



TOMMASO AULETTA

Professore ordinario di Diritto privato – Università di Catania

I RAPPORTI PERSONALI TRA UNITI CIVILMENTE

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali. – 2. Il cognome dell'unione. – 3. I doveri della coppia unita civilmente e delle coppia coniugata nel quadro delle differenze fra unione civile e matrimonio. – 4. Doveri di fedeltà. – 5. Assistenza morale e materiale, collaborazione, contribuzione ai bisogni comuni. – 6. Coabitazione. – 7. L'indirizzo di vita familiare. – 8. Attuazione dell'indirizzo di vita. – 9. Unione civile e famiglia.

1. – La legge n. 76/2016 dedica ai rapporti personali tra persone unite civilmente tre commi (10, 11 e 12): il primo delinea la disciplina del nome della coppia, quello successivo ne enuncia diritti e doveri reciproci, nel rispetto del principio di uguaglianza, mentre il comma 12 rimette all'accordo delle parti la determinazione "dell'indirizzo di vita familiare".

Prima di passare al loro esame non è superfluo soffermarsi brevemente sulle finalità della legge in commento (da tenere in adeguata considerazione nella ricostruzione del significato delle regole) di colmare un vuoto normativo, stigmatizzato dalla Corte costituzionale e dalla CEDU, con l'introduzione nell'ordinamento di una disciplina delle unioni affettive fra persone del medesimo sesso, i cui contraenti intendano impegnarsi ad attuare una comunione di vita stabile, giuridicamente rilevante, caratterizzata da diritti e doveri, alla stregua di quanto accade per le persone coniugate¹. Detto profilo comunitario ricorre anche nel matrimonio, pur in assenza di

¹ Una ricostruzione del tutto diversa circa le finalità dell'unione è prospettata da G. DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76 integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 101 ss., il quale, nel criticare le scelte compiute dal legislatore, nega che dall'unione civile sorga un impegno (ma solo un probabile obiettivo) di realizzare la comunione di vita materiale e spirituale fra i contraenti come accade invece per il matrimonio, in quanto «né in sede di definizione generale dell'istituto, né in sede di descrizione del contenuto delle dichiarazioni delle parti che manifestano la volontà di costituire una unione civile, né in sede di determinazione degli effetti dell'unione civile né, più in generale, in alcuna delle disposizioni che disciplinano l'unione civile si fa infatti il benché minimo riferimento alla "comunione di vita materiale e spirituale" fra le parti dell'unione civile» (a differenza di quanto previsto in Germania, Svizzera, Austria per le unioni registrate). E tuttavia analoga osservazione potrebbe valere riguardo al matrimonio, non risultando alcun riscontro in tal senso almeno nella disciplina codicistica. Né può sopravvalutarsi il riferimento, contenuto nell'art. 1 l. div., all'impossibilità di ricostituire o mantenere la comunione spirituale tra coniugi al fine di consentire lo scioglimento del matrimonio, sia in virtù della sua collocazione (al di fuori della disciplina del matrimonio) sia perché già in epoca anteriore mai ne era stata posta in dubbio dagli interpreti detta finalità. Si dovrà dunque verificare se la diversità (sostanziale e non solo testuale) di trattamento riservato dalle norme all'unione civile rispetto all'unione coniugale giustifichi conclusioni diverse circa la finalità degli istituti ed, in caso positivo, se possano considerarsi realizzate le condizioni poste al legislatore dalla Corte costituzionale e dalla CEDU a tutela della vita di coppia delle persone del medesimo sesso.

JUS CIVILE



specifica enunciazione, in quanto desumibile dall'art. 1 l. div. secondo il quale lo scioglimento del vincolo viene pronunciato dal giudice quando la comunione non può più essere mantenuta o ricostituita; esso trova conferma nell'art. 151 cc. il quale stabilisce che l'intollerabilità della "convivenza" (cioè della di comunione di vita) consente a ciascuno dei coniugi di ottenere la separazione. I doveri coniugali espressi nell'art. 143 cc. tracciano poi le linee generali, peraltro non esaustive, dei comportamenti richiesti a questo fine, suscettibili di concretizzazione da parte dei coniugi mediante accordo sull'indirizzo di vita (art. 144 cc.). L'esclusività del rapporto è desumibile dall'art. 86 cc. il quale impedisce di celebrare un nuovo matrimonio alla persona ancora sposata.

Peraltro l'obiettivo di far coincidere le finalità dell'unione civile con quelle del matrimonio emerge in maniera univoca già dai lavori preparatori alla legge 76 e segnatamente dalla relazione introduttiva, nella quale si precisa che sono state compiute scelte, nel rispetto dell'art. 3 cost., volte a «limitare al minimo le differenze tra le unioni civili ed il matrimonio...[in quanto] alla base della scelta di una coppia omosessuale di formalizzare il rapporto di vita familiare pulsano gli spessi desideri e le stesse esigenze che animano la scelta di contrarre matrimonio». Si intende in tal modo «riconoscere alla vita omosessuale la dignità che le è propria».

Viene precisato peraltro che, pur essendo uguale lo scopo, solo l'unione matrimoniale dà origine alla famiglia legittima il cui fondamento trova riscontro nell'art. 29 cost., mentre l'unione civile dà vita ad altra formazione sociale il cui fondamento risiede nell'art. 2 della Carta. Riscontro in tal senso si ritrova nel 1° comma della legge stessa nel quale si parla di "specifica (nostro il corsivo) formazione sociale"; dunque non una delle numerose formazioni sociali che favoriscono, sotto diversi profili, lo sviluppo della persona, ma tendente allo specifico fine di consentire a due persone (del medesimo sesso) di condurre la propria esistenza in comunione materiale e spirituale sotto il profilo affettivo².

Obiettivo questo in certa misura obbligato³ in virtù di quanto era già stato detto dalla Corte costituzionale nella nota decisione 138/2010 che anche all'unione omosessuale «spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone (...) il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» il quale, a dire della Corte, poteva essere assicurato consentendo a tali coppie di celebrare matrimonio o anche mediante istituto diverso⁴; affermazione che ritorna nella decisione 170/2014 nella quale si subordina la legittimità dello scioglimento automatico del matrimonio del transessuale alla trasformazione in una unione registrata,

² Il profilo affettivo dell'unione non è espressamente menzionato dalla legge (come non lo è nel matrimonio) ma il riferimento è presente nel comma 36 a proposito dei conviventi di fatto ("persone maggiorenti unite stabilmente da legami affettivi di coppia") i quali, nella chiara concezione legislativa, danno vita ad un rapporto modellato, rispettivamente sul matrimonio (se i conviventi sono di sesso diverso) o sull'unione civile (riguardo a conviventi del medesimo sesso) sia pur tutelato in maniera più ridotta.

³ Analogamente A. AMBROSI, *Unioni civili e costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1676; E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, *ivi*, p., 1688 s.

⁴ in *Fam. e dir.*, 2010, p. 653 ss., con nota di M. GATTUSO.



disciplinata in maniera tale da tutelare adeguatamente l'interesse della coppia che lo desidera, di continuare a condurre la propria esistenza in comunione di vita⁵. L'esigenza di salvaguardare detta finalità dell'unione era stata peraltro espressa, con riferimento alla medesima questione, alcuni anni prima da parte della CEDU⁶ la quale ritiene ammissibili differenze di disciplina soltanto marginali rispetto al matrimonio. Le indicazioni formulate dalle Corti sembrerebbero trovare riscontro, almeno in via di prima ipotesi (da sottoporre a verifica) nella normativa sulle unioni civili, la quale introduce una disciplina generale della vita di coppia caratterizzata da diritti e doveri e sul "governo" della stessa.

Per la costituzione del rapporto è previsto che la coppia esprima pubblicamente il proprio consenso davanti all'ufficiale di stato civile e che l'atto sia inserito nell'archivio informatico del comune, in un registro di nuova istituzione ad esse riservato.

Riguardo agli effetti che ne derivano, evidenti convergenze si registrano riguardo ai rapporti patrimoniali (anche con riferimento allo scioglimento dell'unione) e successori⁷ mentre le differenze più rilevanti, rispetto al matrimonio, riguardano la disciplina del nome della coppia nonché i diritti e i doveri reciproci, filiazione ed adozione, crisi dell'unione. Peraltro occorrerà verificare quali divergenze riguardanti i rapporti personali (oggetto della nostra indagine), emergenti dall'enunciato delle norme, siano effettivamente tali nella sostanza, tenuto conto che l'interprete, per evitare contraddizioni nel sistema, deve favorire soluzioni volte al perseguimento dell'obiettivo, innanzi precisato, a cui l'unione tende.

Dalle indicazioni provenienti dalle norme si può già affermare che come il matrimonio anche l'unione civile dà vita ad uno *status* di carattere familiare⁸ (o tutt'al più parafamiliare)⁹ in quanto volta creare un vincolo solidale di coppia dal quale scaturiscono diritti e doveri inderogabili (simili, se non proprio coincidenti, a quelli derivanti dal matrimonio) il cui pubblico accerta-

⁵ In *Corr. giur.*, 2014, p. 1041, con commento di T. AULETTA e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1139 con nota di A. LORENZETTI e A. SCHUSTER.

