

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · APRILE 2018

2018/1

Direzione scientifica

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

Direzione editoriale

Marco Gattuso, Barbara Pezzini, Paolo Veronesi

Redazione

Diritto Internazionale: Giacomo Biagioni, Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Pietro Pustorino, Chiara Ragni, Livio Scaffidi, Roberto Virzo, Chiara Vitucci

Diritto dell'Unione Europea: Elisabetta Bergamini, Carmelo Danisi, Daniele Gallo, Alexander Schuster

Diritto Costituzionale: Anna Lorenzetti, Ilaria Rivera, Francesco Saitto, Angioletta Sperti, Giacomo Viggiani

Identità di genere: Roberta Dameno

Diritto Penale: Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero

Diritto Privato: Stefano Celentano, Ines Corti, Leonardo Lenti, Joelle Long, Guido Noto La Diega, Giuseppina Palmeri, Stefania Stefanelli, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti

Diritto Comparato: Denise Amram, Mia Caielli, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Moschel, Angelo Schillaci, Matteo Winkler

Diritto del Lavoro: Carla Ponterio, Laura Tomasi, Tiziana Vettor

Referees

Emanuela Abbatecola, Rosalba Alessi, Esther Arroyo Amayuelas, Chris Ashford, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Maria Caterina Baruffi, Roberto Bin, Nerina Boschiero, Giuditta Brunelli, Frances Burton, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Eleonora Ceccherini, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Marcella Distefano, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira Perales, Carla Facchini, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Arianna Fusaro, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Victor Luis Gutiérrez Castillo, Francesca Ippolito, Silvia Marino, Francesco Munari, Gaetano Natullo, Silvia Niccolai, Fernanda Nicola, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Baldassare Pastore, Marco Pelissero, Mario Perini, Tamar Pitch, Salvatore Patti, Alessandra Pioggia, Antonio Prunas, Roberto Pucella, Andrea Pugiotto, Roberto Romboli, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Scott Titshaw, Roberto Toniatti, Elena Urso, Maria Carmela Venuti, Filippo Viglione, Alessandra Viviani, Chiara Volpato, Danaya C. Wright, Andreas R. Ziegler

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvg 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

GenIUS, Bologna 40123, via IV Novembre 7
genius@articolo29.it

Sommario

Focus: Frontiere del corpo, frontiere del diritto: la condizione intersessuale e l'inceppamento del sistema

a cura di Anna Lorenzetti

- 6 **Anna Lorenzetti:** Introduzione: Il "trattamento" giuridico della condizione intersessuale
- 12 **Alessandro Comeni:** La condizione intersessuale: una testimonianza
- 17 **Stefania Stefanelli:** Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale
- 30 **Giacomo Viggiani:** Appunti per un'epistemologia del sesso anagrafico
- 40 **Giacomo Cardaci:** Il processo di rettificazione dell'atto di nascita della persona intersex

Interventi

- 60 **Gianfrancesco Zanetti:** La "regola del gusto" nel dibattito LGBT
- 68 **Vincenzo Barba:** La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso
- 85 **Maria Carmela Venuti:** Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente
- 101 **Ilaria Giannecchini:** La genitorialità delle coppie omosessuali nell'ordinamento inglese: diritti e doveri secondo la legge e la *common law* dopo lo *Human Fertilisation And Embryology Act 1990-2008*

Commenti

- 127 **Livio Scaffidi Runchella:** Il riconoscimento e la trascrizione dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero alla luce delle recenti decisioni del Tribunale di Perugia e della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Orlandi ed altri c. Italia*

Osservatorio documenti *a cura di Carmelo Danisi*

- 158 **Corte Interamericana dei Diritti Umani:** *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión consultiva oc-24/17 (solicitada por la República de Costa Rica), 24 Novembre 2017
- 183 **Avvocato Generale della Cgue Melchior Wathelet:** Conclusioni dell'Avvocato Generale della Cgue Melchior Wathelet relative alla causa C 673/16, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept contro Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne, Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 11 gennaio 2018.

Osservatorio decisioni *a cura di Carmelo Danisi*

- 196 **Corte europea dei diritti dell'Uomo:** Sentenza del 14 dicembre 2017, *Orlandi e altri c. Italia*, n. 26431/12, 26742/12, 44057/12 e 60088/12.
- 205 **Germania: Corte costituzionale:** Sentenza del 10 ottobre 2017, prima sezione, BverG 2019/16
- 213 **Austria: Corte costituzionale:** Sentenza 4 dicembre 2017, n. 258
- 220 **Corte costituzionale:** Sentenza del 22 novembre 2017, n. 272
- 234 **Corte di Cassazione, prima sezione civile:** Ordinanza del 18 gennaio 2018, n. 4382
- 242 **Corte d'Appello di Genova, prima sezione civile:** Ordinanza del 1 settembre 2017, n. 1319
- 247 **Tribunale di Perugia, prima sezione civile:** Ordinanza 10 luglio 2017
- 251 **Tribunale di Pescara, sezione civile famiglia:** Ordinanza del 31 gennaio 2018

Vincenzo Barba*

La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso

Sommario

1. Diritto di famiglia, ideologie e mitologie - 2. Modelli familiari forti e modelli deboli. Irrilevanza del sesso delle persone della coppia - 3. Unione civile e disciplina applicabile. Non si tratta di un modello familiare debole - 4. Unione civile e norme costituzionali - 5. Unione civile e comma 20: verso una disciplina unitaria

Abstract

Il saggio, muovendo da un'analisi dei modelli familiari giuridici, che distingue tra modelli forti e modelli deboli, si propone di indagare la portata della disciplina italiana sulla unione civile. Dalla constatazione che l'unione civile è sostanzialmente ascrivibile a un modello familiare forte, il saggio si propone di offrire una lettura innovativa, tendente a costituire un diritto comune della unione civile e del matrimonio. In questa direzione, si offre una lettura del comma 20 della l. 76/2016 che consente di applicare all'unione civile anche le norme del Codice civile non espressamente richiamate e quelle della legge sull'adozione.

The paper, moving from an analysis of the legal family models, which distinguishes between strong models and weak models, proposes to investigate the role of Italian discipline on civil union. From the observation that the civil union is substantially attributable to a strong family model, the essay aims to offer an innovative interpretation, tending to constitute a common law of civil union and marriage. In this way, the essay offers an interpretation of paragraph 20 of l. 76/2016, which makes it possible to apply to civil union also the provisions of the Civil Code, which are not explicitly mentioned, and the law on adoption.

1. Diritto di famiglia, ideologie e mitologie

«Ora, per quanto le donne oggi vogliano nascondere (e a me sembra una pazzia) la loro diversità dall'uomo, non possono negare che la *turbatio sanguinis* costituisca il rischio dell'adulterio della moglie e non dell'adulterio del marito: il bastardo non è il *corpus unum* dell'uno e dell'altro dei coniugi; e una famiglia nella quale vivono dei bastardi non è unita o, almeno, è meno unita di quella che potrebbe e dovrebbe essere».

* Ordinario di Diritto privato, Università La Sapienza di Roma.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

Queste ripugnanti parole¹ sono pronunziate nel 1962² da Francesco Carnelutti³.

Sono, dal mio punto di vista, particolarmente importanti per almeno due ragioni.

In primo luogo, testimoniano quanto le valutazioni sul diritto di famiglia siano collegate alla filosofia della vita di ciascuno e, dunque, dimostrano, soprattutto nella nostra contemporaneità, quando sia indispensabile, allo scopo di evitare che si riproducano interpretazioni ispirate al soggettivismo delle scelte singole, che ogni interpretazione venga svolta in consonanza ai princípi e ai valori normativi vigenti⁴. Questa è l'unica possibilità di conferire oggettività giuridica al discorso⁵, nonostante si dica da molti e in specie da formalisti e legisti che proprio il riferimento ai valori⁶ destabilizza l'ordine giuridico e destruttura la prevedibilità delle soluzioni. La storia insegna che la prevedibilità della soluzione, specie quando essa si traduca in mera ripetitività di una soluzione non è un valore in sé, essendo indispensabile la coerenza assiologica della scelta⁷. Si deve trascorrere dalla prevedibilità dell'esito alla controllabilità della decisione⁸.

- 1 Sulla relazione tra linguaggio, diritto e riconoscimento, regolazione, normalizzazione ed esclusione v. F. Swennen e M. Croce, *The Symbolic Power of Legal Kinship Terminology: An Analysis of 'Co-motherhood' and 'Duo-motherhood' in Belgium and the Netherlands*, in *Socials & Legal Studies*, 2016, p. 181 ss. V. anche M. Croce, *Quod non est in actis non est in mundo: Legal words, unspeakability and the same-sex marriage issue*, in *Law & Critique*, 2015, p. 65 ss.
- 2 Si consideri che nel 1951 Salvatore Pugliatti era firmatario del manifesto "in difesa della Costituzione" (Il Manifesto può leggersi in *Il foro civile*, 1951, fasc. 3, p. 152 s. Per un'analisi del pensiero di Pugliatti, si v. P. Perlingieri, *Salvatore Pugliatti ed il «principio della massima attuazione della Costituzione»*, in *Rassegna di diritto civile*, 1996, p. 807 ss., ora in Id., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 297 ss.), che nel 1968 Pietro Rescigno (P. Rescigno, *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giurisprudenza italiana*, 1968, IV, cc. 209 ss.) avvertiva l'esigenza di una rilettura del Codice civile e che nel 1969 Pietro Perlingieri (P. Perlingieri, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1969, I, p. 455, e in Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, p. 3 ss.) dettava la prolusione camerte, nella quale era già il senso del diritto civile nella legalità costituzionale.
- 3 F. Carnelutti, *Fedeltà coniugale e unità della famiglia*, in *Rivista di diritto civile*, 1962, I, p. 1 ss. Il passo citato è a p. 3.
- 4 P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni fiorentini*, 2003, p. 34, la «fattualità del diritto [...] si concretizza nella inseparabilità tra fatti e diritto; anzi, in una enorme virulenza dei fatti, che hanno la vigoria di condizionare il diritto e di plasmarlo. Trattandosi, in sostanza, di forze che si radicano nelle strutture profonde di una civiltà, che agiscono in basso e premono da sotto in su, fattualità del diritto significa che, parte di questo, si ha un adeguamento a quelle forze a tal punto che la dimensione umana del diritto, legata alla conoscenza e alla volontà di individui e di gruppi, ne è profondamente incisa». Tutto ciò induce l'A. a indicare come monito che segna il tempo della post-modernità e come metodo per comprendere il reale, "sempre più società, sempre meno Stato" (così, Id., *o.u.c.*, pp. 11, 28, 42.
- 5 Per tutti, P. Perlingieri, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rassegna di diritto civile*, 1999, p. 802 ss. Si v. G. Perlingieri, *La povertà del pragmatismo e la difesa delle ideologie: l'insegnamento di Natalino Irti*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, p. 603 s., il quale scrive: «il principio di legalità, infatti, mira a rendere esplicito che nessun procedimento applicativo del diritto si possa compiere senza utilizzare un necessario referente normativo e che nessun procedimento ermeneutico si possa discostare dalle scelte di valore o dall'ideologia espresse dalle fonti del diritto e dalla loro organizzazione gerarchica. Ogni norma è riconducibile direttamente o indirettamente ad un valore o ad una ideologia [...] Dunque, l'agire politico e quello giuridico, pur effimeri e in continuo divenire, richiedono una base ideologica, la quale può mutare, ma non mancare».
- 6 Nota la disputa sui valori. In questa sede il riferimento è colto in una prospettiva puramente normativa, indicando come valore soltanto il valore normativo, ossia i valori assunti dall'ordinamento giuridico, pure nella graduazione che esso pone e impone. P. Perlingieri, *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, in *Annali Sisdic*, 2017, e in *Politica Criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 197, «in realtà se il principio giuridico è norma ed è norma "dotata di particolare generalità e/o di una particolare fundamentalità ovvero di una più intensa significatività sul terreno storico-giuridico", anche il valore, assunto dall'ordinamento, "non è un puro 'valore' capace di influenza solo orientativa" ma è norma e, come tale, principio».
- 7 Si considerino le attuali e vibranti considerazioni di S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1967, I, p. 83 ss. e ora in *Le prolusioni dei civilisti*, vol. I (1940-1979), Napoli, 2012, p. 3091 s., «se è vero che una riforma è matura non solo quando sono i fatti storici a reclamarla, non solo quando è divenuta generale la convinzione della sua necessità, ma quando gli studiosi hanno realizzato quel mutamento di condizioni culturali, quell'affinamento di nuovi e più adeguati strumenti, che condizionano ogni serio tentativo di rinnovamento degli istituti giuridici. La maturità di una riforma, infatti, non può mai misurarsi soltanto dal corpo di proposte tecniche che si è in grado di apprestare, ma dal rinnovamento della cultura giuridica e riuscita a promuovere rispetto alle idee espresse nei testi bisognosi di revisione». infatti, non può mai misurarsi soltanto dal corpo di proposte tecniche che si è in grado di apprestare, ma dal rinnovamento della cultura giuridica e riuscita a promuovere rispetto alle idee espresse nei testi bisognosi di revisione».
- 8 Per tutti, P. Perlingieri, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1975, p. 826 ss.; Id., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp.*

