

LA NUOVA LEGGE SULLE UNIONI CIVILI E LE CONVIVENZE DI FATTO (Le novità introdotte. Quali diritti, quali doveri?)

Si è detto molto, in questi ultimi mesi, sulla legge n. 76/2016 del 20/5/2016 – entrata in vigore il 5 giugno e contenente la “*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*”. Si è detto che questa legge si è preso finalmente atto che accanto alla famiglia tradizionale fondata sul matrimonio, vi sono altri modelli familiari meritevoli di tutela giuridica e riconoscimento legale.

Con riferimento alle unioni civili, quelle tra persone appartenenti allo stesso sesso, si è detto che il legislatore ha voluto **equiparare** l'unione civile al matrimonio configurandola come un **negozio formale** di diritto familiare (perché richiede, per la sua costituzione, una dichiarazione di volontà davanti all'Ufficiale di stato civile alla presenza di due testimoni, analogamente a quanto avviene per il matrimonio civile (art. 107 c.c.) e mutuando pressoché interamente dal matrimonio la disciplina del rapporto, soprattutto per quanto riguarda gli **aspetti patrimoniali** (per esempio, nella estensione del regime della comunione, opzionabile in separazione dei beni, nella reversibilità della pensione al coniuge superstite, nei diritti successori).

Non è assolutamente vero.

Il matrimonio è una cosa, l'unione civile è un'altra.

Ben distinta dal matrimonio.

Questo lo vediamo innanzitutto nella tecnica legislativa che è stata adottata per disciplinare le unioni civili.

Quando il legislatore ha inteso equiparare (due istituti, due situazioni che riteneva di dovere parificare) ha quasi sempre inserito **una modifica nella norma già presente nell'ordinamento**.

Pensiamo al grande tema della **filiazione** e a cosa è successo quando si è voluta eliminare la distinzione tra figli naturali e figli legittimi. La **L. 219/12** prima, e i **D. Lgs 154/2013**, poi, hanno introdotto una serie di modifiche alle relative norme contenute nel libro primo del codice civile “al fine di eliminare ogni residua discriminazione tra figli nati “all'interno” e “fuori” dal matrimonio, partendo dall'assunto che gli stessi abbiano la medesima condizione giuridica.

Qui no. Qui no.

Quasi nessuna norma del libro primo è stata modificata dal legislatore. Il matrimonio rimane l'impianto monolitico sul quale è fondata la famiglia senza che sia stato minimamente intaccato il codice civile. Sebbene ve ne fosse spazio. "Delle persone e della famiglia" è intitolato il libro primo "Delle persone". E "Della famiglia".

Diritti ed obblighi dei soggetti appartenenti all'unione civile sono stati presi in considerazione dal legislatore non come propri dell'individuo, inteso come "persona" in quanto tale, non in quanto appartenente ad un modello riconducibile nel concetto di "famiglia", ma in quanto aderente e/o appartenente ad una nuova "formazione sociale".

Come specifica chiaramente e senza possibilità di equivoco il **comma 1**, laddove dispone che "La presente legge **istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli art. 2 e 3 della Costituzione**", ben distinta rispetto al matrimonio, inquadrato nell'art. 29 Cost.¹

¹ E' appena il caso di ricordare che il riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso come formazione sociale meritevole di tutela compariva già nella sentenza della Corte Costituzionale 15 aprile 2010 n. 138 (che con riferimento all'art. 2 Cost. ha riconosciuto "l'unione omosessuale intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri) e che sul piano sovranazionale europeo – in base ad una lettura teleologicamente orientata dell'art. 14 Conv. Eur. Dir. Uomo che vieta espressamente ogni forma di discriminazione fondata sul sesso e su ogni altra condizione - da tempo la nozione di "famiglia" ricomprende anche il menage tra persone dello stesso sesso

Il colpo finale al varo della L. 76/2016 è stata la pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 21 luglio 2015 n. 18766/11 con la quale si è stabilito che "l'Italia ha ecceduto il suo margine di apprezzamento e ha mancato di adempiere la sua obbligazione positiva di assicurare uno specifico quadro legale che riconosca e tuteli l'unione omosessuale. Ciò in mancanza di un interesse prevalente della comunità allegato dal governo italiano, con il quale bilanciare i fondamentali interessi dei ricorrenti e alla luce delle conclusioni delle corti nazionali sulla materia, che sono rimaste inascoltate"

E allora cosa ha fatto il legislatore per non intaccare il libro primo del codice civile?

