

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE,
GIURIDICHE E
STUDI INTERNAZIONALI

Corso di laurea *Triennale* in Scienze politiche, relazioni
internazionali e diritti umani



LA TUTELA GIURIDICA DELLE COPPIE
OMOSESSUALI: UNO SGUARDO ALL'ITALIA
IN UNA PROSPETTIVA EUROPEA

Relatore: Prof. BIANCA CHECCHINI

Laureando: SIMONE VECCHIATO
matricola N. 1230323

A.A. 2021/2022

A Paola e Fabio

*Alla mia instancabile curiosità e
alla mia fame di sapere e conoscenza*

*“In ciascuno di noi c’è la tendenza ambivalente
a cercare l’unione di coppia, in stabile
bilanciamento con l’opposta esigenza
di difendere la propria singolarità (...).*

*In questo gioco dinamico
hanno un enorme peso i fattori culturali che
regolano unioni e divisioni e privilegiano
questo o quel modello di famiglia,
sulla base di criteri non solo psicologici,
ma anche economici, dinastici, culturali.”*

Argentieri, “A qualcuno piace uguale”

INDICE GENERALE

Introduzione.....	9
-------------------	---

Capitolo 1

L'omosessualità in Italia dall'Unità al dibattito negli anni 2000

1.Premessa.....	13
1.1 L'ignoranza del vizio nel codice Zanardelli del 1890.....	14
1.2 Il nemico dell'uomo fascista e il codice Rocco.....	17
1.3 L'omosessualità nel secondo dopoguerra.....	20
1.3.1. L'emergere degli omosessuali tra gli anni '70 e '90.....	23
1.3.2. I primi timidi tentativi di dare tutela giuridica alle coppie same sex.....	29

Capitolo 2

Il ruolo della giurisprudenza nella tutela giuridica delle coppie same sex: dalla sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale al caso Oliari alla CtEDU

2. Premessa.....	35
2.1 La sentenza n. 138/2010: le rilevazioni del giudice <i>a quo</i> del Tribunale di Venezia.....	38
2.1.1 L'origine del caso.....	39
2.1.2 Le riflessioni del giudice <i>a quo</i>	40
2.2 La sentenza n. 138/2010: il giudizio della Corte costituzionale.....	43
2.2.1 La nozione di famiglia in virtù dell'articolo 29 della Costituzione.....	45
2.2.2 La questione dei figli.....	48
2.2.3 Le possibili letture della sentenza n. 138/2010.....	51
2.3 La svolta: la condanna dell'Italia da parte della CtEDU.....	53
2.3.1 Il contesto nel quale prende forma la sentenza Oliari.....	54

Capitolo 3

L'intervento del legislatore italiano: le legge 76/2016 sulle unioni civili

3. Premessa.....	61
3.1 Opinioni e atteggiamenti nella pubblica opinione.....	63
3.2 Il dibattito parlamentare.....	65
3.3 Il testo approvato.....	68
3.3.1 La costituzione del vincolo.....	70
3.3.2 L'eliminazione dell'obbligo di fedeltà.....	72
3.3.3 Il comma 20.....	75
3.3.4 La disciplina del cognome.....	77
3.3.5 Lo scioglimento dell'unione civile.....	78
3.3.6 Analogie e differenze tra matrimonio e unione civile.....	80
3.4 Demografia e numeri delle unioni civili.....	81

Capitolo 4

Una prospettiva europea relativa alla tutela giuridica delle coppie same sex

4. Premessa.....	85
4.1 La tutela giuridica delle coppie same sex in Spagna.....	87
4.2 La tutela giuridica delle coppie same sex in Francia.....	89
Conclusioni.....	93
Bibliografia.....	97
Ringraziamenti.....	101

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si pone come momento di indagine attorno alla tutela giuridica delle coppie omosessuali nel contesto italiano attraverso l'analisi della normativa cardine in materia, ossia la legge n. 76/2016 sulle unioni civili, la quale, dopo oltre 30 anni di dibattito dentro e fuori alle aule parlamentari, è stata in grado di definire delle tutele giuridiche per tutte quelle coppie di uomini e di donne che, fino ad allora, risultavano del tutto inesistenti dinanzi alla legge, prive ossia di qualsiasi tipo di riconoscimento giuridico e sociale. La disamina della legge sulle unioni civili, che sarà oggetto della nostra attenzione nel capitolo 3, sarà preceduta, nel capitolo 1, da uno sguardo storico nel quale analizzeremo l'omosessualità nel contesto italiano post-unitario. Più volte osserveremo in questo lavoro come ogni cambiamento legislativo e normativo necessiti di un mutamento sociale e dei costumi e che quindi, nel nostro caso, la progressiva emersione e accettazione della comunità omosessuale nel nostro paese e gli sforzi in materia di diritti portati avanti dalle stesse organizzazioni di attivisti omosessuali, abbia contribuito a far emergere nel pubblico dibattito la questione relativa al riconoscimento giuridico di suddette unioni. Avviare il discorso attraverso uno sguardo storico ci consente quindi di cogliere l'essenza della narrazione relativa alla questione omosessuale e a come essa sia progressivamente emersa nel nostro paese. Partiremo infatti dall'analisi del codice Zanardelli e successivamente del codice Rocco, chiedendoci e analizzando come la legislazione italiana non sia mai giunta a prevedere una specifica fattispecie di reato contro i comportamenti omosessuali. Vaglieremo l'azione del fascismo contro gli omosessuali, per giungere alla disamina dei movimenti omosessuali nel secondo dopoguerra e del loro ruolo nel far emergere la questione legata ai diritti, in senso ampio, della comunità LGBT+; teorizzando, altresì, attraverso alcune riflessioni personali, il come e il perché, in Italia, si giunga a parlare di tutela giuridica delle coppie same sex con un particolare ritardo rispetto ad altri paesi europei. Avendo posto le premesse storiche e socio-culturali e avendo compiuto un progressivo percorso che, nel capitolo uno, ci ha condotto ad analizzare i tentativi di definire una tutela giuridica per le coppie omosessuali, giungiamo nel capitolo due ad analizzare il ruolo della giurisprudenza nazionale ed europea in materia di tutela giuridica delle coppie same sex. Nel capitolo 2 infatti si analizzeranno la sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale e la sentenza della Corte europea

dei diritti dell'uomo nel caso *Oliari e altri c. Italia* del luglio 2015. Queste due sentenze, come vedremo, rappresentano un punto di svolta nel dibattito italiano nella definizione e nel riconoscimento socio-giuridico delle coppie omoaffettive. Osserveremo come i moniti della Corte costituzionale e le esortazioni da parte della stessa nei confronti del legislatore e, ancor di più, la condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dell'Italia, abbiano svolto un ruolo determinante nella genesi della legge n. 76/2016 sulle unioni civili tra coppie same sex. Avendo posto le premesse giuridiche e giurisprudenziali, nel capitolo 3 si giungerà all'analisi della disciplina contenuta nel testo della legge n. 76/2016. Nel capitolo terzo si evidenzierà più volte il giano bifronte nel quale si troverà il legislatore italiano: l'esigenza di definire una tutela giuridica per le coppie same sex e, allo stesso tempo, la necessità politica e culturale di definire delle chiare e nette linee di separazione tra l'istituto del matrimonio e l'istituto giuridico delle unioni civili. Approfondiremo il testo e le contraddizioni contenuto nello stesso, evidenziando altresì il dibattito politico, le opinioni e gli atteggiamenti della pubblica opinione in merito alla tutela delle coppie omoaffettive. Concluderemo il capitolo con una serie di evidenze empiriche sull'impatto della legge n. 76/2016 a sei anni dalla sua approvazione. La nostra ricerca si concluderà con il capitolo 4, nel quale analizzeremo la tutela giuridica delle coppie omosessuali in altri contesti nazionali, quello spagnolo e quello francese, per evidenziare analogie e differenze rispetto alle scelte quelle operate dal legislatore italiano nel definire la legge n. 76/2016. Ci soffermeremo altresì sul ruolo dell'Unione europea in materia di diritti e nel suo tentativo di definire un quadro comune tra i suoi membri in materia di tutela dei diritti delle coppie same sex.

E' bene sottolineare come questa ricerca interseca diversi ambiti e discipline: dalla storia, al diritto, dalla demografia alla sociologia. Questo lavoro si presta quindi ad essere dinamico e multidisciplinare, un percorso nel quale si possono ritrovare profili di analisi oggettiva e riflessioni personali. Nella costruzione di questo lavoro il materiale e la letteratura con la quale sono entrato in contatto risulta davvero molto ampio e vasto, per questo motivo non ho voluto eccessivamente caricare il lavoro di nozioni e di riferimenti: dalla ricerca emergono riflessioni personali, considerazioni e profili critici elaborati. La passione che mi ha mosso nella redazione del lavoro mi ha consentito di scavare, approfondire e conoscere, in un certo senso immedesimandomi

in ciò su cui stavo facendo ricerca. Quello che segue è frutto di un lavoro durato alcuni mesi, è frutto della mia curiosità ed è il coronamento di un mio personale ed intrinseco spirito e sensibilità attorno ai diritti di coloro che non hanno diritti, in quanto l'essere umano può giungere ad esprimere ciò che realmente è solamente laddove esiste un contesto normativo e sociale che glielo permette.

Capitolo 1

L'omosessualità in Italia dall'Unità al dibattito negli anni 2000

SOMMARIO: 1. Premessa. - 1.1 L'ignoranza del vizio nel Codice Zanardelli del 1890. - 1.2 Il nemico dell'uomo fascista e il Codice Rocco. - 1.3 L'omosessualità nel secondo dopoguerra. - 1.3.1. L'emergere degli omosessuali tra gli anni '70 e '90. - 1.3.2. I primi timidi tentativi di dare tutela giuridica alle coppie same sex.

1. Premessa

Non si può giungere ad una disamina completa e puntuale di come nel 2016 l'Italia abbia approvato la legge n. 76 sulle unioni civili senza muoverci nella storia. In questo capitolo ripercorreremo non solo il dibattito ma la stessa legislazione italiana in merito al trattamento degli omosessuali nell'Italia unitaria post 1861, ponendo delle adeguate premesse. Un profilo storico consente infatti di iniziare a gettare le basi per un discorso sulla questione della tutela giuridica delle coppie omosessuali in Italia, tutela che, come vedremo, giungerà con un particolare ritardo rispetto agli altri paesi europei; sebbene va osservato come l'Italia sia stato uno dei primi paesi europei ad affrancarsi dal riconoscere le relazioni omosessuali come un reato penale, elemento che altresì va a tracciare una separazione tra paesi in cui l'omosessualità costituiva reato e paesi in cui non lo era¹. Come più volte diremo ogni mutamento legislativo e codicistico a livello penale e civile è in primo luogo accompagnato, seppur con delle eccezioni, da un cambiamento di natura socio-culturale, come avverrà in modo particolare nel secondo dopoguerra. Osserveremo come la mancata criminalizzazione delle relazioni omosessuali in Italia, tra Ottocento e Novecento, non sia frutto di una mentalità aperta e tollerante ma il risultato di calcoli opportunistici in cui la gestione delle relazioni omosessuali veniva affrontata più dal punto di vista sociale, attraverso la riprovazione e l'esclusione, che dal punto di vista penale.

¹ In particolare la separazione di cui parlo riguarda quella tra i paesi nei quali erano stati applicati i codici napoleonici, tra cui l'Italia, in cui il reato di omosessualità era di fatto abrogato e paesi protestanti, tra i quali l'Inghilterra in cui il reato permaneva e dove la pena di morte per sodomia rimase in vigore fino al 1861.

Inizieremo pertanto il nostro discorso attraverso un breve percorso storico che ci accompagnerà, nei prossimi paragrafi, fino ai nostri giorni, percorso nel quale analizzeremo, in questa prima parte iniziale, l'evoluzione dei codici penali, attraverso uno sguardo storico alla legislazione italiana e al dibattito giuridico; in particolare porremo inizialmente attenzione non tanto alla tutela giuridica delle relazioni omosessuali e delle coppie same sex, ma alla gestione della questione dell'omosessualità nel contesto sociale e culturale italiano. Proseguiremo poi l'analisi immergendoci nell'Italia repubblicana, studiando la lenta genesi ed emersione dei movimenti omosessuali per giungere, infine, al timido dibattito tra la seconda metà degli anni '80 e i primi anni del 2000 attorno alle tutele giuridiche delle coppie omosessuali e conviventi. Evidenzieremo i ritardi e le contraddizioni presenti nel dibattito politico attorno alle questioni oggetto della nostra analisi e tenteremo di comprendere come la questione dell'omosessualità e della tutela delle coppie omoaffettive si sia progressivamente inserita nel dibattito politico e socio-culturale.

1.1. L'ignoranza del vizio nel codice Zanardelli del 1890

Nel corso del 1700 la concezione dell'amore tra persone dello stesso sesso muta sensibilmente². Anche se già nel corso del XVII secolo, per lo meno in Italia, si perseguivano i sodomiti, che facevano sempre più parte di una struttura organizzata³, la logica che progressivamente si andò ad affermare mirava a non "procedere d'ufficio" nei confronti degli stessi, essendo che la polizia non procedeva alle indagini di propria iniziativa in quanto la sodomia infrangeva la pace sociale solo quando essa diveniva fenomeno praticato alla luce del sole e non nel "pubblico segreto"⁴. Sarà prima Montesquieu⁵ e successivamente il milanese Cesare Beccaria che contribuiranno ad interrogarsi circa una riforma della giustizia sulla questione della

² DALL'ORTO, *Tutta un'altra storia*, Milano, 2015, 326. Si fa riferimento a un mutamento di linguaggio e di percezione in cui da una parte i documenti giuridici la continuavano a definire "peccato contro natura" o reato di "sodomia", mentre nei diari o rapporti di polizia si fa sempre più riferimento ad un amore greco, amore filosofico o antifisico, svincolandosi da qualsiasi tipo di riferimento o condanna da parte della Chiesa Cattolica; distaccandosi inoltre dalla logica repressiva fatta di "multe, frustate, galera e rogo".

³ DALL'ORTO, *op. cit.*, 325.

⁴ DALL'ORTO, *op. cit.*, 327.

⁵ Nel suo "Lo spirito delle leggi" evidenzia, in modo non del tutto esplicito, l'inopportunità di reprimere la sodomia attraverso il rogo, ma attraverso l'educazione.

sodomia in base a logiche illuministe. Proprio Beccaria con la proposta di abolizione della pena di morte nel suo “Dei delitti e delle pene” (1764), al capitolo 31 presenta la riconsiderazione delle pene per i “Delitti di prova difficile”, quali appunto i rapporti omosessuali tra maschi⁶, anche se per l’appunto egli non avanzerà una proposta che porti all’effettiva depenalizzazione del reato di sodomia. Sarà Leopoldo Granduca di Toscana con la sua Codex leopoldina a prevedere l’abolizione della pena di morte, primo atto giuridico a stabilirlo, anche per reati di sodomia, i quali potevano però essere puniti “coll’ultimo supplizio”, ossia i lavori forzati a vita. Con la presa al potere di Napoleone nel continente europeo e la promulgazione nel 1804 del nuovo codice civile e nel 1810 del nuovo codice penale questi vennero estesi agli interi territori controllati o assoggettati all’Imperatore. Nel sistema napoleonico dei codici non veniva menzionata esplicitamente la “pederastia” o la “sodomia”: l’Italia ancora vista come un’espressione geografica si trovava nella situazione in cui, di fatto, il reato di omosessualità non esisteva. L’Italia, prima rispetto ad altri paesi europei (specie a quelli del mondo anglosassone e protestante) si libera dallo stigma della criminalizzazione dell’omosessualità. Se con il raggiungimento storico dell’Unità italiana nel 1861 si è proceduto all’estensione nell’intero territorio del regno⁷ del codice sardo-piemontese il quale, all’articolo 425, prevedeva pene contro “atti di libidine contro natura”⁸ purché essi fossero, leggendo lo stesso art. 425, commessi “con violenza” o “vi sarà intervenuto scandalo o vi sarà stata querela”. Successivamente sarà il codice Zanardelli, che prese il nome dall’allora ministro di grazia e giustizia, del 1889 a eliminare il reato di “atti contro natura” quali appunto quelli condotti tra coppie dello stesso sesso. Promulgato con decreto regio del 30 giugno 1889, il codice penale Zanardelli entrò in vigore nel 1890 e venne sostituito, come vedremo, solamente nel 1930 con l’entrata in vigore, in pieno Ventennio, del codice Rocco. Il codice Zanardelli conteneva un esplicito slancio e respiro liberale. Nelle questioni da noi affrontate, in particolare, il reato di omosessualità veniva

⁶ Beccaria definisce i rapporti omosessuali come “attica venere” o “greca libidine”.

⁷ A eccezione dei territori precedentemente appartenuti al Regno delle due Sicilie, in Toscana dove rimaneva in vigore il codice penale del 1853, nel principato di Lucca, nei ducati di Parma e Piacenza e di Modena e Reggio, in tali territori gli “atti di libidine contronatura” erano legali.

⁸ DOLCINI, Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, *l’abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, 2012, n.18.

inebriato di un velo di silenzio, tale per cui per reati ancora definiti contro natura era preferibile, come commenterà lo stesso Zanardelli, “*la ignoranza del vizio*”; era ossia preferibile ignorare l’esistenza di un fenomeno documentato e presente tanto nel passato tanto in quel tempo, rispetto al punirlo esplicitamente attraverso specifiche norme all’interno del codice, che lo avrebbero in un certo senso legittimato alla pubblica opinione. Nel dibattito che portò alla mancata formulazione di una norma circa la condanna di reati di omosessualità si fece leva sul fatto che l’omosessualità, per l’appunto, più che un reato era considerata un peccato: il fenomeno non andava punito penalmente in quanto era già una punizione di per sé. Grazie a questa “ignoranza del vizio” l’Italia non si sarebbe inoltre esposta a scandali, di cui tra l’altro si parla proprio nel precedentemente citato art. 425 del codice sardo-piemontese, che avrebbero creato pubblicità e alimentato il dibattito nell’opinione pubblica; basti pensare a cosa stava accadendo negli stessi anni in Inghilterra ad Oscar Wilde, processato e condannato a due anni di lavori forzati per “*gross public indecency*”. In secondo luogo, come è stato osservato⁹, l’assenza di leggi repressive sfavoriva la creazione di eventuali movimenti omosessuali atti alla rivendicazione di diritti e tutele, cosa che appunto in Italia avverrà solamente tra la fine degli anni ’60 e l’inizio degli anni ’70 con la progressiva genesi dei movimenti gay. In ultima analisi citeremo lo stesso Zanardelli il quale, durante la seduta del 22 novembre 1887 alla Camera dei Deputati, affermò, in merito al dibattito sull’inserimento dei suddetti reati nel codice penale in corso di elaborazione:

“...Occorre altresì che il legislatore non invada il campo della morale. In conseguenza, le sanzioni penali del Progetto non colpiscono tutti indistintamente i fatti che offendono il buon costume e l’ordine delle famiglie, ma soltanto quelli che si intersecano coi caratteri della violenza, dell’ingiuria, della frode o dello scandalo, la repressione dei quali è vivamente reclamata nell’interesse sociale”.

Gettando ancora più ombre su di un fenomeno non solo di difficile comprensione per l’epoca, come tutt’ora in alcune circostanze accade, ma anche svincolandolo nella sua esistenza come un fenomeno di sociale rilevanza. Continuiamo, infine, con un’ulteriore riflessione di Zanardelli:

⁹ DALL’ORTO, op. cit., 460.

“Il Progetto pertanto tace intorno alle libidini contronatura; avvegnachè rispetto ad esse, come ben dice il Carmignani, riesce più utile l’ignoranza del vizio”.

1.2. Il nemico dell’uomo fascista e il Codice Rocco

“Certe cose meno si nominano, meglio è”. Questo è il parere di uno dei membri della commissione ministeriale¹⁰ incaricata di vagliare il progetto del nuovo codice penale in merito al dibattito suscitato attorno all’articolo 528 che istituiva delle specifiche pene per *“Chiunque compie atti di libidine su persona dello stesso sesso”*. La redazione del nuovo codice penale, che avrebbe sostituito il codice Zanardelli entrato in vigore nel 1890, si inseriva nell’opera di fascistizzazione della nazione italiana secondo i canoni del nuovo regime, in particolare attraverso una specifica azione di *“tutela della famiglia e della morale pubblica”*¹¹. I lavori della commissione presieduta dal giurista Alfredo Rocco iniziarono nel 1925 e già nel 1927 venne presentato un progetto preliminare. Il nuovo codice, come osserva Lorenzo Benadusi, mirava a *“difendere il fondamento etico dello stato autoritario, basato sul rispetto del buon costume, della famiglia, della religione, dell’integrità e della sanità della stirpe”*¹², obbligando gli italiani a inserirsi in una visione tradizionalistica della sessualità e della famiglia¹³. Per il fascismo l’omosessualità era considerata una *“piaga morale”*, *“un’aberrazione sessuale nociva alla sanità morale della stirpe”*, *“una degenerazione nauseabonda e innaturale”*¹⁴. Proprio in questo senso, nell’ambito della tutela della moralità dell’ *“uomo nuovo”* italiano, secondo la commissione che redasse il progetto del nuovo codice, l’omosessualità andava punita. Nel progetto venne infatti inserito uno specifico articolo contro le relazioni omosessuali. L’art. 528 affermava infatti:

“Chiunque (...) compie atti di libidine su persona dello stesso sesso, ovvero si presta a tali atti, è punito se dal fatto derivi pubblico scandalo, con la reclusione dai sei mesi ai tre anni. La pena è della reclusione da uno a cinque anni:

¹⁰ La commissione ministeriale in questione era presieduta dal procuratore generale della corte di Cassazione Giovanni Appiani, ed era composta da magistrati, docenti universitari e avvocati.

¹¹ BENADUSI, *Il nemico dell’uomo nuovo*, Milano, 2021, 107.

¹² BENADUSI, *op. cit.*, 107.

¹³ DALL’ORTO, *op. cit.*, 520.

¹⁴ BENADUSI, *op. cit.*, 110.

1-se il colpevole, essendo maggiore degli anni ventuno, commetta il fatto su persona minore degli anni diciotto;
2-se il fatto sia commesso abitualmente, o a fine di lucro”.

Dopo che nel codice Zanardelli aveva prevalso “l’ignoranza del vizio”, l’inserimento nel progetto del codice di uno specifico reato contro l’omosessualità colmava “una lacuna lungamente deplorata”, compiendo “un’opera efficace di moralizzazione del costume”¹⁵. C’è sicuramente da notare, nell’art. 528 del progetto, l’accezione necessaria del “pubblico scandalo”, come in parte era già previsto nell’art. 425 del codice sardo-piemontese precedentemente citato. Se da una parte, come osserva Giovanni Dall’Orto¹⁶, la ricostituzione di uno specifico reato contro atti di libidine tra persone dello stesso sesso si inseriva a pieno nel progetto fascista di tutela della morale pubblica e risanamento dei costumi della nazione, dall’altro lato esso infrangeva il così detto “patto non scritto” fra omosessuali e Stato tale per cui i primi rinunciavano alla loro visibilità sociale mentre il secondo evitava di inserire nella legislazione penale leggi persecutorie verso di essi. Fu sicuramente questo uno degli elementi che portò alla cassatura dell’articolo 528 in materia di punizione delle relazioni omosessuali. Nonostante il favore di giuristi, membri del clero e della società civile italiana¹⁷, l’articolo venne eliminato. Secondo l’analisi di Benadusi tre furono essenzialmente le motivazioni che determinarono un mutamento di orientamento attorno alla criminalizzazione delle relazioni omosessuali e la successiva soppressione dell’art. 528 presente nel progetto preliminare:

1. Gli eventuali processi nei confronti dei soggetti accusati di avere intrattenuto relazioni omosessuali avrebbero suscitato grande scandalo da parte dell’opinione pubblica e di sicuro avrebbero contribuito a far emergere un fenomeno tutt’altro che sporadico e circoscritto. A questo si connette la necessità di provare un reato “di difficile prova” come lo aveva definito lo stesso Beccaria nel capitolo 31 della sua opera;
2. L’introduzione di uno specifico reato contro le relazioni omosessuali avrebbe

¹⁵ BENADUSI, op. cit., 110.

¹⁶ DALL’ORTO, op. cit., 521-522.