Sotto un diverso profilo, dimostrano che lo stesso concetto di famiglia, come pure tutti i suoi vestimenti giuridici, non hanno alcunché di irreversibile o naturale⁹. Gli studi antropologici hanno storicamente dimostrato che non esiste un concetto di famiglia e vieppiù di famiglia naturale, ma esiste soltanto un problema della specie di riprodursi e di assegnare i figli a un certo gruppo. Problema che storicamente è stato risolto tramite la costituzione di strutture della riproduzione che fossero il massimo adeguate ed efficienti rispetto all'ambiente e alle risorse disponibili¹⁰. Si sono, dunque, chiamate famiglie quelle strutture, a volta a volta, idonee a risolvere problemi di riproduzione della specie. Piuttosto sarebbe interessante verificare quando e perché il concetto di famiglia passa da mera struttura della riproduzione a struttura dello stare insieme, fondata su un vincolo d'affetto. Ma è chiaro che il tema dell'affettività, come sostrato giustificativo della famiglia, costituisce una elaborazione successiva, rispetto alla quale è irrilevante il vestimento giuridico¹¹.

Sulla base di queste considerazioni occorre accostarsi alla norma di cui all'art. 29 Cost. per intendere che il riferimento alla naturalità della famiglia non ha né storicamente, né attualmente la capacità di poter includere nel patto costituzionale la sola famiglia fondata sul matrimonio o, viceversa, la capacità di escludere, come da molti si pretenderebbe, sia la famiglia non fondata sul matrimonio sia, soprattutto, la famiglia formata da persone dello stesso sesso¹².

Sebbene l'espressione "società naturale" sia oggi additata proprio da quella parte dei pensatori, che avversa il riconoscimento matrimoniale egualitario delle famiglie formate da persone dello stesso sesso, assumendo che il matrimonio sia possibile soltanto tra uomo e donna, è interessante ricordare che tale espressione si deve a Togliatti e che essa fu avversata proprio dai cattolici.

Il riferimento alla naturalità non aveva l'aspirazione di richiamare concezioni filosofiche pan-naturalistiche, ma di evitare che lo Stato –ciò era accaduto nel periodo fascista¹³– potesse ingerirsi nell'auto-

prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi, in *Rassegna di diritto civile*, 1985, p. 990 e in Id., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 275; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3 ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, passim, spec. pp. 566 ss. e 597 s.; Id., *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rassegna di diritto civile*, 2010, p. 195, ora in Id., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 104; Id., *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Rivista di diritto privato*, 2010, p. 27. G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2015, p. 1 ss.

9 Si v. C. Saraceno, *L'equivoco della famiglia*, Bari, Laterza, 2017, p. 1 ss. e spec. pp. VII-XXV.

10 V. Matera, *L'antropologo: perché la famiglia naturale non esiste*, in *www.27esimaora.corriere.it*, dà conto di talune interessanti strutture c.d. familiari: «fra gli Igbo della Nigeria, in caso di sterilità del marito, una donna è autorizzata a avere rapporti sessuali con un altro uomo, e i figli procreati saranno legalmente figli del primo (il padre sociale) e non del secondo (il padre biologico). Fra i Nuer del Sudan, come ha documentato il grande antropologo inglese Evans-Pritchard (*I Nuer. Un'anarchia ordinata*, 1948), è documentato il *matrimonio con il fantasma*, per cui, qualora un uomo muoia senza figli oppure prima di sposarsi, un fratello o un cugino può sposarsi con una donna in nome del defunto in modo che i figli siano legalmente figli del defunto. Sempre fra i Nuer, esiste il *matrimonio fra donne* (privo di connotazioni omosessuali): una donna sterile può contrarre matrimonio con un'altra donna, sceglierle un amante e i figli nati da questa unione saranno figli socialmente riconosciuti della donna-marito, membri del gruppo di quest'ultima. Ci sono anche i fratelli della madre chiamati «matri maschi» (Radcliffe-Brown) e le donne agiate Lovedu che cedono il loro bestiame per acquistare «mogli» e diventare così «padri» dei loro figli. Ancora, i Karemboala del Madagascar considerano fratelli e sorelle la stessa cosa, e un uomo può così rivendicare la maternità di un bambino. Come gli uomini possono essere madri, le donne possono essere padri. Niente è impossibile nella parentela della procreazione».

11 Si vedano gli interessanti e stimolanti studi, propositivi della cont(r)actualization dei modelli familiari, di F. Swennen e M. Croce, *Family (Law) Assemblages: New Modes of Being (Legal)*, in *Journal of Law and Society*, 2017, p. 532 ss., spec. p. 551 s., «The main virtue of the approach we call 'cont(r)actualization' lies in the fact that it programmatically moves away from the objectivism and/or functionalism of the alternatives described above. In a way that resonates with social theory perspectives denouncing the arbitrariness of approaches which conceive of social actors as appliers of supra-subjective schemes of action, cont(r)actualization takes law users to be semi-autonomous producers of meanings within interactional contexts. The prefix 'semi' linked with the term 'autonomous' intends to do justice to both the (semiotic) structure where social actors use both the law and their own semantic and law-generative force».

12 Al riguardo si consideri che esistono studi sia antropologici, sia di scienze naturali tesi a dimostrare l'esistenza, nella storia dell'uomo e nella natura, di coppie formate da esseri del medesimo sesso. Cfr. C. Levy-Strauss, *Le strutture elementari della parentela* (1947), Milano, Feltrinelli, 2003, p. 1 ss.; Id., *Tristi tropici* (1955), Milano, Il saggiatore, 2015, p. 11 ss.; M. Foucault, *Historie de la sexualité, I, La volonté de savoir, histoire de la sexualité, I*, Paris, Gallimard, 1976; Id., *Historie de la sexualité, II, L'usage des plaisirs*, Paris, Gallimard, 1984; Id., *Historie de la sexualité, III, Le souci de soi*, Paris, Gallimard, 1984; J. Mann, R.C. Connor, P.L. Tyack, H. Whitehead, *Cetacean Societies: Field studies of dolphins and whales.*, Chicago, University of Chicago Press, 2000; M.L. Miketa, E.M. Patterson, E. Krzyszczyk, V. Foroughirad, J. Mann, *Calf age and sex affects maternal diving behavior in Shark Bay bottlenose dolphins*, in *Animal Behaviour*, 2018, p. 107 ss.; M. Zuk, N.W. Bailey, *Birds gone wild: same-sex parenting in albatross*, in *Trends in Ecology and Evolution*, 2008, p. 658 ss.

13 Gli esempi di ingerenza dello Stato fascista nell'autonomia familiare sono stati molteplici e, tra tutti, basti pensare all'obbligo di improntare l'educazione familiare al sentimento nazionale fascista, oppure al divieto per gli ebrei di sposarsi in terra ita-

nomia della famiglia. Il riferimento alla famiglia, come “società naturale fondata sul matrimonio”, non nasce nella Costituzione per legittimare la sola famiglia eterosessuale fondata sul matrimonio, bensì per evitare che fosse introdotto nella nostra Costituzione il principio di indissolubilità del matrimonio, sostanzialmente voluto dai cattolici e introdotto, all’ultimo, dal comitato ordinatore¹⁴. Lo stesso Moro ebbe a esprimere apertura verso la famiglia non fondata sul matrimonio¹⁵.

In sostanza, l’espressione «fondata sul matrimonio» era stata prevista soltanto per poter dire che il matrimonio era indissolubile, come del resto l’espressione «società naturale» serviva da preambolo filosofico da cui far discendere sempre l’indissolubilità. Venuta meno l’indissolubilità il senso dell’articolo muta radicalmente.

La naturalità della famiglia è, dunque, un vero e proprio mito della modernità che, nella contemporaneità merita di essere superato, nel pieno convincimento del carattere artificiale del matrimonio¹⁶.

In questo contesto occorre indagare quale sia la tutela della famiglia di persone dello stesso sesso.

In Italia essa è affidata alla recente legge n. 76 del 2016 che, come è noto, ha regolato la convivenza e introdotto l’unione civile tra persone dello stesso sesso.

Quale fosse l’intenzione storica del legislatore è a tutti noto: si doveva apprestare, soprattutto dopo il monito della Consulta con la nota sentenza sul c.d. divorzio imposto¹⁷, una tutela per le coppie formate da persone dello stesso sesso, si voleva, però, evitare l’estensione della disciplina matrimoniale, considerata a presidio delle sole famiglie eterosessuali. Il legislatore ha pensato di bilanciare queste due esigenze, regolando l’unione civile tra persone dello stesso sesso ed escludendo, così, la via del matrimonio egualitario.

Non a caso il legislatore sembra molto attento alle parole. Evita l’uso dell’aggettivo familiare, che gli scappa, soltanto, al comma 12, nella norma in cui stabilisce che le parti dell’unione concordano l’indirizzo della vita familiare, ad appannaggio esclusivo dell’aggettivo “comune”: si discorre, infatti, di

liana, oppure, ancora, al divieto di matrimoni tra italiani ed ebrei per non contaminare la razza.

- 14 La prima proposta del testo costituzionale, formulata dalla I sottocommissione (30 ottobre-15 novembre 1945), in materia familiare prevedeva due articoli: uno dedicato alla famiglia e l’altro dedicato al matrimonio. Art. 1 «La famiglia è una società naturale e come tale lo Stato la riconosce e ne tutela i diritti, allo scopo di accrescere la solidarietà morale e la prosperità materiale della Nazione». Art. 2 «Il matrimonio è basato sul principio della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ai quali spettano il diritto e il dovere di alimentare, istruire ed educare la prole. La legge regola la condizione giuridica dei coniugi, allo scopo di garantire l’unità della famiglia».

Tali regole, che costituivano un difficile compromesso raggiunto da Togliatti e Moro, fu messo in discussione da La Pira, il quale propose un emendamento, volto a introdurre, all’art. 2, il principio di indissolubilità del matrimonio. Art. 2 (come emendato da La Pira) « Il matrimonio è basato sul principio della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ai quali spettano il diritto e il dovere di alimentare, istruire ed educare la prole. La legge regola la condizione giuridica dei coniugi, allo scopo di garantire l’indissolubilità del matrimonio e l’unità della famiglia».

Il principio dell’indissolubilità del matrimonio rimase anche nel testo che venne proposto dalla Commissione dei Settantacinque (15 gennaio 1947) la quale formulò i due seguenti testi: Art. 23 «La famiglia è una società naturale: la Repubblica ne riconosce i diritti e ne assume la tutela per l’adempimento della sua missione e per la saldezza morale e la prosperità della nazione. La Repubblica assicura alla famiglia le condizioni economiche necessarie alla sua formazione, alla sua difesa ed al suo sviluppo, con speciale riguardo alle famiglie numerose». Art. 24 «Il matrimonio è basato sull’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. La legge ne regola la condizione a fine di garantire l’indissolubilità del matrimonio e l’unità della famiglia».

