



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2016 FASC. II

(ESTRATTO)

ANTONIO 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)**

16 GIUGNO 2016

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio 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)*

ABSTRACT: *The present contribution deals with civil partnerships and de facto relationships, which are regulated by law no. 76/2016. The aim of this work is to discuss whether this law complies with the Constitution and with the paradigm of “family” which results from “living constitutional law”, being the latter the product of the Constitutional Court’s case law as well as of ordinary courts’ decision and of praxis.*

SOMMARIO: 1. *Famiglia e formazioni sociali “parafamiliari”*: “cose” diverse che reclamano discipline parimenti diverse, dovendosi pertanto individuare e tenere distinti – ed è questione assai impegnativa per l’aspetto teorico-pratico – gli elementi di somiglianza rispetto a quelli di diversificazione, al fine del riscontro secondo ragionevolezza della congruità delle norme che li riguardano. – 2. I diritti e gli obblighi degli “uniti” e dei conviventi e la questione cruciale se l’insieme dagli stessi composto pecchi per eccesso di somiglianza rispetto ai connotati propri delle relazioni coniugali. – 3. I tratti distintivi della famiglia e delle formazioni “parafamiliari”, segnatamente per ciò che attiene alla mancata previsione dell’obbligo di fedeltà e del diritto di adozione e ad alla loro eventuale aggiunta (con specifico riguardo a quest’ultimo, limitatamente a casi eccezionali) per mano della Corte costituzionale.

1. *Famiglia e formazioni sociali “parafamiliari”*: “cose” diverse che reclamano discipline parimenti diverse, dovendosi pertanto individuare e tenere distinti – ed è questione assai impegnativa per l’aspetto teorico-pratico – gli elementi di somiglianza rispetto a quelli di diversificazione, al fine del riscontro secondo ragionevolezza della congruità delle norme che li riguardano

Che idea s’è fatto e ci consegna l’autore della legge n. 76 del 2016 a riguardo delle unioni civili e delle convivenze di fatto?¹ Ed è un’idea compatibile con la Costituzione, e segnatamente col modello di “famiglia” risultante dal “diritto costituzionale vivente”, di cui ha – perlomeno fino ad oggi – mostrato di volersi fare portatore il giudice delle leggi?²

La prima questione rimanda, a conti fatti, alla natura giuridica degli “istituti” di cui siamo oggi chiamati a trattare. Li chiamo per il momento così senza impegnarmi in definizioni che, per l’uno o per l’altro verso, potrebbero dimostrarsi inappropriate.

Vado subito al cuore del problema. Ebbene, la stessa legge, nel suo primo art., parrebbe voler tenere nettamente distinta l’unione, espressamente qualificata quale “formazione sociale”, rispetto alle convivenze, delle quali non si fa parola di siffatto loro carattere. E si noti la (forse, non casuale) circostanza per cui dell’una si discorre al singolare, delle seconde invece al plurale: quasi che possano darsi più “tipi” o varianti di queste ultime. La qual cosa – anticipo subito una notazione che riprenderò più avanti – parrebbe invero avvalorata dal fatto che le convivenze possono presentarsi in forme assai

* Intervento ad un incontro di studio su *Unioni civili e convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, svoltosi a Messina il 14 giugno 2016, alla cui data lo scritto è aggiornato.

¹ Avverto che, d’ora innanzi, per brevità non ripeterò i termini “civile” e “di fatto”, considerandoli implicitamente riferiti ai sostantivi di cui essi danno la qualificazione.

² Per la verità, il “diritto costituzionale vivente” non è solo quello risultante dalla giurisprudenza che viene a formazione alla Consulta, dovendosi tenere conto altresì degli indirizzi, peraltro internamente assai variegati, della giurisprudenza comune e delle pratiche giuridiche in genere (senza, peraltro, sottacere il concorso che *ab extra*, e segnatamente dalla giurisprudenza delle Corti europee, può altresì venire alla messa a punto del diritto in parola). Tutti gli operatori, infatti, possono dar voce alla Costituzione concorrendo, in varia misura, alla sua implementazione nell’esperienza. È tuttavia fuor di dubbio che il giudice delle leggi sia un interprete privilegiato, altamente qualificato, dotato di una forza persuasiva – al di là dei vincoli formali discendenti dalle sue pronunzie – di cui non dispongono altri, pur autorevoli, operatori, coi quali nondimeno la Corte costituzionale intreccia una fecondo, quotidiano “dialogo”, dando e ricevendo suggestioni ed indicazioni di vario segno ed intensità.

varie, sulla base dei contratti eventualmente stipulati tra i soggetti che vi danno vita aventi ad oggetto i loro rapporti patrimoniali³, fermi restando taluni connotati identificativi comuni.

In realtà, anche le convivenze sono “formazioni sociali” giuridicamente meritevoli di tutela, tant’è che sono esse pure fatte oggetto di disciplina dalla legge, riconoscendosi diritti e doveri in capo a coloro che le compongono⁴. Potrebbe, per vero, argomentarsi la tesi secondo cui i diritti e doveri in parola sono direttamente ed esclusivamente imputati ai soggetti in quanto versino nella condizione di fatto di essere conviventi. L’argomento, però, proverebbe troppo, sol che si pensi che anche i soggetti che danno vita ad un’unione – potremmo, dunque, dire: gli “uniti”⁵ – godono di diritti e sono gravati da doveri in quanto parti dell’unione stessa. È, dunque, nella formazione sociale, in un caso e nell’altro, la radice da cui traggono linfa e il fondamento su cui poggiano le situazioni soggettive in discorso, senza alcuna sostanziale differenza, per l’aspetto ora considerato, tra di loro⁶. Formazioni, perciò, tutte “parafamiliari”: etichetta, questa, che qui pure, come già altrove⁷, adopero caricandola di una voluta ambiguità concettuale, in essa evocandosi e mescolandosi assieme tanto l’idea della assimilazione quanto quella della diversificazione rispetto alla famiglia, nella sua ristretta e propria accezione.

Un chiarimento preliminare s’impone a questo riguardo, col quale delinea subito la cornice teorica entro la quale si situa la succinta riflessione che mi accingo a svolgere, facendo oggetto di rapida analisi i disposti della legge che presentano maggiore interesse dal punto di vista del diritto costituzionale.

So bene che una diffusa ed accreditata dottrina ha da tempo rilevato, con dovizia di argomenti, la necessità di declinare al plurale l’antica formula della famiglia, preferendo appunto discorrere di “famiglie”⁸.

Si tratta di un indirizzo teorico che dispone di numerosi riscontri nella pratica giuridica, da noi come altrove, e che ha anzi alimentato (e seguita senza sosta ad alimentare) una innovativa giurisprudenza che viene da tempo svolgendosi nel segno di una marcata, tendenziale assimilazione, al piano del regime giuridico, alla famiglia tradizionale (fondata sul paradigma eterosessuale, suggellato dal vincolo matrimoniale) di siffatti nuovi modelli di formazioni sociali “parafamiliari” (basti solo pensare, ad es., alle pronunzie dei giudici comuni, quali di recente quelle della Corte d’Appello di Torino, che dispongono l’adozione nei riguardi dei figli di *partner* omosessuali, su cui pure tornerò di qui a

³ V il c. 50 ss. della legge in esame.