⁶ Grande Camera, 16 luglio 2014, ric. 37359/09, *Hamalainen c. Finlandia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1139, con nota di A. LORENZETTI e A. SCHUSTER.

⁷ Muove una ferma critica a tale equiparazione G. DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76 integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, p. 143 ritenendola ingiustificata alla luce della interpretazione proposta secondo la quale la coppia unita civilmente non è tenuta a porre in essere una comunione di vita. Mentre, in senso opposto, P. ZATTI, *Introduzione al convegno Modelli familiari e nuovo diritto* (Padova, 7-8 ottobre 2016), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1664 vi individua un dato dal quale desumere la natura familiare dell'unione.

⁸ E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, cit., p. 1688; G. FERRANDO, *Conclusioni*, al Convegno *Modelli familiari e nuovo diritto* (Padova, 7-8 ottobre 2016) in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1777. Uno stato familiare è stato persino riconosciuto da Cass. pen., 27 giugno 2016, n. 44182 ai conviventi, affermando che «l'acquisizione dello "status familiae", ai sensi dell'intervenuta l. n. 76 del 2016 sulle unioni civili tra persone omosessuali e sulle convivenze tra persone eterosessuali e omosessuali, allo straniero privo del permesso amministrativo di soggiorno che, però, conviva stabilmente con cittadina italiana, vale quale causa ostativa ex art. 19, comma 2, lett. c) d.lg. n. 286 del 1998».

⁹ In senso conforme M. BIANCA, *Le unioni civili ed il matrimonio: due modelli a confronto*, in *giudicedonna.it.*, 2016, 2, p. 4.

JUS CIVILE



mento è assicurato dai registri dello stato civile¹⁰. Significativa in questo senso è la previsione contenuta nel nuovo articolo 70 *quinquiesdecies* del regolamento dello stato civile¹¹ secondo la quale lo stato delle parti nelle documentazioni ufficiali viene indicato con l'espressione "unito civilmente" e "unita civilmente".

Tuttavia il mancato richiamo dell'art. 78 – in virtù della previsione del comma 2° la quale non permette di estendere ai membri dell'unione civile quanto stabilito per i coniugi – o comunque di un riferimento alla creazione di un rapporto di affinità con i parenti dell'unito civilmente sembrerebbero non prevedere l'ingresso a pieno titolo nella famiglia dell'altro, con conseguente differenza rispetto agli effetti che scaturiscono dal matrimonio¹². Soluzione criticabile perché circoscriverebbe gli effetti dell'unione alla sola coppia creando una discriminazione che non trova riscontro nella coscienza sociale, alla stregua di quanto accaduto in passato riguardo alla c.d. parentela naturale.

2. – La disciplina sul cognome della coppia legata da unione civile si discosta significativamente 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 uguaglianza¹³ 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 fondamento 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

¹⁰ Manca peraltro una disciplina corrispondente a quella dettata dagli artt. 130-133 cc. relativa alla prova circa la nascita dell'unione civile.

¹¹ Introdotto con il decr. lgs. 19 gennaio 2017, n. 5, pubblicato in G.U. 27 gennaio 2017, n. 22.

¹² I primi interpreti della legge sono concordi nel ritenere che la mancanza di una regola al riguardo comporta l'esclusione del vincolo di affinità. V. ad es., M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 885; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in *juscivile.it*, 2016, 6, p. 199; M. BIANCA, *Le unioni civili ed il matrimonio: due modelli a confronto*, cit., p. 3; G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 119; E. QUADRI, *op. cit.*, p. 1691, il quale riconduce il mancato richiamo all'art. 78 in quanto il legislatore avrebbe scartato l'idea secondo la quale la costituzione dell'unione crea un intreccio di rapporti sul piano familiare, presente nel matrimonio.

¹³ 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 CICCO, *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.

JUS CIVILE



ma anche a modelli di unione registrata adottati in altri Paesi¹⁴ 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 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.)¹⁵ e che viene trasmesso ai figli¹⁶. 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"¹⁷ e la "portata"¹⁸ di tale divieto); ma neppure dal possibile obiettivo di creare un'unione meno stabile rispetto a quella matrimoniale¹⁹, la cui esigenza di unità assumerebbe una più limitata rilevanza tanto da non rendersi ne-

¹⁴ 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 *Familia*, 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).

¹⁵ 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).

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.*,

JUS CIVILE



cessaria 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 in futuro dalla legge per evitare una evidente disparità di trattamento in danno dei coniugi²⁰ 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, come si preciserà tra breve, ancor meglio entrambi i cognomi²¹, 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,

p. 124 ss. il quale si esprime peraltro in senso critico verso tale scelta.

²⁰ 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.

²¹ A favore di questa soluzione si pronuncia anche M.C. DE CICCO, *Cognome della famiglia e uguaglianza fra coniugi*, cit., p. 1018.

JUS CIVILE



quello del marito (necessariamente trasmesso ai figli²²) 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 (v. oltre).

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 pur tuttavia costringe 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 di mantenere il proprio (anteponendolo o posponendolo al primo)²³. Probabilmente è proprio l'esigenza di non creare una differenza con la disciplina riservata alla coppia coniugata che ha finito col prevalere ma c'è da chiedersi – in prospettiva futura – se il criterio adottato di recente dalla Corte costituzionale per i figli (in virtù del quale i genitori possono decidere di trasmettere loro anche il cognome della madre, per rendere palese, anche sotto questo profilo, la derivazione da entrambi) non sia più funzionale in quanto, nel garantire l'esistenza di un segno distintivo espressione di unità della coppia, non costringe al sacrificio di uno dei due cognomi, favorendo tale opzione²⁴.

L'obiezione di farraginosità della soluzione dal punto di vista pratico ed estranea al sentire comune²⁵, va stemperata in quanto nei rapporti sociali la coppia (coniugata o unita civilmente) sarebbe libera di adottare la soluzione più rispondente alle proprie esigenze, ma dal punto di vista dei principi si introdurrebbe un segnale forte riguardo alla tutela del dell'uguaglianza dei suoi componenti²⁶.

Riguardo alla coppia unita civilmente, nessuna disposizione specifica è data con riferimento all'ipotesi in cui il cognome prescelto sia composto da due cognomi e quindi se occorra operare una scelta tra di questi. In tal senso si esprime la legge tedesca sulle unioni civili con soluzione

²² 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.

²³ In senso critico verso questa soluzione si esprime anche G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 132.

²⁴ Di questo parere è M.N. BUGETTI, *Il cognome comune delle persone unite civilmente*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 911.

²⁵ Così M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, II ed. Milano, 2012, p. 156 s.

²⁶ Non scalfita dal fatto che poi la coppia deve decidere quale cognome anteporre. Ma diversamente, M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, cit., p. 158.

JUS CIVILE



ragionevole, tenuto conto che all'altro soggetto dell'unione è consentito mantenere anche il proprio cognome.

La scelta deve farsi con dichiarazione delle parti resa al momento di costituzione dell'unione²⁷, con conseguente inserimento nell'atto relativo²⁸ o anche in un momento successivo²⁹. L'ufficiale di stato civile deve anche procedere all'annotazione nel cognome prescelto nell'atto di nascita di ciascuna delle parti³⁰, senza però che si verifichino mutamenti dal punto di vista anagrafico³¹.

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 dottrina³² 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 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 morale³³ 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.

²⁷ Analoga previsione è contenuta nell'art. 70 *octies* del DPR 396/2000, modificato col d. lgs. 5/2017, in GU 22/2017.

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

²⁹ 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.

³⁰ Art. 4 decr. Cons. Ministri cit. alla nota precedente.

³¹ 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».

³² 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.

³³ 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.

JUS CIVILE



Diversamente orientata è altra corrente di pensiero³⁴, seguita anche in giurisprudenza³⁵, 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 ridimensionata³⁶ per il fatto che nell'attività giuridica c.d. pubblica spesso è la legge a fornire indicazioni in proposito³⁷ (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 quando la donna agisce in qualità di membro della famiglia e non per soddisfare interessi individuali³⁸.

A mio avviso tuttavia il profilo di doverosità è ormai superato dal diritto effettivo in quanto la giurisprudenza è orientata in senso contrario³⁹ 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 famiglia⁴⁰ o addirittura della dignità del marito⁴¹.

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 contrario⁴². 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

³⁴ 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.

³⁵ Cass., 13 luglio 1961, n. 1692, in *Foro it.*, 1961, I, c. 1065; Cass., 14 aprile 1970, n. 1020.

³⁶ Ne conviene anche M. PARADISO, *op. cit.*, p. 155 s., pur aderendo alla tesi del dovere della moglie.

³⁷ Per un'accurata disamina delle problematica v. G. MARZO, *Il cognome della donna coniugata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 49 ss.

