



Editoriale. Verso la legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso

di Antonio D'Aloia

1. – Le legge sulle unioni civili sembra davvero in dirittura d'arrivo. Anche l'Italia, dopo l'approvazione definitiva della Camera dei Deputati, avrà una regolamentazione giuridica delle convivenze di fatto, e soprattutto delle unioni tra persone dello stesso sesso.

Perché il tema è questo: tutte le attese e le polemiche che hanno accompagnato fin qui il cammino della legge Cirinnà' riguardano essenzialmente il nodo delle coppie same-sex, la sottile linea di analogia/distinzione tra queste unioni (civili) e il matrimonio, con il suo paradigma eterosessuale confermato dalla Corte Costituzionale nelle sentenze 138/2010 e 170/2014 (nonostante sia stato sostanzialmente superato da Tribunali Supremi e Costituzionali di molti Paesi, come Stati Uniti, Spagna, Portogallo, Brasile, Argentina, e altri ancora), il controverso tema della omogenitorialità, che nel provvedimento in oggetto aveva preso la forma 'intermedia' della *stepchild adoption*.

Il testo votato dal Senato il 25 febbraio scorso, e che molto probabilmente diventerà la legge sulla "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso

Sesso e disciplina delle convivenze”, ha stralciato alla fine la *stepchild adoption*, assumendo (attraverso un maxi-emendamento su cui il Governo ha posto la fiducia) la struttura di un articolo unico in cui sembrano marcate in modo più netto le differenze tra unioni civili e istituto del matrimonio come fondamento costituzionale della famiglia.

Ad ogni modo, restano tutta una serie di rinvii alle norme del codice civile sul matrimonio, ad esempio in tema di condizioni impeditive (art. 87 c.c.), di conseguenze dell'unione contratta dal soggetto interdetto o incapace di intendere e di volere, di simulazione, di azione di nullità e di responsabilità del coniuge in mala fede, di regime patrimoniale della famiglia (artt. 65, 68, 119 ss., 162 ss. c.c.), di successioni e di scioglimento, di obblighi reciproci all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione (sorprendentemente senza più l'obbligo di fedeltà). Inoltre, il comma 20 dell'art. unico stabilisce che «al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole 'coniuge', 'coniugi' o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, ..., si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso», con esclusione delle disposizioni in materia di adozione.

2. – Le unioni omosessuali si vedono così riconoscere uno statuto giuridico, secondo uno schema che resta quello delineato dal Giudice costituzionale nelle sentenze 138/2010 e 170/2014.

Nella prima di queste decisioni la Corte aveva ascrivito le unioni omosessuali alla categoria delle formazioni sociali, parlando appunto di “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”.

Dunque, tali unioni, se proviamo a fare una sintesi tra gli indirizzi del nostro Giudice delle leggi e le posizioni della Corte EDU, non sono (o non debbono essere necessariamente) ‘matrimonio’, ma sono espressione di ‘vita familiare’, su cui il Parlamento è chiamato ad individuare, “nell'esercizio della sua piena discrezionalità” (come si legge nella sent. 138), le forme di garanzia e di riconoscimento, che

possono anche muoversi su un piano di omogeneità parziale con la situazione della coppia unita in matrimonio.

Più nettamente ancora della prima, la sent. 170/2014 ribadisce la esclusiva connotazione eterosessuale del matrimonio: per la Corte, «la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile, che stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso».

Ho già in altre occasioni espresso la mia condivisione dell'impostazione del Giudice costituzionale, dal mio punto di vista evidente già nella sent. 138, che, al di là della indubbia ambivalenza di alcune espressioni usate, e di alcuni passaggi argomentativi, fa propria una interpretazione dell'art. 29 (e dell'art. 2) che non consente, almeno allo stato, una completa estensione del matrimonio anche al di fuori della relazione eterosessuale. In sintesi, ritengo che questa lettura sia (ancora) ragionevolmente fondata sulla struttura testuale dell'art. 29 e sulle connessioni di questa norma con quelle successive, sul contesto storico-sociale che continua a sostenere quelle norme costituzionali sulla famiglia e sul matrimonio, e il loro mantenersi nel tempo. Non è una posizione chiusa alle dinamiche evolutive del diritto e della società.