⁴ Discorso a parte va, poi, fatto per quelle che potremmo chiamare le *convivenze di mero fatto*, prive dell’attributo della stabilità richiesto dalla legge in esame ed alle quali, pertanto, restano estranee le previsioni di quest’ultima, di cui ai cc. 35 ss., mentre potranno seguitare ad essere governate dalla disciplina normativa preesistente.

⁵ Termine oggettivamente brutto ma che mi pare linearmente discenda dal sostantivo adoperato per designare la nuova formazione sociale riconosciuta dalla legge.

⁶ Quest’esito è obbligato alla luce della nozione di “formazione sociale” fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale. Leggiamo, infatti, in [Corte cost. n. 138 del 2010](#) (al punto 8 del *cons. in dir.*) che formazione è “ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”. Esplicito, come si vede, è dunque il riferimento alle convivenze (nella pronunzia ora richiamata, specificamente fatto, in ragione del caso, alle coppie omosessuali, mentre la legge in commento le ammette per coppie stabili quale che sia il sesso di coloro che le compongono).

⁷ Tra gli altri miei scritti, v., volendo, “*Strane*” *idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale*, in F. GIUFFRÈ - I. NICOTRA (curr.), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 331 ss., e [Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità \(a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014\)](#), in questa *Rivista*, 13 giugno 2014, spec. 5, nel quale ultimo è altresì l’etichetta di “*quasi familiare*” con cui è designata quella peculiare unione cui danno vita *ex coniugi*, in conseguenza del mutamento di sesso di uno di loro e in considerazione del “pregresso vissuto” – come l’ha efficacemente definito la giurisprudenza costituzionale – che ha connotato il loro rapporto di coppia. La “cosa”, seppur non il relativo nome, come si vedrà, è ora espressamente prefigurata dalla legge in commento.

⁸ Per tutti, V. SCALISI, “*Famiglia*” e “*famiglie*” in *Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, 7 ss.

momenti⁹). Una giurisprudenza nazionale che, pur nella varietà delle sue articolazioni interne¹⁰, peraltro, fa sovente richiamo ad indicazioni della giurisprudenza europea, specie laddove intende in senso largo la nozione di “vita familiare”¹¹.

Va però, ancora una volta, rilevato che quest’indirizzo non è in asse con quello delineato dalla Consulta, il quale – piaccia o no – tiene nettamente distinta la condizione della famiglia *ex art. 29 cost.*, la *sola* formazione sociale che possa fregiarsi in modo proprio di questo titolo, rispetto a quella di altre formazioni sociali pure ad essa *quodammodo* accostabili (ma, appunto, solo in parte).

Il vero è che utilizzare il termine “famiglia” anche per tali formazioni rischia solo di fare confusione, non potendosi mai riservare – come si sa – lo stesso termine per designare “cose” comunque

⁹ V., [sentt. nn. 27 e 28 del 27 maggio 2016](#), in *Quest. giust.*, 31 maggio 2016; con la seconda, in particolare, si è dato modo a due persone conviventi di adottare ciascuna la figlia biologica dell’altra; in senso analogo si era, peraltro, già determinato il Tribunale per i minorenni di Roma in più d’una occasione [in argomento, ora, M.C. CARBONE, *Impasse legislativo e attivismo giurisdizionale: lo strano caso dell’adozione “minus plena”* (Brevi note a margine della sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma, 30 dicembre 2015), in [Dirittifondamentali.it](#), fasc. monografico su *Famiglia e nuove formazioni sociali: il ddl sulle unioni civili*, 8 giugno 2016, 106 ss.; pure *ivi*, A. GEMMA, *La stepchild adoption: cenni introduttivi*, 145 ss.].

¹⁰ Riferimenti in F. MANNELLA, *I “diritti” delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, 89 ss.; L. LORELLO, *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, Giappichelli, Torino 2015, 45 ss. e M. D’AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, FrancoAngeli Milano 2016, 153 ss.

¹¹ Indicazioni, nella ormai nutrita lett., in E. CRIVELLI, *La tutela dell’orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, ESI, Napoli 2011, spec. all’ult. cap.; A. SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in B. PEZZINI - A. LORENZETTI (curr.), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli 2011, 255 ss., spec. 274 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Matrimonio, famiglia e unioni tra persone dello stesso sesso: quali confini nelle decisioni della Corte di Strasburgo?*, in L. MEZZETTI - A. MORRONE (curr.), *Lo strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo. Nei sessant’anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Giappichelli, Torino 2011, 323 ss.; R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo ed italiano*, Giappichelli, Torino 2012, spec. 181 ss. e 199 ss.; M. SEGNI, *La disciplina dell’omosessualità: Italia ed Europa a confronto*, in *Fam., pers. e succ.*, 4/2012, 252 ss.; V. SCALISI, “Famiglia” e “famiglie” in Europa, cit., 7 ss.; M.C. VITUCCI, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um., dir. internaz.*, 2/2013, 481 ss.; M.M. WINKLER, *Le coppie dello stesso sesso tra vita privata e familiare nella giurisprudenza di Strasburgo*, in R. TORINO (cur.), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma-Tre Press, Roma 2013, 75 ss.; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Plus, Pisa 2013, 19 ss.; L. POLI, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all’interesse superiore del minore*, in *Giur. it.*, 8-9/2013, 1764 ss.; R. PALLADINO, *Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in [Federalismi.it](#), *Human Rights*, 3/2013; R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Pol. dir.*, 1-2/2013, 127 ss., e, dello stesso, *Convergenze (inconsapevoli... o naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, in *Corr. giur.*, 4/2011, 579 ss.; *Pensieri sparsi, a prima lettura, su una sentenza della Corte dei diritti umani in tema di adozione e coppie dello stesso sesso e sull’efficacia delle sentenze di Strasburgo - GC, 19 febbraio 2013, X e altri c. Austria*, in *Quest. giust.*, 25 febbraio 2013; pure *ivi*, *La Cedu e le unioni civili negate alle coppie omosessuali. Osservazioni a primissima lettura su Corte dir. uomo, Grande Camera 7 novembre 2013, Vallianatos e altri c. Grecia, ric. n. 29381/09 32684/09*, 18 novembre 2013, e *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014, spec. alla parte VI (ma *passim*); infine, *Avvicinarsi alla nozione di vita familiare secondo CEDU*, in [Giustiziacivile.com](#), 3/2016, 15 marzo 2016; L. CONTE, *Nota a Corte EDU, Vallianatos e altri c. Grecia*, in [articolo29](#), 5 dicembre 2013; F. MANNELLA, *I “diritti” delle unioni omosessuali*, cit., 49 ss.; A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, FrancoAngeli, Milano 2014, spec. 182 ss.; D. GALLO - L. PALADINI - P. PUSTORINO (curr.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, Berlin 2014; M. D’AMICO, *I diritti contesi*, cit., 159 ss.; L. PEDULLÀ, *Il percorso giurisprudenziale sul riconoscimento delle c.d. “unioni civili”*, in [Rivista AIC](#), 2/2016, 17 aprile 2016; P. LOGROSCINO, *Il diritto fondamentale delle coppie same sex all’unione civile tra costituzione e integrazioni europee*, in M. GORGONI (cur.), *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Maggioli, Rimini 2016 (in corso di stampa), spec. al § 4.2. Infine, volendo, anche il mio [Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?](#), in questa [Rivista](#), 30 maggio 2014.