¹⁷ Basta pensare alle parole di Francesco Gavotti, segretario per la moralità dell’Azione cattolica il quale suggeriva un ulteriore inasprimento delle pene per i reati contro il pudore e la decenza pubblica.

implicitamente affermato l'esistenza, all'interno del nuovo stato fascista, di un problema allarmante¹⁸, quasi endemico, tale da dover essere perseguito ed eliminato coercitivamente attraverso norme penali *ad hoc*¹⁹;

3. In terzo luogo molti ritenevano che, fattualmente e non giuridicamente, bastasse l'azione, la sorveglianza e i provvedimenti della polizia per contenere "il turpe vizio" che metteva a repentaglio la moralità della nazione italiana. Mi permetto di inserire un quarto punto nell'analisi di Benadusi, che abbiamo già precedentemente citato nell'ambito del codice Zanardelli, ossia il fatto che l'eventuale criminalizzazione degli omosessuali avrebbe ricompattato e unito il fronte omosessuale determinando una maggiore visibilità sociale della subcultura²⁰. Furono queste, in sintesi, le motivazioni che determinarono la cassatura dell'articolo e la mancata criminalizzazione delle relazioni omosessuali: nella seduta della commissione del 7 luglio 1928 all'unanimità esso venne eliminato. Non sarebbe corretto però pensare che il fascismo ebbe e avrà, anche dopo l'entrata in vigore del codice Rocco, un atteggiamento di *laissez-faire* nei confronti degli omosessuali: come raccontato da Giovanni Dall'Orto centinaia saranno i provvedimenti di "ammonizione" che avevano natura preventiva e miravano a colpire il soggetto sospettato di causare scandalo impedendogli di frequentare luoghi e persone determinando così una limitazione della libertà stessa; o di confino, nei casi più gravi²¹. Al di là dell'esistenza di una specifica fattispecie di reato contro l'omosessualità è da sottolineare, in epoca fascista, la durissima repressione poliziesca²²; fino al 1941 rimasero in vigore il vecchio codice penale per l'esercito e quello militare marittimo del 1869, i quali prevedevano specifici provvedimenti

¹⁸ Secondo Vincenzo Manzini per introdurre nuove incriminazioni era necessario che nella società i vizi da reprimere fossero diffusi in modo allarmante.

¹⁹ Con questa linea è in accordo anche Maya De Leo, v. DE LEO, *Queer*, Torino, 2021, 106.

²⁰ Emblematico fu il caso tedesco: l'art. 175 del c.p. tedesco incriminava i reati omosessuali. L'effetto prodotto fu il ricompattamento del fronte omosessuali e la nascita di gruppi di militanti attivi nell'ambito di abolire la fattispecie dell'art. 175 attraverso manifestazioni, dibattiti nella società civile, riunioni e conferenze.

²¹ Ulteriori approfondimenti sono presenti nei saggi di Lorenzo Benadusi, già citato, in particolare, tra le pagine 117-123 nelle quali viene analizzato il dibattito giuridico attorno alla criminalizzazione dell'omosessualità dopo l'entrata in vigore del Codice Rocco; mentre nel saggio di Giovanni Dall'Orto, anch'esso già citato, illuminanti sono le testimonianze di "ammonizioni" e confino politico da egli raccolte, in particolare tra le pagine 520-528.

²² MIELI, *Elementi di critica omosessuale*, Milano, 2021, 83.

disciplinari per “reati di libidine contro natura”, venivano previsti, ad esempio, fino a dieci anni di lavori forzati²³.

1.3. L’omosessualità nel secondo dopoguerra

Con la caduta del fascismo, la fine della Seconda guerra mondiale e il processo di transizione democratica che culminerà con l’entrata in vigore della Costituzione italiana, supremo atto regolatore della vita sociale e politica della nazione, la situazione giuridica degli omosessuali non muta. L’omosessualità continua ad essere una condizione di sociale rilevanza nel tessuto socio culturale italiano, non punita *de iure* ma fattualmente soggetta ad una profonda stigma sociale e culturale²⁴: si assiste ad un quasi rapporto di continuità tra fascismo e stato repubblicano. Si basti innanzitutto pensare a come l’attuale codice penale in vigore sia quello approvato nel 1930, benché epurato e in un certo senso democratizzato da sentenze dei tribunali e della stessa Corte costituzionale; o si basti pensare a come il testo unico di pubblica sicurezza, approvato con decreto regio nel 1931, il quale consentiva atti discriminatori nei confronti degli omosessuali da parte delle forze dell’ordine, ad esempio l’“ammonizione” precedentemente citata, verrà smantellato da parte della Corte costituzionale solo nel corso degli anni ’60. Se da un lato l’articolo 3 della Carta costituzionale introduce il principio di uguaglianza formale (“*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge (...)*”) e sostanziale (“*E’ compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale (...) che impediscono il pieno sviluppo della persona umana*”) e pertanto il concetto di non discriminazione, dall’altro lato si assiste alla presentazione in Parlamento di proposte di legge atte a criminalizzare l’omosessualità, pensiamo alla proposta di legge 2990²⁵ del deputato del MSI Clemente Manco o a quella²⁶ del deputato del PSDI Bruno Romano. Nonostante questo, l’atteggiamento della politica italiana nei confronti

²³ MIELI, op. cit., 82.

²⁴ DALL’ORTO, op. cit., 526.

²⁵ La proposta prevedeva che “*Chiunque ha rapporti sessuali con persona dello stesso sesso è punito con la pena della reclusione da sei mesi a due anni... Se dal fatto deriva pubblico scandalo, la pena è aumentata...*”.

²⁶ Essa prevedeva la “*Condanna fino a dieci anni per chiunque abbia rapporti omosessuali, e fino a venti se ci sono aggravanti*”.

dell'omosessualità e della tutela delle coppie omoaffettive continuerà ad essere affrontato secondo la logica della “tolleranza repressiva” o come verrà altresì definita “strategia repressiva elegante”²⁷, trattando la questione come esterna allo Stato, secondo la logica già presente del codice Zanardelli e nel codice Rocco. Va ricordato inoltre come gli equilibri politici, caratterizzati dal potere incontrastato della Democrazia Cristiana, difficilmente avrebbero permesso di affrontare la questione da noi oggetto di ricerca. In questo senso la stessa Costituzione, sebbene la presenza del precedentemente citato art. 3, aveva affermato in modo quasi immutabile il matrimonio come istituto attorno al quale si sarebbe costituita la famiglia; matrimonio in cui lo stesso codice civile, pur non prevedendo la differenza di sesso dei due coniugi, affermava implicitamente come esso potesse essere contratto solo da soggetti di sesso diverso²⁸. Va sottolineato, lo faremo anche successivamente, che per lungo tempo il panorama politico italiano eviterà sistematicamente di confrontarsi in merito alla questione della tutela giuridica delle coppie omosessuali (e delle convivenze *more uxorio* in generale), sicuramente per ragioni di carattere sociale, culturale, religioso e politico. La questione si interseca anche con quanto il dibattito in assemblea Costituente aveva sancito, ossia l'articolo 29 della Costituzione:

“La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”.

Presupponendo, di fatto, la famiglia come società naturale fondata su di uno specifico istituto normato dal codice civile, ossia il matrimonio, i membri della Costituente vollero tracciare tre linee fondamentali: il rifiuto del modello fascista di famiglia, essendo essa una società naturale preesistente allo Stato e non subordinata ad esso, liberando la famiglia da quella forte connotazione ideologica in cui il fascismo la aveva ingabbiata; la famiglia come “società naturale” viene poi agganciata ad un istituto giuridico normato appunto dal codice civile: ci si può quindi interrogare circa l'utilità di definire un diritto naturale quale quello di creare una famiglia ancorandolo a delle specifiche disposizioni giuridiche atte a normarlo. Va infine tenuto conto del contesto

²⁷ BOLOGNINI, Diritto e omosessualità tra Ottocento e la Seconda guerra mondiale, in L'unione tra persone dello stesso sesso, profili di diritto civile, comunitario e comparato, 2008, 43.

²⁸ Vedi artt. 93, 96, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis del Codice civile nei quali si parla espressamente di “moglie” e “marito”.

storico e sociale nel quale prende forma l'art. 29 della Costituzione, ossia l'Italia del dopoguerra dove particolarmente vivo risulta essere il ruolo delle gerarchie religiose ed ecclesiastiche e in cui il 90% delle coppie si univa con matrimonio religioso²⁹. L'articolo 29 della Costituzione rispecchiava quindi una realtà sociale nella quale la diversità di sesso dei due nubendi veniva considerata, stando alle parole del giurista Arturo Carlo Jemolo, come *“unico presupposto veramente costante (della) nozione universale di matrimonio”*³⁰. Tant'è che, come affermato in precedenza, la questione di definire delle tutele giuridiche per le coppie omoaffettive, per lo meno nel contesto italiano dei primi anni del dopoguerra, non si poneva nel dibattito né politico né pubblico. Occorre un'ulteriore riflessione in quanto, nell'ottica giusnaturalista, l'articolo 29 della Costituzione negherebbe, di fatto, la possibilità di fondare altri tipi di famiglia legittima al di fuori dell'istituzione del matrimonio. Progressivamente però si è tentato di superare quest'ottica restrittiva, a partire dalla riforma del diritto di famiglia del 1975. Secondo molti commentari l'art. 29 andrebbe letto in connessione agli articoli 2 e 3 della Costituzione *“I principi accolti negli artt. 29, 30 e 31 sono una specificazione, all'interno del gruppo familiare, delle direttive degli artt. 2 e 3 della Costituzione, là dove la famiglia appare innegabilmente come ‘formazione sociale’ ove si svolge la personalità dei singoli, di cui la Repubblica tutela i diritti inviolabili”*³¹. Ecco che quindi progressivamente il nostro discorso si sposterà dall'analisi del trattamento giuridico dell'omosessualità al progressivo e lento percorso che porterà all'approvazione, nel 2016, alla legge n. 76, un percorso di cui nelle prossime pagine, andremo, sempre con uno sguardo storico-sociale e giuridico, ad analizzare indagando in primo luogo la genesi dei primi movimenti omosessuali in Italia, studiando come essi siano stati progressivamente in grado di affermarsi nel dibattito pubblico e infine andando ad analizzare come, grazie ai mutamenti culturali e di costume, in particolare tra gli anni '80 e '90 del secolo scorso, sia stato possibile iniziare a parlare di tutele giuridiche per le coppie omoaffettive.

²⁹ WINKLER, STRAZIO, L'abominevole diritto, Milano, 2011, 183-184.

³⁰ WINKLER, STRAZIO, op. cit., 185.

³¹ BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO, La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civili, Bologna, 1980, 133.

1.3.1. L'emergere degli omosessuali tra anni '70 e anni '90 del secolo scorso

Diviene ben presto chiaro che l'avvento della democrazia e delle libertà nel contesto europeo del secondo dopoguerra, e in particolare anche in quello italiano, non avrà solamente dei risvolti sul piano istituzionale, ma anche e soprattutto dal punto di vista culturale e sociale e sessuale³². Come abbiamo osservato in precedenza in Italia la nascita del movimento omosessuale oltre ad essere poco discussa dalla storiografia³³ giunge con alcuni ritardi rispetto ad altri paesi europei³⁴, in particolare rispetto al contesto statunitense, nel quale l'opinione pubblica era già stata scossa dalla pubblicazione del "Rapporto Kinsey" nel 1948 il quale aveva posto, in modo preponderante, il tema dell'omosessualità e dei comportamenti sessuali degli statunitensi³⁵. Per numerosi ed interessanti motivi³⁶ che non analizzeremo in quanto il nostro obiettivo di ricerca si innesta in un'altra direzione, il movimento omosessuale statunitense risulta essere attivo già nel corso degli anni '20 del secolo scorso e culminerà con i moti di Stonewall del 28 giugno 1969, che segnano la nascita del primo movimento di liberazione gay a livello internazionale. Sarà proprio il movimento omosessuale statunitense che riuscirà ad autonomizzarsi come movimento a sé stante inserendosi nel dibattito pubblico nazionale e internazionale: esso propone infatti qualcosa di nuovo, che sarà poi ripreso, nei decenni successivi, dai movimenti gay europei, in quanto assimila la condizione degli omosessuali a una condizione analoga a quella delle minoranze etniche, religiose e razziali nel *melting pot* statunitense. Esso concettualizza i diritti LGBT+ inserendosi nell'animato dibattito dei diritti civili delle minoranze³⁷, al pari degli afroamericani, ad esempio. Gli omosessuali inizieranno progressivamente ad emergere nel contesto pubblico come una minoranza discriminata atta a rivendicare i propri diritti civili intesi come tutti

³² DE LEO, *Queer*, Torino, 2021, 112.

³³ Parte di questa lacuna sarà colmata da scritti e testimonianze degli stessi attivisti e militanti del FUORI!

³⁴ È del 1948 la fondazione, in Francia, della rivista "Arcadie" prima rivista a definirsi "omofila", o si pensi alla rivista "Futur" edita fino al 1956, oppure pensiamo all'associazione "Der Kreis", con sede a Zurigo e punto di riferimento, fin dai primi anni '40, di molti intellettuali omosessuali europei. Decine invece sono le riviste omosessuali che nasceranno negli Stati Uniti, che consentiranno di mettere in comunicazione la comunità LGBT+, creando le premesse per i moti di Stonewall del giugno/luglio 1969.

³⁵ DE LEO, *op. cit.*, 122-123.

³⁶ Rimando, in tal senso, al saggio di Maya De Leo, precedentemente citato, in particolare alla parte seconda, pp. 71.130.

³⁷ DALL'ORTO, *op. cit.*, 547-548.

quei diritti che consentono all'individuo di esprimersi in una data comunità organizzata³⁸. In Italia, come si diceva, nel secondo dopoguerra prosegue la logica della c.d. "tolleranza repressiva" che determinerà l'impossibilità da parte del movimento omosessuale di poggiarsi su di uno substrato socio-culturale favorevole ad esso, che gli avrebbe consentito di affermarsi nel contesto pubblico. La storia dell'associazionismo omosessuale italiano inizierà infatti solo a partire dal 1971 quando, con la nascita del FUORI!, "Fronte unitario omosessuale rivoluzionario italiano", emergono nella scena pubblica³⁹ anche gli omosessuali italiani; in questo senso un fondamentale contributo alla nascita del FUORI! fu di Mario Mieli e Angelo Pezzana⁴⁰. La nascita del FUORI! è frutto della convergenza di numerosi gruppi sparsi tra Milano, Torino, Roma e Padova nei quali si discuteva di tematiche che affliggevano gli omosessuali⁴¹. Un particolare ruolo nella fondazione del primo movimento omosessuale italiano fu quello della padovana Mariasilvia Spolato la quale, in quella che fu definita la "Stonewall italiana" del 5 aprile 1972 quando migliaia di persone manifestarono a Sanremo contro il congresso della società di sessuologia italiana⁴², la Spolato espose un cartello che dichiarava la sua omosessualità, per questo fu licenziata dal lavoro di insegnante e cacciata dalla famiglia. Sarà grazie al FUORI! che anche in Italia inizieranno progressivamente a diffondersi, sul modello americano, numerose riviste tra cui "Fuori!" attiva tra il 1972 e il 1982 e "Babilonia" fondata nel 1982 e chiusa nel maggio 2009. Attualmente la maggiore organizzazione nazionale è Arcigay, costituitasi a Palermo nel dicembre 1980⁴³, avente attualmente una settantina di sedi sparse nella penisola. Sarà proprio a cavallo tra gli anni '80 e '90 che l'associazionismo omosessuale italiano si sviluppa e si ramifica nel contesto della penisola, ponendo nuove istanze dinanzi agli organi

³⁸ PARIOTTI, I diritti umani: concetto, teoria, evoluzione, Milano, 2013, 51.

³⁹ BARBAGLI, COLOMBO, Omosessuali moderni, Bologna, 2001, 167.

⁴⁰ Quest'ultimo sarà eletto, tra le file dei radicali, primo esponente omosessuale nel Parlamento italiano alle elezioni del 1979.

⁴¹ Si basti pensare a come la sessuologia si interrogava in merito alle terapie riparative per curare l'omosessualità e a come l'omosessualità figurasse nell'elenco dell'OMS come una malattia mentale (lo sarà fino al 17 maggio 1990).

⁴² DE LEO, op. cit., 165.

⁴³ Proprio Palermo diviene il simbolo della discriminazione e del trattamento degli omosessuali nel Mezzogiorno, come osservano Barbagli e Colombo nell'opera precedentemente citata, in seguito infatti al delitto di due ragazzi omosessuali avvenuto a Giarre, in provincia di Catania, nascerà il primo circolo di Arcigay.

politici⁴⁴. La progressiva organizzazione del movimento gay italiano permette infatti quell' "uscita" dall'oscurità⁴⁵, dalla vergogna e dall'indifferenza che aveva caratterizzato la comunità omosessuale fino ad allora. Nel corso degli anni '80 l'attivismo gay italiano si ricompatta, tralasciando i conflitti interni al movimento e tra i militanti stessi, affermando l'omosessualità come un legittimo orientamento sessuale⁴⁶, progressivamente inserendosi nel dibattito pubblico con proposte e rappresentanti all'interno dello stesso Parlamento. Come si accennava nelle precedenti pagine, le rivendicazioni degli omosessuali si inseriscono sempre più, anche in Italia per l'appunto, nel dibattito sui diritti civili. Sarà in particolare tra gli anni '80 e '90 del secolo scorso che verranno depositate in Parlamento decine di proposte di legge volte a riconoscere una tutela giuridica per le coppie omosessuali e per le coppie conviventi *more uxorio* più in generale, benché nessuna di esse giungerà alla discussione nelle aule parlamentari. Va però posta luce al contesto socio culturale nel quale vengono formulate le prime proposte volte alla tutela delle coppie omosessuali, e lo faremo attraverso tre riflessioni. In primo luogo si assiste anche in Europa, e in particolar modo in Italia, alla progressiva nascita, crescita e sviluppo di luoghi di incontro e di socialità per la comunità LGBT+, fatta di discoteche, locali, pub e centri culturali; la nascita del "Cassero" di Bologna⁴⁷, ad esempio, è datata 1982, nello stesso anno viene approvata la legge 164, che consente alle persone transessuali di veder riconosciuto il proprio genere elettivo⁴⁸. Se da una parte si assiste ad un'apertura da parte della legislazione nazionale verso le istanze della comunità LGBT+ e i diritti civili, come la precedentemente citata legge n. 164/1982 o il semplice fatto che l'Italia si smarcherà, con grande anticipo rispetto agli altri stati europei, dal punire penalmente gli atti omosessuali⁴⁹; in questo senso difficilmente si

⁴⁴ BARBAGLI, COLOMBO, op. cit., 169.

⁴⁵ Il termine "FUORI!" prendeva altresì spunto dall'espressione inglese "coming out of the closet", traducibile con "uscire dal ripostiglio, uscire dall'armadio".

⁴⁶ DE LEO, op. cit., 176.

⁴⁷ È la prima volta che in uno spazio istituzionale viene aperto un circolo omosessuale.

⁴⁸ L'Italia, con la legge 14 aprile 1982 diviene il terzo paese al mondo, dopo Svezia e Germania, ad aver consentito alle persone transgender di poter cambiare legalmente sesso. Dal 2015 per intervenuta sentenza della Corte Costituzionale n. 221/2015, non è più necessario l'operazione chirurgica per modificare i caratteri sessuali al fine di ottenere il cambio del sesso. Dall'ottobre 2020, secondo quanto stabilito dall'AIFA, la terapia ormonale per il cambio sesso è gratuita e a spese dello stato.

⁴⁹ In Spagna, ad esempio, l'omosessualità era stata ufficialmente depenalizzata del 1978. In Spagna il matrimonio egualitario per le coppie same sex è effettivo dal luglio 2005.

può comprendere come un'effettiva tutela delle coppie di fatto composte da due uomini o due donne sia giunta con particolare ritardo rispetto agli altri paesi europei. La trasformazione e l'emersione nel tessuto sociale e cittadino di specifici spazi di socialità per la comunità LGBT+ corrispondono, altresì ad una maggiore visibilità nel dibattito politico e istituzionale⁵⁰ degli stessi. In secondo luogo emergono nuovi modelli di vita familiare. Tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80 sorgono nuovi modelli di vita familiare ed affettiva tali per cui lo stesso diritto sarà coinvolto da intense trasformazioni⁵¹. Il diritto di famiglia, come è già stato precedentemente ribadito, è quella branca del diritto privato che maggiormente è stata interessata da modifiche e innovazioni negli ultimi decenni; la motivazione essenziale è data dal fatto che il diritto di famiglia risulta essere profondamente ancorato all'evoluzione socio culturale dei costumi e dei modelli di vita familiare. Come accaduto con l'introduzione delle unioni civili e delle convivenze di fatto nel 2016 il legislatore, sollecitato dall'opinione pubblica e dai mutamenti sociali, ha sostanzialmente dato un quadro normativo ad un fenomeno sociale che aveva assunto caratteri importanti già tra gli anni '80 e '90 del secolo scorso⁵². Accade infatti, proseguendo il nostro ragionamento, che se nell'immediato secondo dopoguerra la famiglia, anche in ottemperanza al citato art. 29 Cost., si fonda esclusivamente sul matrimonio considerato come *conditio sine qua non* per costituire una famiglia ed avere dei figli, a partire dagli anni '70 inizia il lento e progressivo declino del numero di matrimoni⁵³ e del valore sociale e culturale esercitato dallo stesso. Nell'Europa settentrionale, ad esempio, già negli anni '60 i giovani considerano la convivenza un'alternativa sempre più praticabile rispetto al matrimonio, questa tendenza inizierà a diffondersi nell'Europa meridionale e in particolare in Italia più di un decennio dopo⁵⁴. La tendenza in corso è quindi quella di una maggiore diffusione delle coppie *more uxorio*⁵⁵ ossia coppie di partner eterosessuali e omosessuali che convivono senza

⁵⁰ DE LEO, op. cit., 191.

⁵¹ POCAR, RONFANI, La famiglia e il diritto, Roma, 2008, V.

⁵² DALLA ZUANNA, VIGNOLI, Piacere e fedeltà, Bologna, 2021, 26-27.

⁵³ Si pensi a come la legge in materia di "Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio", ossia la legge sul divorzio, sia entrata in vigore nel dicembre 1970.

⁵⁴ DALLA ZUANNA, VIGNOLI, op. cit., 28-29.

⁵⁵ La stessa dottrina è concorde nell'affermare come le convivenze *more uxorio* tra eterosessuali e omosessuali siano una realtà sempre più presente in Italia, vedi: RICCIO, La famiglia di fatto, Padova, 2007, 167 e successive; BALESTRA, La famiglia di fatto, Padova, 2004, 1; SESTA, Diritto di famiglia, Padova, 2005, 399.

essere sposati: negli anni 2000 solo due italiani su cento convivevano, nel 2019 quasi il 20% di essi sceglie questa forma di unione⁵⁶. L'emergere di nuovi modelli di vita familiare risulta essere connesso, secondo l'analisi di Dalla Zuanna e Vignoli, alla progressiva affermazione dell'unione basata sull'attrazione affettiva reciproca che è diventata "la cifra fondamentale su cui si fonda l'unione tra due persone" pertanto "non si vede perché queste debbano essere per forza di sesso diverso"⁵⁷. Come confermato da numerosi sondaggi, l'unione tra coppie di uomini o donne risulta essere sempre più tollerata in virtù del fatto che lo stesso concetto di affettività e amore è mutato⁵⁸. In un sondaggio del 2011 all'affermazione "Si può amare una persona dell'altro sesso oppure dello stesso sesso, l'importante è amare" hanno risposto positivamente due terzi del campione di italiani intervistati. Ci colleghiamo, in terzo luogo, ad un'ulteriore riflessione. Come abbiamo accennato la progressiva emersione dell'omosessualità e la progressiva fine della riprovazione sociale e l'esclusione *de facto* alla quale gli omosessuali erano sottoposti è frutto, altresì, di mutamenti legati non solo ai costumi ma allo stesso linguaggio. In questo senso tra gli anni '80 e '90 la sessualità e i comportamenti sessuali divengono argomenti dibattuti nella pubblica discussione⁵⁹. La diffusione dell'epidemia di AIDS, secondo alcune ricerche sociologiche, ha non solo "messo in crisi alcuni fondamenti ideologici della mascolinità eterosessuale"⁶⁰, ma ha anche fatto emergere comportamenti sessuali legati, ad esempio, alle relazioni extraconiugali tra eterosessuali, andando ad infrangere i paradigmi di "indissolubilità e fedeltà" che legano, da sempre, il concetto del matrimonio. Inoltre l'epidemia ha accresciuto la visibilità degli omosessuali, i quali sono divenuti sempre più un fatto sociale presente nella vita quotidiana⁶¹. Il lutto collettivo generato dalla pandemia di AIDS avrà un impatto molto forte a livello politico e sociale, dentro e fuori la comunità gay⁶². La popolazione LGBT+ nelle sue forme organizzate reagirà attraverso un ricompattamento generale delle diverse anime della sua comunità, mediante un nuovo tipo di attivismo pubblico che, in particolare

⁵⁶ DALLA ZUANNA, VIGNOLI, op. cit., 28-29.