Infine, vi è la proposta del Comitato di Redazione, che, per la prima volta, apporta una modifica al testo che era stato convenuto: Art. 23 «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio indissolubile. Il matrimonio è ordinato in base all’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi nei limiti richiesti dall’unità della famiglia».

- 15 Nei lavori preparatori della I Sottocommissione per la Costituente, del giorno 5 novembre 1946, in occasione della discussione dell’art. 29, si legge questo intervento di Moro: «quando si dice che la famiglia è una società naturale, non ci si deve riferire immediatamente al vincolo sacramentale; si vuole riconoscere che la famiglia nelle sue fasi iniziali è una società naturale. Pur essendo molto caro ai democristiani il concetto del vincolo sacramentale nella famiglia, questo non impedisce di raffigurare anche una famiglia, comunque costituita, come una società che, presentando determinati caratteri di stabilità e di funzionalità umana, possa inserirsi nella vita sociale. Mettendo da parte il vincolo sacramentale, si può raffigurare la famiglia nella sua struttura come una società complessa non soltanto di interessi e di affetti, ma soprattutto dotata di una propria consistenza che trascende i vincoli che possono solo temporaneamente tenere unite due persone».
- 16 Sull’artificialità del matrimonio, v. V. Barba, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 865 ss.;
- 17 Corte Costituzionale, sentenza dell’11 giugno 2014, n. 170, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 861 ss., con nota di V. Barba, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*. In tema le efficaci considerazioni di M. Gattuso, “Matrimonio”, “famiglia” e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la “doppia svolta” della Corte europea dei diritti dell’uomo, *ivi*, 2012, p. 678; Id., *Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza*, in *La nuova giurisprudenza. civile e commentata*, 2011, 584; Id., *Costituzione e matrimoni fra omosessuali*, in *Il Mulino*, 2007, 452; Id., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Trattato di diritto di famiglia Zatti*, Milano, Giuffrè, 2011, cit., 793.

vita comune (art. 1, comma 7) cognome comune (art. 1, comma 10), bisogni comuni (art. 1, comma 11), residenza comune (art. 1, comma 12). Evita, deliberatamente, il riferimento alla famiglia e preferisce discorrere di formazione sociale e, in tale prospettiva, non richiama l'art. 29 Cost., bensì l'art. 2 Cost. (art. 1, comma 1).

Di fronte a questa scelta debbono svolgersi due ordini di considerazioni molto diverse, tra loro, e per certi versi anche antinomiche, perché la risposta affermativa o negativa all'una potrebbe precludere o rendere del tutto inutile l'indagine sull'altra e viceversa.

Occorre domandarsi se sia legittimo, secondo la nostra trama costituzionale, escludere le coppie formate da persone dello stesso sesso dal regime matrimoniale e, dunque, se questa disciplina sia ragionevole, con intesa che, in difetto dovrebbe essere tacciata di incostituzionalità.

Occorre, soprattutto, domandarsi se il nostro legislatore sia sostanzialmente riuscito a realizzare il suo intento storicamente noto, ossia creare un istituto di tipo familiare sostanzialmente diverso da quello del matrimonio.

2. Modelli familiari forti e modelli deboli. Irrilevanza del sesso delle persone della coppia

Prima ancora di verificare se il nostro legislatore sia riuscito a creare un tale istituto, occorrerebbe riflettere sui quali sono, al di là del nome, i connotati propri di un modello familiare diverso dal matrimonio, con avvertimento che se la distinzione fosse soltanto di tipo nominalistico, la diversità di discipline sarebbe irragionevole.

Al fine di intendere quali siano i connotati che caratterizzano un'unione registrata rispetto al matrimonio, credo che sia di grande e determinante aiuto una valutazione delle scelte legislative percorse da quegli Stati, prevalentemente occidentali, che prevedono accanto all'istituto del matrimonio quello delle unioni. In specie, quelle legislazioni che ammettono sia il matrimonio sia l'unione registrata per le coppie sia di persone di sesso diverso sia dello stesso sesso (Paesi Bassi, che furono i primi nel 2001, e poi Belgio, Spagna, Svezia, Portogallo, Danimarca, Francia, Irlanda, Lussemburgo, Germania, Finlandia e Malta). Queste legislazioni, nelle quali l'orientamento sessuale non costituisce il tratto disciplinare di differenziazione, diventano importanti per capire la differenza tra i due istituti; per capire a quale funzione risponda l'unione registrata e quale spazio di autonomia essa abbia o possa avere rispetto al matrimonio.

Una comparazione tra tutte queste discipline, pur con qualche varietà di accento, che è certamente inevitabile, restituisce un quadro disciplinare abbastanza preciso.

Le unioni, diversamente dal matrimonio, sono modelli familiari caratterizzati da una disciplina più flessibile e tenue, si direbbe una disciplina familiare di tipo debole. La debolezza coinvolge, prevalentemente, due profili: quello successorio e quello dello scioglimento. L'unione registrata non determina conseguenze successorie particolarmente significative e, anzi, essa si pone quasi sul piano dell'irrelevanza, dal momento che le parti dell'unione non hanno diritti successorî reciproci, se non qualche limitato diritto successorio con finalità alimentare. Si direbbe che nel caso di unione la successione è prevalentemente affidata al testamento. Sotto il secondo profilo, si prevedono dei meccanismi di scioglimento del rapporto familiare sostanzialmente semplificati, con avvertenza che nel caso di figli, tale semplificazione è controbilanciata dalla previsione di strumenti di tutela del rapporto genitoriale, volti a garantire un assetto finalizzato a imporre a entrambi i genitori l'impegno costante nell'educazione, istruzione e mantenimento dei figli.

Per contro, la disciplina sulle unioni registrate produce conseguenze ragguardevoli nei rapporti tra le due persone non tanto in termini patrimoniali, benché costoro possono sostanzialmente accedere a regimi patrimoniali analoghi, se non identici, a quelli propri del matrimonio, ma, soprattutto - e questo mi pare il dato più significativo - rispetto alle situazioni esistenziali. L'unione registrata determina, infatti, un riconoscimento del rapporto di affetto, che influenza in modo importante la regolamentazione delle situazioni di carattere prevalentemente esistenziale. In caso di unione registrata sono riconosciuti diritti analoghi a quelli previsti a favore del coniuge dall'ordinamento penitenziario; è stabilito il diritto di visita, assistenza e accesso alle informazioni in caso di malattia; la preferenza del partner nella nomina a tutore o amministratore; l'accesso a prestazioni tipiche del *welfare* e via dicendo.

L'analisi comparata restituisce, dunque, un quadro interessante. Il modello familiare matrimoniale e il modello familiare dell'unione si distinguono sul piano della disciplina sostanziale. L'uno prevede un regime disciplinare debole, l'altro un regime disciplinare forte, sicché la decisione della persona di

optare per l'uno o per altro ha conseguenze applicative di non breve momento. Scegliere l'una o l'altra non è indifferente.

Sulla base di questo dato occorre verificare se l'unione civile, così come regolata dalla legge italiana del 2016, possa essere legittimamente ascritta nel novero delle unioni registrate, ossia nel novero dei modelli familiari aventi una disciplina di tipo debole.

La questione sembra essere controversa, dal momento che in punto di disciplina successoria l'unione civile è, sostanzialmente, equiparata al matrimonio, in guisa che non sussiste alcuna differenza tra il coniuge e l'unito civile. Ciò tende ad accomunarla al matrimonio, ossia alle discipline rafforzate. Non può, però, negarsi che lo scioglimento dell'unione civile sia semplificato rispetto a quello del matrimonio: non è prevista una separazione ed è prevista una causa di scioglimento agevolata. Ma tale ultimo profilo, non mi sembra particolarmente qualificante, se consideriamo che la semplificazione dello scioglimento sembra connessa all'assenza dei figli e che, proprio in tale caso, anche nel matrimonio, è, adesso, previsto un istituto sostanzialmente analogo, il c.d. divorzio breve.

Piuttosto vale la pena di considerare che la legge n. 76 del 2016 ha previsto una disciplina regolativa di un modello familiare realmente leggero. Si tratta delle c.dd. convivenze di fatto, ossia quelle famiglie il cui vincolo è affidato al fatto stesso della convivenza, nelle quali non ci sono né conseguenze patrimoniali automatiche nei rapporti tra i conviventi, analoghe o simili a quelle previste per il matrimonio o l'unione civile, né una regolamentazione organica dei rapporti esistenziali. Lo Stato interviene in modo assai limitato, più per riconoscere i diritti della persona, in quanto tale e in quanto componente della coppia, che non per riconoscere la coppia in quanto tale.

A un'analisi anche superficiale della nostra disciplina municipale si direbbe che il modello familiare che incarna quello tipico europeo delle unioni registrate è proprio quello delle convivenze regolate dall'art. 1, commi da 36 a 67, della l. 76.

Se soltanto si legga con attenzione quella disciplina, non sarà difficile avvertire che, a dispetto del nome che il nostro legislatore ha prescelto, quella regolamentazione è, sostanzialmente, analoga a quella tipica dell'unione registrata. Con l'aggravante che, mentre nei principali paesi europei occidentali la disciplina tipica delle unioni registrate consegue a un atto formale di scelta, nel nostro ordinamento pare conseguire dal mero fatto della convivenza, essendo affidato alla scelta delle parti di stipulare un contratto di convivenza, al solo scopo di regolare i loro rapporti economici.

3. Unione civile e disciplina applicabile. Non si tratta di un modello familiare debole

A questo punto, diventa necessaria un'indagine, per capire quale sia la reale e sostanziale differenza tra il matrimonio e l'unione civile, verificando se essa sia tale da giustificare l'esistenza di un modello familiare alternativo al matrimonio.

La tecnica legislativa, con la quale la legge n. 76 del 2016 costruisce la disciplina sull'unione civile è triplice. In parte affidata al rinvio, in parte affidata a una regolamentazione specifica, in parte affidata alla norma sull'effettività della tutela, di cui al comma 20¹⁸.

In alcuni casi, il legislatore si limita a richiamare le norme dettate per il matrimonio. Tale scelta è, a esempio, percorsa in materia successoria nel comma 21, il quale stabilisce che all'unione civile si

18 Sulle unioni civili, con particolare riguardo alla disciplina recata all'art. 1, comma 20 della l. 76 del 2016 la bibliografia è, al momento, non particolarmente vasta. V. Barba, *Le norme applicabili alle persone unite civilmente*, in *Trattato di diritto di famiglia*, dir. da G. Bonilini, vol. V, Torino, 2017, pp. 143-198; Id., *Le norme, relative al coniuge, applicabili alle persone unite civilmente*, in *Tratt. dir. fam.*, dir. da G. Bonilini, vol. V, cit. pp. 521-536; G. Ferrando, *Diritto di famiglia*, Addenda "Unioni civili e convivenze", Zanichelli, 2016, in www.zanichelli.it; M. Fiorini, M. Leo, *Il diritto di famiglia "scopre" tre tipologie a tutele decrescenti*, in *Guida al diritto*, n. 25, 11 giugno 2016, p. 36 ss.; G. Buffone, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in *Mappe esplicative della Legge 76 del 2016*, consultabile su Ilcaso.it, www.ilcaso.it; R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, in www.juscivile.it; A. Schillaci, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili di diritto comparato e tenuta del principio di eguaglianza*, in www.dpce.it, *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 3/2016; Id., *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in *Articolo29*, www.articolo29.it; L. Bozzi, *La legge 76 del 2016: istituzione delle unioni civili e disciplina delle convivenze di fatto. Prime brevissime riflessioni*, in www.dpce.it, *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 3/2016; Mir. Bianca, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in *Giudicedonna* www.giudicedonna.it, 2/2016; M. Blasi, R. Campione, A. Figone, F. Mecenate, G. Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Giappichelli, Torino, 2016; G. Casaburi, I. Grimaldi (a cura di), *Unioni civili e convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76. Lettura operativa e possibili soluzioni*, a cura di G. Casaburi e I. Grimaldi, Pacini Giuridica, Pisa, 2016; G. Casaburi, *Il nome della rosa (La disciplina italiana delle unioni civili)*, 3 marzo 2016, in *Articolo29* www.articolo29.it.

applicano le disposizioni sull'indegnità, sulla tutela dei legittimari, sulle successioni legittime, sulla collazione e sul patto di famiglia¹⁹. È la tecnica del rinvio.