diverse né, ovviamente, chiamare con parole diverse la stessa cosa. Un'autentica frode alla Costituzione infatti 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 regolazione¹². Palese sarebbe, infatti, in una congiuntura siffatta la irragionevolezza della regolazione stessa, nella sua forma particolarmente espressiva della incongruità della norma rispetto al "fatto", non giustificandosi l'adozione di discipline positive sostanzialmente non dissimili per situazioni di fatto diverse e diversamente etichettate.

Ora, malgrado gli sforzi prodotti da non pochi autori di varia estrazione disciplinare (in specie civilisti e costituzionalisti) per prospettare letture "adeguatrici" (ma, in realtà, preorientate) della giurisprudenza costituzionale (in specie delle notissime [sentt. nn. 138 del 2010](#) e [170 del 2014](#)), piegandole allo scopo di patrocinare una ricostruzione larga dell'istituto familiare, deve convenire che la Carta costituzionale – *perlomeno nella sua attuale formulazione (e salvo improbabili sue revisioni al riguardo)*¹³ – cui dà voce la giurisprudenza suddetta, non consente la piena assimilazione alla famiglia di formazioni sociali pure ad essa, in una certa misura, accostabili¹⁴. Per quanti sforzi possano infatti farsi, come si sono fatti, per caricare di nuovi significati gli enunciati costituzionali, anche alla luce delle suggestioni offerte dalla giurisprudenza europea, si dà pur sempre una soglia non valicabile segnata dalla scrittura costituzionale, oltre la quale non è appunto possibile spingersi se non forzando il testo. E qui il confine è quello, con studiata accortezza, tracciato da [Corte cost. n. 138 del 2010](#).

¹² Di ciò, peraltro, si è non poche volte avuto riscontro nel diritto di famiglia come pure in altri ambiti materiali di esperienza. E così, ad es., dobbiamo per amore di verità convenire che il medesimo trattamento riservato ai figli, naturali e legittimi, da tutti particolarmente atteso e solo in tempi recenti – come si sa – avutosi con la legge n. 219 del 2012, urta col disposto costituzionale che subordina la tutela dei figli nati fuori del matrimonio alla sua "compatibilità" con quella dei diritti dei membri della famiglia legittima (art. 30). Un caso lampante in cui, anziché battere la via piana della revisione costituzionale (nella specie doverosa e non oltre modo differibile), si è preferito operare per via interpretativa, manipolando in buona sostanza il dettato costituzionale. Una operazione che, in questo come in altri casi, può sortire gli effetti sperati laddove alla manipolazione stessa offrano il loro generoso avallo gli organi di garanzia (Corte costituzionale in testa).

Ora, questo modo di fare che, in una circostanza data (quale quella cui si è appena fatto cenno), può anche considerarsi conveniente ed apprezzabile, alla lunga porta all'effetto della sostanziale delegittimazione della Carta, della sua... "*de-costituzionalizzazione*", una volta che risulti privata di autentica forza prescrittiva e, perciò, rimessa in ordine alla sua affermazione alla disponibilità in tal senso di coloro che sono chiamati ad osservarla e farla valere [ho segnalato il rischio dello smarrimento della stessa essenza della Costituzione e della sua forza che fanno correre quanti vogliono – costi quel che costi – spianare la via al riconoscimento, a Costituzione invariata, del matrimonio tra persone dello stesso sesso nel mio *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 4/2007, 751 ss.].

¹³ Questa ipotesi è ragionata, tra gli altri, da A. SPADARO, *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte*, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?, in F. GIUFFRÈ - I. NICOTRA (curr.), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 345 ss.

¹⁴ Ribadisce con chiarezza il punto, ora, P. LOGROSCINO, *Il diritto fondamentale delle coppie same sex all'unione civile tra costituzione e integrazioni europee*, cit. Non persuade, dunque, la lettura della decisione del 2010, sopra richiamata, proposta da quanti [come R. ROMBOLI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali nell'esperienza italiana*, in G. VIDAL MARCÍLIO POMPEU - F. FACURY SCAFF (curr.), *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, Conceito, Florianópolis 2012, 103 ss.] hanno fatto notare che nulla osterebbe alla introduzione del matrimonio tra omosessuali con legge ordinaria, assumendo che questa ipotesi non sarebbe stata scartata dalla decisione stessa (o, meglio, che si troverebbe enunciata in un mero *obiter dictum*). Il pensiero della Corte a difesa dell'unico modello di famiglia, fondato sul paradigma eterosessuale della coppia suggellato dal vincolo matrimoniale, è però fermo sul punto e non lascia altra via astrattamente percorribile di quella – come si diceva – della riscrittura della Carta. Non vale in avverso scindere il dispositivo dalla parte motiva, richiamandosi – come molti hanno fatto [e, tra di essi, I. RIVERA, [Il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale \(osservazioni a margine delle sentenze n. 170/2014 della Corte costituzionale e n. 8097/2015 della Corte di cassazione\)](#), in questa *Rivista*, **II/2015**, 27 maggio 2015, 466 ss.] – a [Corte cost. n. 170 del 2014](#) e rilevando che, sia pure limitatamente al caso del mutamento di sesso da parte di persona già coniugata, solo la seconda e non pure il primo avrebbe imposto il paradigma eterosessuale della coppia coniugata. Il principio di totalità, infatti, obbliga a guardare all'intera decisione nella unità inscindibile delle sue parti. Se ne ha, dunque, ancora una conferma, inequivocabile, dell'idea di famiglia di cui il giudice costituzionale si fa strenuo difensore, nel senso sopra indicato.