⁵⁷ DALLA ZUANNA, VIGNOLI, op. cit., 134.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ GIDDENS, SUTTON, Fondamenti di sociologia, Bologna, 2014, 199-200.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² DE LEO, op. cit., 192.

in Gran Bretagna, Stati Uniti e Francia, si scaglia contro il lassismo dei governi Thatcher, Reagan e Mitterand nella gestione dell'epidemia di AIDS e delle policy per contenerla. Quello che accadrà proprio a causa dell'epidemia di AIDS verrà definito nel 1987 dallo storico e attivista britannico Simon Watney "lo spettacolo dell'AIDS", mette in luce da una parte gli sforzi dei movimenti omosessuali che si ricompatteranno attorno a specifiche richieste nei confronti dei governi per combattere l'epidemia, dall'altra parte rompe il paradigma storico dell'eterosessualità considerata come "baluardo" di salute e moralità⁶³. Il "lutto collettivo" di cui si parlava ha un forte impatto all'interno della stessa comunità LGBT+⁶⁴, anche in merito alle discriminazioni subite dagli stessi omosessuali che fin da subito viene additati come untori. Dalla seconda metà degli anni '80 infatti, proviene dalla stessa comunità la richiesta di misure antidiscriminatorie volte a contrastare la violenza omofoba che stava subendo; ma solo dalla seconda metà degli anni '90 la questione del matrimonio egualitario verrà imposta come tematica pressante nel dibattito pubblico dall'associazionismo LGBT+. In Francia, ad esempio, il sociologo Michael Pollak scrive nel 1988 "Alla luce dell'epidemia, è opportuno prendere in considerazione con uno sguardo nuovo l'idea di permettere agli omosessuali di costruire relazioni affettive durevoli perché siano al riparo da discriminazioni"⁶⁵. In questa via sarà la Danimarca la prima a introdurre, nel 1989, il primo istituto che riconosceva le relazioni omosessuali⁶⁶, seguita dalla Norvegia nel 1993 e dalla Svezia nel 1994. In sintesi, secondo la mia analisi tratta dalla letteratura, anche in Italia, sebbene in misura relativamente meno impattante rispetto a Gran Bretagna, Stati Uniti, Francia dove comunque la popolazione LGBT+ era più forte e strutturata, l'emersione a livello socio culturale della comunità LGBT+, la diffusione di nuovi modelli di vita familiare e la questione relativa alla diffusione dell'AIDS, determinano delle conseguenze sociali e culturali importanti, al punto che, sul piano legislativo, inizierà ad emergere la tematica della tutela giuridica delle coppie same sex.

⁶³ DE LEO, op. cit., 194

⁶⁴ DE LEO, op. cit., 200.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Nel saggio di Maya De Leo vengono discusse le interessanti motivazioni che portarono all'introduzione in Danimarca del riconoscimento delle coppie omoaffettive, vedi pagine 201-202.

1.3.2. I primi timidi tentativi di dare tutela giuridica alle coppie same sex

Solamente dopo 30 anni dalla prima proposta presentata in Parlamento l'Italia introdurrà, nel 2016, una specifica tutela giuridica a favore delle coppie omosessuali. Il percorso che porterà all'approvazione il 20 maggio 2016 della legge n. 76 "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze" sarà lungo e travagliato. Come vedremo, se oggi l'Italia si è dotata di una legge sulle unioni civili al pari degli altri paesi europei è grazie, soprattutto, ai moniti dei tribunali, in particolare delle Corti costituzionale, si pensi alla sentenza 138/2010⁶⁷ e la condanna nei confronti dell'Italia da parte della CtEDU nel 2015 per l'assenza, nel nostro paese, di una normativa che riconosca lo *status* giuridico delle coppie omoaffettive⁶⁸. Abbiamo, nel precedente paragrafo, riflettuto circa l'evoluzione del contesto sociale e culturale attorno alla questione dei diritti degli omosessuali e delle tutele delle loro relazioni, individuando tre elementi che, per l'appunto, hanno favorito l'emersione del dibattito nell'opinione pubblica e nelle aule parlamentari. La prima proposta che si inserisce nel dibattito parlamentare italiano più che sull'introduzione di un istituto giuridico *ad hoc* a tutela delle unioni same sex, si concentra sull'offrire copertura giuridica a quelle esperienze familiari non ascrivibili all'istituto del matrimonio. Il dibattito in tema di convivenze scaturisce a partire dal 1986 in seno all'Interparlamentare delle Donne Comuniste⁶⁹, due anni più tardi giungerà alla Camera una proposta di "disciplina della famiglia di fatto", cui prima firmataria sarà la deputata socialista Agata Alma Cappiello. La proposta prevedeva per le convivenze *more uxorio* un regime minimo di iscrizione anagrafica, successione del contratto di locazione, il risarcimento del danno e la possibilità di rivolgersi al giudice per l'affidamento dei figli⁷⁰. Le proposte, pur non ottenendo alcun tipo di risultato nelle aule parlamentari, riusciranno a inserirsi nel dibattito pubblico,

⁶⁷ E' dello stesso anno, il 2010, la pronuncia della CtEDU nella sentenza Schalk e Kopf c. Austria del giugno 2010 la quale, sebbene non riguardasse l'Italia, è andata ad incidere in modo indiretto sul nostro ordinamento in quanto citata dalla sentenza 4184 del 13 marzo 2012 della Corte di Cassazione la quale ha riconosciuto, per la prima volta, l'esistenza di un matrimonio omosessuale contratto all'estero.

⁶⁸ PISANO', Il ruolo delle corti nel percorso verso l'approvazione della legge Cirinnà in 'Unioni civili e convivenze di fatto', Santarcangelo di Romagna, 2016, 2.

⁶⁹ Il progetto fu presentato da esponenti dell'Interparlamentare Donne comuniste: Ersilia Salvato per il Senato e Angela Bottari e Romana Bianchi per la Camera. Il progetto non verrà mai calendarizzato.

⁷⁰ BUFFONE, GATTUSO, WINKLER, Unione Civile e convivenza, Milano, 2017, 34.

preparando il terreno per ulteriori proposte nel corso degli anni '90. E' del 1993, ad esempio, la proposta di legge in materia di unioni civili (3426) presentata dagli onorevoli Cioni, Taradash e Vendola, la quale istituiva presso ciascun comune un apposito registro delle unioni civili al quale potevano iscriversi "due soggetti maggiorenni, anche di sesso uguale" (art.1); la registrazione determinava l'acquisizione di diritti in materia di assistenza morale e materiale, la possibilità di scegliere la comunione dei beni e la parificazione dei coniugi in materia previdenziale e successoria⁷¹. In questo contesto si inserisce la risoluzione del Parlamento Europeo dell'8 febbraio 1994 che, pur non avendo carattere giuridico vincolante per gli stati membri, invitava gli stessi ad agire contro le discriminazioni alle quali la comunità omosessuale europea era sottoposta; al punto 7 agli stati membri si

"chiede che nelle norme giuridiche e amministrative si eviti la disparità di trattamento delle persone con orientamento omosessuale;

al punto 9 si

"chiede agli Stati membri di adottare misure e di intraprendere campagne, in cooperazione con le organizzazioni nazionali degli omosessuali, contro gli atti di violenza di cui sono vittime in misura crescente gli omosessuali e di assicurare che gli autori di tali atti di violenza vengano sottoposti a procedimento giudiziario".

Prendono forma così ulteriori proposte in materia di unioni civili, nel biennio 1996/1997 verranno presentati ben 5 disegni di legge⁷²; il più significativo in quanto trasversale alle proposte precedenti è quello del 1998: la proposta di legge 4657 depositata il 12 marzo 1998 a firma dei deputati Soda, Iotti, Melandri, Folena, Coletti e Taradash. La proposta, oltre a definire la creazione di un'"unione affettiva" tra "due persone di maggiore età, dello stesso sesso, legate da vincoli affettivi di solidarietà e reciproca assistenza", stabiliva altresì un complesso regime antidiscriminatorio a tutela degli omosessuali nei luoghi di lavoro e aggiungendo l'orientamento sessuale quale caratterizzazione dei reati d'odio, all'articolo 6 della proposta. Nemmeno quest'ultimo disegno di legge verrà mai calendarizzato e discusso alle camere. Sarà l'on. Franco Grillini, presidente nazionale di Arcigay dal 1987 al 1998 e dal 2001 al

⁷¹ BUFFONE, GATTUSO, WINKLER, op. cit., 35.

⁷² Presentate rispettivamente da Vendola, Manconi, Salvato, Buffo e Cioni.

2008, ad aprire la stagione dei PaCS (patto civile di solidarietà). La proposta di Grillini *Disciplina del patto civile di solidarietà e delle unioni di fatto* (3296), presentata nell'ottobre 2002 distingueva tra PaCS, avente natura contrattuale e da concludersi dinanzi ad un ufficiale di stato civile, istituto che diluiva i diritti che si venivano a creare distinguendoli dalle disposizioni in materia di matrimonio creando un istituto sempre più vicino al contratto tra due soggetti, e l'"unione di fatto" che consisteva nella semplice convivenza tra due persone⁷³. Nel frattempo, nonostante la cassatura della proposta di Grillini del 2002, il dibattito si accese anche a livello locale: alcuni comuni italiani tra cui Padova, istituirono degli specifici registri anagrafici per il riconoscimento dei diritti dei soggetti che vivevano in convivenze non matrimoniali, siano esse coppie omo o eterosessuali. La mozione verrà approvata dal consiglio comunale di Padova il 4 dicembre 2006, di seguito un estratto:

Il Consiglio Comunale di Padova impegna il Sindaco e la Giunta Comunale:
A) *ad istruire l'ufficio anagrafe affinché rilasci ai componenti delle famiglie anagrafiche che ne facciano richiesta, ai sensi dell'art. 33, comma 2 del D.P.R. 30 maggio 1989, l'« Attestazione di famiglia anagrafica basata su vincoli di matrimonio o parentela o affinità o adozioni o tutela o vincoli affettivi» (come riconosce l'art. 4 dello stesso Regolamento d'esecuzione).*

Padova diverrà la prima città italiana a rilasciare certificati anagrafici per coppie conviventi omo ed etero riconosciute come "famiglie fondate su vincoli affettivi". L'ultimo tentativo significativo⁷⁴ di normare i diritti di coppie omosessuali ed eterosessuali conviventi sarà nella XV legislatura (2006-2008). Il progetto, di iniziativa del governo Prodi II, verrà presentato al senato il 20 febbraio 2007, ma l'iter parlamentare si arresterà quasi subito a causa delle divisioni interne alla stessa maggioranza di governo in merito al testo. Il progetto di legge sui "diritti e doveri dei conviventi" (Di.Co.) prevedeva la semplice rilevazione della circostanza di convivenza⁷⁵ attraverso una dichiarazione contestuale dei conviventi. Il testo, composto da 14 articoli, mirava a disciplinare le modalità attraverso le quali dare

⁷³ BUFFONE, GATTUSO, WINKLER, op. cit., 37.

⁷⁴ Si vedano anche le successive proposte inerenti ai progetti di legge sul "contratto civile di solidarietà (CUS) e sui "diritti e doveri dei conviventi (Di.Do.Ré), i quali non hanno però dato un contributo significativo al dibattito attorno alla tutela delle relazioni omoaffettive.

⁷⁵ BUFFONE, GATTUSO, WINKLER, op. cit., 38.

rilievo alla situazione fattuale di convivenza; i conviventi erano riconosciuti dal disegno di legge come “*due persone maggiorenni, anche dello stesso sesso, unite da reciproci vincoli affettivi, che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale, non legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, affiliazione, tutela*”. Il testo infine prevedeva l’acquisizione di diritti in ambito lavorativo (agevolazioni in materia di lavoro e in tema previdenziale e pensionistico) dopo tre anni dall’inizio della convivenza registrata e diritti di successione dopo nove anni. I diritti immediatamente fruibili che, per l’appunto, il ddl avrebbe previsto riguardavano: decisioni in materia di salute e in caso di morte, permesso di soggiorno, alloggi di edilizia pubblica⁷⁶.

Concludendo possiamo osservare come l’eterogeneità e la numerosità delle proposte presentate nelle aule parlamentari mettono in luce le difficoltà di regolare i rapporti giuridici tra soggetti conviventi omo ed eterosessuali, e in particolare non consentono di rispondere al nostro focus attorno alla tutela giuridica delle coppie omoaffettive. In questo senso se il dibattito da noi analizzato risulta essere sterile e infruttuoso, osserveremo e analizzeremo nel prossimo capitolo come, a seguito della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale, si giungerà finalmente, benché con una certa lentezza, ad alimentare nel dibattito pubblico e politico la questione relativa alle unioni tra persone dello stesso sesso e alle coppie *more uxorio*.

⁷⁶ Per ulteriori approfondimenti in merito alla disciplina prevista dal ddl DI.Co si veda “Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto” a cura di Barbara Pezzini, Napoli, 2008. In particolare alle pagine 45-67 e 219-269 (capitolo a cura di Silvio Troilo).

Capitolo 2

Il ruolo della giurisprudenza nella tutela giuridica delle coppie same sex: la sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale e il caso Oliari alla CtEDU

SOMMARIO: 2. Premessa. - 2.1 La sentenza n. 138/2010: le rilevazioni del giudice *a quo* del Tribunale di Venezia. - 2.1.1 L'origine del caso. - 2.1.2 Le riflessioni del giudice *a quo*. - 2.2 La sentenza n. 138/2010: il giudizio della Corte costituzionale. - 2.2.1 La nozione di famiglia in virtù dell'articolo 29 della Costituzione. - 2.2.2 La questione dei figli. - 2.2.3 Le possibili letture della sentenza n. 138/2010. - 2.3 La svolta: la condanna dell'Italia da parte della CtEDU. - 2.3.1 Il contesto nel quale prede forma la sentenza Oliari.

2. Premessa

Come precedentemente si è osservato è solo con la sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale che vi sarà una svolta nella tutela giuridica delle coppie omoaffettive in Italia e l'apertura di un serio dibattito non solo nell'opinione pubblica ma anche nelle aule del Parlamento; benché, come vedremo, le esortazioni della stessa Consulta rimarranno a lungo inascoltate dall'organo legislativo. È proprio negli anni 2000 che il dibattito europeo si anima e si arricchisce di sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle numerose risoluzioni del Parlamento europeo in materia di diritti LGBT+ che raccomandano e invitano gli Stati alla progressiva estensione dell'istituto del matrimonio o di "*un'istituzione con esso comparabile*"⁷⁷ per le coppie same sex. L'assunto nel quale si muovono le risoluzioni del Parlamento europeo è quello di riconoscere il diritto di sposarsi come diritto fondamentale, garantito senza alcun tipo di discriminazioni, compresa quella legata all'orientamento sessuale⁷⁸. La risoluzione del 4 settembre 2003 del Parlamento europeo dedica uno specifico paragrafo alle "Discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale", si legge infatti come il Parlamento europeo:

⁷⁷ Vedi risoluzioni del Parlamento europeo 8 febbraio 1994, 16 marzo 2000, 4 settembre 2003.

⁷⁸ FERRANDO, Diritto di famiglia, Torino, 2017, 33.

“Raccomanda agli Stati membri di riconoscere, in generale, i rapporti non coniugali fra persone sia eterosessuali che omosessuali, conferendo gli stessi diritti riconosciuti alle persone sposate, adottando tra l'altro le disposizioni necessarie per consentire alle coppie di esercitare il diritto alla libera circolazione nell'Unione” (par. 81).

In questo contesto saranno i Paesi Bassi i primi a legalizzare in Europa il matrimonio tra persone dello stesso sesso nel 2001; successivamente altri Stati procederanno all'estensione dell'istituto del matrimonio alle coppie same sex: Belgio (2003), Spagna (2005), Portogallo (2010), Norvegia (2009), Svezia (2009), Danimarca (2012), Francia (2013), Germania (2017), Regno Unito (legale dal 2014 in Inghilterra, Galles e Scozia e dal 2020 in Irlanda del Nord, e Austria (2019). Altri Stati procederanno con la creazione di istituti *ad hoc* per le coppie same sex come Cirpo, Croazia, Lettonia ad esempio, e l'Italia. Il quadro a livello europeo risulta essere ulteriormente frammentato in materia di riconoscimento della possibilità di adottare da parte delle coppie omoaffettive. La volontà dell'Unione Europea di creare un quadro legislativo comune anche a tutela dei diritti umani si scontra con l'azione individuale degli stati in materia di diritti civili e quand'anche, come si è visto, le risoluzioni del Parlamento “invitino” e “raccomandino” la tutela della coppie omoaffettive, la forza di tali documenti risulta essere meramente formale e di facciata, trovando una scarsa applicazione interna ai singoli stati o richiedendo lunghi tempi per la tutela di diritti naturali quale appunto quello di creare una famiglia, determinando discrasie nella garanzia e nella tutela dei diritti in uno spazio comune quale quello dell'Unione Europea. La stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁷⁹, nota anche come Carta di Nizza, specifica, all'articolo 9 come:

“Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio”.

In un certo senso, pertanto, essa rinuncia alla definizione comune di un diritto naturale quale quello del matrimonio in capo ad ogni singolo uomo e donna (omosessuale o eterosessuale), rimandando la garanzia di tale diritto alle leggi nazionali dei singoli

⁷⁹ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona del 2007 e la sua entrata in vigore nel 2009 ha lo stesso valore giuridico dei trattati ergendosi al vertice delle fonti nell'ordinamento europeo.

Stati. Il diritto a contrarre matrimonio, pur non prevedendo alcun obbligo in tal senso⁸⁰, era stato più coraggiosamente definito nel 1950, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, redatta nell'ambito del Consiglio d'Europa, che andava a specificare, all'art. 12:

“A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto”.

Se quindi da una parte la via europea in materia di tutela delle coppie omoaffettive risulta “flessibile”⁸¹, con ampi margini di discrezionalità e adattabile alle peculiarità, alle esigenze normative e alla tradizione di ogni singolo Stato, dall'altro, come vedremo, sarà la Corte europea dei diritti dell'uomo a imporsi, con numerose sentenze, nella lotta a favore del riconoscimento di una qualche tipo di tutela giuridica alle coppie omosessuali⁸².

In questo capitolo ragioneremo in merito alla sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale la quale annovererà tra le “*formazioni sociali*” degne di tutela in base all'art. 2 della Costituzione anche le coppie same sex, escludendo però la possibilità da parte delle stesse di accedere all'istituto del matrimonio. Contestualizzeremo la stessa sentenza della Consulta nel dibattito della Corte europea dei diritti dell'uomo⁸³ citando la sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010. Infine ci avvicineremo sempre di più all'analisi della legge n. 76/2016 sulle Unioni civili passando inevitabilmente per la condanna della Corte di Strasburgo nei confronti dell'Italia nel caso *Oliari e altri c. Italia* del luglio 2015.

⁸⁰ Nessun obbligo sussiste nei confronti degli stati circa l'estensione dell'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali, come confermato nella sentenza della CtEDU Hamalainen c. Finlandia del 16 luglio 2014, benché la Corte di Strasburgo richiami alla necessità di tutelare la vita familiare statuendo la necessità di fornire tutela giuridica alle coppie same sex, tutela che, appunto, come osservato, non passa necessariamente attraverso l'estensione dell'istituto del matrimonio, in quanto è riconosciuto agli stati un margine di apprezzamento.

⁸¹ FERRANDO, op. cit., 33.

⁸² LORELLO, Coppie omosessuali e tutela costituzionale, Torino, 2015, 4.

⁸³ Conosciuta anche come Corte di Strasburgo, ove è la sua sede.

2.1 La sentenza n. 138/2010: le rilevazioni del giudice *a quo* del Tribunale di Venezia

Il quadro che ci restituisce il Codice civile del 1942 nel libro primo "Delle persone e della famiglia", è quello di una famiglia "fondata sul matrimonio" (*ex art. 29 Cost.*) tra persone di sesso opposto, benché nessuna norma codicistica lo preveda esplicitamente⁸⁴. Allo stesso modo tale concezione permane nella storica riforma del diritto di famiglia del 1975 che recepiva, solo in parte, i forti cambiamenti socio-culturali in corso in quegli anni, pensiamo ad esempio all'introduzione del divorzio nel 1970 che rompeva la concezione della famiglia come una società naturale fondata sul matrimonio "*indissolubile*"⁸⁵. Già più volte abbiamo affermato come se da un lato nel tessuto sociale andavano sempre più a formarsi nuovi modelli di famiglia non recitanti dal vincolo matrimoniale, dall'altro lato la legislazione a tutela delle famiglie di fatto ha visto, spesso anche all'interno delle stesse aule parlamentari, dibattiti sterili e infruttuosi che hanno prodotto numerosi rinvii portando non solo alla mancata evoluzione della disciplina legislativa in conformità con i parametri europei⁸⁶, ma finanche lasciando, nel concreto, porzioni di cittadini italiani senza alcun tipo di tutela giuridica. E' sicuramente da menzionare, nel discorso che ci porterà all'analisi della legge n. 76/2016, il fatto che, seppur con indugi e ritardi rispetto al quadro europeo, in Italia si stava già, in parte, compiendo "lo sgretolamento del rapporto biunivoco tra famiglia e matrimonio"⁸⁷ con l'introduzione della legge n. 219/2012⁸⁸ avente ad oggetto "*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio*", nella quale disciplina il legislatore aveva in un certo senso preso atto dell'esistenza, accanto al modello matrimoniale delineato dal codice civile, di

⁸⁴ Benché quindi la diversità di sesso tra i due nubendi non sia *conditio sine qua non* per contrarre matrimonio, le disposizioni del Codice civile parlano esplicitamente di "marito" e "moglie", vedi artt. 107, 108, 143/ 143-bis, 156-bis Codice civile.

⁸⁵ L'aggiunta in sede di Assemblea Costituente, all'articolo 29 della Costituzione, dell'aggettivo "società naturale fondata sul matrimonio indissolubile" fu oggetto di importanti dibattiti, si vedano, in particolare le posizioni di Calamandrei che si prodigò per la cassatura dell'aggettivo "indissolubile", in tal modo la neonata Repubblica avrebbe potuto garantire il diritto al divorzio senza infrangere i principi costituzionali.

⁸⁶ E, in un certo senso, potremo dire con i parametri non solo comunitari ma di stati, a noi vicini, non solo dal punto di vista geografico ma soprattutto dal punto di vista della "cultura giuridica" (es. Francia, Spagna, Germania).

⁸⁷ CAMPIONE, L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale in La nuova regolamentazione delle unioni civili, Torino, 2016, 2.

⁸⁸ Attraverso la quale vengono eliminate dall'ordinamento le residue distinzioni tra figli legittimi e figli naturali, affermando il principio dell'unicità dello stato giuridico dei figli.

ulteriori modelli familiari portati ad emersione dal diritto positivo. La normativa precedentemente citata⁸⁹ si inserisce pertanto in un progressivo ma lento recepimento del legislatore italiano dell'esistenza di modelli familiari differenti da quelli matrimoniali e non avulsi ad esso, ma anzi, integrati e meritevoli della stessa tutela giuridica riservata allo *status* matrimoniale e ai suoi contraenti. Proseguendo nel nostro ragionamento, l'articolo 29 della Costituzione, secondo anche quanto osservato dalla Consulta nella sentenza n. 138/2010, non determinerebbe la concezione univoca di famiglia come quella esclusivamente fondata sul matrimonio, in quanto tale articolo andrebbe letto in concomitanza all'articolo 2 della stessa Carta costituzionale, nel quale si evince come venga tutelata "ogni formazione sociale in cui si svolge la personalità umana". Alla luce di ciò risulta, lo ripetiamo, sbagliata la lettura dell'articolo 29 senza un adeguato contesto di fondo, determinato anche e soprattutto dai 12 Principi fondamentali, di cui l'art. 2. L'articolo 29 non "cristallizza" un unico modello di famiglia fondato sul matrimonio⁹⁰, benché fino al 2016 non si ritrovava alcuna disciplina organica che tutelasse giuridicamente altri modelli familiari, ad esempio le convivenze eterosessuali e omosessuali *more uxorio*. Sono queste alcune delle osservazioni portate alla luce dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138/2010.

2.1.1 L'origine del caso

Il caso di cui si occupa la Consulta trae origine dall'impugnazione da parte di alcune coppie omosessuali dei provvedimenti con cui gli ufficiali di stato civile impedivano la pubblicazione dell'atto di matrimonio contratto all'estero⁹¹, rifiuto motivato dal fatto che, sulla base di quanto si evince dal codice civile, non sia prevista in Italia la possibilità di contrarre matrimonio per due coniugi dello stesso sesso⁹². Le coppie

⁸⁹ In questo senso riporto la tesi dell'autore precedentemente citato CAMPIONE. Cfr. CAMPIONE, Parentela e consanguineità, in *Giur. It.* 2014, 1278 ss.