In altri casi, il legislatore si fa carico di riformulare la disciplina, dettando le regole in modo analitico. Ciò è occorso, principalmente, nei casi in cui il legislatore non ha potuto valersi del rinvio, perché aveva in animo di escludere qualche profilo disciplinare. È la tecnica della riformulazione del contenuto.

Così, a esempio, nel comma 7, in cui ha richiamato la disciplina recata all'art. 122 c.c., con l'intenzione di escludere la possibilità di impugnare l'unione civile per errore sulle qualità personali dell'altro, quando esso riguardi un'anomalia²⁰, o deviazione sessuale²¹ tale da impedire lo svolgimento della vita comune. Dimostrando di non avere adeguata contezza di cosa sia l'anomalia sessuale e di cosa siano le parafilie. Ancóra, è accaduto nel comma 11, nel quale il legislatore ha, evidentemente, ripreso la regola contenuta all'art. 143 c.c., escludendo, però, la collaborazione reciproca nell'interesse della famiglia e, soprattutto, la fedeltà. Dimostrando di non avere la benché minima contezza di quale sia il contenuto della fedeltà o, detto il altri termini, dimostrando di non sapere che, da oltre un trentennio, la fedeltà non è esclusivamente legata al profilo sessuale.

In ultimo, la disciplina è offerta dal comma 20²², che costituisce il cuore pulsante di tutta la disciplina sulle unioni civili, detta, impropriamente, dai primi commentatori, clausola di effettività della tutela²³, o clausola di equivalenza²⁴, o norma adattiva²⁵.

Tale comma così statuisce: «al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collet-

19 Si v. V. Barba, *Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria*, in R. Pane (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2017, p. 111 ss.

20 Tra le anomalie, mettendo a parte situazioni patologiche dipendenti da assenza anatomica dell'organo, mancanza o disfunzione dei testicoli, vasectomia, vaginismo, inadeguatezza o cecità della vagina, mancanza delle ovaie o delle tube, v'ha il caso dell'impotenza, la quale, mentre ha una certa rilevanza nel matrimonio, poca o nulla dovrebbe averne nella unione civile. Del resto nel matrimonio è soltanto con la riforma del 1975 che l'ipotesi ha perduto il carattere di autonomo rimedio, assumendo rilevanza come ipotesi di errore sulle qualità della persona, con la conseguenza che l'impotenza, *coeundi* o *generandi*, è divenuta rilevante soltanto se ignota all'altro coniuge prima delle nozze, se permanente e non temporanea, e se l'altro coniuge dà la prova che essa impedisce la vita coniugale. Particolare rilevanza, tra le anomalie assumono anche i casi di c.d. intersessualità, descrivendosi, con tale espressione, quelle persone i cui cromosomi sessuali, i genitali, o i caratteri sessuali secondari non sono esclusivamente definibili come maschili o femminili. Tali anomalie vanno dai soli eterosomi, allo sviluppo dei genitali, con una sintomatologia molto varia. Si discorre, quindi, di anomalie cariotipiche, oppure di stati intersessuali, tra i quali si considerano l'ermafroditismo, il pseudoermafroditismo maschile, il pseudoermafroditismo femminile, l'ovotestis, la disgenesia gonadica, la sindrome da insensibilità agli androgeni, oppure di alterazioni corticosurrenali, oppure, infine, di alterazioni dell'apparato urogenitale.

21 Più complesso il fenomeno delle deviazioni sessuali, soprattutto se si consideri che, attualmente, la stessa scienza medica ha sostituito all'espressione deviazione sessuale quella di "parafilia"; parola con la quale si descrive, in genere, l'attrazione per un comportamento sessuale anomalo o bizzarro. Con avvertimento che, affinché si possa diagnosticare una parafilia, occorre che il comportamento sia protratto per almeno sei mesi, che si manifesti come la forma di sessualità esclusiva o prevalente del soggetto e che causi disagio clinicamente significativo, o una compromissione dell'area sociale, lavorativa, o di altre aree importanti della vita dell'individuo. Anche alla luce di queste considerazioni, si possono reputare, secondo la scienza medica, ipotesi di parafilia rilevanti i casi di: esibizionismo, feticismo, frotteurismo, pedofilia, masochismo, sadismo, feticismo da travestimento, voyerismo, zoofilia, necrofilia, coprolalia, parzialismo, coprofilia, urofilia, clismafilia.

22 L'interpretazione del comma 20, considerando l'unitarietà del sistema, non potrebbe essere svolta senza adeguatamente considerare la Risoluzione sulla parità dei diritti degli omosessuali e delle lesbiche della comunità, approvata dal parlamento europeo in data 8 febbraio 1994, in G.U. C 61 del 28 febbraio 1994, p. 40. Va, tuttavia segnalato che la predetta risoluzione riguarda i diritti delle persone omosessuali, come singoli, mentre sembra prescindere dalle problematiche connesse all'esigenza di adottare una disciplina che consenta una tutela equivalente o corrispondente a quella matrimoniale. Così, anche nella parte della raccomandazione nella quale si chiede alla Commissione di presentare una raccomandazione sulla parità di trattamento delle persone omosessuali che, tra l'altro, ponga fine «a qualsiasi limitazione del diritto degli omosessuali di essere genitori, ovvero di adottare o avere in affidamento dei bambini», sembra riferirsi non tanto all'esigenza che gli stati adottino norme giuridiche che ammettano una coppia omosessuale all'adozione, ma eliminare ogni norma o superare ogni norma che precluda l'adozione o l'affidamento a una persona in ragione del suo orientamento sessuale.

23 R. Campione, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in R. Campione, A. Figone, F. Mecenate, G. Oberto, *La nuova regolamentazione*, cit., p. 6.

24 G. Casaburi, *La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, in G. Casaburi, I. Grimaldi (a cura di), *Unioni civili*, cit., p. 76.

25 M. Fiorini, M. Leo, *Il diritto*, cit., p. 37.

tivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

Tale norma è al centro di un vivace dibattito, perché essa è stata intesa dalla quasi totalità della dottrina come norma che serve per dire che: a) si applicano, ovunque contenute, purché fuori dal Codice civile e dalla legge sull'adozione, tutte le disposizioni normative che si riferiscono al matrimonio o che contengono le parole "coniuge", o "coniugi", o equivalenti; b) non si applicano le norme del Codice civile non espressamente richiamate; c) non si applicano le norme sull'adozione dei minori di cui alla legge 184 del 1983.

Dall'affermazione che non si applichino le norme del Codice civile non espressamente richiamate e la legge sull'adozione si è anche ricavato e si dovrebbe ricavare l'impossibilità di applicare queste norme in via analogica, dacché questa disposizione, per un verso, escluderebbe una lacuna e, per altro verso, si lascerebbe apprezzare come precisa scelta del legislatore votata a escludere l'applicazione delle norme del Codice che non siano espressamente richiamate e quelle della legge sull'adozione.

Sulla base di queste notazioni, mi pare chiaro che tra matrimonio e unione civile esista una differenza disciplinare che dipende, principalmente, dal combinarsi della tecnica regolamentare consistente nella della riformulazione del contenuto di disciplina e del noto comma 20, nella parte in cui sembra escludere, in via tassativa, precludendo, altresì, il ricorso alla analogia, l'applicazione delle norme del Codice civile non espressamente richiamate e le norme contenute nella legge sull'adozione.

Così, potrebbe dirsi che questa disciplina è diversa da quella matrimoniale, perché non si può impugnare per errore sulle qualità personali dell'altro, quando esso riguardi una anomalia, o deviazione sessuale; perché esclude tra i coniugi il dovere di collaborazione reciproca nell'interesse della famiglia e l'obbligo di fedeltà; perché parrebbe escludere la norma che non consente il generico riferimento agli usi e a leggi, ossia l'art. 161 c.c. (art. 1, comma 13); perché esclude le persone che hanno contratto unione civile dalla adozione legittimante²⁶.

Bisogna, però, accertare se sia, davvero, questa l'interpretazione che si deve offrire del comma 20 e se, realmente, queste norme non debbano trovare applicazione all'unione civile.

Occorre, riflettere sulla funzione del comma 20, dacché ho la sensazione che la sua interpretazione debba essere molto diversa da quella che, solitamente, si propone e, soprattutto, che non lasci fuori, come sembrerebbe, il tema dell'adozione²⁷. Ho la sensazione che un'interpretazione adeguata copra o possa coprire quello che è stato considerato un buco nel cuore di questa disciplina²⁸.

4. Unione civile e norme costituzionali

L'individuazione delle disposizioni che si applicano alle parti della unione civile avviene per il tramite, coordinato, di due criteri: l'uno che riguarda il contenuto delle disposizioni, l'altro le gerarchie normative.

Sotto il primo profilo, il legislatore stabilisce che l'applicazione agli uniti civili deve riguardare tutte le disposizioni normative che si riferiscono al matrimonio e tutte le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi", o termini equivalenti. Sotto il secondo profilo, il legislatore stabilisce che l'applicazione agli uniti civili deve riguardare tutte le disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti, nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi.

Con riferimento al primo profilo, la circostanza che il legislatore abbia utilizzato l'espressione verbale «che si riferiscono» ha una valenza ragguardevole, dacché vale a individuare le disposizioni normative in relazione al loro contenuto precettivo, indipendentemente dalla circostanza che nel testo compaia, o no, la parola matrimonio²⁹.

26 Assumerei già per risolto il problema dell'adozione in casi speciali, sebbene all'esito del mio discorso questo profilo meriterebbe di essere rivisitato, perché le persone unite possono ricorrere all'adozione in casi speciali non secondo la lett. D, ma secondo la lett. A.

27 Si v. V. Barba, *Unione civile e adozione*, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 381 ss.

28 Così, A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, cit., p. 1.

29 Potrebbero darsi, cioè, disposizioni normative, nelle quali, pur non comparando mai la parola matrimonio, nondimeno sia indubitabile che essa riguardino il matrimonio, o il rapporto nascente dal matrimonio e, dunque, non potrebbe revocarsi in dubbio che essa debbano potersi applicare anche alle persone unite civilmente. Non è, dunque, rilevante, ai fini di verificare

Con riferimento al secondo profilo, non potendosi dubitare che l'espressione "legge" debba evocare quella in senso stretto o formale, deve stabilirsi se il legislatore abbia inteso limitare il riferimento alla sola legge "ordinaria", oppure se abbia inteso far riferimento anche alle leggi costituzionali³⁰, nonché alle leggi sovranazionali.

La prima risposta che una tale domanda sollecita, potendo apparire perfino retorica, è che il legislatore non possa che essersi riferito alla sola legge ordinaria. A ragionare diversamente, infatti, si potrebbe giungere a una conclusione paradossale. Si dovrebbe, infatti, ammettere che una legge ordinaria (ossia la legge sulle unioni civili), nella misura in cui ammetta che una disposizione costituzionale riferita al matrimonio possa essere estesa anche alle persone unite civilmente, finisce, sostanzialmente, per modificare una legge costituzionale. Ciò importerebbe una sovversione della gerarchia normativa formale, dacché una legge ordinaria, anche successiva, non può incidere o modificare una legge di rango superiore e, in specie, una legge costituzionale.