Non è al riguardo inopportuno richiamare i passi di questa storica decisione nei quali il giudice delle leggi in modo vigoroso sollecita il legislatore ad apprestare finalmente un'adeguata tutela ai diritti delle coppie omosessuali¹⁵, premurandosi di avvertire che la mancata assimilazione ai diritti delle coppie coniugate, *in relazione a taluni ambiti materiali di esperienza*, potrebbe esporre la disciplina legislativa a caducazione, in specie per l'aspetto della violazione del principio di ragionevolezza¹⁶. Ma, così come è doverosa la *parziale* assimilazione è specularmente non meno doverosa la *parziale* diversificazione: l'una e l'altra imposte limitatamente ai profili per i quali si giustificano: un punto di cruciale rilievo, questo, su cui la giurisprudenza resta tuttavia silente (e, credo di poter dire, non per mero accidente, riservandosi di valutare quindi caso per caso laddove la diversificazione abbia fondamento costituzionale). È però importante il principio di diritto fissato nel 2010: *la regola è infatti sollecitata a seguire il "fatto"*, il dato della vita che assume ad oggetto di regolazione, conformandosi al fatto stesso e portando quindi ad un regime giuridico congruo rispetto alla peculiare situazione disciplinata¹⁷. Proprio per ciò, laddove si sia in presenza di fatti comunque diversi, il trattamento non può che essere diverso: ne verrebbe altrimenti violato il principio di eguaglianza che, per suo statuto teorico, richiede – come si sa – norme diverse per fatti diversi e norme eguali per fatti eguali.

Lo statuto teorico dell'eguaglianza è, però, per determinazione costituzionale, complesso.

Secondo opinione corrente, l'eguaglianza ha, infatti, due volti o profili: quello formale e l'altro sostanziale; e, se l'uno si coglie dalla prospettiva statica che punta a verificare che la norma risulti davvero congrua rispetto al fatto, l'altro si apprezza unicamente dalla prospettiva dinamica, dal momento che la norma, nello stesso tempo in cui è sollecitata a conformarsi al fatto, ha da operare per la trasformazione del fatto stesso, *secondo valore (rectius, l'insieme dei valori positivizzati nel loro fare "sistema")*.

In questa tensione costante si mette a fuoco il modello e si verifica la rispondenza ad esso della disciplina in campo. Si tratta, infatti, di stabilire se in quest'ultima si rispecchia la peculiare connotazione complessiva del fatto, dandosi però allo stesso tempo le indicazioni idonee a portare alla modifica del fatto stesso, lungo il verso tracciato dalla tavola dei valori fondamentali positivizzati.

¹⁵ Il monito è stato quindi più volte ripetuto (ad es., in [Corte cost. n. 223 del 2015](#)). Non è inopportuno rammentare che il mancato ascolto datovi dal legislatore è costato una censura dalla Corte EDU, nel noto caso *Oliari* [tra i suoi molti commenti, L. PALADINI, *Corte europea dei diritti dell'uomo (Quarta Sezione), sentenza del 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia. L'inertza del Parlamento italiano in tema di unioni civili al cospetto della Corte di Strasburgo*, in [Diritto Pubblico Comparato ed Europeo](#), 3/2015, 21 luglio 2015; I. ANRÒ, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il mancato riconoscimento delle unioni civili*, in [Eurojus.it](#), 24 luglio 2015; L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Utreya coppie same-sex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, in [articolo29](#), 3 agosto 2015; L. FERRARO, *Il caso Oliari e la (inevitabile) condanna dell'Italia da parte della Corte EDU*, in [Diritto Pubblico Europeo, Rassegna OnLine](#), 2/2015; F. ALICINO, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 22 agosto 2015; pure *ivi*, C. NARDOCCI, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, 3 settembre 2015, e L. PONZETTA, *La sentenza Oliari e altri Vs. Italia: una pronuncia dai dubbi effetti*, 15 novembre 2015; ripercorre la vicenda, ora, anche M. D'AMICO, *L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in [Federalismi.it](#), 5/2016, 9 marzo 2016, 3 ss.].

¹⁶ Netta la presa di posizione al riguardo manifestata nella [sent. n. 138](#), specificamente laddove (ancora al punto 8 del *cons. in dir.*) si afferma che, "nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: [sentenze n. 559 del 1989](#) e [n. 404 del 1988](#)). Può accadere, infatti, che, *in relazione ad ipotesi particolari*, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza" (mio l'ultimo c.vo). Si sofferma ora sul punto anche L. VIOLINI, *Considerazioni sulla costituzionalità della nuova legge italiana sulle Unioni Civili*, in corso di stampa in *Politeia*, spec. al § 2.

¹⁷ Con specifico riguardo all'attitudine del "fatto" ad integrare il parametro costituzionale, indicazioni possono, volendo, aversi dal mio [Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana](#), in questa [Rivista](#), 6 novembre 2014.

Venendo specificamente a dire del nostro tema, il cuore della questione sta, dunque, nel dover cogliere gli elementi che sollecitano un eguale trattamento, al pari però degli altri che spingono per la diversificazione. In un caso e nell'altro, la qualificazione non può darsi che a mezzo della tecnica della ragionevolezza, la sola a conti fatti in grado di poter portare a sanzionare discipline normative comunque viziate o per eccesso o per difetto, e dunque tanto per indebita assimilazione quanto per indebita diversificazione: nell'un caso, assistendosi ad un'abnorme dilatazione (e, perciò, ad una torsione) dell'idea costituzionale di famiglia e, nell'altro, perpetrandosi una violazione del principio di cui all'art. 3, nel suo fare "sistema" con quello dell'art. 2 (e coi principi restanti) conseguente al sacrificio di diritti fondamentali sia dei singoli che della stessa formazione sociale dagli stessi composta, a partire dal primo di tutti i diritti, quello alla salvaguardia della dignità.

2. I diritti e gli obblighi degli "uniti" e dei conviventi e la questione cruciale se l'insieme dagli stessi composto pecchi per eccesso di somiglianza rispetto ai connotati propri delle relazioni coniugali

Due i tratti distintivi della famiglia risultanti dalla definizione datane nell'art. 29: uno di fatto (il paradigma eterosessuale della coppia) e l'altro di diritto (il vincolo matrimoniale). Ciascuno di essi evoca somiglianze e diversità, delle quali la legge in commento rende testimonianza.

Così, sono da essa introdotti elementi formali-procedimentali a mezzo dei quali si costituisce un vincolo, che è in parte analogo ed in parte diverso rispetto a quello matrimoniale, tanto tra i soggetti che danno vita ad una unione quanto per i conviventi. Ed è ancora la legge che, in opposizione rispetto alla famiglia, impone il paradigma omosessuale per la costituzione di una unione, mentre si dichiara indifferente al riguardo in merito alle convivenze.

Conosciamo poi dalla sofferta vicenda che ha portato al varo della legge le ragioni che hanno sollecitato a far luogo sia ad inclusioni che ad esclusioni di disposizioni, rispettivamente, originariamente mancanti ovvero presenti. Dobbiamo tuttavia chiederci se quanto è in essa scritto ovvero non scritto rispecchi appieno la proporzione tra gli elementi di somiglianza e quelli di diversificazione rispetto all'istituto familiare.

Il carattere "parafamiliare" di unioni e convivenze, pur nei tratti distintivi dell'una rispetto all'altra specie di formazione, è provato da molti segni.

Ne elenco alcuni tra quelli che ai miei occhi appaiono essere i più rilevanti.

