambolo, che riconoscono il diritto alla salute alla madre e al bambino e il diritto di formare una famiglia, e agli articoli 1, 2 e 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, che riconoscono la libertà e i diritti umani. I giudici hanno però ritenuto che l'embrione non sia titolare di alcun diritto e quindi non trovano applicazione né il principio di uguaglianza, né il principio del rispetto dell'essere umano dall'inizio della sua vita. In relazione a quest'ultimo principio, i giudici hanno sottolineato come, non avendo lo stesso potere di valutazione e decisione del Parlamento, non possano rimettere in discussione le decisioni legislative compiute in questo ambito. Il Conseil constitutionnel ha dunque affermato la libertà del legislatore di estendere o meno il principio del rispetto dell'essere umano dall'inizio della sua vita anche all'embrione, dato che non esiste una disposizione costituzionale specifica che lo limiti; in tal modo, il Conseil constitutionnel ha rimesso al legislatore il compito di decidere sulle questioni di inizio vita e sullo statuto giuridico dell'embrione.

Nell'ordinamento francese, non sono presenti quindi particolari limitazioni relativamente alle tecniche di impianto degli embrioni.

La disciplina legislativa prevede, in primis, la possibilità di creare embrioni soprannumerari, dato che l'articolo L. 2141-3 del Codice di sanità pubblica ammette la creazione di un numero di embrioni superiori a quelli necessari per l'impianto, che sono crioconservati e non prevede alcun limite per la produzione e la conservazione degli embrioni<sup>540</sup>. Si stabilisce però che la coppia ricorrente non potrà procedere ad un nuovo tentativo di fecondazione in vitro prima del trasferimento degli embrioni crioconservati, a meno che questi non presentino dei problemi. Qualora la coppia, per vari motivi, decida di non procedere più

---

popolo francese proclama di nuovo che ogni essere umano, senza distinzione di razza, di religione e di credenza, possiede inalienabili e sacri diritti”.

540 La possibilità di produrre e poi crioconservare embrioni soprannumerari può essere giustificata dalla necessità di tutelare la salute della donna che ha scelto di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita, evitando la fase di stimolazione ovarica e riducendo anche le possibilità di gravidanze plurigemellari.

all'impianto degli embrioni sovranumerari prodotti e crioconservati, l'articolo L. 2141-4 del Codice di sanità pubblica prevede tre possibilità: questa potrà acconsentire all'utilizzo degli stessi da parte di un'altra coppia o all'utilizzo a fini di ricerca e sperimentazione oppure potrà autorizzare la loro distruzione. È previsto inoltre che, se i componenti della coppia sono in disaccordo oppure non si esprimono sulla sorte degli embrioni, questi ultimi saranno distrutti al termine di un periodo di crioconservazione di cinque anni.

Altra tecnica da considerare è la diagnosi genetica pre-impianto, che, nel sistema francese, è disciplinata dagli articoli L. 2131-4 e L. 2131-4-1 del Codice di sanità pubblica<sup>541</sup>. La prima disposizione ha legalizzato la diagnosi genetica pre-impianto, definita come l'attività diagnostica effettuata sulle cellule dell'embrione in vitro, che è però consentita solo in ipotesi eccezionali. Il Codice di sanità pubblica rimette, in primo luogo, ad un medico il compito di certificare che "la coppia, a causa della propria condizione familiare, ha un'alta probabilità di dare alla luce un bambino con una malattia genetica di particolare gravità, riconosciuta come incurabile al momento della diagnosi"<sup>542</sup>; prevede poi che la realizzazione della diagnosi genetica pre-impianto sia subordinata all'identificazione, nei genitori o nei loro immediati ascendenti, delle anomalie genetiche responsabili di una malattia gravemente invalidante, ad esordio tardivo e tale da comportare un pericolo di vita. Si richiede inoltre il consenso scritto della coppia per procedere a questo intervento diagnostico, stabilendo poi che l'unico scopo della diagnosi genetica pre-impianto sia quello di ricercare la malattia e i modi per curarla<sup>543</sup>. Nel sistema francese, è disciplinata la fecondazione eterologa con donazione sia di gameti femminili che maschili, ma non è prevista la possibilità di una doppia fecondazione eterologa con donazione