³⁸ V. in tal senso M. MORETTI, *Il cognome coniugale*, cit., p. 792.

³⁹ V. citaz. alla nota 35.

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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.

⁴² 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.

JUS CIVILE



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.

A mio avviso le ragioni esposte in precedenza per escludere la doverosità dell'uso del cognome coniugale non 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 accordo⁴³); 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.⁴⁴. Per tale ragione appare quanto mai opportuno che si provveda al più presto ad uniformare le due discipline, privilegiando il modello adottato per l'unione civile, sulla falsariga di quanto sembra prospettarsi per l'attribuzione del cognome ai figli⁴⁵.

Diversità che emergono anche con riferimento alle regole applicabili nel caso di scioglimento del vincolo di coppia, questa volta più sfavorevoli per l'unione civile. Il comma 10 limita infatti drasticamente nel tempo la scelta del cognome comune stabilendo che essa vale solo per il

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Si fa riferimento ad DDL n. 1628 in discussione al Senato e già approvato alla Camera nel 2014 il quale rimette ai genitori la scelta del cognome da attribuire ai figli (quello del padre, quello della madre o entrambi).

JUS CIVILE



periodo di durata dell'unione⁴⁶, 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 pregiudizio⁴⁷ (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 titolare⁴⁸.

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 matrimonio⁴⁹. 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'uso⁵⁰.

La soluzione contraria potrebbe giustificarsi solo con l'esigenza di diversificare il trattamento del superstite al fine di rendere più labile la tutela dell'unione civile⁵¹ secondo una concezione, a mia avviso 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'ordinamento⁵². Mi sembra invece che privilegiare, anche in via interpretativa, soluzioni che

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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 pronuncia 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.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Il testo licenziato in commissione prevedeva invece opportunamente la soluzione opposta.

⁵⁰ Secondo M.N. BUGETTI, *op. cit.*, p. 914, il problema della diversità di disciplina andrebbe risolto mediante pronuncia di incostituzionalità.

⁵¹ 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 adeguatrice o, in subordine, ad un intervento della Corte costituzionale.

⁵² 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. maxiemendamento. 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.

JUS CIVILE



promuovono l'unità e stabilità della coppia⁵³ ed il suo senso di appartenenza non entri in conflitto con altri interessi meritevoli di tutela. Tale non mi 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 (v. § 1).

3. – 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 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 civile⁵⁴. 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 traducono anche in diversità di sostanza⁵⁵).

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)⁵⁶, 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 rapporto⁵⁷, la mancanza di un *iter* pubblicitario precedente alla co-

⁵³ 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.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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

⁵⁶ 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.

⁵⁷ 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.

JUS CIVILE



stituzione e di un compiuto regime delle opposizioni⁵⁸, di una disciplina sulla filiazione e la responsabilità genitoriale, la (dubbia) esclusione dall'adozione anche limitatamente al figlio dell'altro componente l'unione⁵⁹, l'inammissibilità 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)⁶⁰. Sul piano lessicale mentre la Costituzione "riconosce" 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 precisazione⁶¹, 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 momento⁶², onde occorre stabilire la rilevanza della modifica introdotta⁶³. Non previsto è anche l'intervento del giudice al

⁵⁸ 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.

⁵⁹ 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 rinvia a L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1707 ss.

⁶⁰ In realtà le differenze sono molto più numerose ma l'economia della trattazione non ne consente neppure una menzione

⁶¹ 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.

⁶² L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 1783, parla di vicenda opaca.

⁶³ 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, 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, laddove specificamente chiamato a pronunciarsi sul punto, il giudi-



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)⁶⁴; secondo altri, invece, le parti non sarebbero vincolate alla loro osservanza⁶⁵. Di segno opposto sono poi le ragioni a fondamento della scelta. Secondo una corrente di pensiero⁶⁶ 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 possibilità di generare figli⁶⁷ – 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 sotta-

ce delle leggi possa far luogo ad una pronunzia additiva, al fine di ripristinare la necessaria coerenza tra la prescritta assistenza e la omessa fedeltà».

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ 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».

⁶⁷ 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.



cere o quantomeno svalutare il profilo della relazione sessuale⁶⁸. 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 libertà⁶⁹, che potrebbe preludere alla sua soppressione anche nel rapporto coniugale⁷⁰. Una terza posizione individua nell'accordo sull'indirizzo di vita lo strumento per introdurre i doveri non menzionati, rendendoli solo in tal caso vincolanti⁷¹.

La tesi che configura l'esistenza di entrambi i doveri mi sembra più persuasiva per le ragioni che si diranno più diffusamente in seguito esaminandone i contenuti. 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 sugli affetti e sulla solidarietà⁷². 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 legge⁷³ 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 comportamento⁷⁴, problema peraltro di importanza limitata nella misura in cui coincidano le misure di protezione nel caso di violazione⁷⁵.

⁶⁸ M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile*, cit., p. 887.

⁶⁹ 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».

⁷⁰ 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.

⁷¹ G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2016, p. 49; A. FASANO-G.E. GASANI, *La tutela del convivente dopo la legge sulle unioni civili*, Milano, 2016, p. 66 s.

⁷² 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*.

⁷³ Per una compiuta riflessione sull'argomento si rinvia a P. ZATTI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, cit., p. 11 ss.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ 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.

JUS CIVILE



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 oltre⁷⁶. 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 comportamenti sono connaturati al perseguimento della comunione di vita o siano riconducibili fra i doveri già menzionati.

Non decisive mi 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 normativa⁷⁷; 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 matrimonio⁷⁸. 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 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 giustifichino 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 della vita di coppia, fondata sulla solidarietà e sull'affetto, e su un rapporto di carattere monogamico.

⁷⁶ Analogamente di “organizzazione della vita in comune” parla il § 2 della LPartG tedesca (oltre che di assistenza, sostegno e mantenimento).

⁷⁷ 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.

⁷⁸ Il rilievo è di R. PACIA, *op. cit.*, p. 198.



4. – Non è verosimilmente un caso se la fedeltà viene menzionata dall'art. 143 cc. al primo posto fra i doveri al cui rispetto sono tenuti i coniugi⁷⁹, 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 coppia⁸⁰: realizzare un progetto di vita in comune di carattere esclusivo⁸¹, 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).

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 dell'esclusività sessuale, nel non commettere adulterio, esigendone poi un rispetto più rigido dalla donna di quanto non richiesto al marito⁸². 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)⁸³.

Al dovere di astenersi dai rapporti sessuali con altri⁸⁴ si aggiunge, secondo alcuni, anche un profilo positivo, in virtù del quale il coniuge non può immotivatamente negarsi all'altro sotto il profilo sessuale⁸⁵.

⁷⁹ Mentre l'art. 143 del cc. del '42 poneva, invece, in primo piano la coabitazione.

⁸⁰ 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.

⁸¹ 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».

⁸² 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.

⁸³ M. PARADISO, *op. cit.*, p. 63 s.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ 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.



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 sentimentale⁸⁶ con altra persona che, quantunque non caratterizzata da rapporti sessuali, assuma connotati e intensità tali da comportare «dedizione spirituale e affettiva»⁸⁷, cioè un coinvolgimento, anche solo a livello sentimentale, da riservare invece, secondo l'ordinamento, esclusivamente «al compagno o alla compagna di vita»⁸⁸, diversificandolo da quello che contraddistingue la mera amicizia⁸⁹. In certa misura potrebbero rilevare, al fine di integrare la violazione, anche la mera apparenza della relazione⁹⁰ e non solo perché si profila il rischio di ledere l'integrità morale dell'altro (la dignità)⁹¹ 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 lealmente⁹² verso l'altro, al fine di «non tradire la fiducia in lui riposta»⁹³ preservando unità, stabilità⁹⁴ ed esclusività del rapporto stesso; in presenza di figli tale valore è funzionale anche alla realizzazione dei loro interessi⁹⁵.

Maggiori dubbi solleva invece il richiamo ora alla lealtà⁹⁶, per ricondurre in positivo al do-

⁸⁶ 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.

⁸⁷ 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).

⁸⁸ A.C. JEMOLO, *op. cit.*, p. 163.

⁸⁹ G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 164 s.

⁹⁰ 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.

⁹¹ C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 59. Alla violazione della dignità si riferisce anche la giurisprudenza, cit. alla nota precedente.

⁹² 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 *specificità esclusiva* 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.

⁹³ G. FURGIUELE, *op. loc. cit.*

⁹⁴ Valori che non vengono meno per il fatto che l'ordinamento consenta di sciogliere il vincolo di coppia a prescindere dalla morte.

⁹⁵ Ben lo sottolinea M. PARADISO, *op. cit.*, p. 62 ss.

⁹⁶ R. TOMMASINI, in *Commentario del cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, cit., p. 425 ss.