Così, il c. 4 menziona tra le cause che ostano alla costituzione di una unione la esistenza di un vincolo matrimoniale o di altra unione. L'impossibilità del cumulo delle due qualità di coniugato e di "unito" è la conferma *per tabulas* della somiglianza tra famiglia e unione, che ha poi la sua massima espressione nel c. 28, lett. b), laddove si prevede la "conversione" dei matrimoni tra persone dello stesso sesso conclusi all'estero in unioni¹⁸. Una somiglianza che qui si spinge fino al punto di portare alla estensione ai componenti l'unione di ogni riferimento, ovunque fatto¹⁹, ai "coniugi", anche se – si premura di precisare l'autore dell'articolato – ciò vale "al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione..." (c. 20). Si aggiunge, inoltre, che l'equiparazione in parola non vale in relazione "alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge".

Un particolare significato acquistano, poi, i disposti di cui ai cc. 10, 11 e 12: il primo dà modo a coloro che danno vita ad un'unione di adottare un cognome comune, scegliendolo tra i loro cognomi

¹⁸ La qual cosa, nondimeno, è rimandata all'adozione della legislazione delegata da parte del Governo e non potrà dunque aversi in assenza di questa. Sui complessi profili di diritto internazionale privato della legge, v., tra gli altri, L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Osservazioni a prima lettura sulla legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nella prospettiva internazionalistica*, in *SIDI*, 13 maggio 2016, 2, ed *ivi* richiami di giurisprudenza europea (in specie di *Hämäläinen v. Finlandia*, in cui – come si sa – si è negato che per effetto della conversione in parola si abbia violazione della Convenzione laddove il regime giuridico della famiglia e dell'unione sia sostanzialmente affine).

¹⁹ ... e, segnatamente, "nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi".

ed antepoendolo ovvero posponendolo al proprio; il secondo riconosce eguaglianza piena di diritti e di doveri in capo agli “uniti”²⁰ e, in particolare, li grava dell’obbligo reciproco all’assistenza morale e materiale, alla coabitazione, al concorso, in ragione delle proprie sostanze e capacità di lavoro professionale e casalingo, a far fronte ai loro bisogni comuni²¹; il terzo, infine, chiama entrambi gli “uniti” a concordare “l’indirizzo della vita familiare” e a darvi attuazione.

D’altro canto, poggiando l’unione sul dato del carattere omosessuale della coppia²², è ovvio che si preveda lo scioglimento automatico dell’unione, laddove si abbia mutamento di sesso di uno dei suoi componenti (c. 26)²³, che nondimeno potrebbe ovviamente risolversi in una convivenza laddove le parti manifestino la loro intenzione in tal senso²⁴. Di contro, laddove il mutamento riguardi un soggetto coniugato e vi sia la volontà di entrambi i coniugi “di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili”, la famiglia dagli stessi originariamente costituita potrà automaticamente commutarsi in unione (c. 27)²⁵.

Numerosi, altresì, gli indici, sparsi per l’intera legge, che depongono a favore del carattere “para-familiare” delle stesse convivenze, una volta che risulti provata la stabilità dei legami affettivi tra i soggetti che vi danno vita²⁶. Esse pure, infatti, si pongono come alternative rispetto alla famiglia ed alla unione, a conferma della parziale (e nondimeno significativa) somiglianza rispetto a queste ultime. Non a caso, d’altronde, i soggetti che vi danno vita sono parimenti gravati del vincolo della mutua assistenza morale e materiale (c. 36).

²⁰ È interessante notare che l’eguaglianza stessa non incontra limite alcuno, neppure quelli cui vanno invece soggetti i coniugi a garanzia dell’unità familiare: *l’unità dell’... unione* – mi scuso per il bisticcio delle parole – parrebbe dunque non porsi quale valore superiore rispetto all’eguaglianza, così come invece si ha, a norma dell’art. 29 cost., per i coniugi.

²¹ ... concorso al quale possono essere chiamati anche i conviventi sulla base di ciò che potrà essere al riguardo disposto dal contratto dagli stessi stipulato [c. 53, lett. b)].

²² ... un dato, peraltro, inutilmente, in modo assillante, ripetuto di continuo lungo tutto l’articolato, quando sarebbe bastato dirlo solo la prima volta.

²³ Non si prevede invece espressamente l’ipotesi, francamente remota ma astrattamente configurabile, del simultaneo mutamento di sesso di entrambi gli “uniti”, che potrebbero perciò restare tali senza dover passare per la registrazione di una nuova unione.

²⁴ È strano, però, che questa eventualità non sia espressamente prevista, diversamente dall’ipotesi, subito appresso considerata, di conversione della famiglia in unione.

²⁵ Segnalo qui di passaggio l’inesattezza del primo frammento della espressione sopra trascritta, dal momento che i coniugi non potranno, in alcun caso, manifestare una volontà volta al mantenimento del matrimonio, impossibile a perdurare per effetto del venir meno del paradigma eterosessuale della coppia. E ciò, checché ne abbia detto una nota giurisprudenza ([Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015](#)), con cui è stato inventato il singolare istituto del matrimonio “a tempo” (pur se indeterminato...), sulla scia di una indicazione data da B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in [www.articolo29.it](#), 15 giugno 2014, cui si è quindi prontamente allineato con precisazioni P. BIANCHI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: divorzio «imposto», incostituzionale ma non troppo*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 669 ss., spec. 671; la contraria opinione, nel senso qui patrocinato, è invece argomentata da R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto” (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in *Foro it.*, 10/2014, I, 2680 ss.; V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in [Dirittifondamentali.it](#), 15 settembre 2014; C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell’additiva di principio sul “divorzio imposto”*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 18 settembre 2015, e, ora, P. LOGROSCINO, *Il diritto fondamentale delle coppie same sex all’unione civile tra costituzione e integrazioni europee*, cit., spec. al § 3, e da altri ancora. Più articolato il pensiero di alcuni commentatori della pronuncia ora richiamata o di [Corte cost. n. 170 del 2014](#), cui essa ha dato seguito [a mia opinione, infedele: v., infatti, i miei [“Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? \(A prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015\)](#), in questa [Rivista](#), 2015/I, 28 aprile 2015, 304 ss. e *Il “controcanto” stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, in *GenIUS*, 1/2015, 126 ss.], tra i quali A. D’ALOIA, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità «per mancanza di alternative»*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 672, che si è dichiarato dell’idea che la pronuncia del giudice costituzionale avrebbe creato “una sorta di limbo giuridico per i ricorrenti, quasi una ‘no law’s land’”. Fa ora il punto sulla vessata questione C.P. GUARINI, *Tra “divorzio imposto” e “matrimonio a tempo”*. Osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della Corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, I Sezione civile, in [Rivista AIC](#), 2/2016, 1 aprile 2016.

²⁶ A tal fine, il c. 37 fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all’art. 4 ed all’art. 13, c. 1, lett. b), D.P.R. n. 223 del 1989.