---

541 8 Questi due articoli legge sono state introdotti rispettivamente dalla Legge 94-654 e dalla legge 2004-800 sulla bioetica. Entrambi questi articoli legge sono stati modificati dalla legge 2011-814

542 Articolo L. 2131-4, comma 3.

543 Articolo L. 2131-4-1 si è limitata a prevedere un'altra possibilità di utilizzo della diagnosi genetica pre-impianto, avente la finalità di selezionare un embrione sano e geneticamente compatibile con un fratello o sorella, affetto da malattia e curabile con un trapianto di cellule del bambino concepito

di entrambi<sup>544</sup>. Il Codice di sanità pubblica individua le tecniche ammesse nell'inseminazione intrauterina e intracervicale, nella fecondazione in vitro e nel trasferimento di embrioni congelati.

La disciplina di entrambe le tipologie di fecondazione eterologa è molto simile. In primo luogo, è stabilito un limite di nascite per ciascuna donazione, che non può essere superiore a dieci, e la gratuità della stessa, per la quale non è previsto un corrispettivo, ma solo un'eventuale copertura delle spese. Inoltre è previsto, in entrambi i casi, l'anonimato nella donazione dei gameti, che assume un carattere rigoroso, dato che l'anonimato riguarda, non solo l'identità del donatore, ma anche altre informazioni non identificative, che possano essere rilasciate. I dati non identificativi del donatore, pur non essendo conoscibili da parte del figlio nato a seguito del ricorso alla procreazione medicalmente assistita, restano accessibili al personale medico, che quindi potrà reperire tali informazioni per necessità terapeutiche, come le eventuali malattie del bambino. Tale principio mira a salvaguardare gli interessi dei soggetti coinvolti nella PMA, ovvero la coppia ricorrente, libera da possibili interferenze di un soggetto terzo nel proprio progetto familiare, e il donatore, ma va ad incidere negativamente sulla possibilità dei figli nati di conoscere le proprie origini. In relazione a questo tema, erano stati introdotti alcuni articoli nel progetto di legge di revisione delle leggi sulla bioetica del 2011, che prevedevano la possibilità per il figlio nato a seguito del ricorso alla PMA di poter accedere ad alcuni dati del donatore, una volta raggiunta la maggiore età. Tali articoli sono stati respinti in sede di esame parlamentare, in quanto si riteneva che avrebbero potuto produrre effetti negativi sul numero delle donazioni, sull'equilibrio delle famiglie, formatosi con il ricorso alla PMA, e anche sulla posizione e la stabilità del donatore<sup>545</sup>. La legge 1244-2, comma 1, del Codice di sanità pubblica prevede poi che il consenso nella fecondazione eterologa debba essere prestato, non solo dalla coppia ricorrente,

---

544 La legge n. 1241-1 del Codice di salute pubblica definisce la procreazione assistita di tipo eterologo come "l'apporto da parte di un terzo di spermatozoi e di ovociti al fine di una procreazione medicalmente assistita".

545 3Sul principio dell'anonimato della donazione, si è espresso anche il Consiglio di Stato nel giugno del 2013 (avis n. 362981, du 13 juin 2013), che ha ritenuto tale principio non in contrasto con il diritto al rispetto della vita privata e familiare, di cui all'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

ma anche dal soggetto terzo, donatore di ovuli o spermatozoi. Tale consenso, che può essere revocato in qualsiasi momento anteriore al trattamento, deve essere prestato con una scrittura privata e i soggetti coinvolti devono dichiarare di essere informati circa le implicazioni e le conseguenze legali del trattamento, oltre ai vincoli e ai rischi sottesi alla procedura.