JUS CIVILE



vere in esame anche l'obbligo di informare e di rendere partecipe l'altro coniuge delle vicende della propria vita (o in negativo di non diffondere notizie riservate⁹⁷) il quale attiene piuttosto alla "qualità" e non all'esclusività del rapporto di coppia o alla generazione e va ricondotto più propriamente, a mio avviso, al dovere di assistenza morale (v. § successivo), ora alla fedeltà alla scelta familiare⁹⁸, in quanto la violazione coinvolgerebbe anche l'interesse dei figli alla conservazione dell'unità familiare, che potrebbe portare, però, pericolosamente a legittimarne pretese risarcitorie.

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 ed affettivi; il fermo ed immotivato rifiuto di intrattenere rapporti sessuali deve, invece, inquadrarsi nella violazione del dovere di assistenza (v. § successivo).

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 omosessuale⁹⁹). 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 matrimonio¹⁰⁰. Ne risulterebbe altrimenti compromessa (contraddittoriamente) la stessa finalità dell'unione¹⁰¹. 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 mi sembra, 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)¹⁰².

Anche il valore della stabilità di coppia non può dirsi del tutto assente nella disciplina delle

⁹⁷ F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 1030.

⁹⁸ M. PARADISO, *op. cit.*, p. 67; M. SESTA, *Diritto di famiglia*, II ed., Padova, p. 124 s.

⁹⁹ Uno spunto in tal senso potrebbe essere costituito dalla mancata previsione della inconsumazione quale causa autonoma di scioglimento dell'unione ma mi 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.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ Nello stesso senso G. CASABURI, *op. cit.*, p. 70.

¹⁰² In senso conforme, E. QUADRI, *op. ult. cit.*, p. 1696. Ma diversamente, v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 130.

JUS CIVILE



unioni civili, quantunque garantito in maniera più blanda rispetto a 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 mi 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 separazione¹⁰³) 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, a mio avviso, comunque vincolante, quale dovere implicito (o non espressamente menzionato)¹⁰⁴, 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 situazione economica deteriorata, nel caso di scioglimento dell'unione, risarcimento del danno nel caso di grave lesione di un diritto fondamentale della persona)¹⁰⁵.

La (possibile) mancanza della prole non ne sminuisce pertanto la rilevanza, anche se un interesse siffatto può certamente prospettarsi nel caso della trasformazione del matrimonio in unione civile in seguito al mutamento di sesso ove sia stata generata prole; se vi è stato riconoscimento in Italia di un'adozione avvenuta all'estero (ancor più se prevalesse l'interpretazione circa l'ammissibilità dell'adozione interna) ed anche quando l'unione assume i connotati della "famiglia ricomposta", in quanto nella medesima sono stati inseriti figli nati da una precedente unione.

¹⁰³ *Contra*, 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. Soluzione 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.

¹⁰⁴ 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.).

¹⁰⁵ 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.

JUS CIVILE



L'essenzialità del dovere in esame nel realizzare le finalità dell'unione darebbe luogo, ove negato, anche in questo caso ad una mancata attuazione da parte della legge delle condizioni indicate, rispettivamente, dalla Corte Costituzionale e dalla CEDU per tutelare il rapporto di coppia del medesimo sesso e il suo diritto alla vita familiare (v. § 1), nel rispetto del principio di uguaglianza. Fermo restando che alle parti è comunque rimessa la possibilità di attuare uno schema di vita proprio della c.d. "coppia aperta", senza che peraltro l'eventuale accordo possa considerarsi vincolante in virtù della inderogabilità dei doveri enunciata nel comma 13.

Per completezza del discorso resta da aggiungere che, ove si ritenesse di accogliere la tesi secondo la quale non sussiste il dovere di fedeltà nell'ambito dell'unione civile, sarebbe comunque consentito alle parti introdurlo nel contesto dell'accordo sull'indirizzo della vita familiare, (previsto al comma 12) così facendogli assumere rilevanza giuridica. Ostacolo in tal senso non ritengo possa essere costituito infatti dalla inderogabilità dei doveri della coppia (operante anche nell'unione civile) a meno di non volere pervenire all'assurda conclusione che fedeltà e collaborazione, valori certamente in sé positivi, possano considerarsi tali solo all'interno del matrimonio.

5. – 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 primaria¹⁰⁶.

Come nel matrimonio¹⁰⁷, 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 vita¹⁰⁸ anche mostrando disponibilità ad intrattenere rapporti sessuali. 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). Ed inoltre ad adoperarsi per il soddisfacimento dei bisogni materiali, anche mediante contribuzione economica.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ E quindi seguendo la regola paritaria introdotta con la riforma del 1975 secondo la quale il dovere grava ugualmente entrambi i coniugi.

¹⁰⁸ Questi sono i profili fondamentali che emergono da una sintesi delle trattazioni sviluppate dalla dottrina. Per una disamina di ampio respiro si rinvia a P. ZATTI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, cit., p. 39 ss.

JUS CIVILE



Alcune differenze, a mio avviso 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 ¹⁰⁹).

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 l'irrelevanza 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 ¹¹⁰, accentuandone il riferimento allo svolgimento del rapporto fra genitori-figli, essa risulterebbe di dubbio fondamento e finirebbe per lo più col distorcerne il pensiero ¹¹¹. Se è vero infatti che i genitori con figli devono collaborare anche al fine di tutelare i

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ 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 riferi-

JUS CIVILE



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 giustificerebbe 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 ¹¹².

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 comportamenti ad esso riconducibili era assicurata dai doveri già esistenti ¹¹³; ma altri ne hanno posto in luce l'opportunità in seguito al venire meno del ruolo del marito quale capo della famiglia ¹¹⁴ 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" ¹¹⁵, in virtù della quale ciascuno è tenuto ad adoperarsi fattivamente nel lavoro, anche casalingo ¹¹⁶ o comunque a beneficio della famiglia nel suo complesso (per risolverne i problemi o comunque svolgendo un'attività nella quale sarebbe difficilmente sostituibile) ¹¹⁷ o di un singolo familiare (si pensi alla cura di congiunti malati od anziani conviventi con i coniugi ¹¹⁸), assumendo eventualmente compiti organizzativi, di gestione interna ed esterna del *ménage commune* ¹¹⁹, 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 ¹²⁰.

mento del dovere ai rapporti genitori-figli risulta talmente accentuato da generare il dubbio che il medesimo inerisca esclusivamente a detto rapporto.

¹¹² Anche per tali prospettive si rinvia all'efficace trattazione di L. LENTI, cit. alla nota 59

¹¹³ V. ad es., in tal senso, G. VILLA, *op. cit.*, p. 358.

¹¹⁴ Per tutti cfr. P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 39 ss.

¹¹⁵ A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 271.

¹¹⁶ 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 extra-familiare) e accollandosi una parte del lavoro domestico, salvo diverso accordo.

¹¹⁷ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 60; F. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 262; M. PARADISO, *op. cit.*, p. 80 s.

¹¹⁸ R. TOMMASINI, *op. ult. cit.*, p. 436.

¹¹⁹ G. CONTE, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. FERRANDO, II, Bologna, 2008, p. 68 s.

¹²⁰ 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.

JUS CIVILE



Se si concorda in linea generale con questa 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 assistenza¹²¹ ora con quello di contribuzione¹²², tanto da ritenerne difficile o del tutto inutile¹²³ 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 solidale¹²⁴ entrambi sono impegnati ad adoperarsi per il soddisfacimento dei bisogni comuni. Sono considerati tali non solo quelli che fanno capo ad entrambi i componenti dell'unione ma anche i bisogni individuali¹²⁵ 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

¹²¹ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 511; A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, *op. loc. cit.*

¹²² 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.

¹²³ G. VILLA, *op. cit.*, p. 359.

¹²⁴ 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,

¹²⁵ 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.

JUS CIVILE



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 eterologa¹²⁶ 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 familiare¹²⁷). 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, problema che esula peraltro dai confini di questo contributo¹²⁸.

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 teorica¹²⁹, 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.

6. – Il quadro normativo volto a configurare gli strumenti necessari a realizzare la comunione di vita si completa con la previsione del dovere di coabitazione, al cui rispetto sono tenuti anche i componenti dell'unione civile, così come accade per i coniugi¹³⁰. Già in passato peraltro la

¹²⁶ 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.

¹²⁷ 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.

¹²⁸ 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.

¹²⁹ È estremamente improbabile infatti che un'iniziativa siffatta possa essere assunta ove manchi la volontà di sciogliere l'unione.

¹³⁰ Secondo opinione minoritaria (v. tra questi, G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 169) però la coabitazione coinciderebbe con la convivenza.

JUS CIVILE



giurisprudenza considerava configurabile una famiglia di fatto solo nella coppia (anche del medesimo sesso) che visse nella medesima casa, nel sostanziale rispetto dei doveri coniugali quali elementi costitutivi della fattispecie, onde la coabitazione ne veniva considerata tratto essenziale¹³¹.

Strumentale all'adempimento del dovere in esame è la fissazione di una residenza comune¹³² 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 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'altro¹³³.

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 comune¹³⁴, 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 formulazione¹³⁵ 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. 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

¹³¹ Sul punto la giurisprudenza è univoca. Ma per alcune indicazioni v. le citaz. a nota 205.