Di rilievo, inoltre, i diritti riconosciuti ai conviventi e riscontrabili in plurimi ambiti di esperienza: in quello carcerario²⁷ come pure in quello sanitario od ospedaliero²⁸, ed ancora a plurimi effetti civili, quali il diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza in caso di morte del proprietario²⁹ o il subentro nel contratto di locazione, di cui può beneficiare il convivente superstite³⁰, la preferenza in graduatorie volte all'assegnazione di case popolari³¹, la partecipazione agli utili dell'impresa familiare³², la presentazione di domande d'interdizione o inabilitazione³³, la nomina quale tutore, curatore o amministratore di sostegno³⁴, il risarcimento del danno derivante da illecito del terzo³⁵, il diritto agli alimenti in caso di cessazione della convivenza e il soggetto cui siano riconosciuti versi in stato di bisogno e non possa provvedere al proprio mantenimento³⁶, ecc.

Ora, problemi di costituzionalità, a riguardo di tutti questi riconoscimenti *singularmente considerati*, credo che non debbano aversene, perlomeno sotto lo specifico aspetto qui interessante relativo alla eventualità che essi alterino il modello costituzionale di famiglia. Si tratta, in realtà, di opzioni frutto di apprezzamento discrezionale del legislatore in relazione alle quali è arduo argomentare che non avrebbero dovuto, del tutto o in parte, aversi. È pur vero, tuttavia, che anche la mancata menzione di alcuni di tali diritti o interessi giuridicamente protetti assai problematicamente avrebbe potuto (o un domani potrebbe) esporsi alla censura d'irragionevolezza, assumendosi che il relativo riconoscimento discenda "a rime obbligate" dal dettato costituzionale. Insomma, il margine di manovra per il legislatore è qui assai largo e sembra, perciò, assai arduo argomentare che tanto inclusioni quanto omissioni possano andare soggette a sindacato di costituzionalità; e, laddove a ciò vadano incontro, parimenti ampio è il margine di cui dispone il giudice costituzionale nel determinarsi nell'uno ovvero nell'altro senso.

Il punto è però il rilievo *complessivamente* assunto da tutti i riconoscimenti in parola. E ci si deve allora chiedere se l'insieme dagli stessi composto risulti viziato per eccesso di somiglianza rispetto ai connotati propri della famiglia e delle relazioni tra i coniugi.

La questione è di grande momento ma – temo – meramente teorico-astratta, dal momento che – come un momento fa si diceva – i giudizi di costituzionalità hanno poi ad oggetto specifiche questioni, in relazione a norme presenti ovvero mancanti nei testi di legge, avuto riguardo a singoli ambiti materiali di esperienza.

3. I tratti distintivi della famiglia e delle formazioni "parafamiliari", segnatamente per ciò che attiene alla mancata previsione dell'obbligo di fedeltà e del diritto di adozione e ad alla loro eventuale aggiunta (con specifico riguardo a quest'ultimo, limitatamente a casi eccezionali) per mano della Corte costituzionale

I nodi cruciali – come peraltro testimoniano le accese controversie che hanno accompagnato il sofferto cammino parlamentare del disegno di legge –, ad ogni buon conto, riguardano l'obbligo di

²⁷ ... laddove ai conviventi sono riconosciuti gli stessi diritti spettanti ai coniugi (c. 38). Non è inopportuno rammentare che il diritto di visita in carcere è già riconosciuto dalla disciplina sull'ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975, art. 14-*quater*).

²⁸ ... dotandosi i conviventi dei medesimi diritti previsti per i coniugi o i familiari (c. 39), fino a poter disporre, in caso di morte, della donazione degli organi e delle modalità di trattamento del corpo [c. 40, lett. *b*]. Nuovamente, va fatto presente che la disciplina in materia di prelievi o di trapianti riconosce certi diritti anche al convivente *more uxorio* (art. 3, legge n. 91 del 1999).

²⁹ ... per un periodo tuttavia limitato, oscillante tra due e cinque anni, in relazione alla durata della convivenza.

³⁰ V., rispettivamente, cc. 42 e 44.

³¹ C. 45.

³² C. 46.

³³ C. 47.

³⁴ C. 48.

³⁵ C. 49.

³⁶ C. 65.

fedeltà, per un verso, e soprattutto, per un altro verso, la estensione a beneficio degli “uniti” del diritto di adozione.

Del primo posso qui solo dire che mi sfugge la *ratio* per la quale nella legge non se ne fa menzione³⁷, 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 sociali³⁸. In via di mera ipotesi, non escludo dunque che, laddove specificamente chiamato a pronunciarsi sul punto, il giudice delle leggi possa far luogo ad una pronunzia additiva, al fine di ripristinare la necessaria coerenza tra la prescritta assistenza e la omessa fedeltà. Non mi parrebbe invece percorribile la via, pure astrattamente immaginabile, che porti la Corte a liberarsi (sia pure in modo alquanto sbrigativo) della questione, rimettendosi all’apprezzamento discrezionale del legislatore. E ciò, ove si convenga – come, a mia opinione, devesi – che l’assistenza morale implica l’eguaglianza parimenti morale – secondo quanto, peraltro, recita in relazione ai coniugi l’art. 29 – dei componenti la coppia, la quale a sua volta presuppone la esclusività del rapporto affettivo intersoggettivo, a pena di una evidente, intollerabile incisione della dignità del *partner* tradito.

La questione maggiormente spinosa e delicata è, nondimeno, come si diceva, l’altra, riguardante il diritto di adozione a beneficio di coppia omosessuale.

Durante la gestazione parlamentare della legge e all’indomani del suo faticoso varo, molti hanno – come si sa – fissato, con apprensione, lo sguardo principalmente su questo punto scottante, affacciando con vari argomenti la tesi secondo cui, per il mero fatto del riconoscimento delle unioni, sarebbe spianata la via che porta all’adozione a beneficio dei loro componenti. Sul fronte opposto, si è, con non meno intensamente avvertita preoccupazione, lamentata la mancata, esplicita menzione del diritto in parola nel testo licenziato dalle Camere, giudicata discriminatoria rispetto alla condizione della coppia coniugata.

A mia opinione, il silenzio della legge sul punto è stato sovraccaricato di indebite valenze e si è comunque prestato a strumentali interpretazioni del suo significato.

In primo luogo, va rilevata l’ambiguità della disposizione di cui al c. 20 della legge che, per un verso, espressamente richiama la legge n. 184 del 1983 escludendo che essa possa valere per le coppie legate da unione. Per un altro verso, però, subito appresso stranamente dichiara che “resta fermo quanto previsto *e consentito* in materia di adozione dalle norme vigenti”³⁹; ciò che, invero, parrebbe sconfessare almeno in parte la precedente affermazione. Se, però, si ripercorre il sofferto andamento del dibattito parlamentare sul punto, che ha portato all’affermazione della volontà di escludere dall’adozione le coppie non coniugate, quest’esito parrebbe essere quello linearmente discendente dal dettato legislativo ed espressivo della sua *ratio* immanente⁴⁰.