Nell'ipotesi della donazione di spermatozoi, la disciplina legislativa prevede che i donatori debbano essere in buona salute e già padri, oltre ad avere un'età compresa tra i 18 e i 45 anni. Questa donazione può porre una serie di problemi giuridici non previsti per l'ipotesi della donazione di ovuli, dato che il fattore biologico può essere considerato nelle procedure per stabilire il rapporto di paternità, ma non rientra in quelle dirette al riconoscimento delle maternità. In sede giudiziaria, si era assistito infatti ad una serie di contestazioni della paternità, da parte di mariti, che avevano acconsentito precedentemente al ricorso alla PMA; il legislatore del 1994 ha previsto che non si possa instaurare un rapporto di filiazione tra il donatore di sperma e il figlio nato e che il consenso prestato dalla coppia ricorrente precluda la possibilità di esperire dopo l'azione di contestazione di paternità. Nel caso in cui la coppia ricorrente non sia sposata, la paternità non può essere presunta e quindi la legge n. 800-2004 del 2004 ha previsto la possibilità, per la madre e il bambino, di esperire l'azione di risarcimento contro colui che ha precedentemente acconsentito a ricorrere alla fecondazione e successivamente si è rifiutato di riconoscere la paternità; l'ordinanza n. 2005-759 del 2007 ha introdotto delle modifiche nel Codice civile e ha previsto la possibilità di procedere per via giudiziaria, per far dichiarare la paternità di colui che ha acconsentito al ricorso alla PMA della propria compagna. Tali problemi non si pongono per la fecondazione eterologa con donazione di gameti femminili, in quanto l'articolo 325, comma 2, del Codice civile prevede che debba essere considerata madre colei che ha partorito e quindi non è rilevante il fattore biologico. La donatrice deve avere un'età compresa tra i 18 e i 37 anni e la nuova legge sulla bioetica del 2011 ha eliminato il requisito dell'aver già avuto figli, anche se tale disposizione non è ancora entrata in vigore. La fecondazione eterologa con donazione di gameti presenta un problema legato alla carenza di donazioni, che rischia di incentivare il turismo procreativo;

di fronte a tale situazione, sono state introdotte pratiche per ridurre i tempi di attesa della coppia ricorrente alla PMA e nuove tecniche, come la congelazione rapida degli ovociti, oltre misure di favore nei confronti della donatrice.

Nel sistema francese, è prevista una terza tipologia di donazione, avente ad oggetto gli embrioni. Qualora le coppie ricorrenti alla PMA abbiano scelto di abbandonare il proprio progetto genitoriale e quindi di non procedere al trasferimento degli embrioni prodotti, queste potranno infatti scegliere di donare gli embrioni ad altre coppie, affinché siano utilizzati nell'ambito di un'altra procreazione assistita. In tal caso, si parla di "adozione di embrioni", in quanto, alla base del loro accoglimento, vi è una decisione giudiziale. Questa ipotesi può porre gli stessi problemi previsti per la donazione degli spermatozoi, nell'ambito del rapporto di filiazione paterno.

La legge 94-654 del 1994 ha introdotto il divieto di maternità surrogata all'articolo 16-7 del Codice civile, che vieta i contratti aventi come oggetto la sostituzione di maternità. La maternità surrogata costituisce un reato, ai sensi dell'articolo L. 227-13 del Codice penale, punibile con una pena detentiva fino a tre anni e con una multa fino a 45.000 euro; questa è infatti assimilata alla "supposizione di bambino", che consiste nell'attribuire alla madre un bambino che non ha partorito. In questo contesto, sono perseguibili penalmente sia la madre gestante che la madre che simula il parto e il marito che dichiara una falsa filiazione. Il principio del diritto civile per cui è da considerare madre colei che ha partorito ha portato a contrastare questa tecnica, anche precedentemente all'introduzione del divieto normativo.

Sulla disciplina normativa in materia di fecondazione eterologa, si è pronunciato anche il Conseil Constitutionnel con la sentenza Bioéthique del 1994205. I ricorrenti lamentavano la violazione dei diritti della famiglia, garantiti dal Preambolo della Costituzione del 1946, da parte della legge del 1994, che prevedeva la possibilità di avere figli attraverso la fecondazione eterologa, in cui il genitore biologico è un soggetto terzo. Tale possibilità era ritenuta anche in contrasto con il diritto alla salute e al libero sviluppo della personalità del bambino nato, a seguito del ricorso alla PMA. Il Conseil ha ritenuto non fondate queste censure e ha affermato che "nessuna disposizione del Preambolo della

Costituzione del 1946 impedisce che le condizioni di sviluppo della famiglia siano assicurate attraverso la donazione di gameti o di embrioni alle condizioni previste dalla legge”<sup>206</sup>; ha sostenuto inoltre che “il divieto di dare strumenti, ai bambini così concepiti, per conoscere l’identità dei donatori, non può essere visto come lesivo della protezione della salute come garantita da questo Preambolo”<sup>546</sup>.