⁹⁰ FERRANDO, op. cit., 214.

⁹¹ La celebrazione del matrimonio dev'essere preceduta dalla pubblicazione fatta a cura dell'ufficiale dello stato civile, art. 93.1 Codice civile.

⁹² Si legge in un parere del Ministero degli Interni in data 28 luglio 2004 "In merito alla possibilità di trascrivere un atto di matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso, si precisa che in Italia tale atto non è trascrivibile in quanto nel nostro ordinamento non è previsto il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso in quanto contrario all'ordine pubblico", affermazione ribadita in un'ulteriore circolare del Ministero degli Interni in data 18 ottobre 2007.

coinvolte si sono rivolte ai Tribunali locali dopo il rifiuto di pubblicazione dell'atto da parte dell'ufficiale di stato civile. I giudici di merito del Tribunale di Venezia e della Corte d'Appello di Trento infatti, investiti dei ricorsi, hanno sollevato alla Corte costituzionale il quesito circa la legittimità costituzionale di alcune disposizioni del codice civile in materia di matrimonio⁹³, ritendendo come questi ultimi fossero in contrasto con gli articoli 2, 3, 29 e 117 comma 1° della Carta costituzionale.

2.1.2 Le riflessioni del giudice *a quo*

Il parametro posto dall'art. 2 Cost. fa riferimento al fatto che vengano tutelati "*I diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*". Per il giudice *a quo* di Venezia pertanto i diritti inviolabili dell'uomo vengono riconosciuti dalla Carta costituzionale sia al singolo, sia alle formazioni sociali ove si esplica la personalità dell'individuo stesso: la famiglia andrebbe annoverata come tale. Proprio la famiglia, agenzia di socializzazione primaria, è la prima "*formazione sociale*" nella quale l'individuo cresce, acquisisce norme, valori e consente altresì di esplicitare autonomamente la personalità del singolo⁹⁴. In questo senso il diritto di sposarsi si inserisce e viene riconosciuto come diritto fondamentale e inviolabile della persona definito tanto a livello nazionale, art. 2 Cost., quanto sopranazionale⁹⁵. La libertà di sposarsi, nei parametri e nelle modalità stabilite dalle legge, secondo il giudice rimettente, appare come un diritto individuale e fondamentale che riguarda la sfera dell'autonomia e dell'individualità, scelta nella quale lo Stato, teoricamente, dovrebbe definire una cornice senza però interferire⁹⁶. Come è stato osservato il problema posto alla Corte appare come una questione di "potenziale violazione delle libertà individuali e del diritto alla realizzazione

⁹³ Le parti del Codice civile in questione riguardano gli articoli 93, 96, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis, nelle parti in cui non consentono alle persone dello stesso sesso di poter contrarre matrimonio.

⁹⁴ POCAR, RONFANI, op. cit., 36.

⁹⁵ Vedi artt. 12 e 16 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 (la quale non ha però carattere vincolante per gli stati), artt. 8 e 12 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 1955 e artt. 7 e 9 della Carta di Nizza.

⁹⁶ Secondo alcune interpretazioni le norme definite dagli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione sarebbero una specificazione alle direttive degli artt. 2 e 3 della stessa, laddove la famiglia appare innegabilmente come formazione sociale ove si svolge la personalità dei singoli, di cui la Repubblica tutela i diritti inviolabili. Vedi BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO, La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile, Bologna, 1980, 19 e 133.

personale”⁹⁷, l’articolo 2 diviene quindi strumento per la realizzazione dell’identità relazionale della persona.

In merito all’art. 3 Cost. citato dal rimettente, viene rilevato come essendo il matrimonio diritto inviolabile ed espressione della dignità umana, esso debba essere garantito a tutti in ottemperanza alla disposizione contenuta nel primo comma dell’art. 3 Cost.: “*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzioni di sesso (...) di condizioni personali (...)*”, come appunto l’orientamento sessuale. Il Tribunale di Venezia, alla luce della lettura dell’art. 3 Cost. e dell’impossibilità di contrarre matrimonio per le coppie same sex che avevano adito lo stesso, si osserva come non vi sarebbe alcun tipo di giustificazione razionale a tale esclusione. Il mancato riconoscimento della possibilità di contrarre matrimonio, secondo il giudice *a quo* rappresentava una violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) e autodeterminazione (art. 2 Cost.).

In merito all’articolo 29 della Costituzione, il Tribunale di Venezia afferma come il significato della norma consiste nell’affermare la preesistenza e l’autonomia della famiglia rispetto allo Stato, anche nell’ottica di distanziare la neonata Repubblica dalla concezione di famiglia come ente subordinato allo Stato, rifiutando il modello fascista di famiglia, essendo essa pre-esistente allo Stato e non subordinata ad esso⁹⁸. Va inevitabilmente osservato, e lo abbiamo fatto anche in precedenza, che l’articolo 29, pur non affermando la differenza di sesso tra i due coniugi, è intriso dell’immaginario che lega il matrimonio alla vita coniugale tra persone eterosessuali; in questo senso l’art. 29 andrebbe letto in concomitanza agli articoli 30 e 31 relativi alla tutela dei figli e della maternità. Se da una parte l’Assemblea Costituente con gli articoli precedentemente citati aveva certamente in mente un determinato modello di famiglia composta da un “marito” e una “moglie” sarebbe dall’altro lato necessario sottolineare come né la Costituzione né il diritto civile prevedono la capacità di avere figli come condizione per contrarre matrimonio; né

⁹⁷ M. BONINI BARALDI, *La famiglia de-genere, matrimonio, omosessualità e Costituzione*, 2009, 77.

⁹⁸ Come abbiamo già avuto modo di osservare nel precedente capitolo al paragrafo “L’omosessualità nel secondo dopoguerra.”

dall'altro lato va altresì osservato come i Costituenti, nella stesura dell'art. 29, si fossero posti la questione della tutela delle coppie omoaffettive.

Infine il rimettente veneziano richiama l'art. 117, primo comma, della Costituzione: *“La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”*. In questo senso il Tribunale di Venezia osserva come il legislatore debba esercitare la potestà legislativa che detiene anche tenendo conto degli obblighi internazionali sottoscritti dall'Italia. Si fa riferimento, in particolare, alla già citata Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Vengono in tal senso richiamati gli articoli 8⁹⁹, 12¹⁰⁰ e 14¹⁰¹, in particolare l'articolo 8 che fa riferimento alla nozione di “vita privata” e di tutela dell'identità personale non limitata alla sfera individuale ma anche nelle relazioni del soggetto, prefigurando un dovere positivo degli Stati nella possibilità di intervenire laddove la disciplina nazionale sia incapace di tutelarla adeguatamente. Il giudice *a quo* osserva altresì come gli articoli: 7, in merito alla tutela e al rispetto della vita familiare¹⁰², 9 in merito al diritto di sposarsi e costituire una famiglia¹⁰³, e 21 sulla non discriminazione¹⁰⁴ della Carta di Nizza non andrebbero trascurati, in

⁹⁹“1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”. (art. 8 CEDU).

¹⁰⁰ “Diritto al matrimonio A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto”. (art. 12 CEDU).

¹⁰¹ “Divieto di discriminazione Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione”. (art. 14 CEDU).

¹⁰² “Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni”. (art. 7 Carta di Nizza).

¹⁰³ “Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio”. (art. 9 Carta di Nizza).

¹⁰⁴ “1. E' vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. 2. Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea E' vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi”. (art. 21 Carta di Nizza).

particolare nell'ottica sempre più crescente del legislatore europeo di giungere ad un'uniformità di disciplina tra i diversi membri dell'Unione, anche in questioni relative ai diritti civili. In questo senso non andrebbero nemmeno postergate le risoluzioni già precedentemente citate del Parlamento europeo in materia di tutela delle persone LGBT+ e alla rimozione degli ostacoli che impediscono alle persone omosessuali di poter contrarre matrimonio.

Sulla base di queste osservazioni il Tribunale di Venezia (giudice *a quo*) giunge alla definizione della non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale avanzate, aprendo un giudizio di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale (giudice *ad quem*).

2.2 La sentenza n. 138/2010: il giudizio della Corte costituzionale

Avendo analizzato le motivazioni attraverso cui il Tribunale di Venezia si rimette al giudizio della Corte costituzionale circa la questione sollevata dalle coppie omoaffettive alle quali veniva impedita la trascrizione del matrimonio contratto all'estero nei pubblici registri, possiamo ora alle rilevazioni ed ai giudizi della Consulta. Il primissimo aspetto della sentenza su cui ci soffermiamo riguarda l'analisi dell'articolo 2 della Costituzione: l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia poneva in luce come la disposizione costituzionale precedentemente menzionata fosse in contrasto con le disposizioni codicistiche ¹⁰⁵ citate dallo stesso giudice veneziano, in tal senso si mirava ad ottenere la dichiarazione di incostituzionalità delle norme del codice civile in quanto in contrasto con l'art. 2 Cost. In questo senso il ragionamento della Corte, dopo aver dichiarato inammissibile la questione posta dal giudice *a quo* relativamente all'art. 2 Cost., al punto 8 del "considerato in diritto" della sentenza, annovera l'unione omosessuale quale "*stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri*". Secondo la Corte, pertanto, l'unione omosessuale esiste ed è tangibile come "formazione sociale",

¹⁰⁵ Agli artt. 93, 96, 107, 108, 143, 143-bis, 156 bis citati dall'ordinanza del Tribunale di Venezia.

facendola ricadere nell'art. 2 Cost., stabilendo però altresì, punto di fondamentale importanza, come l'unione same sex, riconosciutane la dignità sociale, necessiti di un riconoscimento giuridico. Proseguendo si legge come *“nell’ambito applicativo dell’art. 2 Cost. spetta al Parlamento, nell’esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette”, “nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge”* rimandando pertanto l’annosa questione nelle mani della discrezionalità del legislatore, il quale non viene però posto dinanzi ad una pressione incalzante da parte della Corte, in quanto lo stesso Parlamento dovrà agire, secondo le linee definite dalla sentenza, *“nei tempi”* e nella sua *“piena discrezionalità”*, quasi non ponendo alcun vincolo stringente all’organo legislativo¹⁰⁶. Interessante è la premessa relativa al fatto che spetta al Parlamento procedere ad una definizione di tutela giuridica delle coppie same sex entro *“l’ambito applicativo dell’art. 2 Cost.”*, ossia annoverando le unioni omoaffettive come *“formazione sociale”*, non citando in alcun modo l’art. 29 Cost. La Corte pertanto chiude nuovamente alla possibilità di estendere l’art. 29 Cost. alle coppie same sex, distanziando l’istituto del matrimonio (ancorato all’eterosessualità, secondo la Corte) dalla tutela per le coppie omosessuali¹⁰⁷. In questa via la Consulta riconosce la dignità sociale alle coppie same sex, presupponendo un vincolo affettivo ed emotivo avente carattere stabile e altresì osservando come spetta al legislatore definire le modalità di tutela di tali unioni, precisando, punto importanza focale per la nostra analisi, che tale tutela non possa *“essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio”*, chiudendo (ma non del tutto), a livello costituzionale, la possibilità di estendere l’istituto del matrimonio anche alle coppie omosessuali. In questo senso la nostra analisi continua nel punto 9 del *“considerato in diritto”* della sentenza. Possiamo notare fin da subito una contraddizione in quanto viene affermato, in relazione all’art. 29 Cost. che *“I concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere “cristallizzati” con riferimento all’epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell’ordinamento, ma anche dell’evoluzione della società e dei*

¹⁰⁶ PUGIOTTO, Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio in Forum di quaderno costituzionali, 11, reperibile online.

¹⁰⁷ PUGIOTTO, op. cit., 18.

costumi”, come infatti precedentemente abbiamo affermato l’evoluzione del diritto della famiglia è intimamente connessa all’evoluzione socio culturale del concetto di famiglia e di unioni affettive.

2.2.1 La nozione di famiglia in virtù dell’articolo 29 della Costituzione

Risulta essere ben chiaro come, dall’entrata in vigore della Costituzione ai nostri giorni, sono intervenuti cambiamenti non solo culturali e sociali ma anche legislativi che hanno progressivamente determinato un’evoluzione del concetto di famiglia. Interessante in questo senso è l’utilizzo, da parte della Consulta, del termine “duttività” in relazione ai principi costituzionali, quasi presupponendo un’adattabilità delle norme al contesto sociale nel quale esse esplicano la funzione di definire nei principi chiari e certi per il legislatore e per la giurisprudenza, favorendo un’evoluzione positiva che non sia semplice attività ermeneutica ma che presupponga dibattito, dialogo, confronto e quindi evoluzione. Pertanto il concetto di famiglia non può dirsi “cristallizzato” come affermato dalla Corte, e questo è un concetto a noi ben chiaro, anche perché siamo altresì consci di come il legislatore sia chiamato a favorire un’evoluzione positiva della normativa ampliando e tutelando situazioni di fatto rilevanti nella società italiana, quali le relazioni omoaffettive. La Corte però prosegue affermando, in un certo senso in contraddizione con quanto detto in precedenza dalla stessa, *“detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d’incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata”*. Osservando come il costituente, nella scrittura dell’art. 29 Cost., non avesse in alcun modo la volontà di tutelare le relazioni omoaffettive: la questione, osserva la Corte, si prestava come *“estranea al dibattito svoltosi in Assemblea (costituente)”*. Tale rilevazione sicuramente motivata e poco opinabile alla luce del contesto nel quale prese forma, ma ora non più giustificabile in virtù dell’evoluzione sociale ma anche storica non solo dei diritti civili riconosciuti agli omosessuali ma anche dell’inevitabilità di affrontare legislativamente un fatto sociale rilevante, quale quello delle unioni same sex. Il significato della norma costituzionale *ex art. 29 Cost.* non potrebbe essere superata in via *“ermeneutica”*, ma in via *“creativa”* sostanzialmente modificando la

disciplina legislativa. Va chiarito come l'articolo 29, quando definisce la famiglia come "società naturale" osserva la Corte, "*come si desume dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, si volle sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere*", tant'è che possiamo in questo senso, quasi in un *continuum*, citare le parole di Aldo Moro, membro della Costituente, riprese dalla stessa ordinanza di rimessione del Tribunale veneziano, nella quale si legge come "*...Quando si afferma che la famiglia è una "società naturale", si intende qualche cosa di più dei diritti della famiglia. Non si tratta soltanto di riconoscere i diritti naturali alla famiglia, ma di riconoscere la famiglia come società naturale, la quale abbia le sue leggi ed i suoi diritti di fronte ai quali lo Stato, nella sua attività legislativa, si deve inchinare*". L'affermazione di Moro si colloca nel contesto dell'Italia post fascista che, come abbiamo già affermato, mirava a disconoscere il modello di famiglia propagandato nel ventennio, premettendo l'esistenza della famiglia rispetto allo Stato; secondo Moro, pertanto, è compito inevitabile dello Stato andare a definire un quadro normativo della stessa, ma allo stesso tempo "*inchinandosi*" ad essa, rispettando, riconoscendo e tutelando il concetto di famiglia e, inevitabilmente, le sue evoluzioni. Il giudice *ad quem* continua osservando come "*I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso*", aggiungiamo come la Corte, quasi con uno slancio sociologico avesse precedentemente ripreso, al punto 6, l'espressione utilizzata dal rimettente veneziano osservando come esista una "*una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio*", ossia quello eterosessuale, pensiamo alla definizione di matrimonio di Modestino "*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*"¹⁰⁸. Secondo alcuni autori sarebbe proprio questa la *ratio decidendi* con cui la Corte nega la possibilità di estendere il matrimonio alle

¹⁰⁸ Tradotto: il matrimonio è l'unione di un uomo e di una donna, un consorzio per tutta la vita, una comunione fra diritto divino e quello umano.

coppie omoaffettive¹⁰⁹, ed è legata a presupposti storici e sociali che vedono il matrimonio come istituto ancorato alla relazione tra uomo e donna, tra “marito” e “moglie”. La Corte pertanto volle affermare come la nozione di matrimonio, che *de facto* prevede la diversità di sesso dei due coniugi, sia stata elaborata nella Carta costituzionale a partire dalla disciplina contenuta nel codice civile del 1942, giungendo quasi ad un rovesciamento delle fonti¹¹⁰, quasi come se fosse la disciplina del codice civile ad imporsi nella definizione costituzionale del concetto di famiglia, ricordando come nella stessa Costituzione non si fa alcun riferimento al matrimonio e alla necessità della diversità di sesso dei due coniugi, la quale, per l'appunto, si deduce solo dalla lettura delle disposizioni contenuto del codice civile. L'art. 29 al secondo comma, continua la Corte, “...*affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale*”, e ancora “*Non è casuale, del resto, che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli*”, presupponendo, ancora in continuità con la nostra critica precedente di una Corte fossilizzata alla concezione del matrimonio nell'inscalfibile “paradigma eterosessuale”, un collegamento diretto tra matrimonio e le sue finalità procreative; argomento smontato ad esempio dalla giurisprudenza statunitense, si legge nella sentenza della Corte Suprema della California¹¹¹ “*Anche se l'istituto giuridico del matrimonio civile può aver tratto ampiamente origine dall'esigenza di promuovere una relazione stabile per la procreazione e l'allevamento della prole (...) il diritto costituzionale a contrarre matrimonio non è mai stato inteso come appannaggio esclusivo degli individui che siano fisicamente capaci di generare figli*”, evidenziando non solo una visione tradizionalistica del concetto di famiglia, sebbene esso sia in continua evoluzione, ma sostenendo un'argomentazione fallace e non contestualizzata¹¹².

¹⁰⁹ Vedi MASSA PINTO, TRIPODINA, SUL COME PER LA CORTE COSTITUZIONALE «LE UNIONI OMOSESSUALI NON POSSONO ESSERE RITENUTE OMOGENEE AL MATRIMONIO». OVVERO TECNICHE ARGOMENTATIVE IMPIEGATE PER MOTIVARE LA SENTENZA 138/2010, reperibile online.

¹¹⁰ Per approfondire le argomentazioni in merito vedi G. BRUNELLI, Matrimonio same-sex e unioni civili: alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale, in Forum di quaderni costituzionali, 11 novembre 2015, 4,5.

¹¹¹ Sentenza 15 maggio 2008, *Re Marriage Cases*.

¹¹² PUGIOTTO, op. cit., 12,13.

2.2.2 La questione dei figli

Il ragionamento sostenuto dalla Corte prosegue ed evidenzia la collocazione dello stesso art. 29 (si legga in particolare il secondo comma) il quale è seguito dall' art. 30 avente ad oggetto la filiazione. I rimandi alla questione legata alla filiazione sono forzati e poco pertinenti, in virtù del fatto che non esista alcuna connessione o relazione tra matrimonio e filiazione (anche alla luce dell'equiparazione, avvenuta con la l. 219/2012 tra figli nati all'interno del matrimonio e figli nati fuori dal matrimonio), finanche perché lo stesso codice civile non prevede la capacità di avere figli come condizione per contrarre il matrimonio. Si legge infatti nella sentenza stessa come la *“(potenziale) finalità procreativa del matrimonio (...) vale a differenziarlo dall'unione omosessuale”*. L'osservazione della Corte può senza dubbio, a livello biologico, essere anche vera, ma si pensi a come lo stesso rapporto tra matrimonio e le sue finalità procreative sia stato da tempo superato¹¹³. La volontà di avere figli all'interno del rapporto matrimoniale tra due coniugi è ispirata alla libera scelta degli stessi¹¹⁴; sarà inoltre la stessa Corte costituzionale ad affermare, nella sentenza n. 162/2014 come la Costituzione stessa *“non pone una nozione di famiglia inscindibilmente legata alla procreazione”*. In questo contesto è possibile ravvisare un'importante evoluzione dei termini e della dottrina, da parte della stessa Corte, un'evoluzione che sempre più ci pone la domanda relativa alle effettive motivazione del perché la Consulta, nella sentenza n. 138/2010, abbia escluso la possibilità di estendere l'istituto del matrimonio alle coppie omoaffettive. Proseguendo rafforziamo il nostro ragionamento osservando come proprio la già citata legge n. 219/2012 sulla filiazione stabilisce l'unicità dello status di figlio, indipendentemente dal fatto che lo stesso sia nato all'interno o al di fuori di una relazione matrimoniale, stabilendo altresì l'esistenza di rapporti con la rete parentale di entrambi i genitori¹¹⁵. Su questa linea inserisco le riflessioni di Barbagli, Dalla Zuanna e Garelli i quali affermano come *“grazie anche all'introduzione di nuove tecniche contraccettive, si è affermata progressivamente una sessualità sganciata dai vincoli della*

¹¹³ FERRANDO, op. cit., 31.

¹¹⁴ Basterebbe pensare a come, con la riforma del diritto di famiglia del 1975 l'impotenza da causa di nullità assoluta del matrimonio diviene circostanza rilevante solo in quanto materia di errore da parte dell'altro coniuge.

¹¹⁵ FERRANDO, op. cit., 215.

riproduzione”¹¹⁶. In questo senso le tesi più interessanti legano le presunte e potenziali finalità procreative del matrimonio al fatto che il matrimonio omosessuale sia considerato “contro natura”¹¹⁷; mettendo quindi in luce come i ragionamenti operati dalla Consulta nel motivare l’impossibilità di estendere l’istituto del matrimonio alle coppie same sex non reggano e altresì si scontrano verso un comune sentire della popolazione sempre più aperto, tollerante e, per certi versi rispetto al parere della Corte, evoluto. Ci viene in aiuto la psicologia, Simona Argentieri, nel suo interessante e per nulla banale saggio “A qualcuno piace uguale” osserva infatti come “non ci possono essere criteri a priori per escludere gli omosessuali dalla genitorialità nelle sue varie forme”¹¹⁸, anche perché il modello di famiglia eterosessuale fatto di composizione, scioglimento e ricomposizione di legami e relazioni amorose risulta essere, come abbiamo affermato più volte, “vertiginosamente cambiato”¹¹⁹. La stessa sociologia ha osservato come “la filiazione da parte degli omosessuali e all’interno di coppie omosessuali è ormai un dato di fatto, anche in Italia”¹²⁰, e ciò richiede non solo una maggiore attenzione ma uno sviluppo della sensibilità del legislatore e della giurisprudenza nell’ottica del concetto di filiazione, il quale risulta essere sempre più orientato non tanto all’ottica della procreazione ma alla tutela dei minori stessi, al *best interests of the child*. Come abbiamo affermato il fenomeno della genitorialità omosessuale non può non essere preso in considerazione, anche in virtù delle riflessioni poste dalla Corte costituzionale. Esso è un fenomeno difficilmente rilevabile a livello quantitativo e ancora intriso di stereotipi e pregiudizi derivanti da un modello di famiglia culturalmente ereditato dal passato¹²¹ (modello di famiglia che la stessa Corte ha ben chiaro nelle motivazioni della sentenza). La questione relativa alla genitorialità omosessuale risulta essere particolarmente interessante, dal mio punto di vista, in particolare sul piano culturale e sociale in quanto questi nuovi modelli familiari sono generativi di dinamiche familiari slegate dai classici stereotipi sul ruolo dei padri e

¹¹⁶ BARBAGLI, DALLA ZUANNA, GARELLI, *La sessualità degli italiani*, Bologna, 2010.

¹¹⁷ In questo senso si inseriscono le interessanti riflessioni di Nicla Vassallo nel suo saggio “Il matrimonio omosessuale è contro natura. Falso!”. In particolare nei capitoli 3 e 4.

¹¹⁸ ARGENTIERI, *A qualcuno piace uguale*, Torino, 2010, 105.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ SARACENO, *Coppie e famiglie*, Milano, 2012, 112.

¹²¹ ZANATTA, *Nuove madri e nuovi padri*, Bologna, 2011, 99-100.

sul ruolo delle madri, dando vita a modelli egualitari, originali ed inediti; benché va sicuramente riconosciuto come la mancanza di modelli di comportamento standardizzati e la mancanza di “norme sociali di comportamento per risolvere i problemi quotidiani e la vita in comune”¹²² può essere un punto negativo per la stabilità della coppia same sex, connesso al minor grado di accettazione del modello familiare in un contesto sociale, pensiamo a quello italiano, dove i diritti delle coppie same sex a livello giuridico (ma non a livello sociale) sono giunti con un particolare ritardo, evidenziando anche in questo caso una discrasia tra il ruolo del legislatore e il comune sentire della popolazione. Per smontare definitivamente le rilevazioni della Consulta circa le finalità procreative che distinguerebbero il matrimonio etero da quello omosessuale citiamo i documenti dell’American Academy of Child and Adolescent Psychiatry (Aacap) che afferma “Non ci sono prove a sostegno della tesi per cui i genitori con orientamento omo o bisessuale siano di per sé diversi o carenti nella capacità di essere genitori”, e dell’American Academy of Pediatrics osserva come “Adulti coscienti e capaci di fornire cure, che siano uomini o donne, eterosessuali o omosessuali, possono essere ottimi genitori”¹²³.