Nondimeno, è un fatto indiscutibile che –specialmente negli ultimi anni– l'avanzata del matrimonio omosessuale (penso alle leggi del 2013 in Francia e Regno Unito, del 2012 in Danimarca, del 2010 in Portogallo e Islanda, alla sentenza del TC spagnolo del 2012, alla decisioni della Corte Suprema USA nei casi Windsor e Obergefell, alle numerose leggi o decisioni giudiziarie che hanno ammesso questo istituto in molti Paesi latinoamericani) è stata costante (sebbene rimanga profondamente divisiva, come dimostra il pesante conflitto tra opinione della maggioranza e dissenting opinions nei giudizi prima richiamati della Corte Suprema USA), peraltro in realtà giuridiche e sociali molto diverse tra loro.

Ormai, questa possibilità appare sempre più configurarsi come un elemento che sta dentro una linea di sviluppo della cultura (e della esperienza) costituzionale globale. Si può ancora sostenere, a mio avviso, che il matrimonio omosessuale non sia un'opzione costituzionalmente obbligatoria, che gli ordinamenti possono regolare le convivenze tra persone dello stesso sesso anche con altri istituti, simili

ma non del tutto identici al matrimonio (come il *LebenPartnersschaft* in Germania o le varie ipotesi di unione registrata), senza che ciò configuri una discriminazione; ma è sempre più difficile valutarlo alla stregua di un istituto costituzionalmente escluso o vietato.

Insomma, c'è uno spazio 'politico' che non può essere negato, né in un senso né nell'altro.

Non si può affermare che regolare le unioni omosessuali con istituti diversi dal (e solo parzialmente 'analoghi' al) matrimonio sia un'opzione 'segregazionista', discriminatoria, compromessa con la dottrina del "*separate but equal*".

Questo argomento è molto forte nella dottrina nordamericana. E' ad esempio Cass R. Sunstein ¹ ad affermare che «... la proibizione delle relazioni tra membri dello stesso sesso è una forma di discriminazione sulla base del sesso, così come le forme dell'incrocio tra le razze era una forma di discriminazione sulla base della razza. Entrambe le proibizioni sono illegali in base alla clausola dell'equal protection»; e che «il caso *Loving* (del 1967, che si chiuse con la dichiarazione di incostituzionalità delle leggi che proibivano il matrimonio 'interracial') è il precedente cruciale per la tutela delle unioni o dei matrimoni tra appartenenti allo stesso sesso».

Secondo questa chiave di lettura (sostenuta anche da Lawrence Tribe), l'omosessuale è come 'il Nero'; il divieto del matrimonio omosessuale viene paragonato alle *antimiscegenation laws*; i casi *Windsor* ed *Obergefell* sono (e in fondo 'dichiarano di essere') il capitolo finale del caso *Loving*, e, prima ancora, i casi *Romer v. Evans* e soprattutto *Lawrence v. Texas* rappresentano una riedizione di *Brown* sul terreno della discriminazione *sex-based*.

Personalmente ho sempre ritenuto il parallelo tra discriminazione razziale e discriminazione sessuale un po' forzato, non fosse altro perché chi sostiene che il matrimonio debba rimanere ancorato al requisito della diversità sessuale, non necessariamente lo fa da una prospettiva 'discriminatoria' o 'segregazionista'; in altre parole, l'opzione 'eterosessuale' del matrimonio (altro ovviamente sarebbe negare alle coppie same-sex il diritto ad avere un riconoscimento giuridico con tutti i diritti

¹ Op. cit., 2009, 285.

che questo potrebbe e dovrebbe comportare) può avere una base semplicemente ‘razionale’, cioè riferita al piano della razionalità giuridica, nel senso che chi sostiene che ‘famiglia’ e ‘matrimonio’ siano istituti che presuppongono la doppia soggettività sessuale non lo fa perché pensa ancora che l’omosessualità sia un disordine naturale, ma perché può essere convinto che il matrimonio e le famiglia ‘eterosessuali’ siano il riflesso di una tradizione giuridica ancora attuale ed ‘effettiva’, che – in altri termini – l’inaccessibilità degli omosessuali al matrimonio non derivi da una ‘minorità’ della categoria, quanto da una ragionevole distinzione basata sulle caratteristiche intrinseche e oggettive di una ‘risorsa’ giuridica così importante e radicata nella storia degli ordinamenti giuridici.