Il legislatore ha preso le norme dettate in tema di matrimonio e le ha riformulate in modo identico, ma sostituendo i termini.

Capite cosa ha fatto il legislatore?

Le ha prese, e ha sostituito il termine "coniuge" al termine "parte", al termine "famiglia" il termine "unione civile tra persone dello stesso sesso" o, più laconicamente, l'aggettivo "comune".

Ad esempio. Prendiamo il **comma 13 dell'art. 1**. *"Il regime patrimoniale dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, in mancanza di diversa convenzione patrimoniale è costituito dalla comunione dei beni"*

Riproduce esattamente l'**art. 159 c.c.**: *"Il regime patrimoniale legale della famiglia, in mancanza di diversa convenzione stipulata a norma dell'art. 162 c.c., è costituito dalla comunione dei beni"*

Oppure il **comma 12**: *"Le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato"*

E' identico all'**art. 144 c.c.**: *"I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi..... A ciascuno dei coniugi spetta di attuare l'indirizzo concordato"*

E così via per tutta una serie di norme.

Il **comma 14** sugli **ordini di protezione** contro gli abusi familiari, ricalcato sul modello dell'**art. 342 bis c.c.**: *"Quando la condotta della parte dell'unione civile è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altra parte il giudice su istanza di parte, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui all'art. 342-ter del codice civile"* (quali l'ordine di cessazione della condotta pregiudizievole, l'allontanamento dalla casa familiare, l'intervento dei servizi sociali)

Il **comma 16** sull'**annullamento del contratto per violenza**, ora rilevante anche nel caso in cui il male minacciato riguardasse il contraente o l'altra parte dell'unione civile e i suoi ascendenti o discendenti, ricalcato sull'**art. 1436 c.c.**

Il **comma 18** sulla **sospensione della prescrizione** tra le parti dell'unione civile, che ricalca esattamente il disposto **dell'art. 2941, n. 1) c.c** per i coniugi (vedremo che questa sospensione manca, invece tra i conviventi di fatto, come già ritenuto anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 29 gennaio 1998 n. 2)

Il legislatore ha voluto, quindi, che i due istituti rimanessero concettualmente ben distinti.
Come due binari perfettamente paralleli che non devono incontrarsi mai.

E lo vediamo chiaramente nella disposizione di chiusura del **comma 20**, la quale prevede (al fine di "assicurare l'effettività della tutela dei diritti ed il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso) che "**le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge" e "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti, nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso**" (si citano come esempi il diritto alla quota di **TFR del partner dell'unione o la pensione di reversibilità dell'altro, congedi parentali agevolazioni previste per il coniuge dai contratti collettivi di lavoro, inserimento di diritto nelle graduatorie degli asili nido se si hanno dei figli**)

Ossia prevede, in definitiva, non una vera equiparazione dei due istituti, ma soltanto una estensione delle norme dettate per il matrimonio alla unione civile **quoad effectum** (diversamente da quanto vedremo essere stato previsto per le convivenze di fatto)

Di quali diritti e di quali doveri stiamo parlando, allora, in una legge che già nella tecnica della sua formulazione appare fortemente discriminatoria?

Apparentemente, ma solo apparentemente, potrebbero anche sembrare uguali l'unione civile e il matrimonio. Basterebbe solo chiudere un occhio sull'obbligo di fedeltà. Se

non fosse per quello, potremmo dire, la coincidenza di disciplina sarebbe pressoché completa.

Non è vero. Neppure questo è ero. E vedremo subito perché.

Leggiamo....