Ci potremo chiedere come sia possibile giungere, anche attraverso le riflessioni della Corte, ad una definizione chiara ed univoca di cosa sia una famiglia e di cosa non lo sia. Se da una parte, come abbiamo visto, le unioni omosessuali non possono essere considerate “famiglia” ma “formazione sociale” come rilevato dalla Consulta; l’accettazione sempre più esistente nei diversi strati sociali non solo dell’omosessualità ma delle stesse coppie omosessuali dimostra come, utilizzando le parole di Chiara Saraceno “la definizione di famiglia e di coppia sia un costrutto culturale, basato sul sentire condiviso circa ciò che è buono e accettabile nei rapporti interpersonali”¹²⁴, la quale continua osservando come, in accordo alla lettura che sto proponendo circa l’evoluzione del concetto di famiglia e il suo essere ancorato all’evoluzione socioculturale dei costumi, siano stati proprio i cambiamenti culturali all’interno della società degli organi decisionali, a favorire un’evoluzione inclusiva e

¹²² ZANATTA, op. cit., 105.

¹²³ Gli stralci delle affermazioni dei due citati istituti americani sono citate dal saggio di Anna Laura Zanatta “Nuove madri e nuovi padri”, p. 103, altresì sono facilmente reperibili online in lingua originale.

¹²⁴ SARACENO, op. cit., 2012, 103.

ampia del concetto di famiglia (cui la Corte, contraddicendosi, rimanda a quello contenuto nell'art. 29 e nelle disposizioni del codice civile) estendendolo, *de facto* ma non *de iure*, anche alle coppie same sex.

Ritornando al *focus* del nostro paragrafo, concludiamo affermando come la Corte costituzionale:

“ a) dichiara inammissibile, in riferimento agli articoli 2 e 117, primo comma, della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis del codice civile, sollevata dal Tribunale di Venezia e dalla Corte di appello di Trento con le ordinanze indicate in epigrafe;

b) dichiara non fondata, in riferimento agli articoli 3 e 29 della Costituzione la questione di legittimità costituzionale degli articoli sopra indicati del codice civile sollevata dal Tribunale di Venezia e dalla Corte di appello di Trento con le medesime ordinanze”.

In estrema sintesi la Consulta ritiene come l'unione omosessuale non possa ricadere nell'ambito dell'art. 29 Cost., negando così la possibilità di estendere la disciplina del matrimonio alle coppie same sex. Dall'altro lato però ne viene riconosciuta l'esistenza e la dignità sociale nell'ambito dell'art. 2 Cost. quali “formazioni sociali”. Ultimo elemento è dato dal fatto che, secondo le rilevazioni della Corte, spetti al Parlamento legiferare attorno alla tutela giuridica delle coppie same sex, legiferazione che, come vedremo, avverrà ben sei anni dopo la sentenza.

2.2.3 Le possibili letture della sentenza n. 138/2010

Numerose sono le letture che si possono dare della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale. Essa è stata definita come una “pietra tombale” alla possibilità di estendere l'istituto del matrimonio alle coppie same sex¹²⁵, benché la comune tendenza sia quella di vedere l'aspetto positivo della sentenza stessa e l'apertura del Giudice costituzionale a una qualche forma di riconoscimento secondo la

¹²⁵ CALZARETTI, Coppie di persone dello stesso sesso, in www.forumcostituzionale.it, reperibile online, 2010.

discrezionalità del Parlamento. Non voglio però addentrarmi eccessivamente nei pareri della dottrina e degli studiosi: da un'attenta lettura della sentenza posso trarre delle considerazioni personali. La sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale rappresenta un punto di svolta nella tutela giuridica delle coppie omosessuali in Italia, da essa e grazie ad essa s'è potuto aprire un serio e produttivo dibattito nelle aule parlamentari, dopo i vani tentativi di cui nel precedente capitolo abbiamo dato conto. La sentenza che, dal mio punto di vista, rispetto ai parametri di giudizio di altre Corti costituzionali europee chiamate a pronunciarsi su questioni simili a quella affrontata dalla nostra Consulta, risulta essere ancorata, come si è detto, ad una visione di matrimonio di matrice tradizionale, basato ossia sulla diversità di sesso tra i due coniugi, determina però importanti aperture. Il considerare l'esistenza concreta e reale (dinanzi al silenzio del Parlamento) delle unioni omosessuali ha avuto sicuramente un forte impatto sociale e culturale, un punto di inizio dal quale partire per raggiungere un'effettiva e concreta tutela delle stesse. Importante anche se non così forte e accentuato è il richiamo della Corte al ruolo del legislatore. Come si è visto l'esortazione al Parlamento al fine di legiferare circa la definizione di una tutela giuridica ad una situazione fattuale, quale quella delle coppie same sex, nei *"tempi"*, *"nella sua piena discrezionalità"* e *"nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost."* da parte della Consulta, pone dei paletti non troppo stringenti all'organo legislativo, portandoci a chiedere l'effettiva volontà (politica) di giungere alla definizione di una tutela giuridica e garantire un effettivo diritto, quale quello di essere riconosciute come coppie, a migliaia di persone prive di diritti e di tutele da parte dell'ordinamento italiano. Passeranno sei anni, dalla sentenza del 2010, affinché l'Italia possa giungere a riconoscere un'effettiva tutela a queste "formazioni sociali" presenti nel tessuto socio culturale del paese; anche in questo caso in tema di diritti e in particolare di diritti civili l'Italia si trova e si è trovata cronicamente indietro rispetto al quadro europeo che andremo ad analizzare successivamente. Va altresì notato lo scollamento tra la fattualità e la realtà in cui migliaia di coppie same sex vivevano, (senza alcuna tutela giuridica) così come l'inerzia e l'incapacità di favorire inclusione e diritti da parte dell'organo legislativo. In questo senso una svolta da parte del legislatore italiano (richiamata nuovamente dalla Consulta stessa nella sentenza n. 170/2014 con la quale viene esortato il Parlamento a legiferare circa la tutela delle coppie same sex

“con la massima sollecitudine”) sarà data dalla condanna da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo (CtEDU) per la violazione, da parte del nostro paese, dell’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo nella sentenza *Oliari e altri c. Italia* del luglio 2015 che sarà oggetto delle nostre riflessioni nel prossimo paragrafo.

2.3 La svolta: la condanna dell’Italia da parte della CtEDU

Per comprendere la portata della sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo (CtEDU) sul caso *Oliari e altri c. Italia* (sentenza della quarta sezione, datata 21 luglio 2015, ricorsi nn. 18766/11 36030/11), occorre porre delle premesse relativamente al ruolo della CtEDU nel contesto europeo. La Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU) che ha istituito il Consiglio d’Europa, è uno dei più importanti e innovativi documenti a livello regionale in materia di tutela dei diritti umani. Firmata a Roma nel 1950 essa si compone di due parti: nella prima vengono enunciati i diritti garantiti ai cittadini degli Stati membri del Consiglio d’Europa, nella seconda parte vengono stabiliti organi, procedure e meccanismi atti a tutelare, garantire e rendere effettivi i diritti della Convenzione. Il più importante meccanismo di garanzia della CEDU è dato proprio dalla Corte europea dei diritti dell’uomo (CtEDU) con sede a Strasburgo la quale, in seguito all’entrata in vigore del Protocollo n. 11 nel 1998, è stata radicalmente riformata, includendo la possibilità da parte dei cittadini degli Stati membri del Consiglio d’Europa di adire direttamente alla CtEDU nel caso ritengano che un loro diritto tutelato dalla Convenzione sia stato leso: è proprio questo il fulcro dell’intero sistema della Convenzione europea¹²⁶. La possibilità per un individuo, così come per uno Stato, di adire alla Corte è un elemento di particolare importanza in quanto non solo favorisce la diffusione della cultura dei diritti umani alimentando nella cittadinanza la fiducia verso un’effettività di tali diritti percepiti spesso come astratti, dall’altro favorisce la giustiziabilità degli stessi. Ritengo sia necessario far emergere altresì due elementi importanti: il primo è dato dal fatto che la violazione di un diritto umano, nel contesto della CEDU, non avviene solo quando uno Stato compie un’ingerenza negativa contro i diritti degli individui ma anche quando lo Stato omette di adottare tutte quelle misure (obblighi positivi) al

¹²⁶ PISILLO MAZZESCHI, *Diritti internazionale dei diritti umani*, Torino, 2020, 161.

fine di garantire l'effettiva possibilità da parte di un individuo o gruppo di individui di godere di tale diritto¹²⁷ (si realizza ossia un'inerzia dei poteri pubblici dinanzi alla necessità di tutelare specifiche situazioni). Dall'altro lato, la CEDU stabilisce norme non solo indirizzate agli Stati ma anche agli individui, conferendo loro veri e propri diritti¹²⁸ contribuendo alla costruzione sempre più forte della personalità giuridica degli individui sul piano internazionale.

2.3.1 Il contesto nel quale prede forma la sentenza Oliari

Da qui possiamo comprendere come il caso Oliari dinanzi alla CtEDU rappresenti un punto di svolta. La sentenza Oliari si colloca in un quadro complessivo non nuovo rispetto all'orientamento e al dibattito interno alla CtEDU. Già prima del 2015 la Corte era stata chiamata ad esprimersi circa la possibilità di estendere l'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali. Nel caso *Schalk e Kopf c. Austria* (decisione del 24 giugno 2010), a poco settimane dalla sentenza n. 138 della nostra Corte costituzionale (15 aprile 2010), la CtEDU è adita nel giudicare la richiesta avanzata da una coppia austriaca circa la presunta violazione dell'art. 12 CEDU¹²⁹ a proposito della possibilità di spostarsi, attraverso l'istituto del matrimonio, per una coppia di uomini. La richiesta della coppia austriaca, che lamentava la violazione dell'art. 12 CEDU, si inseriva in un'interpretazione evolutiva della giurisprudenza in merito all'omonimo articolo citato¹³⁰. Ma nel caso *Schalk e Kopf* la Corte esclude che la disposizione dell'art. 12 CEDU possa essere superata attraverso un'interpretazione evolutiva nonostante all'epoca, nel 2010, fossero 6 i paesi del Consiglio d'Europa a garantire il matrimonio anche alle coppie omosessuali¹³¹, mentre in altrettanti 13 paesi fosse regolamentata la questione delle convivenze omosessuali alle quali

¹²⁷ PISILLO MAZZESCHI, op. cit., 61.

¹²⁸ PISILLO MAZZESCHI, op. cit., 162.

¹²⁹ Art. 12 CEDU "A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto".

¹³⁰ Vedi il caso *Regno Unito e Christine Goodwin c. Regno Unito* (sentenze della *Grand Chamber* dell'11 luglio 2002) il quale avrebbe stabilito che l'art. 12 si applica anche alle coppie formate da soggetti transessuali.

¹³¹ Ossia Belgio, Paesi Bassi, Norvegia, Portogallo, Spagna, Svezia.

venivano attribuiti i medesimi diritti e doveri di quelle eterosessuali¹³². Tuttavia, nella sentenza citata, sebbene la Corte non escluda in via definitiva la possibilità di giungere ad un'evoluzione positiva della norma *ex art. 12 CEDU*, essa altresì osserva come la questione posta dai ricorrenti circa la possibilità di estendere la disposizione art. 12 CEDU anche alle coppie omosessuali non risulta manifestamente infondata. Viene osservato però come spetta ai singoli stati disporre o meno di una specifica norma che estenda l'istituto del matrimonio anche alle coppie same sex: dalla Corte di Strasburgo non può giungere infatti alcun obbligo positivo nei confronti degli Stati membri¹³³, viene ossia riconosciuto agli Stati un margine di discrezionalità o di apprezzamento nella materia. Leggendo un brevissimo stralcio della sentenza “la Corte considera artificioso mantenere l'opinione secondo cui, a differenza della coppia eterosessuale, una coppia di partner dello stesso sesso non potrebbe godere di un diritto alla ‘vita familiare’ ai sensi dell'art. 8. Di conseguenza, il rapporto tra i ricorrenti, due conviventi omosessuali, uniti stabilmente alla stregua di una coppia di fatto, rientra nella nozione di ‘vita familiare’, così come sarebbe se si trattasse di una coppia di persone di sesso opposto che si trovassero nella stessa situazione”¹³⁴. Non vi è di fatto alcuna violazione dell'art. 12 CEDU¹³⁵ lamentato dai ricorrenti, ma la Corte va oltre riconoscendo come la coppia omosessuale abbia diritto ad essere giuridicamente tutelata in relazione all'art. 8 CEDU¹³⁶ in merito alla salvaguardia della vita familiare. Va osservato come nel frattempo la legislazione austriaca aveva

¹³² Ci si riferisce ad Andorra, Austria (dal 1° gennaio 2010), Repubblica Ceca, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Islanda, Lussemburgo, Slovenia, Svizzera, Regno Unito e Ungheria.

¹³³ DE STEFANI, Matrimonio, vita familiare e coppie omosessuali: una sentenza della Corte europea dei diritti umani orienta il dibattito (Schalk e Kopf c. Austria, giugno 2010), Centro di ateneo per i diritti umani “A. Papisca”, reperibile online.

¹³⁴ *Schalk and Kopf v. Austria*, cit., paragrafo 94.

¹³⁵ Art. 12 CEDU “A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto”.

¹³⁶ Art. 8 CEDU “1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

provveduto ad un'evoluzione positiva della disciplina attraverso l'introduzione, a partire dal primo gennaio 2010, delle unioni civili registrate¹³⁷.

Il caso *Schalk e Kopf c. Austria* ritengo sia molto importante in ottica comparata con quanto avvenuto in Italia. Nel caso austriaco i ricorrenti alla CtEDU lamentavano la lesione dell'art. 12 CEDU circa l'impossibilità di estendere l'istituto del matrimonio alle coppie same sex, data l'impossibilità riconosciuta dalla legislazione austriaca. In quest'ottica un'ulteriore sentenza della Corte di Strasburgo ci aiuta a comprendere l'evoluzione del dibattito della giurisprudenza a tutela dei diritti civili nel contesto europeo; nel caso *Hamalainen c. Finlandia* del 16 luglio 2014, la CtEDU osserva come non sussista alcun obbligo da parte degli Stati di estendere l'accesso al matrimonio alle coppie omoaffettive (*ex art. 12 CEDU*), in quanto anche in questo caso la Corte riconosce un margine di apprezzamento¹³⁸ agli Stati circa la possibilità di introdurre o meno il matrimonio omosessuale¹³⁹, pur esistendo un obbligo positivo da parte degli Stati stessi di introdurre un qualche tipo di tutela giuridica nei confronti delle coppie same sex, non necessariamente attraverso l'estensione dell'istituto del matrimonio, in virtù dell'art. 8 CEDU in materia di tutela alla vita privata e familiare. Ciò ci consente di evidenziare come in Italia la situazione sia differente: con la sentenza n. 138/2010 la Consulta stabilisce l'impossibilità di estendere l'istituto del matrimonio *ex art. 29 Cost.* alle coppie same sex, esortando il legislatore a legiferare circa la possibilità di creare uno specifico istituto giuridico per tutelare le coppie same sex, riconosciute come "formazione sociale" in virtù dell'art. 2 Cost. Ma nel caso *Oliari e altri c. Italia*, l'Italia sarà esplicitamente condannata per la violazione dell'art. 8 CEDU, violazione lamentata dagli stessi ricorrenti alle CtEDU in

¹³⁷ Nel 2013 in Austria è legale la stepchild adoption, il matrimonio legale tra persone dello stesso sesso è legale dal primo gennaio 2019.

¹³⁸ La dottrina del margine di apprezzamento, particolarmente utilizzata in ambito CEDU, è fortemente criticata da Riccardo Pisillo Mazzeschi. In "Diritto internazionale dei diritti umani", già da noi citata, egli osserva "Dopo molti anni di funzionamento dei sistemi di tutela internazionale dei diritti umani, sembra giunto il momento in cui gli organi internazionali di controllo (in primis la Corte europea) dovrebbero imporre agli stati in maniera più netta e coraggiosa i suddetti standard uniformi ed evitare di rimettere nelle mani dei governi la decisione sulla legittimità o meno di una restrizione o deroga ai diritti umani. (...) La dottrina del margine di apprezzamento, specie se applicata in maniera "ampia", costituisce un serio ostacolo verso questo progresso e alimenta il relativismo in materia di diritti umani." pag. 81.

¹³⁹ LORELLO, *op. cit.*, 44.

combinato disposto con l'art. 14 CEDU¹⁴⁰ concernente il divieto di discriminazione. La Corte osserva infatti come l'art. 8 ponga degli obblighi positivi in capo agli Stati in merito alla necessità di garantire un'effettiva tutela della vita familiare, adottando le misure legislative più opportune per garantire riconoscimento giuridico e la tutela delle diverse unioni¹⁴¹, omosessuali o eterosessuali esistenti. Fino al 2016 infatti in Italia non esisteva alcun tipo di riconoscimento giuridico volto a tutelare le coppie omoaffettive esistenti nel nostro paese; pensiamo, in ottica comparata a come l'Austria, alcuni mesi prima della sentenza del caso *Schalk e Kopf c. Austria*, aveva provveduto ad adottare una specifica disciplina in materia di tutela delle coppie same sex attraverso la costituzione delle unioni civili registrate. Poniamo quindi come punto fermo il fatto che la CEDU non implica obblighi positivi di estensione dell'istituto del matrimonio in base al principio, come abbiamo visto, del margine di apprezzamento; solo nel 2019 infatti verrà legalizzato il matrimonio tra persone dello stesso sesso nello Stato elvetico. Ma per l'appunto, se da una parte non sussiste tale obbligo positivo, sempre secondo la Corte, gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno l'obbligo positivo di disporre di una qualche tipo di tutela giuridica (che non sia necessariamente il matrimonio) per le coppie same sex. Se pertanto, nel caso austriaco i ricorrenti avevano ottenuto già prima della sentenza della Corte un qualche tipo di intervento in materia da parte dello stato austriaco, per quanto riguarda il caso Oliari l'Italia, nonostante il giudizio in corso della Corte di Strasburgo, non aveva adottato alcuna disciplina per colmare il vuoto legislativo in materia di tutela delle coppie same sex. La CtEDU è quindi adita per giudicare se l'Italia non abbia ottemperato all'obbligo positivo statuito dalla CEDU in relazione all'art. 8 concernente il rispetto della vita privata e familiare sul diritto di definire una normativa giuridica atta a tutelare le relazioni omoaffettive. La Corte rileva altresì che, nonostante i moniti della Corte costituzionale, il legislatore sia in particolare ritardo in relazione, da un lato, al contesto europeo in continua evoluzione a livello di diritti civili delle coppie same sex e in materia di riconoscimenti giuridici, e

¹⁴⁰ Art. 14 CEDU "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione".

¹⁴¹ FERRANDO, op. cit., 216.

dall'altro in merito ad un sentire sociale sempre più tollerante, aperto e favorevole al riconoscimento di queste situazioni specifiche. I Giudici di Strasburgo, nella medesima sentenza, citano le dichiarazioni dell'allora Presidente della Corte costituzionale Franco Gallo il quale, nella conferenza straordinaria sull'attività della Consulta del 2012 affermò: “Il dialogo che la Corte [Costituzionale] ha ormai stabilmente instaurato con i giudici europei si presenta a volte più difficile proprio con il soggetto che della Corte dovrebbe essere il naturale interlocutore, e cioè il legislatore. Questa difficoltà emerge, in particolare, nei casi in cui la Corte solleciti il legislatore a modificare una normativa che ritiene in contrasto con la Costituzione. Tali solleciti non possono essere sottovalutati. Essi costituiscono, infatti, l'unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità”¹⁴². Evidenziando pertanto una forte discrasia da noi già sottolineata tra il contesto parlamentare italiano e le esortazioni, anche degli organi dell'Unione a favorire un'estensione positiva dei diritti a favore delle coppie same sex. L'evoluzione positiva della legislazione nazionale, secondo le rilevazioni della CtEDU risulta particolarmente complessa a causa di “diverse sensibilità su una questione sociale tanto delicata e profondamente sentita”¹⁴³, inserito in un contesto in cui “occorre necessariamente tempo per raggiungere una graduale maturazione di una visione comune della comunità nazionale sul riconoscimento di questa nuova forma di famiglia”¹⁴⁴, evidenziando anche in questo caso come i mutamenti della disciplina nazionale concernente il diritto di famiglia devono essere accompagnati da un contesto sociale e culturale favorevole ad essi. Il margine di discrezionalità invocato dall'Italia nella gestione della materia, secondo la Corte “(...) dipende da vari fattori. Benché la Corte possa accettare che l'oggetto della presente causa possa essere connesso a delicate questioni morali o etiche che permettono un maggiore margine di discrezionalità in assenza di accordo tra gli Stati membri, essa osserva che il caso di specie non riguarda alcuni specifici diritti “supplementari” (in contrapposizione ai diritti fondamentali) che possono o non possono sorgere da tale unione e che possono essere oggetto di una feroce

¹⁴² *Oliari e altri c. Italia*, paragrafo 43.

¹⁴³ *Oliari e altri c. Italia*, paragrafo 176.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

controversia alla luce della loro dimensione sensibile¹⁴⁵; da un lato evidenziando la delicatezza della materia e delle diverse sensibilità esistenti ma dall'altro sottolineando come, di fatto, si parla di diritti fondamentali in relazione al riconoscimento di uno *status* giuridico per le coppie omosessuali, le quali sono scoperte da qualsiasi tipo di tutela giuridica. La CtEDU continua sottolineando come il dibattito europeo e le stesse legislazioni nazionali abbiano subito delle evoluzioni positive: già ventiquattro Stati del Consiglio d'Europa su quarantasette (in data luglio 2015) avevano legiferato in merito alla questione del riconoscimento giuridico delle coppie same sex attraverso l'estensione dell'istituto del matrimonio o la costituzione di strumenti *ad hoc* quali le unioni civili. Ma questa evoluzione nel contesto del Consiglio d'Europa ha trovato un ferreo immobilismo da parte del legislatore italiano il quale, nonostante le esortazioni provenienti dalla Consulta, ha sistematicamente evitato di introdurre in Parlamento la questione in oggetto, determinando pertanto, secondo la CtEDU, la violazione dell'art. 8 CEDU in virtù della totale inesistenza di una disciplina volta a tutelare la realtà giuridica e sociale delle coppie same sex, privandole sistematicamente del diritto alla loro dignità sociale (*ex art. 2 Cost.*), favorendo incertezza, irregolarità e difformità tra coppie eterosessuali e omosessuali in materia di tutela dei diritti. La Corte di Strasburgo pertanto conclude che “il Governo italiano ha ecceduto il suo margine di discrezionalità e non ha ottemperato all'obbligo positivo di garantire che i ricorrenti disponessero di uno specifico quadro giuridico che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ *Oliari e altri c. Italia*, paragrafo 177.

¹⁴⁶ *Oliari e altri c. Italia*, paragrafo 185.

Capitolo 3

L'intervento del legislatore italiano: la legge n. 76/2016 sulle unioni civili

SOMMARIO: 3. Premessa. - 3.1 Opinioni e atteggiamenti nella pubblica opinione. 3.2 Il dibattito parlamentare. - 3.3 Il testo approvato. - 3.3.1 La costituzione del vincolo. - 3.3.2 L'eliminazione dell'obbligo di fedeltà. - 3.3.3 Il comma 20. - 3.3.4 La disciplina del cognome. - 3.3.5 Lo scioglimento dell'unione civile. - 3.3.6 Analogie e differenze tra matrimonio e unione civile. - 3.4 Demografia e numeri delle unioni civili.