La segregazione razziale era invece il corollario di un’ideologia spaventosa e inaccettabile: la supremazia della razza bianca, che ha prodotto il ‘controsenso’, la ‘rottura’ costituzionale e morale della schiavitù. Le razze non potevano mischiarsi perché non erano poste sullo stesso piano.

Può darsi che discriminazione razziale e discriminazione ‘sessuale’ (in questo caso fondata sull’orientamento sessuale, sulle tendenze), razzismo e sessismo, abbiano una qualche analogia sul piano delle motivazioni che hanno sostenuto le pagine più buie dell’una e dell’altra vicenda: penso ad alcuni passaggi della sentenza Bowers del 1986 con cui la Corte Suprema USA salvò le cd. ‘sodomy laws’, che punivano le libere relazioni omosessuali. Ma non è così per forza.

Allo stesso modo, insistere solo sul diritto di sposarsi appare –almeno a me– un’affermazione autoreferenziale, che parte da una premessa che dovrebbe essere invece il punto di arrivo di un ragionamento giuridico, e cioè che il matrimonio sia un istituto liberamente conformabile alla stregua dell’evoluzione del costume sociale e delle spinte culturali; che sia, cioè, una sorta di guscio ‘vuoto’, indefinito, e perciò aperto ad ogni possibile ri-costruzione e ‘de-costruzione’.

Quello che voglio dire è che se parliamo solo di diritti ed eguaglianza, senza porci il problema di cosa sia quello che rivendichiamo come diritto, o come elemento di una pretesa egualitaria e antidiscriminatoria, delle sue caratteristiche intrinseche, rischiamo di fare un’operazione ‘parziale’, che guarda solo un lato del problema.

Il matrimonio non è solo un diritto individuale, ma anche un'istituzione basata su una serie di principi, elementi strutturali, requisiti definiti da complesse e radicate sedimentazioni giuridiche, antropologiche, culturali. Non possiamo dare per scontato che questo complesso di stratificazioni, di dati storico-sociali, possa improvvisamente dissolversi o essere sostituito da un nuovo paradigma, almeno non attraverso la sola via giudiziaria.

Qui viene però il secondo lato della medaglia. Se guardiamo alla rapidità e alla forza diffusiva del movimento che ha portato in pochi anni molti ordinamenti (anche con riferimenti costituzionali molto simili ai nostri sulla famiglia e sul matrimonio) a ritenere ammissibile o addirittura obbligatorio il matrimonio *same-sex*, non possiamo escludere che l'interpretazione costituzionale dell'art. 29 accolta dalla nostra Corte Costituzionale possa subire riflessi modificativi dall'evoluzione sociale e giuridica, e dalle stesse novità legislative; né pensare che l'eventuale opzione del matrimonio 'abierto' (vale a dire indifferentemente eterosessuale o omosessuale) sia destinata a rimanere costituzionalmente 'inammissibile'.

Tornando alle conclusioni della sent. 170/2014, rimane perciò un dubbio, nonostante l'apparente perentorietà delle affermazioni fatte dalla Corte Costituzionale: in che misura la ricostruzione del parametro costituzionale è condizionata dal modello codicistico 'attuale' di matrimonio? L'evoluzione di questo modello sulla base di scelte del legislatore potrebbe 'reagire' sulla lettura del parametro costituzionale?

Provando a concludere su questo punto, credo che il legislatore abbia a disposizione vari modi per realizzare l'esigenza di uno statuto giuridico delle coppie *same-sex*: se il matrimonio è lo strumento sicuramente più completo, anche per il suo significato simbolico, non è (ancora, almeno per me) una soluzione 'chiusa', infungibile: quello che conta è la tutela di queste forme di vita familiare, adeguata al valore costituzionale dell'interesse protetto.