Il **comma 11** della nuova legge dispone che“Con la costituzione dell’unione civile tra persone dello stesso sesso le parti **acquisiscono gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri** dall’unione civile deriva l’**obbligo reciproco all’assistenza morale e materiale e alla coabitazione**. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a **contribuire ai bisogni comuni**”

La norma, lo abbiamo visto poco fa, ricalca pedissequamente l’analoga disposizione contenuta nell’**art. 143** c.c. “Diritti e doveri dei coniugi”.

Mancano solo l’obbligo reciproco alla fedeltà e l’obbligo alla collaborazione nell’interesse della famiglia.

L’assenza dell’obbligo di fedeltà svuota l’unione civile da ogni riferimento all’affettività tipica dell’istituto matrimoniale (posto che l’obbligo di fedeltà è il primo ad essere enunciato dall’art. 143 c.c.)

La mancanza dell’obbligo di collaborazione nell’interesse della famiglia è invece ulteriore conferma del fatto che l’unione civile tra persone dello stesso sesso non costituisce, per volontà espressa del legislatore, un’unione di tipo familiare, bensì **“una specifica formazione sociale ai sensi degli art. 2 e 3 della Costituzione”**.

Ed è significativo che non si faccia alcun cenno ai diritti dei bambini all’interno di questa nuova coppia, perché la famiglia esiste non tanto sul piano dei partners, ma con riferimento alla posizione, allo status e alla tutela dei figli. E negando la possibilità ad una delle parti dell’unione civile di adottare il

figlio biologico dell'altra, il legislatore ha negato il valore di famiglia a questo tipo di unione.²

Ma torniamo un momento, solo un momento, su questo obbligo di fedeltà.

Si è detto. Che cos'è una unione senza l'obbligo di fedeltà? Capisco che dobbiamo stare al passo con i tempi, che una legge sulle unioni civili è un po' sempre una legge progressista, che male si inquadra oggi, in una unione, un obbligo dal sapore così "antico" (ma chissà perché poi tutta questa tolleranza e lungimiranza proprio rispetto alle persone dello stesso sesso).

Si è anche detto che non ha senso prevedere un obbligo di assistenza morale e materiale senza un obbligo di fedeltà, dal momento che, sebbene i due obblighi, come ha più volte specificato la Suprema Corte, si differenzino nettamente tra loro per la diversità del contenuto, partecipano tuttavia della stessa finalità di creare quell'impegno di vita che è il pilastro fondante del matrimonio (ciò che costituisce una ulteriore

² Sono infatti espressamente **escluse le disposizioni relative all'adozione non legittimante nei confronti del figlio naturale dell'altra parte**, c.d. stepchild adoption, che potrà tuttavia sempre essere disposta dal Tribunale. A tal fine è stato infatti inserito uno specifico comma il quale precisa che 'resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti', in modo tale da non impedire il pronunciamento dei giudici sui casi di adozioni per le coppie omosessuali (ricordiamo che Per "stepchild adoption" si intende l'adozione del figlio del partner, come già consentito per le coppie eterosessuali. Non esistendo il matrimonio "same sex", i figli degli omosessuali hanno infatti per la legge italiana un solo genitore, quello biologico. Nella realtà invece già vivono con due padri o due madri, uno dei quali però "invisibile" per la legge. Lo scopo della stepchild adoption è quello di dare a questi bambini due genitori e non uno soltanto.

Le uniche adozioni legittimanti, in relazione ad un minore abbandonato, da parte di un single ammesse oggi dal nostro ordinamento sono quella della separazione personale tra i coniugi aspiranti adottanti nel corso dell'affidamento preadottivo (art. 25, quinto comma, l. n. 184/1983) e quella dell'adozione pronunciata in un Paese straniero che consente al singolo l'adozione, a istanza di un cittadino italiano, il quale dimostri al momento della pronuncia di aver soggiornato continuativamente e risieduto da almeno due anni in tale Paese, ai sensi dell'art. 36, comma quarto, l. n. 184/1983 (82). Ben diversa la situazione in svariati altri Paesi, anche europei, i quali consentono l'adozione del figlio biologico o adottivo del partner indipendentemente dall'orientamento sessuale. A favore del singolo possono inoltre essere pronunciate, come detto, le adozioni in casi particolari di cui all'art. 44, l. n. 184/1983.

conferma della differenziazione voluta dal legislatore tra i due istituti)

Ma voglio fare un passo ulteriore e mi domando... Che senso ha l'obbligo della coabitazione senza l'obbligo di fedeltà?