3. Premessa

Giungiamo al cuore della nostra ricerca: l'analisi della legge n. 76/2016, denominata "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze". Il testo consta di un articolo unico composto da 69 commi che dettano due distinte discipline. Tra i commi da 1 e 35, infatti, sono regolamentate le unioni civili tra persone dello stesso sesso; mentre tra i commi da 36 a 65 viene introdotta dal legislatore la normativa sulle convivenze di fatto, che può riguardare sia coppie omosessuali che eterosessuali. Le ultime disposizioni (commi da 66 a 69) riguardano la copertura finanziaria del provvedimento. E' quindi bene ricordare e sottolineare come la legge n. 76/2016 per l'appunto, oltre ad introdurre un nuovo istituto giuridico nell'ordinamento italiano che, come precedentemente abbiamo visto, trova fondamento in virtù degli artt. 2 e 3 della Carta costituzionale, ossia quello delle unioni civili per le coppie omosessuali; introduce altresì una regolamentazione giuridica per le coppie *more uxorio*, ossia per le coppie conviventi non sposate sia omo sia eterosessuali "unite da legame affettivo e di reciproca assistenza morale e materiale". La costituzione della convivenza secondo quanto definito dalla normativa avviene mediante dichiarazione ai sensi della legge anagrafica (in virtù del D.P.R. 223/1989). La coppia convivente registrata gode degli stessi diritti della coppia coniugata in matrimonio in materia di ordinamento penitenziario, in casi di malattia o ricovero

e diritto all'abitazione e diritti successori. Ecco quindi che la novità legislativa introdotta nel 2016 va a modificare ed evolvere il concetto di famiglia, introducendo ma soprattutto riconoscendo e dando tutela giuridica a nuove unioni e nuove forme, possiamo dire "moderne", di famiglia; determinando così un'evoluzione stessa del diritto di famiglia confermando, nuovamente, come era da noi già stato osservato, la dinamicità dello stesso e il fatto di essere inscindibilmente legato all'evoluzione socio culturale e dei costumi in seno alla società. Nella nostra premessa è bene ricordare, nuovamente, come l'Italia sia appunto uno degli ultimi Stati dell'Unione europea ad aver introdotto una disciplina che tutelasse la situazione giuridica delle coppie same sex, confermando ritardi, carenze e miopie del legislatore italiano circa l'effettiva evoluzione culturale dei costumi che chiosa con i colpevoli ritardi del Parlamento stesso. Andremo ad analizzare, nelle prossime pagine, in primo luogo le opinioni della popolazione circa la questione dei diritti delle coppie omosessuali, osservando e mettendo in risalto come le scelte del legislatore siano state di sicuro influenzate dal pubblico dibattito. Successivamente analizzeremo il dibattito parlamentare attraverso un confronto tra la proposta di legge (depositata nel giugno 2014, c.d. "Ddl Cirinnà") e il testo definitivo della legge n. 76/2016. Successivamente ci concentreremo sul *corpus* della disciplina, andando inoltre ad evidenziare analogie e differenze rispetto all'istituto del matrimonio stabilito dal codice civile, osservando così come la disciplina della unioni civili si presti ad essere esterna, quasi estranea rispetto al codice civile in quanto non formalmente integrata con esso¹⁴⁷.

¹⁴⁷ OBERTO, in *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, 32.

3.1 Opinioni e atteggiamenti nella pubblica opinione

Una breve analisi storica del contesto italiano e degli atteggiamenti relativi all'omosessualità da parte delle istituzioni e della popolazione, ci aiuterà a comprendere il contesto socioculturale in cui la legge n. 76/2016 si è formata. Solamente negli ultimi quindici anni la sociologia, grazie anche all'apporto di organismi europei come l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali¹⁴⁸ o grazie ai rapporti del Consiglio d'Europa, ha contribuito a sviluppare anche in Italia un *frame*, un discorso, una narrazione attorno alla questione omosessuale legata ai diritti, sia in merito alla questione dell'omofobia sia in merito alla questione della tutela giuridica delle coppie omosessuali. Spesso nella nostra ricerca abbiamo sottolineato il ritardo delle istituzioni italiane in materia di tutela dei diritti della comunità LGBT+, il tutto risulta inserirsi in ciò che nell'ambito di numerose ricerche sociologiche viene definito "l'eccezionalismo italiano"¹⁴⁹ basato sul peso politico della Chiesa cattolica nell'ambito della definizione di alcune specifiche politiche pubbliche in materia di tutela dei diritti LGBT+¹⁵⁰ e da posizioni omofobe espresse da importanti uomini delle istituzioni politiche. Innegabile diviene quindi, nel nostro discorso, considerare come in seno alle istituzioni nazionali vi sia una sorta di naturalizzazione dell'eterosessualità, tanto presente del diritto di famiglia quanto nell'assenza di normative atte a contrastare l'omofobia diffusa nel tessuto sociale italiano¹⁵¹. Da qui quindi comprendiamo come l'emersione e la discussione in materia di tutela giuridica delle coppie omosessuali si presti, fin dall'inizio, ad essere complessa, anche a causa, come viene sottolineato da un rapporto del Consiglio d'Europa del 2011, di atteggiamenti negativi da parte delle istituzioni e del tessuto sociale nei confronti degli omosessuali, e di come tali atteggiamenti siano influenzati dalla permanenza di valori patriarcali che fissano rigide identità di genere¹⁵². Come abbiamo osservato nelle precedenti pagine ogni mutamento

¹⁴⁸ Fornisce consulenza alle istituzioni dell'UE e ai governi nazionali sui diritti fondamentali, in particolare nei seguenti settori: discriminazione, accesso alla giustizia, razzismo e xenofobia, protezione dei dati, diritti dei minori, omofobia.

¹⁴⁹ TRAPPOLIN, GUSMEROLI, *Raccontare l'omofobia in Italia*, Torino, 2019, 150.

¹⁵⁰ Vedasi, a titolo di esempio, la nota della Segreteria di Stato del Vaticano, pubblicata il 17 giugno 2021, concernente la questione del dibattito politico in merito al disegno di legge n. 2005, c.d. "Ddl Zan".

¹⁵¹ TRAPPOLIN, GUSMEROLI, *op. cit.*, 150.

¹⁵² TRAPPOLIN, GUSMEROLI, *op. cit.*, 192.

legislativo inevitabilmente deve essere accompagnato da un'accettazione sociale delle novità legislative e delle modifiche normative da parte del tessuto sociale: deve ossia esistere un unico binario tra le politiche pubbliche del Governo o del Parlamento e l'accettazione più o meno ampia delle stesse da parte della pubblica opinione. Comprendiamo così come una breve analisi degli atteggiamenti e dell'opinione degli italiani in merito alla tutela giuridica delle coppie same sex sia utile al nostro discorso. Numerose sono le agenzie, gli enti governati e think tank privati a produrre, testando un campione rappresentativo di popolazione, dati empirici sotto forma di sondaggi attorno a questioni di pubblico interesse. In merito al tema che stiamo affrontando utilizzeremo dei dati elaborati e prodotti precedentemente al 2016, anno dell'approvazione della legge sulle unioni civili, per indagare la pubblica opinione al di fuori degli orientamenti e del dibattito in seno alle aule parlamentari. Ci sono utili alcuni dati elaborati dalla Commissione europea nel 2015 che evidenziano come il 72% dei cittadini italiani sia d'accordo nell'accordare i medesimi diritti a eterosessuali e omosessuali¹⁵³. Eurobarometro, ossia una serie di sondaggi condotti nel panorama dell'Unione europea per conto della Commissione europea, evidenziano come tra il 2007 e il 2015 l'atteggiamento della pubblica opinione italiana in merito all'apertura del matrimonio alle coppie omosessuali sia mutato sensibilmente: si passa dal 31% di cittadini italiani favorevoli (nel 2007) al 55% nel 2015 (il medesimo trend si registra anche a livello europeo: si passa dal 44% del 2007 al 61% nel 2015)¹⁵⁴. L'indagine da noi citata si interseca con alcune rilevazioni compiute dall'Istat nel 2012 nelle quali si evidenzia come il 56,1% della popolazione si dice contraria all'estensione dell'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso (il 41,1% esprime una posizione "nettamente contraria"). Va osservato però come, nella medesima indagine Istat, il 62,8% degli italiani si dichiara d'accordo con il riconoscimento di pari diritti alle coppie omosessuali se si tratta di eredità, reversibilità della pensione e assistenza sanitaria¹⁵⁵. Compiendo un ulteriore e ultimo passo che ci invita alla riflessione in merito alle scelte compiute dal legislatore nella definizione della normativa in merito alle unioni civili, si sottolinea nell'indagine Istat citata come il 21,4% degli

¹⁵³ TRAPPOLIN, GUSMEROLI, op. cit., 184.

¹⁵⁴ TRAPPOLIN, GUSMEROLI, op. cit., 185.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

intervistati si dichiara contrario all'adozione da parte di coppie gay o lesbiche. E' infatti proprio il tema dell'adozione il caposaldo fondamentale dell'opposizione alla parità di diritti a favore delle coppie omosessuali¹⁵⁶, ciò è confermato dai dati forniti dal World Values Survey del 2005 nel quale si evince come il 92% degli italiani ritiene che, per crescere felice, un bambino necessiti di un padre e di una madre¹⁵⁷. Un ultimo rapporto che citeremo in questo paragrafo è stato prodotto dalla già citata Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali nel quale si evidenzia come il ritardo italiano in materia di tutela dei diritti LGBT+ sia determinato da tre fattori: l'eredità storica della legislazione italiana caratterizzata dalla negazione più che dalla repressione dell'omosessualità; la mancanza di dati e statistiche circa la discriminazione a causa dell'orientamento sessuale ed infine il ruolo della Chiesa cattolica nell'ostacolare il varo di leggi e riforme in materia di tutela dei diritti LGBT+¹⁵⁸.

3.2 Il dibattito parlamentare

Dopo aver estrapolato alcuni dati empirici abbiamo di sicuro un quadro più interessante in merito alle scelte che il legislatore opera nella definizione della legge n. 76/2016. La portata storica del testo, di quella che viene definita come la “più radicale riforma del diritto di famiglia italiano dalla novella del 1975”¹⁵⁹, è ben chiara dall'enorme dibattito suscitato in seno alle aule parlamentari e nelle piazze pubbliche. L'aspro confronto nelle commissioni e nelle aule del Parlamento, uno “psicodramma parlamentare”¹⁶⁰ secondo alcuni osservatori, ebbe esiti disastrosi nella definizione dell'impianto della norma giungendo, secondo alcuni critici, a “risultati peggiorativi, con la vistosa umiliazione (...) che il Governo e il Parlamento hanno inteso infliggere alle coppie dello stesso sesso (...) con l'abolizione dell'obbligo di fedeltà”¹⁶¹. La volontà infatti di creare un istituto

¹⁵⁶ TRAPPOLIN, GUSMEROLI, op. cit., 186.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ TRAPPOLIN, GUSMEROLI, op. cit., 189. Per ulteriori approfondimenti in merito “all'omofobia delle istituzioni” interessante risulta essere il capitolo quarto del saggio di Luca Trappolin e Paolo Gusmeroli che abbiamo già precedentemente citato.

¹⁵⁹ WINKLER, in *Unione civile e convivenza*, op. cit., 4.

¹⁶⁰ OBERTO, in *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, op. cit., 30.

¹⁶¹ OBERTO, op. cit., 31.

giuridico che potesse inserirsi all'interno della disciplina codicistica del diritto di famiglia si è infranta in un testo da molti definito "annacquato" e che senza alcun dubbio definisce un diverso grado, inferiore, di meritevolezza di tutela giuridica alle coppie same sex, come dimostra la dicotomia linguistica in seno al testo stesso che andremo ad analizzare. La stessa presenza "esterna" della disciplina delle unioni civili rispetto al codice civile risulta paradigmatica, frutto di una scelta politica atta a garantire la "sacralità" delle disposizioni codicistiche concernenti il matrimonio, evitando di "contaminarlo"¹⁶² con una disciplina nuova e innovativa¹⁶³. Proseguiamo però la nostra analisi impostando il discorso in merito all'*iter* legislativo della legge n. 76/2016. Dopo il naufragio dei tentativi parlamentari di legiferare in merito ad una disciplina relativa alla tutela giuridica delle coppie omolesuali, nella primissima fase della XVII legislatura (2013-2018) vengono progressivamente presentate in Parlamento una serie di proposte di legge atte a disciplinare la materia delle convivenze e delle unioni civili. Una prima proposta unificata dei diversi disegni di legge presentati in Parlamento venne elaborata e presentata nel giugno 2014 dalla senatrice Monica Cirinnà (PD), una seconda versione venne presentata nel luglio 2014 e una terza e ultima versione del c.d. "testo Cirinnà" verrà depositata nel marzo 2015; da quest'ultima versione del testo iniziò la discussione in commissione giustizia del Senato con la proposta degli emendamenti al testo. Il testo unificato presentava alcuni punti cardine quali la volontà di creare un istituto giuridico distinto dal matrimonio (da qui il richiamo all'art. 2 Cost., ossia il concepire l'unione civile come una "formazione sociale", e la mancata citazione all'interno del testo dell'art. 29 Cost.), escludendo l'apertura al matrimonio per le coppie same sex ma rinviando alle disposizioni contenute nella disciplina codicistica del matrimonio, attraverso un "rinvio secco" alla disciplina completa in materia di matrimonio contenuta nel codice. Si potrà ben comprendere come il testo sia pertanto frutto di un'apertura all'estensione della, necessaria, tutela giuridica alle coppie same sex (anche in virtù dei richiami della Consulta e della CtEDU), ma dall'altro lato è possibile evidenziare la volontà del legislatore nel

¹⁶² OBERTO, op. cit., 32.

¹⁶³ Basta osservare, a titolo di esempio, come in Francia quando vennero introdotti i PACS (nel 2013 la legislazione francese introdusse il matrimonio per le coppie same sex) venne esplicitamente modificato il *Code Civil*, in particolare la disciplina contenuta nell'art. 143, inserendo quindi la riforma dei PACS in seno stesso al codice francese.

definire una cesura, non troppo velata, tra matrimonio e unione civile, non giungendo mai ad una completa equiparazione dei due istituti. L'analisi del testo in seno alla commissione giustizia del Senato si rivelò particolarmente lunga, caratterizzata altresì dai numerosi tentativi ostruzionistici operati dalle forze di centrodestra (Nuovo Centrodestra, Lega Nord e Forza Italia). Proprio le forze di centrodestra, per rallentare l'esame del testo in seno alla commissione, presentarono oltre quattromila emendamenti; per questo motivo, per evitare il rallentamento dei lavori in commissione, la maggioranza di Governo (Renzi I) decise di adottare la c.d. "regola del canguro" eliminando emendamenti fotocopia posti dalla compagine di centrodestra. Il testo definitivo approdò in aula al Senato il 2 febbraio 2016. A pochi minuti dal voto il Movimento 5 Stelle esplicitò la volontà di non votare il testo, determinando l'interruzione del dibattito in aula parlamentare. Il testo infatti, oltre ad essere sostenuto dalla maggioranza che appoggiava il Governo Renzi I, ossia il Pd, era sulla carta sostenuto anche da parte dell'opposizione composta da SEL e M5S, che all'ultimo si sfilarono circa la questione dell'ammissibilità del c.d. "supercanguro", che avrebbe eliminato migliaia di emendamenti presentati dalle opposizioni, emendamenti per lo più di carattere ostruzionistico. Dinanzi al fallimento dei tentativi parlamentari fu il Governo ad intervenire presentando in aula un nuovo testo, il c.d. "maxi-emendamento" il quale andava a definire una nuova struttura alla disciplina. Il testo governativo si componeva di un unico articolo e sessantanove commi (in modo tale da rendere più agevole la fiducia posta dal governo nel testo presentato in Parlamento). Il testo di natura governativa venne quindi ridefinito nella forma e in parte anche nella sostanza: venne stralciato l'articolo 5 concernente la *stepchild adoption*, venne eliminato l'obbligo di fedeltà tra i diritti e doveri delle coppie unite civilmente, vennero infine eliminati i riferimenti presenti nel testo originale agli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione, vennero invece richiamati gli artt. 2 e 3 della Costituzione. Il testo originario, frutto di mesi lavoro e di una lenta mediazione tra le diverse anime parlamentari, venne ridefinito dall'intervento del Governo attraverso una forzatura innaturale che ha dato luogo a incongruenze tecniche¹⁶⁴, anche attraverso la fiducia posta dal Governo sul testo durante le votazioni in Senato e Camera. Il maxi-emendamento

¹⁶⁴ GATTUSO, in *Unione civile e convivenza*, 42.

del Governo venne approvato dal Senato il 25 febbraio 2016 con 173 voti favorevoli, 71 contrari e l'astensione del M5S. Il testo venne presentato successivamente alla Camera nel marzo 2016 e sottoposto nuovamente al voto di fiducia anche dall'aula di Montecitorio: l'11 maggio 2016 il testo venne approvato con 372 voti favorevoli, 51 contrari e l'astensione del M5S. La legge venne promulgata dal Presidente della Repubblica il 20 maggio 2016 ed entrò in vigore, trascorso il periodo di *vacatio legis*, il 5 giugno 2016 con il nome di "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze".

3.3 Il testo approvato

Nel precedente paragrafo abbiamo osservato come l'approvazione della legge n. 76/2016 non solo sia stata travagliata, lunga e complessa e abbia, nelle sue battute finali, visto l'intervento del Governo con la presentazione, dopo il fallimento dei tentativi parlamentari, di un "maxi-emendamento" sul quale, tra l'altro, verrà posta la fiducia durante la votazione nelle aule parlamentari. Il testo definitivo entrato in vigore è frutto di un compromesso al ribasso, che giunge in parte a snaturare e in parte a rendere la disciplina di complessa lettura per una norma che dovrebbe rivolgersi al "comune cittadino"¹⁶⁵. Il testo, paragonato ad "un attentato (...) all'estetica giuridica"¹⁶⁶, è frutto di una legislazione speciale che, come abbiamo già ribadito, pone la disciplina definita dalla legge n. 76/2016 al di fuori del codice civile, laddove invece la disciplina introduce delle novità sostanziali anche a carattere sociale e di costume in seno al sistema legislativo e culturale italiano. In questo senso assai critiche sono le rilevazioni di Gilda Ferrando, la quale scrive come "pare quasi che ogni volta che viene introdotto un nuovo istituto familiare per garantire fondamentali diritti alle persone, il prezzo da pagare sia la sottolineatura della sua 'specialità' rispetto al diritto di famiglia 'tradizionale'¹⁶⁷. Va notato come,

¹⁶⁵ GATTUSO, op. cit., 44.

¹⁶⁶ DOGLIOTTI, Dal concubinato alle unioni civili e convivenze (o famiglie?) in *Famiglia e diritto*, 2016, 878.

¹⁶⁷ FERRANDO, Le unioni civili. Prime impressioni sulla riforma, in *GenIUS*, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, 2016, 11.

per l'appunto, il testo sia stato compresso in un unico articolo con ben sessantanove commi, altresì osservando il carattere confuso, frammentario e complesso della disciplina stessa. Di seguito riporteremo, a titolo di esempio, un confronto tra la disciplina inizialmente prevista dal disegno di legge depositato nel giugno 2014 e la legge definitiva entrata in vigore. Già nell'art. 2 comma 1 del disegno di legge del giugno 2014 infatti si legge *“All' articolo 86 del codice civile, dopo le parole «da un matrimonio» sono inserite le parole «o da un'unione civile tra persone dello stesso sesso»*. Si evidenzia in questo senso la volontà di intervenire, seppur non in modo radicale, all'interno delle stesse disposizioni codicistiche, con un intervento mirato al fine di integrare nella disciplina codicistica le nuove disposizioni concernenti le unioni civili. Possiamo osservare, in modo ancor più netto, come l'art. 2 comma 1 del disegno di legge prevedeva un rinvio secco all'intera normativa codicistica relativa al matrimonio: *“Ad ogni effetto, all'unione civile si applicano tutte le disposizioni previste per il matrimonio nelle leggi, decreti e regolamenti, ad esclusione delle adozioni di cui all'articolo 6 della legge 4 maggio 1983, n. 184”*, con l'esclusione per l'appunto della disciplina relativa all'adozione. Il testo entrato poi in vigore nel giugno 2016 prevede, al comma 11 *“Con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni”*. In un certo senso si giunge a centellinare e ad elencare esplicitamente diritti e doveri estrapolati del codice civile relativi al matrimonio, quasi a definire una separazione, forzata, tra i due istituti. Se da una parte, come osservato poc'anzi l'articolo 3 del disegno di legge originario prevedesse un rinvio a tutta la disciplina del codice civile relativa al matrimonio (ad esclusione dell'art 6 legge n. 184/1983), nel testo definitivo il legislatore in alcuni casi ha mantenuto un rinvio a specifiche disposizione del codice civile (es. *“La sussistenza di una delle cause impeditive di cui al comma 4 comporta la nullità dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. All'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano gli articoli 65 e 68, nonché le disposizioni di cui agli articoli 119, 120, 123, 125, 126, 127, 128, 129 e 129-bis del*

codice civile”, comma 5 legge n. 76/2016, o come altresì accade nei commi 13, 19 e 21); in altri casi il legislatore stesso ha prodotto, per il nuovo istituto che stava andando a definire, delle regole *ad hoc*, ad esempio relative alla modalità di costituzione e alla certificazione dell’unione civile (commi 2, 3 e 9), la disciplina relativa al cognome comune (comma 10), i rapporti personali (commi 11 e 12) e lo scioglimento del rapporto (commi 22, 23, 24 e 25). Questa tecnica legislativa mista frutto di logiche legate a compromessi politici e influenzate dall’ala cattolica in seno alle stesse forze di centrosinistra, ha non solo determinato una disciplina a tratti sconnessa e poco chiara, ma altresì evidenzia la volontà del legislatore di “mascherare” la disciplina e il rapporto, presunto, di equivalenza tra unione civile e matrimonio¹⁶⁸, anche, come si è detto, attraverso il richiamo agli articoli 2 e 3 della Costituzione e non 29, 30 e 31 della stessa.

Dopo alcune considerazioni preliminari andremo di seguito ad analizzare, facendo un focus sulla normativa, i diversi elementi che la compongono e le caratteristiche della stessa.

3.3.1 La costituzione del vincolo

L’unione civile si basa su un negozio bilaterale solenne¹⁶⁹ reso dinanzi ad un ufficiale di stato civile. La natura solenne dell’unione è data dalla “*dichiarazione di fronte all’ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni*”, come si evince nel comma 2 della normativa del 2016. Leggendo la disciplina del codice civile si osserva come la modalità di costituzione del matrimonio sia più articolata, in quanto prevede l’istituto della promessa di matrimonio e le attività precedenti di pubblicazione e la possibilità di eventuali opposizioni. Nonostante la disposizione appaia breve e coincisa, il legislatore è intervenuto ulteriormente andando a specificare la modalità di costituzione del vincolo attraverso il decreto legislativo del 19 gennaio 2017. La legge n. 76/2016 infatti non usa il termine “celebrazione” per definire la costituzione dell’unione, ma parla di “dichiarazione” e

¹⁶⁸ GATTUSO, op. cit., 49.

¹⁶⁹ GATTUSO, op. cit., 89.

“registrazione”¹⁷⁰. Dal successivo decreto del Governo si evince come vi sia una sostanziale equiparazione della modalità di costituzione del rito del matrimonio e di quello dell’unione civile; ad esempio il fatto che l’attività di ufficiale di stato civile possa essere delegata a terzi o il fatto che l’ufficiale di stato civile debba indossare la fascia tricolore e redigere un apposito verbale, sottoscritto dalle parti e dai testimoni. Solo con il decreto del Ministero dell’Interno del 27 febbraio 2017 è stata introdotta un’ulteriore chiarificazione in quanto nell’atto costitutivo dell’unione civile l’ufficiale di stato è chiamato a dichiarare “è costituita l’unione civile tra i medesimi”, definendo una dichiarazione solenne di costituzione del rito in modo del tutto speculare a come avviene per il matrimonio civile. La necessità di ulteriori decreti governativi e ministeriali atti a specificare la disciplina e le modalità tecniche di costituzione del vincolo di unione civile, è di sicuro determinata dal vuoto lasciato dallo stesso legislatore nell’incompleta normativa definita dalla legge n. 76/2016 in materia di costituzione del vincolo. Un elemento che va a differenziare l’unione civile dal matrimonio emerge nelle fasi preliminari alla costituzione del vincolo: se nella costituzione del vincolo matrimoniale viene disposta la necessaria pubblicazione dell’atto per eventuali opposizioni da parte di terzi in virtù di quanto dispone l’art. 96 del codice civile¹⁷¹, ciò non è in alcun modo previsto dalla disciplina sulle unioni civili¹⁷². Nel momento della costituzione del vincolo e in particolare in merito alla disciplina degli impedimenti e condizioni, un ulteriore elemento che distingue i due istituti consiste nel fatto che se da un lato, per quanto concerne il matrimonio esso, su autorizzazione del giudice, può essere contratto anche da un minore (c.d. “minore emancipato”) l’unione civile può essere contratta solamente da “*due persone maggiorenni dello stesso sesso*” (comma 2), specificando quindi il requisito della maggiore età e, altresì, come l’uguaglianza di sesso dei due soggetti sia *conditio sine qua non* per la costituzione del vincolo. Le cause impeditive dell’unione civile sono elencate nel comma 4 e prevedono le medesime cause di invalidità del matrimonio; al comma 4 si legge infatti come siano cause impeditive: *a) la sussistenza, per una delle parti, di un vincolo*

¹⁷⁰ FERRANDO, op. cit., 220.