La discrezionalità politica e legislativa può portare ragionevolmente a fare scelte diverse dalla indistinta e piena equiparazione di coppie eterosessuali e coppie omosessuali in rapporto al matrimonio. In questo senso si è espressa anche la Corte EDU, nelle decisioni *Schalk e Kopf c. Austria* (24 giugno 2010), e *Oliari e altri c. Italia* (21 luglio 2015), affermando che, «anche se l'articolo (12) debba essere ad

oggi interpretato nei termini in cui il diritto a contrarre matrimonio deve potersi considerare estendibile alle coppie omosessuali; pur tuttavia, non potrebbe derivarsi da tale interpretazione permissiva una norma impositiva di un obbligo positivo verso gli Stati membri, traducibile nella necessità di adottare una normativa nazionale in questo senso. Tale conclusione è supportata dalla considerazione di come il matrimonio costituisca un istituto giuridico profondamente e intimamente legato al retroterra sociale e culturale che naturalmente differisce da una comunità all'altra. Per tali ragioni, la scelta dell'adozione di un regime giuridico che consenta il matrimonio alle coppie omosessuali rientra necessariamente nella discrezionalità del legislatore interno».

Quello che il legislatore non poteva (e non può) continuare a fare, e in questo senso è senz'altro apprezzabile e anzi doverosa la novella legislativa che si sta approvando, è continuare ad eludere il problema, a non dare risposte: anche perché queste risposte poi le danno –‘disordinatamente’, caso per caso- i giudici, per certi versi devono darle, peraltro sulla scia di alcune affermazioni contenute nella sent. 138/2010.

L'inerzia del legislatore italiano era ormai diventato un vero e proprio inadempimento rispetto ad un obbligo costituzionale e convenzionale. Molto chiaramente la sent. Oliari della Corte EDU ha sottolineato che «l'Italia non sta prendendo in debita considerazione gli interessi della comunità nel suo complesso». Pur tenendo conto che «è necessario del tempo per ottenere una graduale maturazione di una visione comune nazionale per il riconoscimento di questa nuova forma di famiglia» e che ci sono ancora «diverse sensibilità su una questione sociale delicata e profondamente sentita», la Corte ritiene che il Governo italiano ha oltrepassato il margine di apprezzamento e non è riuscito ad ottemperare all'obbligo di fornire una disciplina giuridica che prevede il riconoscimento e la tutela delle unioni tra persone dello stesso sesso. L'Italia è l'unico Paese europeo che non ha ancora legiferato in materia di unioni omosessuali».

3. – Come si è detto, il dibattito parlamentare ha trovato il suo punto di massima conflittualità attorno alla cd. *stepchild adoption*, vale a dire la possibilità, prevista dall'art. 5 del ddl Cirinnà, anche per la parte dell'unione civile tra persone

dello stesso sesso, di ricorrere all'adozione non legittimante nei confronti del figlio naturale dell'altra parte.

Anche su questo tema le posizioni che si registrano nell'esperienza comparata sono assai varie. Molti Paesi ammettono senza particolari limitazioni la genitorialità omosessuale.

Addirittura, la Corte Suprema USA (nell'ultima sent. Obergefell) utilizza il dato di fatto della omogenitorialità per sostenere la necessità del matrimonio, in modo da evitare conseguenze stigmatizzanti sui bambini di queste coppie. Facendo proprio il contributo di alcuni *scientific amicus curiae* (come l'American Psychological Association, l'American Academy of Pediatrics e l'American Psychiatric Association), la Corte afferma che non c'è alcuna evidenza scientifica del rapporto tra la qualità e la capacità di un rapporto genitoriale con l'orientamento sessuale. La stabilità familiare, le risorse economiche, la qualità del rapporto genitori-figli, come fattori di sviluppo positivo della personalità del minore, non sono assolutamente condizionati dall'orientamento sessuale dei genitori.

Trovo riduttivo però affrontare questo tema solo sul piano scientifico, che peraltro è molto meno 'pacificato' di quanto non dica la Corte Suprema.