Sebbene quest'argomento sia senz'altro convincente e non vi sia alcuno che non possa condividerlo, nondimeno credo possibile, spostando l'attenzione dalla gerarchia materiale alla gerarchia assiologica³¹, svolgere qualche considerazione ulteriore³², che apre, in una qualche misura, a una maggiore e più ragionevole interferenza tra legge ordinaria e legge costituzionale.

Non si tratta, infatti, di accertare se la legge ordinaria possa modificare la Costituzione, dacché, posto in questi termini, il problema non può che ricevere una soluzione di segno negativo, bensì di valutare se la legge ordinaria non contenga delle norme che siano, esse stesse, espressione di principi

L'applicabilità della disposizione normativa agli uniti civili, se, nel suo testo, compaia una o altra parola, ma soltanto che abbia un contenuto precettivo riferibile al matrimonio. In questa prospettiva, non è stato, neppure, necessario porre una precisazione in termini di equivalenza della parola. Se nella disposizione compare, infatti, un sinonimo di matrimonio, quale, a esempio, nozze, non v'ha dubbio che quella disposizione debba essere applicata, giacché sia la parola matrimonio, sia qualunque altro sinonimo, da un punto di vista concettuale, si riferiscono, pur sempre, al matrimonio. Secondo quest'ottica, avere precisato che sono applicabili anche le disposizioni che contengono la parola "coniuge", "coniugi" o altra equivalente, sembrerebbe perdere di rilevanza, dacché, se sono applicabili agli uniti civili tutte le disposizioni normative che, genericamente, si riferiscono al matrimonio, *a fortiori*, dovrebbero essere applicabili tutte le disposizioni normative nelle quali compaia una parola che, direttamente o indirettamente, evochi la riferibilità della disposizione al matrimonio stesso. La precisazione, tuttavia, è servita e serve a evitare che qualche giurista, incatenato dentro la logica dell'interpretazione strettamente letterale, possa azzardare che una disposizione normativa che contenga, espressamente, la parola coniuge o coniugi, non si possa considerare riferibile al matrimonio e, perciò, non sia applicabile alle persone che hanno contratto l'unione civile. A evitare questo rischio, il legislatore precisa, allora, che l'applicazione, alle persone unite civilmente, concerne non soltanto le disposizioni che si riferiscono al matrimonio, ma anche tutte le disposizioni contenenti le parole "coniuge" o "coniugi" o altre equivalenti, con l'avvertenza che l'espressione "parole equivalenti" è capace di comprendere qualunque sinonimo e, dunque, sposo, sposa, marito, moglie, senza che l'uso di una o altra parola possa discriminare tra disposizioni applicabili e no alle persone che abbiano contratto l'unione civile.

- 30 Per tutti, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *Le fonti normative*, 4^a ed., Padova, Cedam, 1976, p. 61, il quale chiarisce che le «leggi» in senso stretto o formale si articolano in tre categorie fondamentali: leggi «ordinarie», leggi «di revisione della Costituzione» e «altre leggi costituzionali».
- 31 Sul concetto di gerarchie normative, R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 121 ss.; Id., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 41 ss., 233-238; G. Pino, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa 2016, p. 169 ss.; Id., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, pp. 40-50. Movendo dalla ricostruzione convincentemente ed efficacemente proposta da Pino, si distingue tra gerarchie strutturali, materiali e assiologiche. Una gerarchia strutturale è una relazione tra una norma e una disposizione, in base alla quale l'ultima deve essere prodotta secondo il procedimento descritto dalla prima. La gerarchia materiale è la relazione tra due norme, retta dall'esistenza di una terza norma che dispone l'invalidazione o l'annullamento della norma inferiore, quando sia in contrasto con quella superiore. La gerarchia assiologica è la relazione tra due norme tale per cui una è reputata più importante rispetto all'altra, sicché si applica con preferenza, senza che ciò comporti l'annullamento della prima.
- 32 Per tutti, sulla dimostrazione che, in forza del principio di legalità deve darsi prevalenza al criterio assiologico, P. Perlingieri, *Il principio di legalità nel diritto civile*, cit., p. 195, ora in Id., *Interpretazione e legalità costituzionale*, cit., p. 104, «d'altro canto, la gerarchia tra norme cede, in ragione del principio di legalità, dinanzi alla gerarchia assiologica. Se, ad esempio, un regolamento governativo garantisce la tutela della persona in misura maggiore rispetto a una legge statale o regionale (gerarchicamente sovraordinate), è comunque il principio a dover trovare applicazione. In tale ipotesi, il criterio della gerarchia delle fonti imporrebbe la prevalenza della disposizione legislativa; il ricorso al differente criterio della gerarchia dei valori –imposto dalla primazia della Costituzione – rivelerebbe, invece, un *favor* per le norme del regolamento. In questa seconda ipotesi, in realtà, troverebbe applicazione la disciplina regolamentare unitamente al (*rectius* in combinato disposto con il) principio costituzionale di riferimento del quale è attuazione specificativa, senza che possa addursi la violazione del criterio di gerarchia tra le norme». L'A. chiarisce, peraltro, che non si tratta, neppure, di sovvertire la c.d. gerarchia formale, bensì di assumere consapevolezza che, tramite un'interpretazione sistematica, la legge di grado sott'ordinato opera in combinato disposto con il principio costituzionale.

costituzionali, la cui applicazione alle persone unite civilmente si rende, in via sistematica, indispensabile e necessaria.

Non si tratta, dunque, di verificare se la legge ordinaria possa modificare la Costituzione, bensì di verificare se la legge non veicoli, essa stessa, un principio costituzionale che deve trovare applicazione, in combinato disposto con quella.

Movendo da questa prospettiva, non credo che si possa escludere che principi costituzionali dettati con riferimento al matrimonio, o regolativi dei rapporti nascenti, tra le parti, dal matrimonio, debbano essere applicati anche all'unione civile.

Un esempio può aiutare e il riferimento corre proprio alla disposizione normativa recata all'art. 29 Cost.

Per semplificare il discorso, si consideri la disposizione recata al secondo comma, a mente del quale «il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare»³³.

Ebbene, dal mio punto di vista, non v'ha dubbio che questo principio non soltanto può, ma, addirittura, deve, essere applicato anche alle persone unite civilmente, dacché è inevitabile affermare l'esistenza di un principio secondo cui «l'unione civile deve essere ordinata sulla eguaglianza morale e giuridica delle persone unite civilmente, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare»³⁴.

Reputerei inaccettabile un'interpretazione che volesse mancare di riconoscere che l'unione civile, ormai divenuta parte integrante del nostro sistema ordinamentale, non debba essere retta da tale principio di eguaglianza e, dunque, che l'art. 29, comma 2, Cost., esprima un principio valevole soltanto per le persone che abbiano contratto matrimonio, ma non anche per le persone che abbiano contratto unione civile.

Non si tratta di affermare che una legge ordinaria può modificare una legge costituzionale, ossia che la legge sull'unione civile ha modificato la Costituzione, ma di prendere atto che la legge ordinaria veicola essa stessa quel principio costituzionale, che, secondo un'interpretazione sistematica, deve trovare applicazione al nuovo istituto³⁵.

Soluzione sostanzialmente analoga, pur con qualche precisazione, deve formularsi con riguardo al principio recato all'art. 29, comma 1, Cost.³⁶, il quale stabilisce che la «Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio». Inutile, infatti, sarebbe distinguere e dividere, se soltanto si consideri che la legge, espressamente, ha già riconosciuto la rilevanza dell'unione civile come formazione sociale, nella quale le persone sviluppano la propria personalità. Per escludere l'applicazione di questo principio alle persone che hanno contratto un'unione civile, si dovrebbe affermare che l'unione civile è fonte di una formazione sociale di natura non familiare. Il che, tuttavia, non è possibile. L'unione civile è una formazione sociale caratterizzata da una comunione materiale e spirituale di vita, che non può che essere di tipo familiare³⁷.

Il che significa che la nostra Repubblica, la quale riconosce i diritti della famiglia, ossia delle formazioni sociali caratterizzate dalla comunione materiale e spirituale di vita, riconosce e garantisce i diritti della famiglia sia qualora essa trovi fonte nel matrimonio, sia quando risulti fondata sull'unione civile.

La svolta, pur se epocale, è inevitabile.

Non può essere, certamente, un'interpretazione attenta alla gerarchia formale, ma non a quella assiologica a poterla arrestare.

33 Di tenore analogo è la norma di cui all'art. 5 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

34 Si consideri, per altro la disciplina di cui al comma 11 della l. 76/2016, la quale recepisce esplicitamente tale principio.

35 Il problema, sotto il profilo sollevato dalla norma d'interpretazione, viene svolto e risolto in modo convincente da P. Virgadamo, «Interpretazione autentica» e diritto civile intertemporale, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2012, pp. 184 s., 209.

36 R. Pane, *L'adozione piena dei minori tra vecchi e nuovi problemi. Spunti di riflessione in tema di omogenitorialità*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 467 s., «l'espressione società naturale non impone al legislatore di escludere aprioristicamente ogni tipo di regolamentazione giuridica per forme di unioni tra persone dello stesso sesso o di relegarle verso forme di tutela meno pregnanti, anche in considerazione che tali modelli familiari scaturiscono dal libero esercizio di diritti fondamentali della persona»; anche Id., *Unioni same-sex e adozione in casi particolari*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017.

37 Così chiaramente, da tempo, R. Pane, *L'adozione piena*, cit., p. 454, «giova sottolineare che il pluralismo familiare non è ignoto ai principi del nostro ordinamento. Da una lettura sistematica degli artt. 29 e 30 in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 Cost. emerge un'idea articolata di comunità familiare, tale da non lascia supporre che soltanto attraverso l'atto matrimoniale si possano realizzare finalità di tipo familiare e, al contempo, perseguire scopi meritevoli di tutela, attuativi di valori costituzionalmente garantiti». Id., *Unioni same-sex*, cit., nel quale contesta l'impianto complessivo della nuova legge sull'unione civile in ragione del suo ruotare, quasi esclusivamente, su profili di tipo patrimoniale, sacrificando il momento relazionale e d'impegnatività sul piano familiare della coppia.

5. Unione civile e comma 20: verso una disciplina unitaria

Ciò detto occorre verificare se il comma 20 abbia la forza e la capacità di lasciare fuori dall'unione civile le disposizioni del Codice civile non espressamente richiamate e di impedirne, altresì, la applicazione c.d. analogica³⁸.

Il comma 20 si suddivide in due parti.

Nella prima stabilisce che tutte le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti la parola 'coniuge' o altra equivalente, ovunque ricorrano nelle leggi, nei regolamenti, negli atti amministrativi, nei contratti collettivi si applicano anche alle persone che hanno contratto un'unione civile. Nella seconda parte stabilisce che ciò non vale per le disposizioni di legge contenute nel Codice civile e non espressamente richiamate e nella legge 4 maggio 1983, n. 184, ossia la legge sull'adozione.

Non si tratta di una norma che definisce l'estensione di significato della parola matrimonio o della parola 'coniuge' o altre equivalenti, comprendendo quella di unione civile o di persone che hanno contratto un'unione civile, né di una norma di pura interpretazione, bensì di una norma di produzione normativa.

A me pare che la prima parte del comma 20, secondo un meccanismo simile a quello descritto nell'art. 1324 c.c.³⁹, ha, sostanzialmente, generato, senza che l'interprete sia stato costretto a verificarne l'esigenza nel singolo caso, un complesso di norme *prima facie*⁴⁰ applicabili, in via immediata e diretta, alle persone che hanno contratto un'unione civile⁴¹. Il comma 20 crea delle norme applicabili alle persone che hanno contratto un'unione civile di contenuto identico a talune disposizioni concernenti il matrimonio o contenenti la parola coniuge o altra equivalente. La creazione di queste norme si risolve nella loro applicabilità *prima facie* alle persone che hanno contratto un'unione civile, senza necessità che l'interprete debba valutarne la necessità o l'esigenza.