---

546 7 Ibidem.

## BIBLIOGRAFIA

**APICELLA D.**, L'impresa familiare, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, vol. terzo, cit., p. 417 s.s .

**AULETTA T.**, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, pag. 65

**AUTORINO G.**, *Governo Della Famiglia E Relazioni Personali Tra Coniugi*, in: [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), Agosto, 2018.

**AUTORINO G.**, *Profili evolutivi del Diritto di Famiglia (Per un'introduzione storico – sistematica)*, in: [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it) – Luglio, 2018.

**AUTORINO G.**, La filiazione, in *Manuale di diritto privato*, cit., 405-422.

**AUTORINO G.**, Le unioni civili in Europa, p. 1667 ss.;

**AUTORINO STANZIONE G.**, *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, Torino, 2011

**AUTORINO STANZIONE G.**, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2015

**AUTORINO G.**, Le adozioni, in *Manuale di diritto privato*, cit. pp. 423-429

**AUTORINO STANZIONE G.**, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà: prospettive de iure condendo*, in G. Autorino Stanzone (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, Vol. IV, Torino, 2007, p. 4 ss.

**AUTORINO STANZIONE G.**, in *Il divorzio – Disciplina, procedure e profili comparatistici*, biblioteca del diritto di famiglia- Collana diretta da Massimo Dogliotti, 2002, Ipsoa.

**BALESTRA L.**, unioni civili, convivenze di fatto e “modello matrimoniale”: prime riflessioni, in *Giur. it*, 2016, p. 1781

- BARBIERA L.**, Il matrimonio, padova, 2006
- BARELA V.**, L'adozione all'indomani della legge n. 219/201, in *Comparazione e diritto civ.*, giugno 2013
- BENLOCH FOSAR.**, Estudios de derecho de familia, t. II, La separación y el divorcio en el derecho español vigente, I, Barcelona, 1981, 149 ss
- BERCOVITZ RORIGUEZCANOR.**, "La competencia para legislar sobre parejas de hecho" in *Derecho privado y Constitución*, n 17, gennaio-febbraio 2003, pp 61-88
- BIANCA C. M.**, *Diritto civile 2.1. La famiglia*, Giuffrè, Milano, V ediz., 2014
- BIANCA C. M.**, La legge italiana conosce solo figli, in *Riv. Dir. Civ.*, 1, 2013.
- BIANCA M.**, Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto, in [www.giudicedonna.it](http://www.giudicedonna.it), 2, 2016, 2, 1 s.s.
- BILOTTA F.**, transessualismo, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino 2013, p. 767
- BROSIUS- GERSDORF.**, Gleichstellung von Ehe und Lebenspartnerschaft, in *FamRZ*, 2013, 169 ss. 44 Cfr. *BGBI.*, 2013, I, 42
- BUSNELLI F.D.**, la famiglia e l'arcipelago, in *Riv. dir. civ.*; 2002 I p. 523
- BUTTNER H.**, Unterhaltsrecht der eingetragene Lebenspartnerschaft, in *FamRZ*, 2001, 1105 ss.;
- CAMPBELL C.**, Stiefkindadoption bei eingetragener Lebenspartnerschaft, in *NJW-Spezial*, 2016, 132 ss.
- CANAMARES ARRIBAS S.**, El matrimonio homosexual en Derecho español y comparado, Iustel, Madrid, 2007
- CARBONNIER J.**, *Essais sur les lois*, Ed. Defrènois, 1995
- CARRILLO M.**, La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principi costituzionali, in *Foro italiano*, 2005, V, cc.264 e ss.