La coabitazione senza obbligo di fedeltà può esserci tra due studenti, tra due compagni di università, non all'interno di una coppia, quale essa sia. Altrimenti è falsità, finzione, inganno. Di più. E' una prigione. E lo sappiamo bene noi avvocati, perché sappiamo bene quanto sia dura la coabitazione tra coniugi nella fase che precede la separazione, quando ognuno ormai va già per conto suo.

A ciò si aggiunga che il **comma 19** della legge rende applicabile alle unioni civili, tra gli altri, **l'art. 146 c.c.** che sanziona con la sospensione del diritto all'assistenza morale e materiale l'allontanamento senza giusta causa dalla residenza familiare (l'art. 146 c.c.).³

Ma che cosa succede se una delle parti si allontana per il tradimento dell'altra? Senza l'obbligo di fedeltà, l'allontanamento della parte fedele dovrebbe considerarsi privo di giusta causa (con conseguente venir meno del diritto all'assistenza morale e materiale), posto che il comportamento infedele del partner per definizione non sarebbe neppure sanzionabile.

E ancora: Secondo l'interpretazione giurisprudenziale del concetto di "giusta causa" l'allontanamento dalla casa familiare dovrebbe quanto meno presupporre in capo al soggetto che si allontana l'esistenza di ragioni di carattere interpersonale che non consentano la prosecuzione della vita in comune (quelle stesse che nell'ambito di un rapporto matrimoniale impedirebbero la pronuncia di un addebito della separazione), ragioni senza le quali l'allontanamento dovrebbe ritenersi ingiustificato ed integrerebbe una violazione dell'obbligo di coabitazione. Ma come conciliare la necessità di questa "giusta causa" per l'allontanamento con il fatto che, invece, lo scioglimento dell'unione civile può avvenire "ad nutum", senza addurre motivo di sorta?

³ Anche nel caso dell'unione civile, la proposizione della domanda di annullamento o di scioglimento integra la giusta causa per l'allontanamento (art. 146, II comma c.c.)

Sì, perché sappiamo tutti che per lo scioglimento dell'unione civile non è necessario passare attraverso le forche caudine della separazione, non è necessario che vengano addotte ragioni sulla improseguibilità del rapporto per intollerabilità della convivenza. No, basta la pura e semplice dichiarazione di volontà all'Ufficiale di stato civile e, dopo tre mesi, si può ottenere lo scioglimento dell'unione secondo le stesse modalità previste dalla legge sul divorzio.

E vengo ora al punto.

Il punto è che, nella prospettiva del legislatore, manca la parte debole del rapporto, che nel matrimonio è sempre stata considerata, a torto o a ragione, presumibilmente, la donna.

Qui, nell'unione civile, manca la parte debole della coppia.

Mancando la parte debole viene meno qualsiasi esigenza di garantirne la tutela.

E lo vediamo proprio nella fase patologica del rapporto, nello scioglimento dell'unione, dove manca tutta la disciplina diretta a salvaguardare l'equilibrio tra le posizioni delle parti in funzione collaborativa in un momento - quello della separazione (che qui non c'è) - in cui il vincolo vacilla. Un equilibrio del quale il legislatore non ha voluto farsi carico, come se solo le persone unite dal vincolo del matrimonio meritassero tutela.

E allora vi voglio parlare di due persone, che hanno contratto una unione civile. Di Paola e Francesca. Di Francesca che un giorno verrà nel mio studio disperata perché Paola una sera se ne è andata senza lasciare notizie e vorrà sapere che diritti ha, lei che è unita civilmente e che ha anche una figlia, una figlia che ha cresciuto insieme a Paola, che le ha sempre fatto un po' da padre, una figlia che Paola non ha potuto mai adottare. Vuole sapere cosa succederà. Cosa potrà ottenere dallo scioglimento dell'unione.

E dovrò dirle che di fronte all'allontanamento ingiustificato di una delle parti dell'unione civile (per le quali, non c'è obbligo di fedeltà), non vi sono rimedi sanzionatori espressi.