La circostanza che il comma 20 abbia la funzione di innovare il sistema ordinamentale, mediante la previsione di un complesso di nuove norme applicabili *prima facie* agli uniti civili e di contenuto sostanzialmente identico a quelle che si riferiscono al matrimonio, nulla toglie alle tecniche ermeneutiche e, dunque, al procedimento attraverso il quale l'interprete giunge a individuare l'ordinamento del caso

38 Per uno svolgimento più compiuto, si veda, V. Barba, *Le norme applicabili alle persone unite civilmente*, cit., p. 143 ss.; Id., *Le norme, relative al coniuge, applicabili alle persone unite civilmente*, cit., p. 521 ss.; Id., *Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria*, cit., p. 111 s.

39 V. N. Irti, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, I, p. 560 s. Ma, sul criterio della compatibilità, di recente, con soluzioni e argomenti pienamente condivisibili, A. Alpini, *Compatibilità e analogia nell'unità del procedimento interpretativo. Il c.d. rinvio «in quanto compatibili»*, in *Rassegna di diritto civile*, 2016, p. 701 ss. L'A. chiarisce che "compatibilità" e "analogia", potevano avere spazi applicativi differenti nella prospettiva segnata da una teoria dell'interpretazione pre-costituzionale, esclusivamente fondata sul meccanismo del sillogismo e sulla tecnica della sussunzione. In una prospettiva moderna che, prende consapevolezza della modificazione del sistema delle fonti, del radicale mutamento determinato dall'approvazione della Costituzione e della necessità di una teoria dell'interpretazione sistematica, assiologica e di controllo, non vi è più spazio per questa distinzione.

40 G. Pino, *Teoria*, cit., p. 137, «in maniera pressoché tautologica, applicabilità *prima facie* di un atto normativo o di una norma vuol dire che vi sono ragioni *prima facie* per applicare quell'atto normativo o norma: in altre parole, quell'atto normativo o norma si presume applicabile. Applicabilità conclusiva significa che vi sono ragioni conclusive per applicare quell'atto normativo o norma: esaminate e superate eventuali considerazioni contrarie, l'interprete conclude che ai fini della decisione del caso debba essere applicato un certo atto normativo o norma, e non un altro. Il passaggio dall'applicabilità *prima facie* all'applicabilità conclusiva è raffigurabile come la ricerca di un equilibrio riflessivo, che termina quando l'interprete ritiene di aver vagliato in maniera soddisfacente tutti i fattori rilevanti».

41 La circostanza che il comma 20 abbia la funzione di innovare il sistema ordinamentale, mediante la previsione di un complesso di nuove norme applicabili *prima facie* agli uniti civili e di contenuto sostanzialmente identico a quelle che si riferiscono al matrimonio e a quelle che contengono la parola coniuge o altra equivalente, nulla toglie alle tecniche ermeneutiche e, dunque, al procedimento attraverso il quale l'interprete giunge a individuare l'ordinamento del caso concreto. L'applicabilità *prima facie* non necessariamente coincide con l'applicabilità *conclusiva* (N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978, p. 155 ss.), dacché quest'ultima passa, di necessità, attraverso la valutazione dell'interprete, ossia dai criteri e meta-criteri di applicabilità, che, come è noto, rinviano alla ideologia delle fonti del diritto (G. Pino, *Teoria*, cit., p. 154 s.). L'applicazione della regola non dipende dalla mera e sola circostanza che sia accaduto un fatto rispondente (*rectius*: simile) a quello descritto nella fattispecie, bensì dalle condizioni di applicabilità della norma. Le quali, secondo la teoria ermeneutica, che mi pare preferibile, dipendono non soltanto dalla rispondenza (*rectius*: somiglianza) strutturale del fatto alla fattispecie (più o meno determinata), ma anche e, soprattutto, dalla valutazione della ragion sufficiente della norma in relazione agli interessi coinvolti. L'interprete è tenuto a compiere sempre un controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti, esplicitando le proprie scelte, di modo che la decisione sia sempre verificabile e, dunque, garantita la certezza del diritto, che non può essere ridotta alla sola ripetitività di una soluzione.

concreto. La circostanza che esista una norma *prima facie* applicabile alle persone che hanno contratto un'unione civile non significa che essa debba, di necessità, essere loro applicata, dacché l'applicabilità conclusiva dipende dai criteri e meta criteri d'interpretazione, i quali rinviano all'ideologia delle fonti del diritto⁴². Resta inteso, però, che la prima parte del comma 20 ha la funzione di creare norme *prima facie* applicabili alle persone unite civilmente e di contenuto identico a quelle relative al matrimonio.

Rimane da intendere la seconda parte del comma 20, il quale è stato interpretato, fin qui, come una norma che impedisce l'applicazione alle persone unite civilmente delle norme del Codice civile non espressamente richiamate, oltre che della legge sull'adozione.

Tale ricostruzione non credo che possa essere condivisa e merita, dal mio punto di vista, di essere sottoposta a severo vaglio critico.

A ben considerare l'andamento di tale regola, è facile avvertire che esso non pone una condizione negativa di applicazione delle disposizioni del Codice civile non espressamente richiamate e della legge sull'adozione, bensì una condizione negativa di applicazione del meccanismo descritto nella sua prima parte.

In altri termini, la seconda parte del comma 20 non stabilisce che «le disposizioni del Codice civile non espressamente richiamate e la legge sull'adozione non si applicano agli uniti civilmente», bensì che «il meccanismo normo-genetico (descritto nella prima parte) non si applica alle disposizioni del Codice civile non espressamente richiamate e alla legge sull'adozione».

Sulla scorta di questo ragionamento, ciò che il comma 20 preclude è soltanto il meccanismo normo-genetico che, invece, opera rispetto a tutte le altre disposizioni normative concernenti il matrimonio, o contenenti la parola coniuge o equivalente, ovunque ricorrano nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti, nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi.

La circostanza che il legislatore abbia escluso che il meccanismo normo-genetico possa concernere le disposizioni del Codice civile, ossia che l'interprete non trovi delle norme (di contenuto identico a quelle del Codice civile) *prima facie* applicabili alle persone unite civilmente, non significa che, all'esito del procedimento d'interpretazione, quelle norme del Codice civile non possano essere applicate in via conclusiva. Com'è possibile che una regola applicabile *prima facie*, risulti all'esito del procedimento di interpretazione non applicabile in via *conclusiva*, all'inverso è ben possibile che una regola non applicabile al caso *prima facie*, sia, all'esito del procedimento di interpretazione, applicabile in via *conclusiva*⁴³.

42 Un esempio può aiutare la comprensione. Esiste una norma che impedisce all'istituto bancario di dare informazioni al coniuge del cliente che non abbia una precisa delega. Per effetto della norma di cui al comma 20, si dà nel nostro ordinamento una norma giuridica, di contenuto identico, riferibile alle persone che hanno contratto un'unione civile. Al fine di stabilire se tale norma debba essere applicata nel caso concreto, non basta limitarsi ad accertare che un soggetto abbia chiesto informazioni bancarie relative alla posizione del proprio unito, ossia che ricorra un fatto *prima facie* riducibile a quello. Bisogna, infatti, verificare se questa norma debba *conclusivamente* essere applicata oppure resa defettibile, valutando il caso concreto ed esercitando un controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti. Nell'ipotesi in cui la richiesta fatta alla banca servisse per soddisfare una curiosità del richiedente, o un interesse meramente patrimoniale, che deve considerarsi soccombente rispetto a quello protetto dalla norma, non v'ha dubbio che essa debba (sia che si tratti di coniuge, sia che si tratti di unito civilmente) trovare, senz'altro, applicazione, dovendosi considerare la conseguenza prevista dalla norma (ossia il rifiuto di fornire informazioni) adeguata e congruente rispetto agli interessi coinvolti nel caso. Diversamente, qualora l'informazione fosse chiesta perché indispensabile al fine di tutelare la salute o la vita della persona a cui l'informazione si riferisca, la norma deve considerarsi defettibile, dacché il principio che tutela la riservatezza bancaria, di cui questa norma è espressione, è soccombente rispetto al principio che tutela la vita della persona.

43 Tra una disposizione di legge concernente il matrimonio contenuta nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti, nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi e una disposizione di legge contenuta nel Codice civile (e non espressamente richiamata) esiste, rispetto alla loro applicabilità alle persone che abbiano contratto un'unione civile, soltanto una differenza di misura. Nel primo caso, il comma 20 ha sostanzialmente creato delle norme di contenuto identiche a quelle concernenti il matrimonio, applicabili *prima facie* alle persone che hanno contratto un'unione civile. In presenza di tali norme, già introdotte nel nostro sistema ordinamentale, l'interprete è tenuto a verificare se, nel singolo caso concreto, esse siano applicabili, non soltanto *prima facie*, ma anche in via *conclusiva*, ossia se e quali di esse concorrano a determinare l'ordinamento del caso concreto. L'interprete è tenuto non tanto a giustificare l'applicazione di quella norma, dacché essa è applicabile al caso *prima facie*, quanto, piuttosto, la sua disapplicazione, quando, avendo riguardo alla sua funzione e agli interessi del caso concreto, la sua applicazione non superi il controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza. In altri termini, alla presenza di una norma, *prima facie* applicabile alle persone unite civilmente, l'interprete è chiamato più a dover giustificare la sua eventuale defettibilità, che non a giustificare la sua applicazione. Per semplificare, e nella consapevolezza che ogni interpretazione applicativa reclama sempre un'adeguata e congrua giustificazione, si potrebbe affermare che, in presenza di una norma applicabile *prima facie* agli uniti civili, il giurista sia tenuto ad argomentare più la sua disapplicazione che non la sua applicazione. Diversamente, nel caso di una norma che non sia *prima facie* applicabile alle persone unite civilmente (in ragione della preclusione del meccanismo normo-genetico, posta dal comma 20, seconda parte) l'interprete è tenuto a giustificare la sua applicazione 'analogica', ossia a dimostrare, avendo riguardo al conflitto di interessi che essa compone, alla ragion sufficiente della norma, al principio di cui essa è espressione, bilanciando quest'ultimo con gli altri principi even-

Affermare che la seconda parte del comma 20 esprime una norma che si limita a escludere il funzionamento del meccanismo normo-genetico (descritto nella prima parte) rispetto alle disposizioni del Codice civile, consente di respingere l'idea che esista una deliberata scelta legislativa volta a escludere che le norme del Codice civile, non espressamente richiamate dalla legge, siano applicabili alle persone unite civilmente. Elide, in via definitiva, il preconetto normativo che il legislatore avrebbe inteso impedire o interdire la possibilità di applicare analogicamente alle persone unite civilmente le disposizioni contenute nel Codice civile.

Si conferma che l'analogia non è un metodo interpretativo-integrativo alternativo, bensì un modo di applicazione dei principi. In questo senso la disciplina in parola diventa straordinariamente significativa per comprendere non soltanto il superamento dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale⁴⁴, come autorevole dottrina ha insegnato da anni⁴⁵, ma, soprattutto, che ogni interpretazione a fini applicativi⁴⁶ è, di per sé stessa e per definizione, analogica, in guisa che l'interprete non ricorre all'analogia quando un caso non possa essere deciso da una precisa disposizione di legge, ma ogni qual volta debba fare applicazione di una qualunque norma giuridica⁴⁷.

È possibile applicare una norma a un fatto al quale detta norma non sia, *prima facie* applicabile, non tanto perché esista una somiglianza strutturale tra il fatto regolato e il fatto non regolato, ma perché esiste una medesima esigenza di composizione degli interessi in conflitto. Ciò che conta, ai fini dell'applicazione analogica, è che il principio espresso dalla regola del caso *prima facie* regolato sia applicabile anche a un altro (per l'appunto simile), sul quale quel principio incide allo stesso modo.