In secondo luogo, occorre rammentare che il terreno per il riconoscimento dell’adozione è stato – come si accennava – spianato da una intraprendente giurisprudenza, segnatamente con riguardo al

³⁷ Rileva ora la irragionevolezza della mancata previsione dell’obbligo di fedeltà anche P. LOGROSCINO, *Il diritto fondamentale delle coppie same sex all’unione civile tra costituzione e integrazioni europee*, cit., § 6.

³⁸ L’esperienza di diritto comparato, nondimeno, offre più d’una testimonianza di “affievolimento” del dovere di fedeltà, per riprendere la qualifica datavi da una sensibile dottrina (R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali*, cit., 102).

³⁹ ... tra le quali – non è inopportuno rammentare – vanno ricomprese anche quelle aventi origine esterna e recepite nel nostro ordinamento.

⁴⁰ È tuttavia da mettere in conto la eventualità, che francamente giudico non remota, che possa in giurisprudenza farsi largo anche un orientamento diverso, secondo quanto – come si vedrà a momenti – qui pure si auspica ma per effetto di un intervento riparatore del giudice costituzionale (si prefigura l’esito di adozioni disposte dai giudici facendo leva sull’ambiguità di quanto ora statuisce il c. 20, cit., anche A. GEMMA, *La stepchild adoption: cenni introduttivi*, cit., 153 s.; ad opinione di L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Osservazioni a prima lettura sulla legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nella prospettiva internazionalistica*, cit., 2, la legge consentirebbe alle coppie legate da unione di accedere all’adozione in casi particolari, *ex art. 44, lett. d*), l. n. 184 del 1983, laddove ciò risponda all’interesse preminente del minore. Contraria al riconoscimento della facoltà di adozione a beneficio delle coppie suddette L. VIOLINI, *Considerazioni sulla costituzionalità della nuova legge italiana sulle Unioni Civili*, § 3).

figlio del *partner* omosessuale, *indipendentemente da ciò che si dice e non si dice nella legge in commento*⁴¹. Si è fatto al riguardo notare che non si tratta tanto di appagare un supposto (e, ad avviso del giudice, inesistente) diritto costituzionale alla genitorialità⁴², quanto di dare il necessario rilievo al preminente interesse del minore, specificamente laddove risulti provato l'armonico inserimento dello stesso in un nucleo familiare (*rectius*, "parafamiliare") e il carattere particolarmente gratificante delle relazioni dallo stesso intrattenute col *partner* del genitore biologico⁴³. Decisivo, dal punto di vista fatto proprio dal giudice, è dunque il bisogno di consolidare ulteriormente e rendere viepiù certe le relazioni in parola, prendendo atto del loro essersi già affermate con ottimi risultati nell'esperienza.

Ancora una volta – come si vede – la regola è chiamata a conformarsi al "fatto", a "razionalizzarlo", sussumendolo quale elemento integrativo e qualificante del parametro, sì da poter dar voce e senso a quest'ultimo, in vista della ottimale salvaguardia delle posizioni dei soggetti più deboli ed esposti e, perciò, maggiormente bisognosi di protezione.

Giusta la prospettiva ora adottata, parrebbe che il problema ora in esame possa (e debba) ricevere plurime soluzioni in ragione dei peculiari contesti in cui s'inscrive. E così l'adozione di un minore già inserito nella unione, in quanto figlio biologico di uno dei suoi componenti, potrebbe ricevere un trattamento diverso da quello che potrebbe (e dovrebbe) avere il caso di minore non inserito nella unione stessa, per il quale ultimo caso il *best interest of the child* non potrebbe essere evocato in campo (o, meglio, *potrebbe* non esserlo⁴⁴). La qual cosa obbligherebbe, dunque, ad ancorare l'eventuale riconoscimento del diritto di adozione, ove a ciò si punti anche per quest'ultimo caso, su elementi fattuali diversi ed avvalendosi di argomenti parimenti diversi.

Due notazioni, tuttavia, s'impongono al riguardo.

La prima è che al fine di potersi il giudice determinare diversamente in base ai casi parrebbe essere comunque necessaria una previa abilitazione in tal senso nella legge in commento, che però – come si è venuti dicendo – non c'è; tutt'al più, dunque, occorrerebbe attendere una pronunzia del giudice costituzionale che la introduca, a mezzo di un'additiva di principio, sempre che si reputi – ciò che, invero, sembra essere di non agevole dimostrazione – che il principio in parola discenda "a rime obbligate" dalla Carta⁴⁵.

⁴¹ Accenno qui di passaggio al fatto che la questione ora discussa si salda all'altra, essa pure – come si sa – assai agitata (secondo quanto hanno, da ultimo, confermato le Giornate di studio di Messina, 5-6 maggio 2016, su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, organizzate da S. Agosta e G. D'Amico), riguardante la estensione della procreazione eterologa, per effetto del cui riconoscimento si sono venute a determinare quelle situazioni che hanno dato modo alla giurisprudenza di pronunciarsi a favore dell'adozione di minori da parte dei *partner* dei loro genitori biologici. È pur vero, però, che la questione può altresì proporsi a prescindere dal modo con cui i minori stessi vengono alla luce.

⁴² Sul punto, infatti, la Corte d'Appello di Torino (nelle pronunzie dietro citt.) condivide la tesi fatta propria dal giudice di primo grado; solo che quest'ultimo proprio su ciò aveva fatto leva al fine di rigettare l'istanza della parte volta ad ottenere l'adozione, mentre l'organo di secondo grado – come subito si dirà – sposta il tiro, puntandolo sul preminente interesse del minore, specificamente sul suo diritto alla vita familiare.

⁴³ Spunti ricostruttivi di largo interesse a riguardo del principio dei *best interests of the child* sono ora offerti da E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2016, che ne segnala il carattere polivalente e gli usi retorico-strumentali dei diritti dei minori operati facendo leva sul principio in parola. L'ambiguità e vaghezza del concetto è, peraltro, da tempo rilevata [tra gli altri, da L. GIACOMELLI, (*Re*)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?, e S. ROMBOLI, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore*, entrambi in F. GIUFFRÈ - I. NICOTRA (curr.), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., rispettivamente, 467 ss. e 505 ss.]. In argomento, da ultimo, A. ARENA, [A proposito dello "statuto costituzionale del minore" \(Brevi riflessioni a margine di alcune "novità" nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune\)](#), in questa *Rivista*, 2016/II, 6 giugno 2016, 241 ss.

⁴⁴ Ma non è detto che sia così. Si pensi, ad es., alla condizione del minore rimasto orfano e che potrebbe essere accudito da un familiare col quale intrattiene già rapporti particolarmente gratificanti, il quale potrebbe essere legato da vincolo di unione con altra persona. Nel qual ultimo caso, nuovamente, il preminente interesse del minore stesso potrebbe sollecitare l'adozione da parte della coppia suddetta.