- DAL CANTO F.**, La Corte Costituzionale e il matrimonio omosessuale, in Foro it, 2000, 1369
- D'ALOIA A.**, lo scioglimento del matrimonio transessuale una in incostituzionalità “per mancanza di alternative” in Quaderni costituzionali, 2, 2004, p. 672 s.s.
- D'ANTONIO V.**, La potestà dei genitori ed i diritti e i doveri del figlio dopo l'unificazione dello status filiationis, (www.comparazionedirittocivile.it/), a cura di P. Stanzione, giugno 2013
- DETHLOFFD N.**, Ehe für alle, in FamRZ, 2016, 351 ss., spec. 352
- DIEZ PICAZO L.- GULLON.**, Sistema de Derecho civil, IV, Derecho di familia, Madrid, 1990, 132
- DOGLIOTTI M.**, Adozione di maggiorenni e minori, in Il codice civile commentario, diretto da Busnelli F. D., Milano, Giuffrè, 2002
- DOGLIOTTI M.**, L'adozione di minori, in Fam. Dir., 11, 2015.
- EXPOSITO.GOMEZ E.**, La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola, in Foro italiano, 2005,V,cc.265 e ss.
- FADDA R.**, Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto, in Nuova giur. civ. comm., 2016, p. 1391 ss
- FALZEA A.**, Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia, in Riv. dir. Civ. 1977,I,p. 619 ss;
- FERRANDO G.**, Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali, in Politica del diritto, 1, 1998, p. 167-176
- FERRANDO G.**, Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso. Dalla discriminazione alla pari dignità, in Politica del diritto, 3, 2014, p. 359-372
- FERRANDO G.**, Il problema dell'adozione del figlio del partner, commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016, in Nuova Giur. Civ. Comm., II, 9, 2016, p. 1213-1219

**FERRANDO G.**, Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis, in *Corr. Giur.*, 2, 2017, p. 190-199

**FERRANDO G.**, *Diritto di famiglia*, II ediz., Zanichelli, Bologna, 2015

**FERRANDO G.**, La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, p. 889

**FERRANDO G.**, Le unioni civili. Prime impressioni sulla riforma, in [www.Articolo29.it](http://www.Articolo29.it)

**FINGER P.**, Die registrierte Lebenspartnerschaft – Überblick über die Neuregelung und kritische Bestandsaufnahme, in *MDR*, 2001, 199 ss.

**FINOCCHIARO M.**, *Diritto di famiglia*, II ed. Milano, 1984, I, p.296

**FURKEL F.**, La fautedans le divorce, in *Rev. Int. Dir. Comp.*, 1982, 1150 s.s.

**GATTUSO M.**, La Corte Costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, in *Fam. Dir.*, I, 7, 2010

**GATTUSO M.**, La clausola generale di equivalenza nel contesto normativo, in *Unione civile e convivenza*, commento alla l. 20 maggio 2016 n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017 nn. 5, 6, 7 e al d.m 27 febbraio 2017, a cura di **BUFFONE G.**, **GATTUSO M.**, **WINKLER M.M.**, Varese, 2017, p. 223 ss. 13

**GUAGLIONE L.**, *La nuova legge sulle unioni civili e convivenze*, Roma, 2016 , p. 63 s.s.

**GUILLOD O.**, La clause de durate dans quelques legislations europees sur le divorce, in *Riv. Int. Dir. Comp.*, 1984, 792 c.c.

**HENRICH D.**, Kollisionsrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspartnerschaft, in *FamRZ*, 2002, 137;

**HENRICH D.**, Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich: die deutsche Sicht, in *Eheliche Gemeinschaft*,

Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich a cura di D. Henrich e D. Schwab, Bielefeld, 1999, 361 ss. .

**JACOB D.**, Die eingetragene Lebenspartnerschaft im Europarecht, in FamRZ, 2002, 801 ss.;

**KAISER D.**, Das Lebenspartnerschaftsgesetz, in JZ, 2001, 617 ss.;

**KREB H.**, Lebenspartnerschaftsgesetz: Rechtspolitischer Fortschreibungs- und Reformbedarf, in ZRP, 2012, 234 ss.

**LANZARA O.**, Profili patrimoniali dell'unione civile, in Comparazione e diritto civile, 2017, passim.

**LAS CASAS A.**, *Accordi prematrimoniali, status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contratti*, 2013, 918 ss.