In questo senso è chiaro che l'applicazione analogica non è altro che un modo di applicazione dei principi, poiché si risolve nell'applicazione di un medesimo principio a due casi. Non si procede mai per identità tra fatto e norma, ma sempre e soltanto per somiglianza⁴⁸.

tualmente in concorso nel singolo caso, che essa debba essere applicata, ancorché non sia *prima facie* applicabile alle persone che hanno contratto un'unione civile. L'interprete è tenuto a dimostrare che la regola, pur *prima facie* inapplicabile al caso, è *conclusivamente* idonea a regolare quel caso, perché è espressione di un principio che deve trovare applicazione, in guisa che l'ordinamento del caso concreto debba essere determinato attraverso l'applicazione di una regola analoga.

44 Secondo P. Grossi, *La formazione del giurista*, cit., p. 47, si tratta di una "reliquia" del mondo di ieri.

45 P. Perlingieri, *Produzione scientifica e realtà pratica*, cit., p. 455, e in Id., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 3 ss.; Id., *Interpretazione e qualificazione*, cit., p. 826 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti* (1983), 3° ed., Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, p. 341 ss.; Id., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologia. Il brocardo in claris non fit interpretatio*, cit., p. 990 e in Id., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 275; Id., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1992; Id., *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, cit., p. 802 ss.; Id., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, p. 188 ss.; Id., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 317; Id., *Interpretazione e legalità costituzionale*, cit.. Un'esaustiva ed efficace ricostruzione, con ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza, sull'evoluzione del diritto civil-costituzionale, si deve a M. Pennasilico, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rassegna di diritto civile*, 2011, p. 840 ss.

46 P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pp. 369 s., 604, 618 s., 613, 855. Nell'introduzione, a p. XI, si legge: che l'interpretazione «a fini applicativi consente di presentare, nonostante la pluralità delle fonti e dei poteri normativi, l'ordinamento giuridico come unitario anche se complesso, quale risultato dell'insieme delle applicazioni; in un approccio sistematico volto a valutare l'impatto del fatto singolo nel sistema degli interessi e dei valori giuridicamente rilevanti, sapendo cogliere tra essi quelli prevalenti e sapendo realizzare gli opportuni bilanciamenti alla luce del principio di ragionevolezza insito nel sistema».

47 Nessun fatto è esattamente rispondente a quello puramente descritto nella norma e ove pure il giurista dovesse applicare a un caso una singola norma, si tratterà pur sempre di un'applicazione analogica, ossia di un'applicazione per somiglianza e differenza, non potendosi dare un accadimento esattamente rispondente a una fattispecie normativa ed essendo possibile applicare una certa norma a un certo caso sempre in via di analogia, ossia spogliando il caso di talune delle sue particolarità, allo scopo di renderlo conforme (*rectius*: quanto più simile) al modello di fatto descritto nella norma.

48 Non soltanto perché è storicamente impossibile ipotizzare la ripetitività di un fatto, ma, soltanto, ipotizzabile l'accadimento di una pluralità di fatti, tra loro, simili, ma anche perché è impossibile che accada un fatto identico a quello descritto in una fattispecie. Per quanto il singolo fatto possa essere facilmente riconducibile a quello descritto in una fattispecie, non si potrà mai ipotizzare un'identità, ma sempre e soltanto una somiglianza, sicché non si potrà mai dare applicazione diretta, ma sempre applicazione analogica, potendosi soltanto dare uno scarto, più o meno intenso, nel giudizio di approssimazione ed errore. Ogni qualificazione del fatto avviene sempre per somiglianza, spogliando il fatto di alcune delle sue note peculiari, affinché esso risulti rispondente (*rectius*: simile) a quello descritto nella fattispecie. Ogni applicazione normativa è analogica, potendosi, soltanto, graduare l'intensità del processo analogico riguardo allo scarto esistente tra la disposizione normativa e la norma applicata al caso concreto, verificando se esista uno scarto minimo o massimo. Con intesa che anche quando esista uno scarto minimo, si tratterà, pur sempre, di applicazione analogica, perché il caso descritto non potrà mai, per definizione, e in ragione delle sue particolarità, essere esattamente rispondente a quello descritto nella norma. Al pari di com'è impossibile -considerando le diversità temporali, spaziali e soggettive- che accadano due fatti identici tra loro. Dal metodo della sus-

Se ragioniamo così, non soltanto credo che debbano trovare applicazione all'unione civile le norme apparentemente escluse, sicché sarebbe irragionevole pensare che l'unione non possa essere impugnata per una parafilia, che gli uniti non abbiano l'obbligo di cooperare o di essere fedeli, ma soprattutto, che non esista, neppure un ostacolo logico all'applicazione della disciplina sull'adozione legittimante alle persone unite civilmente, al pari di come non vi dovrebbe essere nessuno ostacolo all'applicazione alla persone unite civilmente della norma di cui all'art. 44, lett. A della legge sull'adozione⁴⁹.

È, certamente, beninteso che altra è l'applicazione conclusiva di una norma che regola i rapporti tra le parti, altra è l'applicazione conclusiva di una norma che riguarda l'adozione. La differenza è mediata dall'interesse del minore. Nel momento in cui studi seri e condivisi affermano che dal punto di vista del minore, anche avuto riguardo alla sua relazione con tutti gli altri e al suo modo di relazionarsi nella società, sia concretamente 'indifferente' vivere in un ambiente familiare governato da una coppia di persone omosessuali o di persone eterosessuali, non mi pare che si possano dare seri ostacoli ad ammettere, che le persone unite civilmente possano accedere all'adozione legittimante⁵⁰. Con intesa che il

sunzione si deve trascorrere al metodo della qualificazione del fatto, il quale presuppone un giudizio non tanto e non soltanto fondato sulle note strutturali, quanto e soprattutto su quelle funzionali, avendo riguardo al conflitto d'interessi composto, alla ragione sufficiente della norma e all'esito di un controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti. Soltanto in questo modo è possibile evitare un diritto caratterizzato da incertezza e incalcolabilità e, al contempo, l'individuazione di soluzioni che siano adeguate e ragionevoli, facendo del giurista un interprete responsabile del nostro tempo.

49 Per un maggiore sviluppo del ragionamento, si v. V. Barba, *Unione civile e adozione*, cit., p. 381 ss. In questa prospettiva, la regola secondo cui «la disposizione di cui al periodo precedente non si applica [...] alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184», non esclude l'applicabilità di questa legge alle unioni civili, e, dunque, non esprime la volontà del legislatore di escludere, a priori e definitivamente, l'applicabilità di questa disciplina alle persone che hanno contratto un'unione civile, ma si limita a escludere il funzionamento del meccanismo normo-genetico rispetto alla legge sull'adozione, ossia pone una norma dal seguente tenore: «il meccanismo normo-genetico (descritto nella prima parte) non si applica alle disposizioni della legge sull'adozione». Impedisce, soltanto, che il nostro sistema ordinamentale sia, immediatamente, arricchito di una pluralità di norme applicabili alle persone che hanno contratto un'unione civile di contenuto identico alle disposizioni normative recate nella legge 4 maggio 1983, n. 184 e riferibili ai coniugi. Impedisce, cioè, che il sistema ordinamentale sia arricchito di una pluralità di norme di contenuto identico a quelle contenute nella legge sull'adozione, applicabili *prima facie* alle persone che hanno contratto un'unione civile. La circostanza che la seconda parte del comma 20 impedisca l'arricchimento del sistema ordinamentale con queste norme, non esclude, però, in astratto, che esse possano essere applicate in via analogica alle persone che hanno contratto un'unione civile. Nel momento in cui si postula che la seconda parte del comma 20 ha la sola funzione di arrestare il meccanismo normo-genetico, si emargina l'idea che esista una precisa volontà legislativa orientata a inibire l'applicazione di queste norme alle persone unite civilmente e, dunque, cade l'argomento principe che ostacola il ricorso all'analogia, tradizionalmente intesa. Respingendo, infatti, l'idea che la disposizione in commento possa esprimere una volontà legislativa orientata a rifiutare l'applicabilità alle persone che hanno contratto un'unione civile delle norme sull'adozione, deve affermarsi che un eventuale caso nel quale si possa fare questione di adozione da parte di persone unite civilmente sia privo di una disciplina e, dunque, che si dia una lacuna. Il veto posto dalla seconda parte del comma 20 impedisce che il sistema ordinamentale si arricchisca di una disciplina sull'adozione che sia *prima facie* applicabile alle persone che hanno contratto un'unione civile, senza postulare che esista una volontà legislativa spiegata a escluderne deliberatamente l'applicabilità. In assenza di un complesso di norme (*rectius*: una disciplina) sull'adozione, applicabili *prima facie* alle persone unite civilmente, l'interprete che voglia giungere ad affermarne l'applicabilità *conclusiva* deve giustificare quest'affermazione.

50 Così, V. Barba, *Unione civile e adozione*, cit., p. 381 ss. Il discorso deve svolgersi lungo due linee autonome, discernendo l'ipotesi segnata all'art. 44, comma 1, lett. b), ossia l'adozione del minore che sia figlio, anche adottivo, dell'altro "coniuge", dall'ipotesi segnata all'art. 44, comma 1, lett. d), ossia l'adozione del minore quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. La prima delle due ipotesi solleva un problema di applicazione c.d. analogica, dacché impone di stabilire se il principio espresso dalla norma, avuto riguardo alla sua ragione sufficiente, alla sua funzione, all'interesse del minore e tenuto conto delle ragioni di questo tipo d'adozione, possa valere anche per le persone unite civilmente e, dunque, per consentire all'unito civile l'adozione del minore che sia figlio, anche adottivo, dell'altro. Sul punto è ovvio che si debbano, di massima, svolgere considerazioni analoghe a quelle che sono state svolte rispetto all'adozione legittimante, con la conseguenza che dovrebbe ammettersi, senza dubbio alcuno, questa possibilità. Radicalmente diversa è, invece, l'ipotesi di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), alla quale sembra, inequivocabilmente, essersi voluto riferire il legislatore nell'ultimo inciso del comma 20, L. 76/2016, quando fa salvo quanto sia già consentito e previsto in materia di adozione. Si tratta di un'ipotesi di adozione in casi particolari, alla quale è possibile far luogo quando vi sia la «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» e costituisce l'ipotesi attraverso la quale, sino a oggi, la nostra giurisprudenza ha, sostanzialmente, consentito l'adozione da parte di coppie formate da persone dello stesso sesso. Diversamente dal caso descritto alla lett. b), nel quale vi è un esplicito riferimento al «coniuge», quest'ipotesi, non facendo alcun riferimento al matrimonio, o a persone coniugate, ma soltanto all'impossibilità di far luogo a un affidamento preadottivo, non impone di valutare se possa essere applicata, analogicamente, alle persone che hanno contratto un'unione civile, ma soltanto d'intendere quale sia il perimetro coperto da questa disciplina. Su sollecitazione della nostra migliore dottrina, la giurisprudenza ha offerto una interpretazione estensiva della norma, affermando che l'espressione «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» deve riferirsi non soltanto ai casi di impossibilità di fatto,

controllo sulla capacità della coppia di accedere all'adozione deve, comunque, essere svolto in concreto, dovendosi verificare che la coppia sia "affettivamente idonea e capace di educare, istruire e mantenere i minori". A maggior ragione questo discorso deve essere fatto rispetto all'adozione in casi particolari, nei quali si tratta di riconoscere un rapporto giuridico di filiazione, quando esiste già, un vincolo affettivo e il minore è spesso già inserito in quel determinato contesto familiare.

Se così è, matrimonio e unione civile hanno nel nostro ordinamento nomi diversi, ma celano un regime disciplinare, sostanzialmente, di contenuto identico. A meno di non voler affermare che la differenza sostanziale dipenda dal fatto che l'unione civile è modello familiare riservata alle sole coppie di persone dello stesso sesso e il matrimonio alle sole persone di sesso opposto, creando una disparità di trattamento irragionevole sulla base dell'orientamento sessuale e affettivo delle persone. Se si pensa a questo la taccia di incostituzionalità è certa.