La stessa Corte EDU mantiene una posizione che non arriva a ritenere vincolante per gli Stati permettere l'adozione (anche nella forma 'co-parentale') alle coppie omosessuali, a meno che tale possibilità non sia concessa alle coppie eterosessuali non sposate, perché in questo caso sarebbe una disparità di trattamento non proporzionata (*X and Others c. Austria*, del 19 febbraio 2013, confrontata con il precedente *Gas e Dubois c. Francia* del 15 marzo 2012).

Certo, non si può negare che alcuni argomenti della Corte europea sembrano andare oltre lo specifico caso austriaco. La Corte dubita in generale che la preclusione dell'adozione co-parentale da parte delle coppie omosessuali sia necessaria per tutelare la famiglia tradizionale o proteggere gli interessi del minore. Nel precedente caso *E.B. c. Francia* sempre la Corte ha giudicato discriminatoria e perciò contraria alla convenzione una decisione di rigetto di una richiesta di affidamento "giustificata solo da considerazioni relative all'orientamento sessuale della persona interessata". Anche da noi la Corte di Cassazione ha affermato che in tema di affidamento dei figli in sede di separazione personale dei coniugi non può

rilevare di per sé il fatto che la famiglia della madre sia composta da due donne, ritenendo frutto di un “mero pregiudizio che sia dannoso per l’equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale” (Cass., I sez. civ., 11 gen 2013 n. 601).

Ad ogni modo, la questione del superiore interesse del minore ad una crescita equilibrata, e della rilevanza su questo aspetto della duplicità della figura sessuale, si espone a valutazioni che restano tuttora molto complesse e prive di riferimenti condivisi sul piano culturale, sociale, psicologico; sebbene, anche per questo aspetto, il diritto si trova a doversi confrontare con un gigantesco processo di ridefinizione di categorie essenziali e, fino a qualche tempo fa, indiscutibili.

L’esito di questa battaglia, innanzitutto culturale prima ancora giuridica, è tutt’altro che scontato o facilmente prevedibile; può giustificare però un approccio ‘graduale’, ‘precauzionale’, come appunto quello adottato nell’ultima versione del ddl Cirinnà su iniziativa del Governo, con lo stralcio della controversa ‘*stepchild adoption*’.

Si potrebbe pensare che non ha senso che il legislatore blocchi o arretri una linea di confine già raggiunta dalla giurisprudenza.

Come è noto, diversi organi giurisdizionali (Trib. Minorenni Roma, 30 luglio 2014; Corte App. Roma, sez. minori, 23 dicembre 2015; Corte App. Milano, sez. Persone, Minori, Famiglia, 16 ottobre 2015) hanno ammesso la *stepchild adoption* nel quadro di una interpretazione estensiva dell’art. 44 lett. d) della l. 184, considerato alla stregua di una ‘clausola generale residuale’ idonea a tutelare l’interesse del minore anche se non in stato di abbandono.

Tuttavia, le due situazioni non sono uguali. Una cosa è risolvere ‘casi particolari’ (spesso sviluppati all’estero, e dunque esaminati dal giudice italiano ai fini della trascrizione del provvedimento straniero), prendere atto di legami ‘parentali’ e affettivi profondi e duraturi tra un minore e il cd. co-genitore (finora quasi sempre una ‘co-madre’), guardare in faccia, come appunto solo il giudice può (e deve) fare, la specificità inimitabile di una relazione con tutti i suoi elementi esistenziali, personali, emotivi; altra cosa è prevedere una norma generale che definisca un nuovo istituto disponibile per tutte le coppie same-sex, che peraltro, almeno in un caso (quello della omogenitorialità di due uomini), rischierebbe di porre un problema di coerenza con il divieto della maternità surrogata.

Probabilmente, la scelta del legislatore di non disciplinare la *stepchild adoption* (scelta forse solo rinviata ad una riforma organica dell'istituto dell'adozione), al tempo stesso senza vietarla apertamente, non bloccherà questo trend giurisprudenziale, che potrà contare sulla conferma del parametro normativo attuale.

Nondimeno, può servire a circoscriverlo a casi eccezionali o almeno veramente consolidati sul piano relazionale, dove il riconoscimento formale può essere una risorsa di flessibilità per l'interesse del minore piuttosto che (solo) per il diritto di una coppia (o di un partner della stessa) a poter vivere l'esperienza genitoriale.