**LECIS A M.**, Le unioni delle persone dello stesso sesso in Francia: dai PACS alla sentenza sul marriage homosexual, in Janus n.4 – 2001 ISSN 1 1974- 9805

**MANZO G.**, Il cognome della donna coniugata, in Riv. Trim. dir. proc. Civ.; 1966, p. 49 s.s.

**MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ J.L.**, “La familia en la Constitution espanola, in Revista espanola de Derecho constitucional, n.58, gennaio-aprile 2000, p 22

**MEOLI B.**, La comunione legale: natura, caratteri ed oggetto, in Il diritto di Famiglia nella Dottrina e nella Giurisprudenza, Trattato Teorico- Pratico, a cura di AUTORINO STANZIONE G., vol. III, cit., p. 182 e ss.;

**MORETTI M.**, Il cognome coniugale, in Trattato di diritto di famiglia, diretto da Bonilini G., Torino, 2016, I, p. 789 **Muscheler K.**, Die Reform des Lebenspartnerschaftsrechts, in Familie Partnerschaft Recht (FPR), 2010, 227 ss., spec. 228.

**MUSIO A.**, Le cause del divorzio, in G. Autorino Stanzione. La separazione. Il divorzio, Torino , 2005, p. 261

- MUSSINI L.**, *Il divorzio. Quando la società italiana cambiò radicalmente*, referendum 1974, in riv. Nvecento.org, n.10, agosto, 2018.
- NADDEO F.**, Il governo della famiglia in G. AUTORINO– F. NADDEO - P. STANZIONE, *Studi sul diritto di famiglia*, Salerno, 2012, p. 63
- NADDEO F.**, La filiazione naturale, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, IV, cit., p. 71 s.s.
- NARDOCCI C.**, La posizione giuridica della coppia omosessuale: tra riconoscimento e garanzia a commento di Cassazione, 15 marzo 2012, sez, I, n. 4184, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it),3,2012
- OBERTO G.** , I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, in *BLASI M.- CAMPIONE R. - FIGONE A. - MECENATE F. - OBERTO G.*, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*. Legge 20 maggio 2016 n. 76, Torino, 2016, p. 30-58.
- OBERTO G.**, Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale, in *Fam. e dir.*, 1995, 6, p. 596
- OLIVIERO L.**; Unioni civili e presunta licenza di infedeltà , in *Riv. trim. dir. proc. Civ.* 2017, p. 213 s.s
- PACIA R.**, I principi di diritto europeo della famiglia, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 227 ss.
- PARISI A. G.**, *Il matrimonio. Profili generali*, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, Torino, 2<sup>a</sup> ed., 2011, I, p. 71 ss.
- PARISI G.**, Unioni civili e filiazione: le grandi riforme del terzo millennio tra effettività e problematiche, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), ottobre 2016
- PARISI G.**, *Il matrimonio. Profili generali*, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, Torino, II ed., 2011

- PATTI G.**, Le unioni civili in Germania, in *Fam. e dir.*, 2015
- PERLINGIERI P.**, Note sul tema della procreazione assistita, in *Il Foro Napoletano*, 1995
- PERLINGIERI P.**, Note introduttive ai problemi di mutamento di sesso in *Dir. e Giur.* 1970, p. 890
- PERLINGIERI P.**, *Riflessioni sull'unità della famiglia*, in *Dir. e giur.*, 1970, p. ss.
- PINELLI A. M.**, Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci e ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173, in *Dir. Fam. Pers.*, II, 1, 2016,
- PINELLI A. M.**, Per una riforma dell'adozione, in *Fam. Dir.*, 7, 2016, p. 719728
- QUADRI E.**, “Unioni civili tra persone dello stesso sesso” e “convivenze”: il non facile ruolo che la legge affida all'interprete, in *Corr. Giur.*, 7, 2016,
- RENET T.**, Mariage(s), in *Reveu trimestrel de droit civil*, 2000, p 173
- RODRIGUEZ LUNO A.**, La legge 13/2005 sulla riforma del matrimonio in Spagna, 2005
- ROMANO C.**, Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo, in *Notariato*, 2016, 4, p. 333
- ROMBOLI**, La sentenza 138/2010 della Corte Costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni, in [www.retelenford.it](http://www.retelenford.it).
- ROMBOLI**, La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).
- ROMBOLI R.**, La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso e la tutela delle coppie omosessuali in Italia, ne *Il Foro italiano*, 2005, V, cc, p. 259
- SAITTO F.**, L'incostituzionalità del “divorzio imposto” tra rettificazione di sesso e tutela del “pregressovissuto” della coppia, in *Giurcost*, 3, 2014, 2706 ss

**SATURNO A.**, Le convenzioni matrimoniali, in *Il diritto di Famiglia nella Dottrina e nella Giurisprudenza, Trattato Teorico- Pratico*, a cura di G. AUTORINO STANZIONE, vol. III, cit., p. 63 ss.