¹³² 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.

¹³³ V. in proposito P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 64.

¹³⁴ 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).

¹³⁵ Rispetto alla quale si esprime in maniera decisamente critica G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 129.

JUS CIVILE



dal comma 13, onde le parti non potrebbero esimersi dal determinare il luogo dove condurre la vita comune¹³⁶; 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)¹³⁷ le parti possono stabilire validamente di mantenere residenze diverse fin quando le ragioni non vengano meno¹³⁸ e ferma la possibilità per ciascuna di chiedere la revisione dell'accordo ove ne ricorrano i presupposti¹³⁹. Ciò non impedisce di configurare una residenza della coppia (e dunque una casa familiare) anche se non costituisce la dimora abituale dei suoi componenti¹⁴⁰.

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 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., innanzi ricordato. Egli subisce la sospensione temporanea del suo diritto all'assistenza morale e materiale¹⁴¹ 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.

¹³⁶ 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.

¹³⁷ In assenza delle quali la scelta di una residenza saltuaria risulta ingiustificata (G. CONTE, *op. cit.*, p. 73) e dunque ciascuno potrebbe pretendere la modifica.

¹³⁸ Sottolinea M. PARADISO, *op. cit.*, p. 78 che, al protrarsi nel tempo della mancata coabitazione, non potrà che seguire la crisi familiare.

¹³⁹ Ciò appare tanto più pretendibile quanto l'accordo escluda o limiti notevolmente i tempi da trascorrere insieme.

¹⁴⁰ 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».

¹⁴¹ 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).

JUS CIVILE



7. – 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 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 finale¹⁴², 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 testuali¹⁴³ 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 legge¹⁴⁴ (v. § 9).

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 giudice¹⁴⁵ (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 caratterizza¹⁴⁶. A mio avviso, tuttavia, è 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 com-

¹⁴² A favore di tale ipotesi si pronuncia, ad esempio, E. QUADRI, *op. ult. cit.*, p. 1695.

¹⁴³ Fra i quali occorre considerare anche il dettato del 1° comma il quale definisce l'unione civile una “specifica 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).

¹⁴⁴ 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.

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

¹⁴⁶ In tal senso, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 130. Ma in senso contrario v. le considerazioni svolte nel commento al comma precedente.

JUS CIVILE



patibile 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 dovere¹⁴⁷ la cui osservanza deve valutarsi in concreto sulla base dell'atteggiamento assunto da ciascuno¹⁴⁸ e che potrebbe comportare un giudizio di responsabilità nei suoi confronti riguardo alla crisi dell'unione, che dovesse eventualmente scaturirne, per averne ostacolato il raggiungimento¹⁴⁹ (assai modesto nelle conseguenze, a causa – come più volte ricordato – della soppressione del rimedio della separazione e del conseguente addebito). Analogamente è a dirsi per la disponibilità alla revisione dell'accordo, ove esso si rivelasse nel tempo insoddisfacente¹⁵⁰ (v. oltre).

Tale dovere potrebbe ricondursi, come si è detto, sotto il più ampio contesto della collaborazione¹⁵¹, ma vi è anche chi, nel rapporto coniugale, configura un autonomo ed ulteriore dovere¹⁵² 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 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 casa¹⁵³. 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.

¹⁴⁷ 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.

¹⁴⁸ M. PARADISO, *op. cit.*, p. 187 individua una sicura violazione nel «rifiuto caparbio a concordare gli affari della famiglia».

¹⁴⁹ F. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 280.

¹⁵⁰ Anche per tale aspetto v. M. PARADISO, *op. cit.*, p. 177 s.

¹⁵¹ In questo senso, G. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 144; G. CONTE, *op. cit.*, p. 47.

¹⁵² P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 61; F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 1065.

¹⁵³ P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 59 s.

JUS CIVILE



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 deroga¹⁵⁴ (anche ad uno solo) come peraltro ritiene l'opinione prevalente con riferimento ai doveri matrimoniali¹⁵⁵, 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 a mio avviso da respingere.

L'accordo che contrasta con i doveri di coppia non risulta vincolante e quindi non se ne può esigere l'osservanza¹⁵⁶; 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 (v. § successivo).

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 rimmetterlo 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 negoziale¹⁵⁷, onde il vincolo che ne scaturisce potrebbe sciogliersi solo consensualmente. In 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 com-

¹⁵⁴ Tale divieto, è sancito dall'art. 123 cc. ove l'esclusione riguarda "in blocco" tutti i doveri coniugali.

¹⁵⁵ 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.

¹⁵⁶ G. VILLA, *op. cit.*, p. 376 s.

¹⁵⁷ 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.

JUS CIVILE



porti produzione di effetti giuridici¹⁵⁸. Un accettabile contemperamento 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 fosse modificata la situazione in costanza della quale era stato formulato¹⁵⁹.

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 sottrarsi¹⁶⁰; si aggiunge che il negozio mal si presterebbe all'esigenza "di programmare interessi sempre nuovi e diversi"¹⁶¹. Ed allora vi è, ad esempio, chi configura un'intesa¹⁶², o una tecnica di governo della famiglia¹⁶³, oppure un mero fatto dal quale si desume la concordanza di intenti¹⁶⁴. 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 modifica¹⁶⁵.

Non mi sembra, a dire il vero, che la doverosità dell'accordo contrasti con la configurabilità di un atto di autonomia privata¹⁶⁶, 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 capriccioso¹⁶⁷. Maggiori aperture, riconducibili al dovere di collaborazione, sono ammissibili ove il convivente insoddisfatto adducesse un errore di valutazione¹⁶⁸ e tuttavia ritengo che l'altra parte potrebbe legittimamente opporsi alla modifica nelle ipotesi in

¹⁵⁸ 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.

¹⁵⁹ F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.*

¹⁶⁰ F. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 283.

¹⁶¹ 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.

¹⁶² P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 75 ss.

¹⁶³ 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.

¹⁶⁴ 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.

¹⁶⁵ P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 76 s.

¹⁶⁶ In senso conforme anche F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.*

¹⁶⁷ 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.

¹⁶⁸ 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.

JUS CIVILE



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 di questo 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 sol 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 revisione¹⁶⁹.

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).

Non costituiscono invece materia di accordo le scelte connesse all'esercizio delle libertà e dei diritti e fondamentali della persona¹⁷⁰ 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 lavorativa¹⁷¹), 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

¹⁶⁹ P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 77.

¹⁷⁰ 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.

¹⁷¹ 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».

JUS CIVILE



interessi (quello di coppia e l'interesse individuale), ferma restando la limitatezza degli effetti derivanti dall'inosservanza del dovere.

8. – Come nel matrimonio, a ciascuna delle parti dell'unione civile viene riconosciuto dalla legge il potere di dare attuazione all'indirizzo di vita concordato, cioè di assumere in concreto le iniziative volte a realizzarlo anche mediante la stipulazione di negozi giuridici.

Perché ciò sia reso possibile occorre peraltro che gli interessati non si siano limitati a tracciarne le linee di massima ma abbiano definito anche le scelte fondamentali volte ad attuarle. Se così non fosse verrebbe disatteso il principio secondo il quale il governo della famiglia, e cioè le scelte più importanti per la stessa, sono rimesse all'accordo delle parti. Tali linee essenziali potranno anche cogliersi, in via deduttiva, dalle scelte precedentemente compiute.

Il potere disgiunto di attuazione tende dunque a limitare il rigore della regola che scaturirebbe altrimenti dalla necessità di ricorrere all'accordo nell'assunzione di tutte le decisioni riguardanti la coppia e che rischierebbe di paralizzare qualsiasi iniziativa. Per tale ragione questo principio è da considerarsi inderogabile nella sua espressione fondamentale pur potendo essere conformato alle esigenze della coppia, ad esempio mediante la determinazione di sfere di competenza da riservarsi a ciascuno, nel rispetto del principio di uguaglianza (il quale risulterebbe violato se tutti i poteri di attuazione dell'indirizzo di vita fossero riservati ad uno solo) nell'ambito delle quali solo a lui spetta questo potere o, al contrario, individuando profili specifici rispetto ai quali anche l'attività di attuazione deve compiersi concordemente¹⁷².

In virtù di questo potere pertanto, con riferimento ai rapporti interni, ciascuno può attingere alle risorse destinate al soddisfacimento dei bisogni familiari (versate ad esempio su un conto corrente bancario cointestato) o pretendere il rimborso delle spese sostenute eccedenti il proprio obbligo contributivo. Viceversa se le spese sostenute non sono tra quelle concordate sulla base dell'indirizzo di vita programmato o ne eccedono l'importo, l'altra parte non sarà tenuta a contribuirevi, salvo il caso in cui abbiano comunque soddisfatto un bisogno essenziale della famiglia che, proprio per questa ragione, è comunque meritevole di tutela. Devono considerarsi tali quelli compatibili con un tenore di vita dignitoso o anche superiore, se adottato per scelta dalla coppia. In questa prospettiva, ad esempio, può rientrare tra i bisogni familiari anche il soddisfacimento di un'esigenza di carattere voluttuario, non presa in considerazione nell'accordo sull'indirizzo di vita, ma che non ecceda le risorse che normalmente la coppia impiega a tali fini.