⁴⁵ È appena il caso qui di rammentare che condizione perché possa aversi l'aggiunta del principio ad opera del giudice delle leggi è che esso pure discenda linearmente e necessariamente dalla Costituzione, imponendosi in forza del caso.

Lo scenario ora prefigurato, nondimeno, avvalorata l'idea, di cui si ha peraltro conferma in plurimi ambiti di esperienza (e, segnatamente, appunto in relazione a questioni eticamente sensibili), secondo cui il modo migliore per il legislatore d'intervenire a disciplinare diritti o interessi particolarmente avvertiti nel corpo sociale, che però possono entrare in conflitto con altri diritti o interessi parimenti meritevoli di tutela, è quello di offrire prodotti legislativi dotati di una struttura nomologica fatta a maglie larghe (e, in qualche caso, larghissime), essenzialmente dunque da disposizioni di principio⁴⁶, rimettendosi quindi per le loro opportune specificazioni-attuazioni in ragione dei peculiari connotati del caso all'opera, essa stessa – come si vede – *normativa* (pur se con effetti circoscritti alla singola vicenda processuale), dei giudici⁴⁷. Si tratta, insomma, di raggiungere un delicato equilibrio, in spirito di autentica, costruttiva, “leale cooperazione”, tra gli operatori istituzionali, nessuno potendo comunque fare a meno dell'altro e tutti essendo chiamati a dare il loro apporto, con tipicità di ruoli e varietà di effetti, in vista dell'ottimale appagamento dei beni della vita in campo.

Il silenzio della legge qui annotata è, dunque, comunque censurabile, indipendentemente poi dal fatto che l'eventuale soluzione al riguardo apprestata – qualora si fosse avuta o un domani si avesse – fosse (o sia) da considerare conforme a ragionevolezza e, perciò, complessivamente apprezzabile.

La seconda notazione, poi, ci riporta al *punctum crucis* della questione qui discussa. Si tratta, infatti, di chiedersi se, una volta che il riconoscimento della facoltà di adozione in capo agli “uniti” dovesse aversi, non si cada ancora una volta in quell'eccesso di assimilazione di cui poc'anzi si diceva, a conti fatti non dandosi più sostanziali differenze tra l'unione e la famiglia *ex art. 29*. Con il che – come si avvertiva in sede di notazioni introduttive di questo studio – si perverrebbe fatalmente all'esito di etichettare in modo diverso la medesima cosa, aggirando il precetto costituzionale che vuole invece comunque distinta la condizione dell'una e dell'altra formazione sociale.

Può non piacere, come a molti non piace, ma la Carta ci consegna un modello che, per un suo fisiologico svolgimento e l'ottimale implementazione nell'esperienza, vuole i figli adottivi inseriti nella famiglia, *nella sua ristretta e propria accezione*: dunque, allevati da coppie di persone di diverso sesso ed unite dal vincolo del matrimonio⁴⁸. È questa infatti la formazione sociale dotata di specifico rilievo costituzionale, che si situa al cuore del modello costituzionale e ne dà la cifra identificante complessiva: quella, dunque, da privilegiare, presumendosi che essa costituisca il luogo elettivo per la crescita dei minori. Da questo schema, tuttavia, ci si può, a mia opinione, discostare unicamente in casi assolutamente eccezionali, quali quelli sopra prefigurati, ed all'esito di una delicata e rigorosa operazione di ponderazione assiologica, casi dunque in cui sia provato che il preminente interesse del minore può essere, come si conviene, appagato attraverso lo stabile inserimento di quest'ultimo in un nucleo familiare (*rectius*, “parafamiliare”) al quale già si senta affettivamente legato⁴⁹. Non per ciò,

In realtà, come si vedrà proprio sul finire di questa riflessione, la norma aggiunta che dà modo anche alla coppia legata da vincolo di unione di accedere all'adozione entra in conflitto con l'indicazione data dall'art. 29 cost. e, ciò nonostante, può ugualmente trovare “copertura” costituzionale nel *Grundwert* della miglior tutela degli interessi costituzionalmente protetti visti nel loro fare “sistema”. Verrebbe, perciò, a determinarsi una “rottura” della Costituzione pur tuttavia giustificata in prospettiva assiologicamente orientata.

⁴⁶ L'auspicio di discipline legislative “miti” o “leggere” è da molti affacciato, specificamente appunto in relazione a questioni eticamente sensibili (ad es., tra gli altri, con riguardo alla disciplina della procreazione medicalmente assistita, da P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 38 ss., ma *passim*; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in Confronticostituzionali.eu, 17 giugno 2014; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biodiritto*, 3/2015, 168).

⁴⁷ La struttura del linguaggio del legislatore e di quello dei giudici, costituzionali e comuni, è fatta oggetto di studio nel mio [Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali](#), in questa [Rivista](#), III/2015, 13 novembre 2015, 769 ss.

⁴⁸ È, poi, vero che i casi della vita possono portare ad esiti divergenti dal modello stesso (ad es., assistendosi non di rado a minori che, *dopo esser stati adottati*, siano di fatto cresciuti da soggetti separati o divorziati, vedovi, ecc.); non sono, tuttavia, questi gli scenari prefigurati come ideali per la più adeguata salvaguardia degli interessi dei minori stessi, alla cui affermazione occorre perciò decisamente tendere.

⁴⁹ Emblematico, al riguardo, l'esempio, dietro fatto, del minore allevato da un parente stretto che si trovi quindi ad essere “unito” ad altra persona con cui sia provato che il minore stesso ha costante e gratificante frequentazione.

a mia opinione, il modello di famiglia delineato nell'art. 29 della Carta risulta smentito; diciamo, piuttosto, che può andare incontro a talune, limitatissime eccezioni, pur tuttavia giustificate in nome del principio della massimizzazione della tutela dei diritti e degli interessi in genere costituzionalmente protetti⁵⁰, visti nel loro fare "sistema"⁵¹, avuto uno speciale, doveroso, riguardo per la condizione dei soggetti maggiormente bisognosi della tutela stessa, i minori.

⁵⁰ Sul principio in parola una dottrina crescente va da tempo fermando l'attenzione, specie con riferimento a questioni eticamente sensibili: tra i molti altri, v. G. D'AMICO, *Il rilievo della CEDU nel "diritto vivente": in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza costituzionale*, in L. D'ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAITTA (curr.), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2015, 55 ss., e *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in A. PIN (cur.), *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in questa *Rivista*, [II/2015](#), 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; e *ibid.* A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in L. D'ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAITTA (curr.), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, in corso di stampa per i tipi della Giappichelli, spec. al § 10; ivi pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, e L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. al § 5.

⁵¹ Il richiamo all'idea di "sistema" è particolarmente insistito in giurisprudenza: *ex plurimis*, v. [Corte cost. nn. 236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1](#), [170](#) e [202 del 2013](#), [10](#) e [49 del 2015](#).