Dovrò dirle che ciascuna delle parti, in presenza di una responsabilità dell'altra nella fine del rapporto e nella violazione degli obblighi di assistenza morale o materiale, o di coabitazione, non potrà contare sugli effetti dell'addebito e

che i danni subiti a seguito della violazione degli obblighi che derivano dalle unioni civili potranno, eventualmente, trovare tutela nella disciplina della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.. Con tutte le conseguenze che ne derivano

Dovrò dirle che il comma 25 dell'articolo 1 della novella non prevede un assegno di mantenimento avente le caratteristiche e le finalità di quello previsto per il coniugato dall'art. 156 c.c., e che al momento dello scioglimento dell'unione civile può essere stabilito a carico della parte un obbligo di somministrare periodicamente al partner un assegno soltanto quando quest'ultimo non abbia mezzi adeguati o comunque non sia in grado di procurarseli per ragioni oggettive.

Dovrò dirle che la posizione della figlia biologica non è tutelata dal legislatore all'interno dell'unione civile e che in mancanza di una pronuncia di adozione ai sensi dell'art. 44 lettera d) L. 184/83 dovrà far conto solo sulle sue forze, essendo solo sua la responsabilità genitoriale. Ma le dico che può comunque consolarsi perché anche se Paola avesse ottenuto una sentenza di adozione "in casi particolari", la figlia avrebbe avuto solo il diritto agli alimenti e non quello al mantenimento che spetta all'adottante nei confronti dell'adottante.

Ecco cosa dovrò dirle.

Ho ancora qualche minuto per parlare di diritti ed obblighi nella disciplina (non più regolamentazione) delle **convivenze di fatto, sia tra persone di sesso diverso, che tra persone dello stesso sesso**, contenuta nei commi 36 e ss.⁴

E' importante la terminologia usata dal legislatore si regola qualcosa che prima non c'era, che si istituisce (come le unioni civili), mentre si disciplina qualcosa nella quale si vuole mettere ordine, perché c'è confusione (le convivenze di fatto)

E infatti la legge - se si eccettua l'inserimento del convivente di fatto tra i soggetti tenuti agli alimenti - non contiene

⁴ In molte città italiane esistevano già dei registri delle coppie di fatto, ma non esisteva una legge nazionale sulla materia.

nessuna regolamentazione del rapporto interno esistente tra conviventi di fatto.

A differenza della prima parte, diretta a riconoscere alle coppie dello stesso sesso diritti più o meno simili a quelli nascenti dal matrimonio, questa seconda parte prevede solamente **nuove tutele, sanitarie e patrimoniali**, per le coppie (omosessuali od eterosessuali) che non intendono sposarsi (o unirsi civilmente).

In altri termini, la convivenza di fatto **non viene intesa come fonte attributiva di diritti all'interno della coppia di fatto** (a differenza del matrimonio o dell'unione civile), **il cui rapporto continua ad essere regolato secondo i principi delle obbligazioni naturali.**

Ciò è tanto vero che quello che è uno degli obblighi nascenti dal matrimonio o dall'unione civile (comma 11), la **reciproca assistenza morale e materiale** qui costituisce soltanto un requisito soggettivo della ~~fisica~~ specie disciplinata dal legislatore (comma 36), un elemento da assumersi come **parametro o indice** (unitamente alla stabilità del legame affettivo e alla l'assenza di rapporti di parentela, affinità, adozione, matrimonio o unione civile) per stabilire se si sia, o meno, in presenza di una convivenza di fatto.

In definitiva, la nuova legge ha soltanto **esteso ai conviventi di fatto alcune prerogative** che in precedenza spettavano, esternamente, soltanto ai coniugi (tra cui i diritti previsti dall'ordinamento penitenziario; il diritto di visita in ambito sanitario; la facoltà di designare il partner come rappresentante, anche per le decisioni sulla scelta di donare gli organi; i diritti inerenti la casa di abitazione; il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito) mentre la regolamentazione degli aspetti (soltanto patrimoniali) del rapporto è interamente demandata all'eventuale contratto di convivenza.