In assenza di riscontri normativi (presenti in altri ordinamenti¹⁷³), il problema più delicato riguarda però, come è noto, soprattutto i rapporti esterni alla coppia; esso è stato affrontato dagli

¹⁷² Ma in senso contrario S. ALAGNA, *op. cit.*, p. 214 secondo il quale ne conseguirebbe «uno svuotamento del potere di gestione separata esplicitamente previsto dalla legge».

¹⁷³ In particolare il § 2 della LPartG tedesca prevede la reciproca responsabilità dei conviventi, così come accade nel matrimonio (§ 1357 BGB).

JUS CIVILE



interpreti con riferimento ai rapporti tra coniugi ma si pone negli stessi termini riguardo ai componenti dell'unione civile. Ci si chiede cioè se il terzo che ha fatto credito ad uno dei coniugi (o degli uniti civilmente) possa agire nei confronti dell'altro per ottenere l'adempimento, avendo fatto legittimamente affidamento anche sulla sua responsabilità.

La giurisprudenza privilegia ancora l'indirizzo restrittivo, nonostante il fondamentale dissenso della dottrina maggioritaria, richiamando il principio, enunciato dall'art. 1372, 2° comma cc., in virtù del quale il contratto produce effetti solo nei confronti delle parti. Principio al quale i giudici avevano però a volte derogato, prima della riforma del 1975, con riferimento alle obbligazioni contratte dalla moglie nell'interesse della famiglia, ricorrendo ad un presunto mandato tacito conferito dal marito, nonché sul suo dovere di soddisfarne le esigenze¹⁷⁴. Soluzione poi gradualmente abbandonata¹⁷⁵ dopo il superamento del principio secondo il quale il marito e la moglie ricoprivano ruoli diversi all'interno della famiglia. Tale indirizzo tuttavia è stato a volte disatteso, col riconoscimento di responsabilità da parte di entrambi i genitori per le obbligazioni contratte nell'interesse dei figli, richiamando un tacito mandato a contrarre obbligazioni, in special modo quando è in gioco una loro esigenza fondamentale (per lo più la salute)¹⁷⁶ oppure attribuendo rilievo all'apparenza creata¹⁷⁷, anche sulla base di comportamenti pregressi, e sulla quale il terzo avesse fatto affidamento¹⁷⁸.

Viceversa la dottrina sembra propensa, pur con diversità di motivazioni, ad attribuire ad entrambi i coniugi la responsabilità debitoria. A tal fine si è individuato in capo a ciascuno ora un potere conferito dalla legge di agire in nome proprio nell'interesse della famiglia¹⁷⁹ onde fare fronte alle esigenze della stessa¹⁸⁰, ora l'esercizio di una funzione¹⁸¹, ora un mandato *ex lege*¹⁸², ora un potere di agire nell'interesse comune ricollegabile all'art. 144¹⁸³.

¹⁷⁴ Ad esempio, Cass., 6 maggio 1957, n. 1529, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1724.

¹⁷⁵ Alle medesime argomentazioni ha fatto però ancora ricorso, Cass., 23 settembre 1986, n. 5709.

¹⁷⁶ Cass., 25 luglio 1992, n. 8995, in *Vita not.*, 1993, p. 219, ha ritenuto responsabile il marito riguardo alle obbligazioni contratte dalla moglie per le cure sanitarie dei figli. Analogamente, Cass., 29 novembre 1995, n. 12390 e Cass. 8 agosto 2002, n. 12021, parlano, riguardo alle spese per cure mediche dei figli, di obbligazione solidale dei genitori sorta in virtù di mandato tacito. Ha invece adottato la soluzione opposta Cass., 10 ottobre 2008, n. 25026, con riferimento ad un caso in cui un solo genitore aveva preso l'iniziativa di iscrivere i figli ad una scuola privata, ritenendo che il bisogno essenziale dell'istruzione avrebbe potuto soddisfarsi altrimenti, mediante il ricorso ad una scuola pubblica. La soluzione appare condivisibile sempre che l'iniziativa del genitore non fosse compatibile con l'indirizzo di vita prescelto circa l'istruzione e l'educazione dei figli.

¹⁷⁷ Cass., 7 luglio 1995, n. 7501, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 142; Cass., 7 ottobre 1975, n. 3177, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2447. Cass., 6 ottobre 2004, n. 19947, *ivi*, 2005, I, c. 392, ha negato il ricorrere di tale apparenza per il fatto che la moglie avesse stipulato un contratto volto a traslocare da un appartamento ad un altro.

¹⁷⁸ Cass., 28 aprile 1992, n. 5063, in *Foro it.*, 1992, I, c. 3000; Cass., 8 gennaio 1998, n. 87, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 1314; Cass., 18 maggio 2015, n. 10116.

¹⁷⁹ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 67 ss.

¹⁸⁰ G. BONILINI, *op. cit.*, p. 118.

¹⁸¹ F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 522.

¹⁸² F. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, p. 547.

¹⁸³ A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 623 ss.; S. ALAGNA, *op. cit.*, p. 353 ss.

JUS CIVILE



Il potere di agire, vincolando anche l'altro coniuge, o il componente dell'unione civile, può trovare soddisfacente fondamento, a mio parere, nella regola relativa all'attuazione dell'indirizzo concordato, almeno quando l'obbligazione possa ricondursi nell'ambito di quest'ultimo o comunque abbia soddisfatto un'esigenza essenziale della famiglia. Deve ritenersi infatti che, anche in quest'ultima ipotesi, entrambi i membri della coppia siano legittimati ad agire, non potendosi porre in discussione le ragioni sulle quali esso si fonda.

Il medesimo problema si pone peraltro quando si intenda stabilire la legittimazione del creditore ad agire sui beni in comunione legale o vincolati al fondo patrimoniale, sul presupposto appunto che l'obbligazione sia stata contratta per soddisfare i bisogni o comunque nell'interesse della famiglia (art. 186 lett. c). In caso affermativo la responsabilità dell'altro coniuge è indiscutibile già sulla base di quanto previsto dalla norma con riferimento a tali regimi patrimoniali (responsabilità dei beni in comunione per l'intero debito e dei beni personali di ciascuno per la metà del credito rimasta insoddisfatta, applicabile anche in presenza del fondo patrimoniale).

Il problema si porrebbe pertanto solo in costanza del regime di separazione dei beni e riguardo alla natura solidale della responsabilità stessa; esso appare superabile in senso positivo in base al combinato disposto degli artt. 144, 186 e 1294 cc., non sussistendo infatti plausibili ragioni per ritenere che i coniugi (o gli uniti civilmente) siano tenuti con intensità diversa a soddisfare i bisogni della famiglia a seconda del regime patrimoniale adottato. Peraltro il potere di attuazione dell'indirizzo di vita verrebbe sostanzialmente negato, a colui che non ha mezzi sufficienti per onorare l'obbligazione da contrarre in quanto ben difficilmente i terzi sarebbero disposti a fargli credito¹⁸⁴ finendo così col discriminarlo.

Se sussistono pertanto le ragioni per individuare nell'art. 144 il potere di ciascun componente della coppia di agire nell'interesse della famiglia (e in quanto il medesimo sia configurabile) vincolando anche l'altro, la responsabilità solidale si fonda sulla presunzione¹⁸⁵ introdotta dall'art. 1294 cc.; peraltro detta responsabilità è riconosciuta – come si è detto – anche dalla giurisprudenza quando l'obbligazione è stata contratta dal genitore per soddisfare un interesse dei figli, sulla base del dovere di mantenimento previsto dall'art. 315 *bis* cc. Allo stesso modo, almeno a mio parere, può configurarsi un diritto di ciascuno dei membri della coppia ad ottenere in concreto il soddisfacimento dei bisogni riconducibili all'indirizzo di vita. Per tale ragione, occorre procedere ad una interpretazione restrittiva dell'art. 190 cc. in virtù della quale la responsabilità parziaria dei beni personali, in costanza del regime di comunione, non opera riguardo alle obbligazioni contratte per soddisfare bisogni della famiglia¹⁸⁶.

Il creditore è dunque maggiormente garantito ove l'obbligazione soddisfi una esigenza es-

¹⁸⁴ La giusta osservazione è di M. PARADISO, *op. cit.*, p. 224 ss.; nonché S. ALAGNA, *op. cit.*, p. 379.

¹⁸⁵ In tal senso v. M. PARADISO, *op. loc. cit.*; S. ALAGNA, *op. cit.*, p. 385.

¹⁸⁶ A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 628, ritiene invece che la norme introduce una limitazione di responsabilità del coniuge che non ha contratto l'obbligazione.

JUS CIVILE



senziale o che sia comunque riconducibile all'indirizzo concordato, per quanto è dato desumere ai terzi anche sulla base delle scelte pregresse¹⁸⁷.