¹⁷¹ Art. 96 cc: “La richiesta della pubblicazione deve farsi da ambedue gli sposi o da persona che ne ha da essi ricevuto speciale incarico”.

¹⁷² Per ulteriori approfondimenti vedi le pubblicazioni di Marco Gattuso in Unione civili e convivenza, pp 115-116.

matrimoniale o di un'unione civile tra persone dello stesso sesso; b) l'interdizione di una delle parti per infermità di mente (...); c) la sussistenza tra le parti dei rapporti di cui all'articolo 87, primo comma, del codice civile; (relativo, ossia, all'assenza di affinità tra i due contraenti) d) la condanna definitiva di un contraente per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte. Per quanto concerne il regime dell'invalidità, infine, esso risulta essere analogo a quello del matrimonio, benché anche in questo caso la disciplina relativa all'invalidità dell'unione civile, contenuta nei commi 5-9 della normativa del 2016, sia stata più volte criticata in quanto ritenuta “farraginosa”¹⁷³.

3.3.2 L'eliminazione dell'obbligo di fedeltà

Nell'ambito della costituzione dell'unione civile, anche in virtù del richiamo contenuto nel comma 1 della legge n.76/2016 all'articolo 3 della Costituzione, le due parti contraenti acquisiscono gli stessi diritti e gli stessi doveri. Più precisamente si legge nel comma 11 “*Con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri*”; si osserva, pertanto, come anche in questo caso il legislatore abbia richiamato la normativa riguardante l'istituto del matrimonio. Sono escluse le normative riguardanti il rapporto tra figli e genitori quali la presunzione di paternità (art. 231 c.c.), i diritti e doveri nei confronti della prole (artt. 147, 148 c.c.) e quelle relative alla separazione personale dei coniugi (artt. 150-158 c.c.) che successivamente analizzeremo. Gli effetti personali dell'unione civile sono regolati esplicitamente nei commi 10, 11 e 12, nei quali si legge, in particolare, come dalla costituzione dell'unione derivi, da parte dei due coniugi, l'obbligo reciproco “*all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni*” (comma 11)¹⁷⁴. Inoltre,

¹⁷³ WINKLER, in *Unione civile e convivenze*, 131.

¹⁷⁴ Confronta con art. 143 c.c. “*Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri. Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione. Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia*”.

nel comma 12, si legge come le parti contraenti “*concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato*”. Oltre all’assunzione degli stessi diritti e degli stessi doveri, la nascita dell’unione civile comporta il fatto che i due contraenti debbano prestarsi reciprocamente assistenza “morale” e “materiale”¹⁷⁵, nonché l’obbligo di coabitazione. Al di là dei richiami operati dal legislatore in fase di redazione del testo e al di là dei tecnicismi eccessivi che la disciplina comporta, ritengo sia necessario e doveroso operare una riflessione attorno al grande “obbligo” assente all’interno della legge n. 76/2016 in quanto non esplicitamente menzionato: l’obbligo di fedeltà. Inizialmente previsto dall’articolo 3 comma 1 del “ddl Cirinnà” depositato nel giugno 2014¹⁷⁶, esso verrà stralciato dal “maxi-emendamento” del Governo. Si tratta della principale differenza sostanziale tra matrimonio e unione civile su cui la dottrina ancora oggi si divide sul suo significato e sulle sue conseguenze. Se da una parte l’assenza dell’obbligo di fedeltà avrebbe delle conseguenze importanti sul piano simbolico e sulla natura giuridica stessa dell’unione in quanto l’obbligo di fedeltà, *ex art. 143 c.c.*, rappresenterebbe il più “significativo” degli obblighi coniugali¹⁷⁷, in quanto esso racchiuderebbe l’essenza stessa del vincolo matrimoniale sotto l’aspetto “fisico e spirituale”¹⁷⁸; dall’altra l’assenza dell’obbligo di fedeltà per i contraenti dell’unione civile non costituisce elemento decisivo di differenziazione¹⁷⁹ (in Germania la fedeltà, ad esempio, non rientra tra i doveri che nascono dall’istituto del matrimonio), in quanto altresì esso sarebbe da ricomprendersi nel dovere di collaborazione nell’interesse della famiglia e di assistenza morale. In questo senso, secondo questa seconda prospettiva, si evidenzia, nell’ambito dell’evoluzione dei rapporti tra uomo e donna entro la famiglia e dei costumi socio culturali, un rapido processo di trasformazione del concetto di “fedeltà”: esso avrebbe perso la sua originaria correlazione legata alla

¹⁷⁵ Per ulteriori approfondimenti vedi ALBANESE, *Le nuove famiglie*, Pisa, 2019, capitolo IX (in particolare pp. 241-247).

¹⁷⁶ Art. 3 comma 1 “*Ad ogni effetto, all’unione civile si applicano tutte le disposizioni previste per il matrimonio nelle leggi, decreti e regolamenti (...)*”, in questo senso si prevedeva un rinvio secco a tutte le disposizioni previste dal matrimonio le quali, per l’appunto, sarebbe state completamente estese anche ai contraenti dell’unione civile.

¹⁷⁷ GATTUSO, *op. cit.*, 175-176.

¹⁷⁸ PARADISO, *I rapporti personali tra i coniugi*, in *Il Codice civile, Commentario*, Milano, 1990, 59.

¹⁷⁹ FERRANDO, *op. cit.*, 223.

sola sfera sessuale¹⁸⁰. Oggi infatti più che di “obbligo di fedeltà” si potrebbe parlare di “obbligo di lealtà”, legato al non tradire la fiducia dell’altro coniuge, nella collaborazione reciproca e nell’impegno a collaborare con lealtà al buon andamento della vita coniugale di coppia. Il dovere di fedeltà pertanto non sarebbe più da intendersi come dovere negativo di astenersi da rapporti sessuali con persone diverse dal coniuge, ma si prefigura come dovere positivo di dedizione fisica, morale e spirituale all’altro coniuge¹⁸¹, inteso quindi come dovere di lealtà e fiducia. Dal mio punto di vista, l’assenza dell’obbligo di fedeltà per i contraenti dell’unione civile riveste una funzione simbolica, che va a tracciare dal punto di vista ontologico un’ulteriore differenziazione tra unioni eterosessuali e omosessuali, quasi sottolineando una minore stabilità del vincolo tra persone omosessuali e una maggior promiscuità delle relazioni stesse. Si definisce pertanto un’ulteriore differenziazione nella forma e nel contenuto nell’istituto delle unioni civili. Va sicuramente però posto un ulteriore elemento: abbiamo infatti disquisito precedentemente sul dibattito suscitato in seno alle aule parlamentari in merito al testo sulle unioni civili. In tal senso va sottolineato come il testo, definito da molti un “compromesso al ribasso”, sia frutto di giochi di palazzo, compromessi e pressioni esterne del mondo cattolico; il suo testo definitivo, annacquato rispetto al testo originale, tiene conto, per l’appunto, delle diverse sensibilità politiche ma soprattutto della volontà di distinguere le unioni civili dal matrimonio. In un’intervista, la prima firmataria del disegno di legge sulle unioni civili, la senatrice Monica Cirinnà (PD), commenta l’assenza dell’obbligo di fedeltà nella disciplina finale :”a poche ore dal voto di fiducia della legge avvenne una sorta di gioco della torre nella quale una parte sostanziosa dell’allora maggioranza del partito di Alfano mi chiese di scegliere cosa togliere dalla legge per distinguere ulteriormente le unioni civili dal matrimonio e per renderle diverse dal punto di vista giuridico. Mi viene posto questo quesito, questo gioco della torre: ‘togli il richiamo alla vita familiare o togli la fedeltà perché in qualche modo le coppie di due uomini e due donne non possono apparire giuridicamente uguali al matrimonio eterosessuale’. Io

¹⁸⁰ Per approfondimenti sull’evoluzione del concetto di fedeltà entro la relazione matrimoniale vedi FALETTI, Quando l’assenza è più forte di una presenza: lo stralcio del dovere di fedeltà tra matrimonio e unioni civili, in *GenIUS*, 2016, II, p. 131.

¹⁸¹ FERRANDO, op. cit., 224.

dissi che se questa cosa così cattiva va fatta e se questo ulteriore segno di distanza va dato facciamo in modo che sia dal punto di vista giuridico il meno pesante possibile e scelsi di togliere la fedeltà. Togliere il richiamo alla vita familiare sarebbe stato un ulteriore schiaffo davanti al fatto che non è riconosciuta la genitorialità. Ho tolto con dolore il richiamo all'obbligo di fedeltà che ormai non è da considerarsi un antico retaggio, maschilista e patriarcale”¹⁸².

3.3.3 Il comma 20

Ritengo come l'analisi del comma 20 della legge n. 76/2016 sia paradigmatico in quanto evidenzia esplicitamente la volontà del legislatore di differenziare il matrimonio dall'unione civile in una materia particolarmente delicata quale quella della filiazione, che viene totalmente ignorata dal legislatore, determinando un vuoto legislativo che incide nella vita concreta di centinaia di famiglie, ma di questo ne disquisiremo in seguito. Il comma 20 introduce quella che viene definita regola fondamentale di equivalenza o clausola antidiscriminatoria in quanto, come si legge, *“le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, (...) si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso”*. Ponendo quindi, dal punto di vista giuridico, contrattuale e amministrativo l'utilizzo del termine “coniuge” o “coniugi” anche per gli uniti civilmente, assicurando pertanto un regime giuridico equivalente al matrimonio, secondo anche quanto aveva affermato la Corte di cassazione sulle necessità di garantire *“un trattamento omogeneo”*¹⁸³ e *“un grado di protezione e tutela equiparabile”*¹⁸⁴ tra coppie omosessuali ed eterosessuali giuridicamente riconosciute. Si osserva come infatti, al di là delle disposizioni contenute del codice civile che menzionano il termine “coniuge” o “coniugi”, vi sono una serie di disposizioni esterne al codice civile in materia di diritto del lavoro, diritto amministrativo e diritto tributario, in materia di assistenza, previdenza, sanità, pensioni e immigrazione per le quali vale la clausola

¹⁸² <https://www.youtube.com/watch?v=VKdylh0B0WQ&t=1s>.

¹⁸³ Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184.

¹⁸⁴ Cass. civ., sez. I, 9 febbraio 2015, n. 2400.

di equivalenza sancita dal comma 20: sostanzialmente tutti i diritti in capo ai soggetti che hanno contratto matrimonio sono da riconoscersi anche nei confronti dei soggetti uniti civilmente. Rispetto a tale regola il legislatore pone però un'eccezione, si legge infatti nell'ultimo periodo del comma 20 come *“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”*. Sostanzialmente viene affermato come i termini “coniuge” o “coniugi” non possono essere utilizzati per gli uniti civilmente nelle norme del codice civile che non vengono esplicitamente richiamate dalla legge n. 76/2016 (vedi, ad esempio, l'obbligo di fedeltà ex art. 143 c.c.), e nemmeno per quanto concerne l'applicazione della legge n. 184/1983 relativa all'adozione. Se infatti uno dei criteri centrali definiti dalla legge n. 184/1983 consiste nel fatto che *“L'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni”*¹⁸⁵; in questo senso però il termine “coniugi” contenuto nell'art. 6 comma 1 L. n. 184/1983 non ha valore per i coniugi uniti civilmente. Ponendo in questo senso una forte e netta distinzione tra matrimonio e unione civile in materia di filiazione e nella questione relativa alla possibilità di adottare. Lo stralcio, infatti, nel “maxi-emendamento” del Governo dell'art. 5 del testo di iniziativa parlamentare¹⁸⁶ in discussione in commissione giustizia al Senato il quale prevedeva *“All'articolo 44 lettera b) della legge 4 maggio 1983, n. 184 dopo la parola «coniuge» sono inserite le parole «o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso”*, e quindi un'esplicita modifica alla legge n. 183/1984 (vedasi adozione in casi particolari), apre ad una discrasia tra la volontà del legislatore nell'escludere dall'applicabilità della legge sull'adozione, e in particolare sull'adozione in casi particolari, i soggetti uniti civilmente; dall'altro lato non definendo però una normativa chiara, certa e inequivocabile relativamente alla c.d. “adozione coparentale” o “*stepchild adoption*”, inizialmente prevista nel testo presentato in commissione giustizia al Senato. Si determina così un vuoto legislativo in materia di tutela di minori: il

¹⁸⁵ Art. 6 comma 1, legge n. 184/1983.

¹⁸⁶ Testo in discussione in commissione giustizia al Senato nel marzo 2015, si parla ossia della terza versione del ddl Cirinnà. L'articolo poi cassato, prevedeva la possibilità per ciascun membro dell'unione civile di adottare nelle forme dell'adozione prevista in casi particolari.

legislatore ha infatti escluso una regolamentazione chiara e certa in materia di adozione o adozione coparentale per le coppie unite civilmente, rimettendo ogni decisione sulla possibilità di adottare da parte di coppie same sex ai magistrati¹⁸⁷. La questione relativa all'adozione e ai diritti dei figli di coppie same sex, dal punto di vista giuridico e giurisprudenziale, risulta essere articolata e complessa, in questa sede non ci soffermeremo eccessivamente ad analizzarla, ci basta però sottolineare nuovamente con forza come il legislatore, ancora una volta, dinanzi ad ai problemi posti dalla vita concreta, rinunci a legiferare rimettendo le decisioni in materia di adozione coparentale e adozione ai giudici. Va osservato come materia relativa alla filiazione sia particolarmente complessa sia dal punto di vista giuridico e giurisprudenziale sia per quanto riguarda il comun sentire della popolazione¹⁸⁸. Alla luce della disposizione del comma 20, affermiamo come il legislatore, escludendo una normativa in materia di adozione e adozione coparentale per le coppie same sex unite civilmente, abbia tracciato un'ulteriore barriera per distinguere il matrimonio dall'unione civile, rimettendo la questione nelle mani dei giudici e del ruolo suppletivo della giurisprudenza interna ed europea.

3.3.4 La disciplina del cognome

Nel comma 10 della legge sulle unioni civili si legge *“le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi”*. L'introduzione del cognome comune tra i due soggetti uniti civilmente rappresenta il più innovativo effetto personale stabilito dall'istituto¹⁸⁹, laddove la disciplina del matrimonio contenuta nel codice civile prevede, nell'art. 143-bis c.c., come *“La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze”*. Se nella disciplina relativa al matrimonio, pertanto, il codice civile stesso stabilisce rigidamente la normativa relativa al cognome, nell'unione civile sono le parti che di comune accordo scelgono di assumere un

¹⁸⁷ A. ALBANESE, op. cit. 358.

¹⁸⁸ Vedasi i dati riportati nel paragrafo 3.1 di questo capitolo.

¹⁸⁹ GATTUSO, op. cit., 146

cognome comune “*per la durata dell’unione*”; di modo che, con lo scioglimento dell’unione civile viene meno anche il diritto ad utilizzare il cognome comune concordato al momento della costituzione dell’unione, cosa che potrebbe “essere riguardata come lesiva dell’identità della persona, ove il cognome ne sia diventato elemento identificativo nei rapporti sociali o lavorativi”¹⁹⁰. La disciplina del comma 10 relativa al cognome si inserisce in modo prorompente e innovativo rispetto alla disciplina contenuta nel codice civile stesso, ponendosi in linea con quanto previsto da altri stati quali Francia e Germania in materia di definizione del cognome comune tra i coniugi. Va sicuramente riconosciuto come la disposizione *ex* comma 10 sia anticipatoria di una possibile modifica della disciplina dei cognomi dei coniugi uniti in matrimonio, secondo anche i moniti della Corte costituzionale¹⁹¹ e della Corte di Strasburgo¹⁹²; disciplina, contenuta nell’art. 143-bis c.c., frutto di un antico seppur ancora presente retaggio patriarcale nei rapporti coniugali tra moglie e marito. Va posta un’ulteriore osservazione interessante, si è infatti detto in dottrina come, benché la possibilità di adottare un cognome comune tra i due coniugi dell’unione civile sia solo eventuale, essa sottolinea non solo la possibilità dell’esercizio di un diritto soggettivo stabilito dalla legge ma altresì rappresenta “una manifestazione del diritto alla vita familiare costituzionalmente (...) riconosciuto alla coppia unita civilmente”¹⁹³, un ulteriore elemento che favorirebbe il riconoscimento delle coppie same sex unite civilmente come vere e proprie famiglie sia a livello giuridico sia a livello socio culturale, anche in virtù del mancato richiamo dell’art. 29 Cost. nella legge n. 76/2016.

3.3.5 Lo scioglimento dell’unione civile

Per quanto concerne lo scioglimento dell’unione civile si fa riferimento ai commi 22-27 della legge. In particolare tra i commi 22 e 25 si definiscono i presupposti dello

¹⁹⁰ FERRANDO, op. cit., 226.

¹⁹¹ Vedi sentenza Corte cost. n. 61 del 16 febbraio 2006 e sentenza Corte cost. n. 286 dell’8 novembre 2016.

¹⁹² Vedi sentenza CtEDU nel caso *Cusan, Fazzo c. Italia* del 7 gennaio 2014, nella quale la Corte Edu evidenzia come l’esclusività nella trasmissione del cognome paterno ai figli si fonda su una discriminazione basata sul sesso.

¹⁹³ GATTUSO, op. cit., 149.

scioglimento dell'unione, rinviando nel comma 25 alle disposizioni relative alla legge n. 898/1970 in materia di divorzio. Nell'ambito della disciplina relativa allo scioglimento si ravvisa un ulteriore elemento di distinzione tra matrimonio e unione civile. Per quanto concerne il matrimonio, infatti, trascorso il periodo di separazione (a seconda che essa sia giudiziale o consensuale), periodo nel quale non cessano gli effetti giuridici del matrimonio ma vi è un'attenuazione degli stessi, è poi possibile chiedere il divorzio che, attraverso sentenza del Tribunale, determina la cessazione completa del vincolo matrimoniale (ad esempio la donna perde il cognome del marito e vengono meno i diritti successori reciproci). Nell'unione civile lo scioglimento della stessa risulta molto più rapido in quanto manca il periodo di separazione: è infatti previsto solamente il divorzio. Leggendo infatti il comma 24, cuore della disciplina relativa allo scioglimento dell'unione "*L'unione civile si scioglie, inoltre, quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile*", si comprende come possa essere posta la dichiarazione di volontà di scioglimento anche da una sola delle due parti; il comma prosegue affermando come "*in tale caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione*". Accade ossia che decorso il periodo di tre mesi dalla presentazione della dichiarazione di volontà di scioglimento dell'unione, è possibile chiedere il divorzio senza passare per un periodo di separazione. L'originario disegno di legge sulle unioni civili prevedeva, anche per esse un periodo di separazione personale utile alla riflessione ed a un eventuale ripensamento. Si evidenzia inoltre come la disciplina relativa allo scioglimento dell'unione civile si inserisce in un contesto europeo in cui già erano presenti in altri Stati normative più veloci relative al divorzio breve¹⁹⁴ e allo snellimento del percorso di scioglimento del vincolo. Alcune osservazioni critiche mettono in risalto come i tempi particolarmente brevi che determinano lo scioglimento dell'unione civile potrebbero essere visti come una considerazione dell'intrinseca instabilità dei legami affettivi tra coppie same sex. Quest'ultima lettura, abbastanza critica, si inserisce però in un contesto specifico: la brevità dei tempi di scioglimento dell'unione infatti sono coerenti con la più recente

¹⁹⁴ FERRANDO, op. cit., 226.

produzione legislativa europea e di stati giuridicamente affini all'Italia¹⁹⁵. Concludendo possiamo affermare come la disciplina relativa allo scioglimento dell'unione civile, di fatto, produce i medesimi effetti di quella relativa al matrimonio, ma la prima risulta essere molto più breve e rapida; possiamo quindi chiederci se nei prossimi anni la disciplina relativa allo scioglimento delle unioni civili potrà essere presa in considerazione dal legislatore come punto di riferimento per una riforma della disciplina dello scioglimento del matrimonio.

3.3.6 Analogie e differenze tra matrimonio e unione civile

Giungiamo, in quest'ultima analisi, ad una sintesi schematica delle principali e significative differenze tra gli istituti del matrimonio e dell'unione civile. Iniziamo dal presupposto di fondo concernente il fatto che nella disciplina delle unioni civili non vi è un esplicito riferimento all'art. 29 Cost., elemento che va a tracciare una netta distinzione con l'istituto del matrimonio e col concetto stesso di famiglia composta da persone same sex. Altresì, in virtù della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale che abbiamo avuto modo di analizzare nel precedente capitolo, i fondamenti costituzionali dell'istituto dell'unione civile sono da ritrovarsi negli articoli 2 e 3 della Costituzione, in particolare nell'art. 2 della Costituzione. Le unioni civili infatti vengono considerate come “*formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*”, meritevoli pertanto di tutela giuridica, non in virtù dell'essere considerate “*famiglie*” (*ex art. 29 Cost.*). Da un punto di vista formale le unioni civili devono essere considerate un istituto distinto dal matrimonio, dal punto di vista sostanziale la disciplina è improntata su una spiccata analogia¹⁹⁶. Sintetizzando le nostre riflessioni contenute nei precedenti paragrafi evidenziamo come le principali differenze tra i due istituti sono: -l'assenza dell'obbligo di fedeltà per i coniugi uniti civilmente; -la negazione di un vincolo giuridico tra parte dell'unione civile e parenti dell'altra parte, mancando il richiamo all'art. 78 del codice civile in materia di affinità¹⁹⁷;

¹⁹⁵ GATTUSO, op. cit., 361.

¹⁹⁶ FERRANDO, op. cit., 218.

¹⁹⁷ ALBANESE, op. cit., 42.

-la possibilità, in virtù del comma 10 della legge n. 76/2016, che le parti unite civilmente possano scegliere se, per la durata dell'unione, adottare un cognome comune;

-l'inapplicabilità delle norme relative all'ammissione del minore emancipato all'istituto dell'unione civile,

- un procedimento di scioglimento dell'unione civile molto più snello e privo della fase di separazione presente nella disciplina relativa al matrimonio;

- Non è prevista la pubblicazione dell'atto per eventuale opposizione di terzi.

La principale e più importante differenza riguarda la materia della filiazione, per la quale la normativa non richiama alcun articolo del codice civile, limitandosi, nel comma 20, a impedire agli uniti civilmente di veder equiparato il proprio *status*, con quello di un coniuge eterosessuale ai fini dell'applicabilità della legge n. 184/1983.

3.4 Demografia e numeri delle unioni civili

Volevo concludere questo capitolo distaccandomi dalle riflessioni di carattere tecnico-giuridico operate nei precedenti paragrafi per sviscerare qualche numero relativo alle coppie unite civilmente e alla loro distribuzione geografica all'interno della penisola. A sei anni dall'approvazione della legge n. 76/2016 e dalla sua entrata in vigore, esistono delle analisi e delle ricerche statistiche che forniscono freddi numeri e percentuali, laddove il fenomeno delle unioni civili debba, ritengo, essere compreso e studiato anche da un punto di vista sociologico. Possiamo affermare come sempre più l'istituto delle unioni civili si sia inserito nel panorama giuridico italiano e nella prassi delle amministrazioni comunali, benché la sua diffusione o meno cambi molto a seconda dell'area geografica considerata. Benché a livello statistico sia complesso indagare il fenomeno dell'omosessualità¹⁹⁸ e il relativo impatto delle unioni civili sulla comunità LGBT+, possiamo giungere a osservare qualche numero: al primo gennaio 2019 risiedevano in Italia 11 mila e 800 uomini e 5 mila e 700 donne uniti e unite civilmente¹⁹⁹. Come era possibile

¹⁹⁸ DALLA ZUANNA, VIGNOLI, op. cit., 138.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

aspettarsi tra il secondo semestre 2016 e il 2020 l'incidenza delle unioni civili, osservata dalle rilevazioni dell'Istat, è progressivamente diminuita, secondo le osservazioni di Dalla Zuanna e Vignoli molte coppie già conviventi da anni hanno subito provveduto a "legalizzare" la loro posizione²⁰⁰; tant'è che l'età media delle persone uniti civilmente è stata alta: 50 anni per gli uomini e 46 per le donne²⁰¹. Nel secondo semestre 2016, secondo le rilevazioni dell'Istat, sono state celebrate 2.236 unioni civili, nel 2017 4.376, nel 2018 sono state celebrate 2.808, nel 2019 ne sono state celebrate 2.297 e nel 2020, anche a causa della pandemia di Covid-19 che ha altresì rallentato i matrimoni civili, sono state celebrate 1.539 unioni civili. È interessante osservare come due terzi delle unioni civili celebrate in Italia sia tra uomini e solo un terzo sia tra donne²⁰². Interessante risulta altresì osservare la distribuzione geografica delle unioni civili: il 35% delle unioni civili è stata celebrate nel Nord Ovest, il 29% nel Centro Italia. Tra le regioni che hanno celebrato più unioni civili vi sono: la Lombardia, il Lazio e l'Emilia Romagna; sicuramente il trend è determinato dal fatto che tali regioni sono caratterizzate dall'aver metropoli urbane particolarmente abitate ed è altresì evidente come in un contesto cittadino e urbano la comunità omosessuale e le coppie LGBT+ sentano meno lo stigma sociale e possano inserirsi più positivamente in un contesto dinamico e tollerante.