Occorre maturare la consapevolezza che l'unione civile, sebbene l'origine storica del legislatore possa essere stata questa, non è più un fenomeno tanto diverso dal matrimonio. Può permanere e permane qualche profilo disciplinare differente, ma si tratta di profili marginali, sui quali diventa davvero difficile, se non impossibile pensare di costituire una incomunicabilità tra le discipline. Piuttosto occorre assumere consapevolezza che disciplina di matrimonio e unione civile è unitaria. Distinzioni risultano, via via sempre più irragionevoli e pericolose.

Le norme sul matrimonio possono applicarsi all'unione civile, ma soprattutto potrebbero darsi norme sull'unione civile che possono applicarsi al matrimonio. Pensiamo a quanto sia contemporanea la norma sul cognome familiare, di cui all'art. 1, comma 10, l. 76 del 2016 e quanto sia stantia, invece, la norma di cui all'art. 143-bis. Non avrei difficoltà a pensare che al matrimonio debba trovare applicazione la norma sull'unione civile, che mi sembra maggiormente rispettosa delle scelte delle persone. La verità è che i due istituti sono diventati reciprocamente permeabili e occorre assumere consapevolezza che la tutela della persona nella formazione sociale familiare può trovare la norma, maggiormente rispondente all'interesse protetto, nell'una o nell'altra disciplina, in guisa che l'interprete deve applicare al caso concreto la regola che sia maggiormente rispondente all'interesse protetto. C'è una permeabilità reciproca delle discipline: dei due istituti, non soltanto dal matrimonio all'unione civile, ma anche dall'unione civile al matrimonio. Questa è la nuova sfida, sebbene si tratti di un percorso che attende di essere maturato e guidato.

Il vero profilo disciplinare che ancora mi sembra distante tra i due istituti è quello che attiene alla fase dello scioglimento del rapporto familiare. La distanza non è siderale, per come si possa pensare, perché distanze apparentemente incolmabili sono molto ridimensionate.

bensì anche ai casi di impossibilità di diritto (così, già, Corte d'appello di Torino, sentenza del 9 giugno 1993, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1994; I, p. 165 e Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 30 luglio 2014, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2015, con nota di N. Cipriani, *La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali* e in *Foro italiano*, 2014, p. 2743, con osservazioni di G. Casaburi; Corte d'appello di Torino, sentenza del 27 maggio 2016, in *Foro italiano*, 2016, I, 1910 ss.; Corte di cassazione, sentenza dell'11 gennaio 2013, n. 601, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 1036, con note di M. M. Winkler, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*, e di B. Paparo, *Nota in tema di omosessuali e affidamento dei figli*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 570, con nota di F. Ruscello, *Quando il pregiudizio .. è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*; in *Foro italiano*, 2013, I, c. 1193, con annotazione di G. Casaburi; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, I, p. 432, con nota di C. Murgo, *Affidamento del figlio naturale e convivenza omosessuale dell'affidatario: l'interesse del minore come criterio esclusivo*; in *Guida al diritto*, 2013, 5, p. 16 ss., con note di M. Finocchiaro, *La prova sul rischio di ripercussioni negative non doveva essere posta a carico del padre*, di G.M. Salerno, *Nessun rischio di parificazione delle unioni*, e di G. Vaccaro, *L'interesse del minore alla base di ogni decisione*; in *www.filodiritto.it*, con nota di A. Falcone, *L'affidamento del minore al genitore omosessuale: inspiegabile clamore per una decisione nell'interesse della prole*. Anche L. Franco, *Il «gesto di Ettore»: dalla tradizione al cambiamento antropologico. Coppie omosessuali tra affidamento e adozione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, II, p. 506 ss.; L. Balestra, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra «pregiudizio» e interesse del minore*, in *Corriere giuridico*, 2013, p. 893 ss.), ossia quando il minore non sia in stato di abbandono. Ancora oggi, successivamente all'approvazione della legge sulle unioni civili, permangono ostilità a tale soluzione, escludendosi, dai più, la possibilità di reputare, ai fini dell'applicabilità della disciplina in questione, analoga la situazione di due persone unite in matrimonio alla situazione di due persone unite civilmente. Dal mio punto di vista, e secondo le considerazioni svolte poco sopra, l'approvazione della legge sulle unioni civili dovrebbe aprire alla possibilità che l'unito civile del genitore biologico possa adottare il minore, dal momento che non sussistono ragioni che suggeriscono di non applicare il principio espresso alla lett. b) anche all'unito del genitore biologico. Gli è, però, che la giurisprudenza non ha ancora consapevolmente, affermato questo principio ed ha preferito, come detto, rifugiarsi dentro l'ipotesi della lett. d). In definitiva, credo sia indispensabile, al fine di restituire coerenza alla disciplina sull'adozione in casi particolari, in combinato con la disciplina sulle unioni civili e sulle convivenze e nell'orizzonte dei nostri principi fondamentali, avendo esclusivamente riguardo al tema indagato, che il caso di coniuge e unito civile del genitore biologico siano risolti facendo applicazione della norma di cui all'art. 44, comma 1, lett b) l. ad., mentre i casi di convivente del genitore biologico facendo applicazione della norma di cui all'art. 44, comma 1, lett d), l. ad.

Nell'unione civile non è prevista la separazione, ma ciò non esclude che si possa dare una separazione di fatto. L'unione civile si può sciogliere, secondo il meccanismo descritto dall'art. 1, comma 24, l. 76/2016 in modo molto più rapido, ma in assenza di figli, l'ordinamento prevede l'ormai noto divorzio breve. Piuttosto deve dirsi - sotto questo profilo la disciplina dell'unione civile mi pare carente - non si tiene conto delle conseguenze dello scioglimento dell'unione civile con riguardo ai figli.

La disciplina sull'unione civile muoveva dal presupposto che non si potessero dare coppie di persone unite civilmente che avessero la responsabilità genitoriale su propri figli. La nostra giurisprudenza interna e internazionale⁵¹, sia per via dell'adozione in casi speciali⁵², sia per il tramite del riconoscimento degli atti di stato di nascita formati in altri paesi⁵³, ha dimostrato l'esatto contrario. A questo punto la disciplina sullo scioglimento dell'unione civile diventa insufficiente e inadeguata. Se proprio esiste un profilo di disciplina sul quale è necessario un ripensamento generale è proprio quello dello scioglimento. Si badi non per accrescere il livello di tutela delle persone unite, ma per accrescere il livello di tutela dei minori. Se davvero occorrono modifiche, esse riguardano lo scioglimento, dacché occorre individuare meccanismi capaci di controbilanciare la semplicità della procedura con l'interesse di eventuali figli della coppia.

In definitiva, credo che il cammino sia soltanto iniziato; che vi sia una grande responsabilità degli interpreti; che matrimonio e unione civile, per quanto siano nati come istituti diversi, sono destinati a

- 51 Si consideri che la Corte Edu, già prima dell'introduzione della disciplina italiana sulle unioni civili, è intervenuta, sotto distinti profili, sul tema della genitorialità omosessuale. Al riguardo, almeno: Corte Edu, 6 febbraio 2002, *Fretté c. Francia* (in *Famiglia*, 2003, p. 521, con nota di E. Varano, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'inesistenza del diritto di adottare*); Corte Edu, decisione del 22 gennaio 2008, *E.B. c. Francia* (in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, I, p. 667 ss., con nota di J. Long, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omo-sessuali*; e in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 221, con nota di E. Falletti, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*); Corte Edu, 5 marzo 2012, *Gas e Dubuois c. Francia*, ricorso n. 25951/07, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, I, p. 958 ss., con nota di F. Chiovini, *Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l'instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo*; Corte Edu, decisione del 9 febbraio 2013, ric. n. 19010/07, *X e altri c. Austria*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 1764 ss., con nota di L. Poli, *Adozione coparentale 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 *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, I, p. 525, con nota di C. Fatta e M.M. Winkler, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second-parent adoption*.
- 52 Per tutte si v. Corte di Cassazione, sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro italiano*, 2016, p. 2342 ss.; in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 2573 ss., con nota di A. Spadafora, *Adozione tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa*, e con nota di I. Rivera, *La sentenza di cassazione n. 12962/2016 e il superiore interesse del minore*; in *Corriere giuridico*, 2016, p. 1203 ss., con nota di P. Morozzo della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, e con nota di L. Attademo, *La stepchild adoption omoparentale nel dettato dall'art. 44, comma 1, lett. D), L. n. 184/1983 e nella L. 218/1995*; in *Famiglia e diritto*, 2016, p. 1025 ss., con nota di S. Veronesi, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*. Si v. N. Cipriani, *Coppie omosessuali, affidamenti e adozione di minori, Diritto delle successioni e della famiglia*, 2015, p. 39; R. Pane, *Delle adozioni e dintorni: spunti critici a margine della riforma della filiazione*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, a cura di R. Pane, Napoli, 2015, p. 213 ss.; Id., *L'adozione piena dei minori tra vecchi e nuovi problemi. Spunti di riflessione in tema di omogenitorialità*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 451 ss.; J. Long, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omo-sessuali*, cit., p. 667 ss.; G. Repetto, *Limiti e strategie della tutela antidiscriminatoria. Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, s.d. (ma 2013), in *www.academia.edu*; M.C. Vitucci, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 481 ss.; F. Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 2011, p. 1398; Id., *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in A. Schuster (a cura di), *Omogenitorialità, filiazione orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine 2011, pp. 163 ss.; Id., *Affidamento e adozione per le coppie formate da persone dello stesso sesso*, in G.O. Cesaro, P. Lovati, G. Mastrangelo (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, 2014, p. 120 ss.; M. Gattuso, *Anche da Milano, dopo la Cassazione, Roma e Torino, semaforo verde per l'adozione coparentale*, in *Articolo29*, *www.articolo29.it* 8 maggio 2017; Id., *Tribunale per i minorenni di Roma: sí all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è "sana e meritevole di essere riconosciuta"*; S. Stefanelli, *Ancora in tema di interpretazione dell'art. 44 sulle adozioni: nota a Trib. Minorenni di Milano, 17 ottobre 2016, n. 261*, in *Articolo29*, *www.articolo29.it* 1 febbraio 2017.
- 53 Si v. Consiglio di Stato, sentenza dell'1 dicembre 2016, n. 5047, in *Leggi d'Italia*; Consiglio di Stato, sentenza dell'1 dicembre 2016, n. 5048, in *Leggi d'Italia*; Corte di cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corriere giuridico*, 2017, p. 181, con nota di G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; Tribunale di Napoli, sentenza del 6 dicembre 2016, in *Leggi d'Italia*; Corte d'appello di Torino, sentenza del 4 dicembre 2014, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, 441, con nota di L. Franco, *Il nome del bambino nato da due madri: tra diritto al nome e diritto sul nome*; Corte d'appello di Trento, sentenza del 23 febbraio 2017, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 669 ss., con commento di M.C. Baruffi, *Co-genitorialità same sex e minori nati con maternità surrogata*; Corte di cassazione, sentenza del 15 giugno 2017, n. 14878, in *Guida al diritto*, 2017, p. 54 ss.; Corte d'appello di Genova, sentenza del 1 settembre 2017, n. 1319, inedita. Per una sintesi giurisprudenziale, si v. R. Calvigioni, *Nascita all'estero da genitori dello stesso sesso: dalla giurisprudenza recente al ruolo dell'ufficiale di stato civile nella trascrizione dell'atto*, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 1051 ss.

unirsi e che anche in Italia, ripercorrendo il cammino che anche altri paesi hanno fatto si debba, mano a mano giungere alla previsione di un istituto comune.

In attesa di questo passaggio, sarà bene che i giuristi si facciano coraggiosi interpreti del nostro sistema ordinamentale, consapevoli dell'importanza dei principi identificativi del sistema e delle responsabilità che ciascuno di noi ha quando concorre, in un modo o nell'altro, a formare le regole del caso concreto. Il cittadino e il giurista hanno il dovere di concorrere al progresso spirituale e materiale del paese; tale progresso ci sospinge verso una disciplina moderna e unitaria.

GenIUS

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvg 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN: 2384-9495

genius@articolo29.it