Nei casi dubbi sembra appropriato addossare all'altro contraente un onere di diligenza nel verificare la conformità dell'iniziativa a detto indirizzo o ad acquisire il consenso dell'altro componente dell'unione, al fine di poterne poi invocare la responsabilità.

9. – Appare opportuno chiedersi a questo punto se l'espressione “indirizzo della vita familiare” sia appropriata o debba considerarsi una mera disarmonia linguistica all'interno di un (più o meno) condivisibile quadro tracciato dalla legge, volto a sopprimere tutti i riferimenti alla famiglia contenuti nel codice civile a proposito della coppia coniugata quando si intende indicare la coppia vincolata da unione civile. Si tratta in altre parole di stabilire se detta coppia possa considerarsi a tutti gli effetti una famiglia, la quale si affiancherebbe allora a quella legittima menzionata dall'art. 29 cost., o dia vita ad un rapporto di tipo diverso, il cui riconoscimento non porrebbe allora problemi di costituzionalità, anche se si aderisse alla tesi tradizionale secondo la quale la norma prevista dalla Carta non consentirebbe di introdurre all'interno dell'ordinamento modelli alternativi rispetto alla famiglia fondata sul matrimonio. Ma anche se si ritenesse il contrario, l'interrogativo non rivestirebbe secondaria importanza sia al fine di formulare un giudizio sull'iniziativa del legislatore sia nella prospettiva di una individuazione dei valori su cui si fonda l'ordinamento e della ricostruzione sistematica dell'istituzione familiare, in vista dell'applicazione a queste unioni delle norme relative alla stessa. Si pensi, ad esempio al riferimento contenuto nell'art. 31 cost. circa l'adozione di misure economiche ed altre provvidenze volte ad agevolarne la formazione, all'art. 36 cost. il quale richiede che la retribuzione sia sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa, all'art. 37 cost. che impone di assicurare alla donna condizioni di lavoro tali da consentire l'adempimento della funzione familiare che le è propria, alla nascita del vincolo di affinità con i parenti dell'unito civilmente.

Nell'affrontare il problema di costituzionalità della legge è necessario partire dall'opinione, espressa da una parte della dottrina, a giudizio della quale i limiti posti dall'art. 29 cost. sarebbero tali da doversi escludere la possibilità di considerare famiglie le unioni non matrimoniali (bensì unioni parafamiliari)¹⁸⁸. L'espressione “società naturale” contenuta nell'art. 29 cost. non legittimerebbe infatti la ricostruzione dell'istituto in chiave evolutiva ma starebbe ad indicare che la famiglia preesiste allo Stato, il quale deve limitarsi a riconoscerla ed a rispettarne l'autonomia¹⁸⁹

¹⁸⁷ Osserva F. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 295 che in questo caso l'altro contraente è meritevole di protezione anche se l'obbligazione non rientra effettivamente nell'ambito dell'indirizzo concordato.

¹⁸⁸ Cfr. per tutti A. RUGGERI, «Strane» idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche e implicazioni di ordine istituzionale, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, p. 331 ss.; ID., *Unioni civili e convivenze di fatto: “famiglie” mascherate?* cit., p. 251 ss.; F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 520 ss.; G. GIACOBBE, *Famiglia, molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam.*, 2006, p. 1219 ss.

¹⁸⁹ Con riferimento a questo aspetto v. A.M. SANDULLI, *Commento all'art. 29 cost.*, in *Comm. al dir. it. della famiglia*, diretto da G. CIAN-G. OPPO-A TRABUCCHI, cit., I, p. 7 ss.

JUS CIVILE



per garantire adeguato sviluppo alla persona. La soluzione contraria non potrebbe fondarsi sul dettato dell'art. 2 cost. perché la formazione sociale familiare, tutelata dall'ordinamento, sarebbe solo quella delineata specificamente dall'art. 29 cost.¹⁹⁰. Proprio per questa ragione sarebbe precluso sia all'interprete sia al legislatore adottare soluzioni o iniziative tendenti ad assimilare, nella sostanza, alla famiglia legittima altre forme di unioni affettive. Ulteriore difficoltà sarebbe costituita dal fatto che nell'unione civile manca la diversità di sesso, il quale costituirebbe connotato fondamentale della famiglia. Contraria al dettato costituzionale sarebbe anche l'introduzione di singole norme che le tutelino allo stesso modo dell'unione coniugale, quando "l'appartenenza alla famiglia costituisce un titolo di preferenza"¹⁹¹, (si pensi ai diritti successori). Di qui la conclusione che per introdurre nuove forme di unioni familiari o persino singole norme caratterizzanti la famiglia occorrerebbe procedere alla revisione dell'art. 29.

Negativo è anche il giudizio circa l'opportunità di introdurre nell'ordinamento modelli alternativi di famiglia rispetto a quella legittima.

Alla conclusione opposta perviene la dottrina maggioritaria più recente¹⁹² secondo la quale è da privilegiare, invece, una interpretazione sistematica ed evolutiva del dettato costituzionale, intesa a valorizzare i mutamenti sociali verificatisi nel tempo circa il modo di vivere la vita affettiva di coppia. In questo senso sembrerebbe invero orientata anche la Corte costituzionale la quale, nella sentenza n. 138 del 2010, afferma che il concetto di famiglia deve interpretarsi tenendo conto "non solo delle trasformazioni dell'ordinamento ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi"¹⁹³.

Ancor più significativa è la posizione assunta dalla Corte EDU la quale, ormai da molti anni, ha sottolineato che il diritto alla vita familiare, enunciato dall'art. 8 della Convenzione EDU, è riconosciuto non solo alle famiglie fondate sul matrimonio ma anche alle coppie di fatto¹⁹⁴, ivi comprese le unioni omosessuali¹⁹⁵.

A mio avviso appare preferibile la soluzione, accolta dalla corrente di pensiero più recente,

¹⁹⁰ A. TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait!*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, p. 329 ss. ed anche gli autori cit. alla nota 188.

¹⁹¹ A. TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 32.

¹⁹² Cfr. Per tutti, F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, p. 148 il quale osserva che «l'assunzione dello schema da socialmente a giuridicamente tipico non incontrerebbe quindi alcun ostacolo in chiave di costituzionalità (...) (ma) in chiave di opportunità»; V. SCALISI, *La «famiglia» e «le famiglie»*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*, Atti del Convegno di Verona (14-15 giugno 1985), Padova, 1986, p. 270 ss.; P. ZATTI, *Famiglia familiae – Declinazione di un'idea*, I. *La privatizzazione della famiglia*, in *Famiglia*, 2002, p. 9 ss.; L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, a cura di T. Auletta, in *Trattato di diritto privato diretto da M. BESSONE*, I, Torino, 2010, p. 1 ss.; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO, Milano, 2014, p. 1 ss.; F. ROMEO, *Famiglia legittima e unioni non coniugali*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Torino, 2014, p. 3 ss.; ID., *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 665 ss.; M. SEGNI, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 707 ss.

¹⁹³ Del 15 aprile 2010, cit. alla nota 3.

¹⁹⁴ CEDU, 22 aprile 1997, *X e altri v. Regno Unito*.

¹⁹⁵ CEDU, 24 giugno 2010, ric. 30141/04, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 1137, con nota di M. WINKLER; CEDU, 19 febbraio 2013, ric. 19010/07 *X e altri v. Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 519.

JUS CIVILE



che ritiene compatibile con i principi espressi dall'ordinamento la configurazione di una pluralità di "famiglie" o di "modelli familiari" alla luce di una lettura sistematica degli artt. 2 e 29 della costituzione¹⁹⁶ (l'art. 2 contempla dunque il *genus*, l'art. 29 la *species*)¹⁹⁷. Infatti in realtà l'art. 29 non pone ostacoli all'introduzione (o all'applicazione) di regole che connotano la famiglia anche a unioni non fondate sul matrimonio, bensì impone al legislatore il riconoscimento del modello di unione fondato sul matrimonio, legittimando eventualmente scelte volte ad instaurare una tutela privilegiata della stessa rispetto ad altre forme di unione¹⁹⁸.

Su questa linea si orientato almeno in parte il legislatore del 2016 il quale, discostandosi dall'interpretazione più restrittiva, ha ritenuto legittima l'iniziativa di introdurre una disciplina dell'unione civile ma ha inteso superare, nel contempo, i problemi prospettati, diversificandola per alcuni aspetti, dalla coppia coniugata (come si è precedentemente posto in luce) e definendo la prima "specifica formazione sociale", ai sensi degli artt. 2 e 3 della costituzione. In questa prospettiva la soluzione adottata non si porrebbe in contrasto col dettato dell'art. 29, anche se si condividesse l'interpretazione della dottrina tradizionale. Definizione quest'ultima che, tuttavia, non appare decisiva perché non vincola l'interprete, al quale spetta stabilire se nella coppia unita civilmente siano presenti i connotati essenziali caratterizzanti il rapporto familiare.