Concluse le nostre ultime riflessioni, ci avviciniamo alla conclusione di questo lavoro: nel capitolo quattro opereremo un confronto con le normative in materia di diritti alle coppie same sex in altri Stati europei.

²⁰⁰ *Ibidem.*

²⁰¹ *Ibidem.*

²⁰² Nel saggio di Dalla Zuanna e Vignoli, "Piacere e fedeltà", viene fornita un'analisi sociologica delle motivazioni e della maggiore incidenza delle unioni civili tra coppie di uomini rispetto alle coppie femminili, per ulteriori approfondimenti vedi cap. 7 Dalla Zuanna, Vignoli.

Capitolo 4

Una prospettiva europea relativa alla tutela giuridica delle coppie same sex

SOMMARIO: 4. Premessa. – 4.1 La tutela giuridica delle coppie same sex in Spagna. – 4.2 La tutela giuridica delle coppie same sex in Francia.

4. Premessa

Giungiamo all'ultimo capitolo di questo lavoro compiendo, in ottica comparata, un'analisi relativa alla tutela giuridica delle coppie same sex in Spagna e in Francia. Il titolo di questo lavoro infatti premette come, al fine di avere un quadro completo della posizione italiana in materia di tutela dei diritti delle coppie same sex, sia utile uno sguardo esterno alla realtà nazionale in ottica europea. Il processo di integrazione in seno all'Unione europea ha iniziato infatti a occuparsi solamente di recente di tutela della famiglia e delle relazioni familiari²⁰³, ed è solamente a partire dalla seconda metà degli anni '90 che il Parlamento europeo, ha iniziato a impegnarsi nella tutela delle unioni familiari tra coppie same sex²⁰⁴, non nell'ambito delle sue specifiche competenze statuite dai trattati ma nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo²⁰⁵. Concretamente le istituzioni europee, in particolare il Parlamento europeo, hanno sollecitato più volte gli stati membri a equiparare le coppie omosessuali a quelle eterosessuali in materia di diritti e accesso a istituti giuridici atti a garantirne non solo diritti speculari alle coppie eterosessuali ma anche pari dignità sociale²⁰⁶. In questo senso i principali atti posti in essere dal Parlamento europeo sono una serie di risoluzioni che, benché non abbiano carattere giuridico vincolante non essendo esse atti di *hard law*, hanno in ogni caso avuto il merito di fare pressioni sugli Stati membri al fine di intervenire

²⁰³ TORINO, La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali, Torino, 2012, 181.

²⁰⁴ TORINO, op. cit., 182.

²⁰⁵ Si rifletta sul fatto che il dibattito attorno alla questione dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea inizia già, per l'appunto, nel corso degli anni '90 per giungere poi, nel 2000, alla Carta di Nizza o Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

²⁰⁶ PIGNATELLI, Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio, in Forum di quaderni Cost., 2010, 17, p. 260.

positivamente in materia di tutela dei diritti delle coppie same sex e riconoscimento più generale dei diritti della comunità LGBT+, mirando altresì a definire una disciplina comune in materia di coppie same sex tra i diversi Stati membri. Il primo atto in tal senso fu la risoluzione dell'8 febbraio 1994, nella quale il Parlamento europeo chiese di porre fine *“agli ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali ovvero a un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni”*. Nella risoluzione del 17 dicembre 1998 il Parlamento europeo invocò *“ancora una volta la soppressione di ogni trattamento ingiusto degli omosessuali e delle lesbiche”*, plaudendo al fatto che *“in diversi Stati membri, oltre alle leggi sul matrimonio civile o religioso, siano previste norme che disciplinano le relazioni tra persone che desiderano stabilire tra loro un legame giuridico”*. Una svolta importante in materia di diritti, come si accennava poc'anzi, è data dall'emanazione della Carta di Nizza o Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (20 dicembre 2000). In essa si compie un importante passo in quanto il documento, nell'ambito del diritto di sposarsi e di costituire famiglia, *“tutela i rapporti familiari indipendentemente dal fatto che trovino il loro fondamento nel matrimonio o siano altrimenti costituiti”*²⁰⁷. Viene meno, infatti, il riferimento alla diversità di sesso degli sposi contenuto nell'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁰⁸, nell'articolo 9 della Carta di Nizza di legge infatti *“Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio”*; aprendo così la strada alla possibilità di un riconoscimento giuridico delle coppie same sex, già compiuto da alcune legislazioni nazionali²⁰⁹. Inoltre possiamo ulteriormente fornire un argomento all'apertura dell'Unione europea in materia di tutela generale dei diritti LGBT+ attraverso la lettura dell'art. 21 della medesima Carta di Nizza *“E' vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione*

²⁰⁷ FERRANDO, Il contributo della corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, 2007, 143.

²⁰⁸ Art. 12 Convenzione europea: *“A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto”*.

²⁰⁹ FERRANDO, op. cit., 143.

o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali”, affermando così in modo chiaro e deciso il principio di non discriminazione. In questo frangente va altresì ricordato il ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo, un organismo del Consiglio d'Europa che vigila sull'applicazione da parte degli Stati membri della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950. Numerose sono state infatti, in questi ultimi due decenni, le sentenze della Corte in materia di tutela della vita familiare delle coppie same sex, si basti pensare alle già citate sentenze *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010 o alla sentenza *Oliari e altri c. Italia* del 2015.

L'Italia, come abbiamo già avuto modo di disquisire nei precedenti capitoli, ha vissuto per lungo tempo in un quadro di arretratezza giuridica e sociale in materia di tutela dei diritti delle coppie LGBT+²¹⁰, rispetto agli altri paesi europei e nonostante i moniti della Corte costituzionale e la condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo nel 2015. Sebbene quindi, a livello europeo, la materia della tutela della vita familiare sia sovente demandata ai singoli Stati, vi è da sottolineare una forte attenzione e azione in materia di tutela dei diritti fondamentali e dei principi di non discriminazione che, inevitabilmente, coinvolgono anche la comunità LGBT+. Di seguito analizzeremo la tutela giuridica delle coppie same sex in Spagna e Francia, al fine di operare non solo una prospettiva comparata con realtà nazionali aventi cultura giuridica simile a quella italiana, ma altresì evidenziando le diverse modalità con le quali i legislatori degli altri Stati nazionali abbiano definito una disciplina giuridica in materia di diritti delle coppie omosessuali.

4.1 La tutela giuridica delle coppie same sex in Spagna

Come segnala Mario Mieli nel suo “Elementi di critica omosessuale”²¹¹, durante il regime di Francisco Franco (1936-1975) l'omosessualità era esplicitamente considerata un reato. Con i processi di democratizzazione seguiti alla caduta del caudillo e l'entrata della Spagna nell'allora Comunità europea (1986) anche la

²¹⁰ TORINO, op. cit., 213.

²¹¹ MIELI, op. cit., 90.

legislazione penale in materia di criminalizzazione per omosessualità venne meno solamente nel 1979. Il caso spagnolo ritengo risulti particolarmente emblematico dei processi democratici e della forza degli stessi anche nell'ambito della tutela delle coppie same sex e della comunità LGBT+ spagnola. Sebbene la Spagna sia stata, nel contesto europeo, uno degli ultimi Stati ad affrancarsi dal considerare l'omosessualità come un reato, essa altresì sarà uno dei primi grandi Stati europei a legalizzare il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Nel corso degli anni '90 alcune comunità autonome spagnole approvarono alcune legislazioni concernenti le coppie di fatto, consentendo alle coppie same sex di poter registrare la propria unione ottenendo alcuni benefici a livello amministrativo; il contesto era frammentato e una normativa a livello nazionale non esisteva. I primi tentativi di definire una legislazione nazionale in materia di riconoscimento giuridico delle coppie same sex risalgono agli anni '90. Come si può comprendere anche in Spagna la questione relativa al riconoscimento delle coppie same sex determinò accessi dibattiti all'interno del Parlamento e nella società civile. Alle elezioni generali del 14 marzo 2004, a soli tre giorni dagli attentati terroristici alla stazione di Atocha, il partito socialista (PSOE) guidato da Zapatero trionfò alle elezioni. Il partito vincitore aveva presentato nel suo programma anche la legalizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso. La proposta di legge sul matrimonio omosessuale, annunciata dall'allora ministro della giustizia Aguilar, la quale si inseriva in un pacchetto di riforme progressiste portate avanti proprio dal Governo Zapatero, fu approvata dal Consiglio dei Ministri il 1° ottobre del 2004 e dal Congresso il 21 aprile del 2005. Il 22 giugno il testo fu respinto in Senato, visto che il partito dell'opposizione (il partito popolare di Rajoy) aveva la maggioranza dei seggi. Il testo ritornò al Congresso che impose il veto al Senato il quale approvò il testo il 30 giugno del 2005 con 187 voti a favore, 147 contro e 4 astenuti (legge n. 13/2005). La riforma ha aggiunto nel *codigo civil* un comma nel quale viene affermato il principio della parità degli effetti del matrimonio a prescindere dall'identità o dalla diversità di sesso dei coniugi²¹², si legge nel riformato art. 44 “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos*

²¹² TORINO, op. cit., 42.

cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”²¹³. Il legislatore che procedette alla riforma mirava ad estendere alle coppie same sex il diritto al matrimonio costituzionalmente sancito, andando a modificare il codice civile spagnolo. Benché il matrimonio, tradizionalmente, venga concepito come un istituto volto a normare relazioni affettive tra persone di sesso diverso, non si può ignorare il fatto che nella società si siano sviluppate nuove unioni e nuovi modelli di famiglia meritevoli di tutela giuridica. Secondo i promotori della riforma la Costituzione spagnola di per sé non impediva una regolamentazione che non ignorasse le nuove forme di relazione affettiva tra coppie same sex, secondo anche i parametri costituzionali di eguaglianza effettiva dei cittadini nel libero sviluppo della propria personalità (artt. 9 e 10 della Costituzione spagnola) e la tutela della libertà in relazione alle forme di convivenza (art. 1, comma 1 della Costituzione spagnola)²¹⁴. Dopo l’approvazione della legge i deputati del partito popolare presentarono un ricorso di incostituzionalità della legge n. 13/2005 presso il Tribunale costituzionale (corrispondente alla nostra Corte costituzionale), il quale si espresse nel novembre 2012 con un parere contrario, a favore quindi della costituzionalità della legge. Con l’approvazione della legge n. 13/2005 la Spagna divenne il terzo paese al mondo dopo Paesi Bassi, Belgio e Canada a legalizzare il matrimonio omosessuale.

4.2 La tutela giuridica delle coppie same sex in Francia

La Francia è da considerarsi, in virtù anche della sua storia, uno dei paesi più liberali in materia di diritti. Con l’introduzione del matrimonio egualitario il 18 maggio 2013, la Francia è divenuta il tredicesimo paese al mondo a legalizzare il matrimonio tra coppie same sex. Prima di giungere alla legalizzazione del matrimonio same sex la Francia, con la legge n. 99-944 del 16 novembre 1999, aveva provveduto ad introdurre nel proprio ordinamento i c.d. PACS, acronimo di *pacte civil de solidarité*, che definisce una nuova forma di unione, distinta

²¹³ Traduzione art. 44 c.c. «L'uomo e la donna hanno diritto a contrarre matrimonio secondo i termini di questo Codice. Il matrimonio avrà gli stessi requisiti e gli stessi effetti a prescindere dal sesso dei contraenti.»

²¹⁴ TORINO, op. cit., 42.

dall'istituto matrimoniale, per le coppie omosessuali ed eterosessuali. Il *Patto civile di solidarietà*, che potremo equiparare alla nostra unione civile, è da considerarsi come un contratto tra due persone maggiorenni dello stesso sesso o di sesso diverso, al fine di organizzare la loro vita in comune. Differentemente da quando è avvenuto nel 2016 in Italia, l'istituto dei PACS è accessibile tanto alle coppie omo quanto alle coppie eterosessuali, esso offre tutela giuridica alla convivenza di una coppia, offrendo tutele e diritti in materia fiscale, ad esempio. Con i PACS la disciplina francese giunse a un riconoscimento istituzionale della vita familiare di coppie etero e omosessuali conviventi, parificandole²¹⁵. Va sottolineato come tale istituto non abbia determinato un'equiparazione tra coppie conviventi e coppie sposate, esso manteneva tale distinzione. La normativa dei PACS ha, attraverso la modifica dell'art. 515-8 del codice civile francese, provveduto a uguagliare, per il diritto, le coppie conviventi omo ed eterosessuali, attraverso la definizione di *concubinage* (da tradurre con il termine "convivenza") aperta anche alle coppie omosessuali²¹⁶. Sicuramente l'introduzione dei PACS ha consentito l'apertura di un dibattito in seno alla politica e alla società civile francese attorno alla possibilità di estendere l'istituto del matrimonio anche alle coppie omosessuali, partendo dall'equiparazione delle convivenze omo ed eterosessuali. Dopo anni di dibattiti dentro e fuori al Parlamento, alle elezioni presidenziali del 2012 il candidato del partito socialista Holland inserì nel suo programma l'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali. Con la vittoria alle elezioni presidenziali e la maggioranza assoluta ottenuta in Parlamento alle elezioni politiche dello stesso anno, egli poté, con il primo ministro Ayrault, portare avanti il progetto di estensione dell'istituto del matrimonio alle coppie same sex. Il progetto di legge venne presentato in Parlamento il 7 novembre 2012. Il 12 febbraio 2013 l'Assemblea nazionale approvò il progetto di legge nel suo insieme con un voto di 329 a 229 e lo inviò al Senato. Il 12 aprile il Senato approvò il progetto di legge nel suo insieme, con emendamenti minori che non andavano ad annacquare il contenuto sostanziale della legge, con 171 favorevoli e 165 contrari la legge venne approvata. La versione del Senato fu adottata dall'Assemblea nazionale il 23 aprile 2013 con 331 a favore e 225 contro.

²¹⁵ TORINO, op. cit., 157.

²¹⁶ TORINO, op. cit., 158.

Il presidente Holland promulgò la legge che fu pubblicata il 18 maggio 2013, giorno della sua entrata in vigore. In estrema sintesi osserviamo come in Francia si sia giunti all'affermazione dei diritti per le coppie same sex attraverso un percorso legislativo progressivo che è passato dall'introduzione dei PACS nel 1999, che stabilivano medesimi diritti per le coppie omo ed eterosessuali conviventi; giungendo, infine, alla piena estensione al diritto di accedere all'istituto del matrimonio per le coppie same sex.

CONCLUSIONI

Possiamo ora, alla luce di questo lavoro, trarre alcune conclusioni che possano non essere definitive ma che siano motivo di riflessione per eventuali considerazioni future. Abbiamo tentato di cogliere gli aspetti salienti della disciplina sulle unioni civili inserendola, con uno sguardo storico e politologico, nel contesto italiano il quale- come più volte abbiamo osservato- risulta essere arretrato, rispetto ad altri paesi europei, in materia di tutela di diritti delle coppie omosessuali e più in generale della comunità LGBT+; ci riferiamo alla necessaria tutela che l'ordinamento penale italiano in materia di discriminazioni omotransfobiche non possiede (vedi le vicende relative al "Ddl Zan"). Dall'analisi della legge n. 76/2016 sulle unioni civili abbiamo tentato di rilevarne luci e ombre evidenziando, inoltre, aspetti problematici: pensiamo, ad esempio, all'assenza di una disciplina in materia di filiazione e aspetti innovativi che potrebbero inserirsi positivamente in una più ampia riforma del diritto di famiglia stesso dopo la novella del 1975, come, ad esempio, la disciplina del cognome per gli uniti civilmente, alla luce anche della recentissima giurisprudenza della Corte costituzionale n. 131/2022; oppure evidenziamo lo snellimento dei tempi per lo scioglimento dell'unione civile, non essendo previsto il periodo di separazione. Abbiamo osservato come il ruolo della giurisprudenza italiana ed europea sia stato di essenziale impulso per il legislatore italiano nell'introdurre una normativa che potesse garantire diritti a chi non ne aveva, sottolineando però, ancora una volta, come il provvedimento sulle unioni civili si inserisca con particolare ritardo nel panorama europeo. Potremmo altresì chiederci, in modo più approfondito, quali sono gli elementi che hanno determinato questo ritardo tutto italiano, laddove invece l'Italia è stato uno dei paesi fondatori dell'Europa unita e sia stata, seppur con luci ed ombre, da sempre impegnata in materia di tutela dei diritti fondamentali. In questa via, il ruolo dell'Unione europea nel tentare di fare pressioni nei confronti degli stati attraverso, ad esempio, le risoluzioni del Parlamento europeo, miranti a favorire un'armonizzazione in materia di tutela del diritto di famiglia, sono senza dubbio propositivi e utili, laddove però si deve notare come, in base ai trattati europei, l'Unione non abbia una specifica competenza in materia di diritto familiare. Nel nostro lavoro abbiamo tentato di sottolineare più volte il ruolo delle istituzioni dell'Unione europea nella

tutela dei diritti fondamentali, anche in relazioni ai diritti delle coppie same sex, citando altresì l'importante funzione svolta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel garantire il rispetto e la tutela dei diritti fondamentali sanciti nella Convenzione del 1950. In questa via tracciata possiamo porre un'ulteriore riflessione legata ad una possibile unificazione del diritto di famiglia europeo laddove esso, specie in materia di tutela delle relazioni same sex, sia, a seconda della tradizione giuridica dei diversi paesi dell'Unione, particolarmente variegato e differente. Uno dei cardini essenziali dell'Unione europea è infatti la libera circolazione delle persone, funzionale a essa risulta necessaria una garanzia dei diritti riconosciuti a tutti i cittadini dell'Unione, anche nell'ottica di ampliare e istituzionalizzare a livello giuridico e sociale la cittadinanza europea. Ci potremmo quindi chiedere se in futuro il legislatore europeo non possa intervenire specificatamente nella materia del diritto di famiglia, al fine di garantire il pieno godimento dei diritti nel contesto dell'Unione attraverso l'unificazione del diritto di famiglia, in particolare nell'ambito della tutela e del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, il quale dovrebbe tenere conto delle diverse sensibilità giuridiche e sociali dei 27 membri dell'Unione.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE, *Le nuove famiglie*, Pisa, 2019.
- ARGENTIERI, *A qualcuno piace uguale*, Torino, 2010.
- BALESTRA, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004.
- BARBAGLI, COLOMBO, *Omosessuali moderni: gay e lesbiche in Italia* Bologna, 2001.
- BARBAGLI, DALLA ZUANNA, GARELLI, *La sessualità degli italiani*, Bologna, 2010.
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2015.
- BENADUSI, *Il nemico dell'uomo nuovo, l'omosessualità nell'esperimento totalitario fascista*, Milano, 2021.
- BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civili*, Bologna, 1980.
- BLASI, CAMPIONE, FIGONE, MECENATE, OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016.
- BOLOGNINI, *Diritto e omosessualità tra Ottocento e la Seconda guerra mondiale, in L'unione tra persone dello stesso sesso, profili di diritto civile, comunitario e comparato*, 2008.
- BUFFONE, GATTUSO, WINKLER, *Le nuove leggi civili. Unione civile e convivenza*, Milano, 2017.
- CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale in La nuova regolamentazione delle unioni civili*, Torino, 2016.
- DALL'ORTO, *Tutta un'altra storia, l'omosessualità dall'antichità al secondo dopoguerra*, Milano, 2015.
- DALLA ZUANNA, VIGNOLI, *Piacere e fedeltà. I millenials italiani e il sesso*, Bologna, 2021.
- DE LEO, *Queer, storia culturale della comunità LGBT+*, Torino, 2021.
- DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e convivenze (o famiglie?) in Famiglia e diritto*, 2016, 878.

- DOLCINI, *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, l'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2012, n.18.
- FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Torino, 2017.
- FERRANDO, *Il contributo della corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, 2007
- FERRANDO, *Le unioni civili. Prime impressioni sulla riforma*, in *GenIUS, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2016.
- GIDDENS, SUTTON, *Fondamenti di sociologia*, Bologna, 2014.
- LORELLO, *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, Torino, 2015.
- M. BONINI BARALDI, *La famiglia de-genere, matrimonio, omosessualità e Costituzione*, 2009.
- MIELI, *Elementi di critica omosessuale*, Milano, 2021.
- PARADISO, *I rapporti personali tra i coniugi*, in *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 1990.
- PARIOTTI, *I diritti umani: concetto, teoria, evoluzione*, Milano, 2013.
- PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio*, in *Forum di quaderni Cost.*, 2010.
- PISANO', *Il ruolo delle corti nel percorso verso l'approvazione della legge Cirinnà in 'Unioni civili e convivenze di fatto'*, Santarcangelo di Romagna, 2016.
- PISILLO MAZZESCHI, *Diritti internazionale dei diritti umani*, Torino, 2020.
- POCAR, RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Roma, 2008.
- RICCIO, *La famiglia di fatto*, Padova, 2007.
- SARACENO, *Coppie e famiglie, non è questione di natura*, Milano, 2012.
- SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005.
- TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, 2012.
- TRAPPOLIN, GUSMEROLI, *Raccontare l'omofobia in Italia. Genesi e sviluppi di una parola chiave*, Torino, 2019.
- WINKLER, STRAZIO, *L'abominevole diritto, gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, 2011.

- ZANATTA, *Nuove madri e nuovi padri*, Bologna, 2011.

RINGRAZIAMENTI

Il ringraziamento più caro va alla Paola e a Fabio, che sempre mi hanno sostenuto silenziosamente e mi hanno permesso, nella più totale libertà, di essere ciò che sono: una persona libera. Spesso mi rinchiudo nei miei silenzi e sono molto ermetico ma questo lavoro e la conclusione di questo percorso universitario è dedicata a voi.

Un grazie a tutti gli educatori, insegnanti e professori che mi hanno cresciuto, mi hanno formato, mi hanno anche sopportato in questi lunghi anni della mia formazione morale e intellettuale. Lo studio, la scoperta, la curiosità e il mio impegno mi hanno sempre guidato in questi 16 anni di formazione: posso guardare alle mie spalle con una grande sorriso. Il ruolo dell'azione educativa non può essere la semplice trasmissione di contenuti, ma deve essere la capacità dell'educatore di portare a piena maturazione le forze interiori del soggetto, ossia il suo intelletto e la sua volontà. Una speciale menzione va a tutti gli insegnanti ed educatori che mi hanno trasmesso una forte e intensa passione per la disciplina insegnata, tra i quali la mia relatrice Bianca Checchini, che mi ha trasmesso l'interesse per il mondo del diritto, spesso visto come materia rigida e asettica, grazie alla quale ho avuto il piacere di scrivere questo lavoro.

Porterò nel cuore il mio ultimo esame di questa triennale, l'esame di pedagogia generale e della scuola che, sebbene mi abbia fatto molto sudare, mi ha fatto capire realmente il mio potenziale umano, morale ed emotivo, grazie ad esso sono sempre più convinto del percorso che vorrei seguire.

Vorrei ringraziare tutte le persone che, in un modo o nell'altro sono entrate in contatto con me in questi anni e che hanno lasciato una traccia positivamente indelebile nel mio cuore. Ringrazio Samuel che mi sta insegnando il significato della parola "amore".

Ringrazio tutte le mie amiche e tutti i miei amici, impossibile menzionarli tutti. Li ringrazio uno ad uno, e lo farò personalmente, per la loro capacità di ascoltarmi nel modo più assoluto e nei miei momenti di tumulti emotivi, per supportarmi e per condividere con me la loro vita. Le relazioni umane e interpersonali sono il nettare dal quale traggio energia e la comunicazione è lo strumento, il medium, con il quale doniamo noi stessi.