**SATURNO A.**, Il fondo patrimoniale, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico pratico*, vol. terzo

**SCHILLACI A.**, Due padri, i loro figli: la Corte D'appello di Trento riconosce per la prima volta il legame tra i figli e il padre non genetico, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 28 febbraio 2017

**SCHILLACI A.**, Il Tribunale d Napoli ordina la trascrizione di un atto di nascita straniero con due madri, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 7 dicembre 2016

**SCHILLACI A.**, La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 26 marzo 2016

**SCHILLACI A.**, Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di Cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 3 ottobre 2016

**SCHILLACI A.**, Passo dopo passo, il diritto si avvicina alla vita: la Corte d'Appello di Milano ordina la trascrizione dell'atto di nascita di due gemelli nati grazie alla gestazione per altri, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 4 gennaio 2017

**SCHWAB D.**, Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein Überblick, in *FamRZ*, 2001, 385 ss.;

**SCIANCELEPORE G. - STANZIONE P.**, Filiazione e procreazione assistita, Milano, 2001, passim e, specialmente, 51-87

**SEGNI M.**, Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II, 12, 2015, p. 707-715

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

**SESTA M.**, La disciplina dell'unione civile, cit, p. 887

**SHORTER E.**, *Famiglia e civiltà*, ed. Rizzoli, Milano, 1978.

**SIMLER P. – HILT P.**, Le nouveau visag du PACS: un quasi marriage, in *semaine juridique*, 26 luglio 2006, n 30 , I p1495;

**STANZIONE M.G.**, Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari in *Comparazione e diritto civ.*, maggio 2013.

**STANZIONE M. G.**, Filiazione e “genitorialità”. Il problema del terzo genitore, Torino, 2010, *passim*.

**STANZIONE M.G.**, Rapporti di filiazione e "terzo genitore": le esperienze francese e italiana , in *Fam. e dir .*, Vol. 2., 2012, p. 201-211

**STANZIONE P.**, Sesso e genere nell’identità della persona, in [www.comparazioneDirittocivile.it/](http://www.comparazioneDirittocivile.it/)

**STANZIONE P.**, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, *passim* e **ID.**, *La tutela dei soggetti “deboli”*, Milano, 2004, p. 19 ss.

**I.THERY-J.P.MICHELI**, Concubinage ou union sui generi:le statut et les droits, in *Le Banquets*, n 12, 1998, p.23.

**I. THERY-J.P. MICHELI.**, Concubinage ou union sui generi: le statute et les droits, in *Le Banquetes*, n12, 1998

**TOMMASINI R.**, In commentario del cod. civ., diretto da Gabrielli E. , Torino. 2010, p. 449

**TROISI C.**, Diritti e doveri nelle unioni civili, in [www.comparazioneDirittocivile.com/](http://www.comparazioneDirittocivile.com/), p. 3

**VELLATI E.**, *Il nuovo diritto di famiglia e il ruolo della donna*, Novecento.org, Riv. n. 8, agosto 2017. DOI: 10.12977/nov177

**VON DER TANN C.**, Entwicklungen in der Rechtsstellung eingetragener Lebenspartnerschaften, in *FamRZ*, 2012, 195 ss.

**WAGNER R.**, Das neue internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft, in IPrax, 2001, 281 ss.;

**WINKLER M.**, Figlio di due madri: la Cassazione, la genitorialità e l'ordine pubblico internazionale, in il Quotidiano Giuridico, 11 ottobre 2016

**WINKLER M.**, Maternità surrogata: due gemelli a due padri. La storica sentenza della Corte d'Appello di Trento, in il Quotidiano Giuridico, 3 marzo 2017.

**WINKLER M.**, Riconoscimento di sentenza di adozione straniera e nozione "perimetrata" di ordine pubblico internazionale: le due decisioni del Tribunale per i minorenni di Firenze, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 23 marzo 2017 App. Bari, Sez. Fam., Sent. 13 febbraio 2009

**ZATTI P.**, Dei diritti e doveri che nascono dal matrimonio, in trattato di diritto Privato, diretto da Rescigno P., II ed, Torino, 1982, III, 2 , p. 66