Sotto il profilo dell'opportunità, poi, occorre tenere conto che l'introduzione di una regolamentazione dell'unione civile era considerata doverosa sia da parte della Corte Costituzionale sia da parte della CEDU¹⁹⁹ (v. § 1).

Se dunque non si condivide l'idea secondo la quale può configurarsi una famiglia solo se fondata sul matrimonio occorre chiedersi se nell'unione civile possano individuarsi gli elementi caratterizzanti la coppia sposata e ne fanno pertanto una famiglia. Secondo autorevole opinione²⁰⁰ (la quale peraltro nega la possibilità di ampliare il concetto di famiglia tanto da ricom-

¹⁹⁶ G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze: Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1719 s ritiene preferibile la prima espressione. V. anche citaz. alla nota 192. Non si tratta quindi di dimenticare – come afferma F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVII ed., Napoli, 2015, p. 317 – il ruolo di esclusività riservato dalla costituzione alla famiglia legittima, ma di privilegiare altra possibile lettura della norma.

¹⁹⁷ Cfr. in proposito anche A. SPADAFORA, *Contratti di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, p. 1 ss.

¹⁹⁸ V. ampiamente in proposito A. AMBROSI, *Unioni civili ecostituzioine*, cit., p. 1676 ss., il quale ritiene possibile una equiparazione tra coppia coniugata ed unita civilmente senza che con questo venga violato l'art. 29 cost. È largamente condivisa peraltro l'idea secondo la quale la famiglia legittima rappresenta «l'istituzione» ed il riferimento per gli altri modelli familiari: v. in proposito V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità dell'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 2043 ss.; G. BONILINI, *op. cit.*, p. 1 ss.

¹⁹⁹ La CEDU, 21 luglio 2015, ric. 18766/11, *Oliari e altri v. Italia*. aveva condannato ancor di recente l'Italia, per violazione dell'art. 8 della Convenzione EDU a risarcire il danno subito da una coppia di omosessuali per il mancato riconoscimento di una tutela sufficientemente stabile della loro unione, come risulta quella fondata sull'attuale quadro giurisprudenziale. Con la propria inerzia, affermava la Corte, «il Governo italiano ha ecceduto il suo margine di discrezionalità e non ha ottemperato all'obbligo positivo di garantire che i ricorrenti disponessero di uno specifico quadro giuridico che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali».

²⁰⁰ Ci si riferisce all'opinione espressa da A. TRABUCCHI per la cui completa ricostruzione si rinvia alle opere citate alle note 190 e 191, nonché a *Natura, legge famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 1 ss.

JUS CIVILE



prendervi anche le unioni non fondate sul matrimonio) essi sarebbero costituiti dalla *certezza*, *esclusività*, *stabilità*, *vincolatività* del legame, *capacità espansiva*²⁰¹, *diversità di sesso*.

Certezza, perché la nascita dell'unione coniugale deriva da un atto formale per di più sottoposto a pubblicità; *esclusività*, non potendo esistere più di una; *stabilità* perché, il matrimonio, quantunque dissolubile, non si estingue in maniera immediata ed assolutamente discrezionale ma solo al termine di un articolato procedimento che presuppone un accordo o una valutazione giudiziale, volto a salvaguardare la parte economicamente debole²⁰¹; *vincolatività* perché la coppia assume doveri che, pur limitando la libertà, danno ad un tempo reciproca sicurezza²⁰², "*capacità espansiva*" perché dal matrimonio sorgono vincoli di parentela che uniscono i membri della famiglia legittima, e di affinità con i parenti dell'altro coniuge; *diversità di sesso*, in quanto il modello che trova riscontro nel codice civile, ed a cui verosimilmente si è ispirato il costituente, è quello dell'unione di un uomo e di una donna.

La maggioranza dei suddetti caratteri sono riscontrabili anche nell'unione civile. Essa sorge infatti sulla base di una dichiarazione resa innanzi all'ufficiale civile che deve essere inserita nei registri di stato civile (*certezza*). L'unione non può essere costituita da chi è legato con altra persona in matrimonio o da altra unione civile (*esclusività*). Essa comporta l'assunzione di diritti e doveri volti a realizzare la comunione di vita della coppia (che può risultare anche formalmente mediante la scelta di un cognome comune), il cui perseguimento costituisce l'obiettivo dell'unione stessa (*vincolatività*). È necessario instaurare un procedimento giudiziale per giungere allo scioglimento, anche se più rapido e maggiormente semplificato rispetto a quello previsto per il matrimonio, al quale sopravvive nei medesimi termini il dovere di assistenza materiale (assegno di mantenimento, pensione di reversibilità, diritti sulla casa familiare) (*stabilità*).

Manca però la diversità di sesso dei membri della coppia che tuttavia non sembra incidere sulla sostanza del rapporto in quanto, a mio parere, l'essenza della famiglia è costituita dall'attuazione doverosa del progetto di realizzare la comunione di vita delineato dalla legge (anche se con qualche lacuna alla quale è chiamato ad ovviare l'interprete)²⁰³. E peraltro, ove così non fosse, dovrebbe considerarsi leso il diritto della coppia del medesimo sesso di formare una famiglia (art. 9 della Carta di Nizza) ed al rispetto della vita familiare, sancito dall'art. 8 della CEDU.

Carente sembrerebbe anche il carattere della *espansività*, in base alla considerazione che la coppia del medesimo sesso non è in grado di generare naturalmente e non può ricorrere a procreazione assistita, nonché sarebbe esclusa da ogni forma di adozione (anche quella del figlio

²⁰¹ Tale assunto non è posto in discussione da A. TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait!*, cit., p. 339, 343 il quale osserva che in caso contrario sarebbe come imporre le conseguenze del matrimonio a chi non l'ha voluto.

²⁰² Al significato e alle conseguenze degli impegni assunti dai coniugi con il matrimonio e dalle ripercussioni sulla libertà personale sono dedicate da A. TRABUCCHI numerose pagine nel saggio *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia*, cit., p. 28 ss.

²⁰³ In senso contrario A. RUGGERI, *Unioni civili e convivenze di fatto: "famiglie" mascherate? (nota minima su questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da parte della legge n. 76 del 2016)*, cit., p.

JUS CIVILE



dell'altro componente). Preclusa sembrerebbe altresì la costituzione del vincolo di affinità con i parenti dell'altro, in quanto la legge non contiene una previsione in tal senso o un rinvio all'art. 78 cc. Riguardo al primo aspetto occorre ricordare tuttavia che in giurisprudenza è sempre più diffuso l'indirizzo secondo il quale, richiamando l'interesse del minore, si riconosce rilevanza al rapporto genitoriale costituito all'estero mediante procreazione assistita o adozione nei riguardi di persone dello stesso sesso onde il rapporto di parentela si costituisce non solo tra genitore e figlio ma anche con gli altri familiari (ad es., tra i fratelli). Pertanto la diversità con l'unione matrimoniale si limiterebbe alla mancanza del rapporto di affinità.

Tale diversità appare comunque del tutto marginale e non costituisce ostacolo a considerare famiglia la coppia del medesimo sesso, tanto più (ma ciò non è essenziale) se sussistono figli, anzi la natura familiare del rapporto suscita dubbi di ragionevolezza sulla scelta normativa di diversificare i membri dell'unione civile rispetto ai coniugi riguardo alla negazione del vincolo di affinità.

I riscontri normativi consentono allora di affermare, con ragionevole certezza, che accanto alla famiglia legittima si configura anche altro modello familiare derivante dalla costituzione dell'unione civile²⁰⁴. A questi due modelli dovrebbe aggiungersi poi, secondo un'opinione ormai largamente condivisa, la coppia che convive stabilmente in comunione di vita²⁰⁵, così come prefigurata anche dalla seconda parte della legge in esame (comma 36), quantunque non sussista un vincolo formalmente costituito. Certamente quest'ultimo modello non presenta la maggior parte dei caratteri in precedenza rilevati (mancano la vincolatività, e la certezza mentre la stabilità è meno garantita) e dunque porrebbe maggiori dubbi sul carattere familiare delle mere convivenze, problematiche che fuoriescono peraltro dai confini di questo contributo.

²⁰⁴ Alla medesima conclusione sia pure con ragionamenti diversi, pervengono P. ZATTI, *Introduzione al convegno*, cit., p. 1663 ss.; G. IORIO, *op. cit.*, p. 86. Ma in senso contrario G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 143.

²⁰⁵ La giurisprudenza ha fatto propria l'espressione "famiglia di fatto" per qualificare detta unione. Anche di recente la Cassazione (3 aprile 2015, n. 6855, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 681 con nota di E. AL MUREDEN) ha affermato infatti che l'espressione «indica prima di tutto una "famiglia", portatrice di valori di stretta solidarietà, di arricchimento e sviluppo della personalità». Analogamente in precedenza, Cass., 21 marzo 2013, n. 7214; Cass., 12 marzo 2012, n. 3923; Cass., 11 agosto 2011, n. 17195, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 25; Trib. Torino, 1 dicembre 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I p. 518.