

UNIONI OMOSESSUALI: EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE E RECENTI PROPOSTE DI LEGGE*

di Giuseppe Piluso**
(17 giugno 2015)

Il referendum tenutosi in Irlanda il 22 maggio 2015 ha posto i cittadini irlandesi di fronte al quesito sul riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Si trattava di dichiararsi favorevoli o meno ad un emendamento all'art. 41 della Costituzione sull'equiparazione del matrimonio omosessuale. Gli elettori recatisi alle urne sono stati poco più del 60 per cento degli aventi diritto. Il referendum ha visto la formazione del 62% di voti favorevoli contro il 38% di votanti contrari alla equiparazione. L'esito referendario avrà, tra l'altro, come conseguenza la sostituzione delle parole "wife" e "husband" con la parola "spouse". Tralasciando il confronto tra i due sistemi costituzionali e la questione relativa all'ammissibilità di un medesimo referendum nel nostro Paese¹, con questo scritto si intende rappresentare l'attuale panorama giurisprudenziale, nonché legislativo, attraverso i principali provvedimenti che ne hanno segnato il percorso e che ad oggi sembrano indicare la via per l'inserimento, anche nel nostro Paese, di una disciplina che regolamenti le unioni omosessuali.

Le recenti pronunce della Corte Costituzionale n. 170 del 2014 e della Suprema Corte di Cassazione n. 2400 del 2015 hanno posto, infatti, l'attenzione sulla legittimità del nostro ordinamento nella parte in cui non prevede l'estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso. Tale approdo non può ritenersi superato nonostante il rilievo costituzionale che tali unioni omoaffettive assumono alla luce dell'art. 2 della Costituzione che richiede adeguate forme di garanzia e di riconoscimento, spettanti, tuttavia, alla discrezionalità del legislatore. Proprio per questo motivo sono numerose le proposte di legge ancora giacenti in Parlamento che hanno tentato, in vario modo, di assicurare un'adeguata forma di tutela a siffatte unioni.

1. La Corte Costituzionale dalla storica sentenza n. 138 del 2010 al più recente intervento con la pronuncia n. 170 del 2014.

Con l'intervento del 2010 la Corte costituzionale interviene aprendo per la prima volta il dibattito sulla compatibilità della legislazione vigente con il diritto delle coppie omosessuali a contrarre matrimonio².

Le ordinanze di rimessione del Tribunale di Venezia e della Corte di Appello di Trento sollevavano, in riferimento agli artt. 2, 3 e 29 Cost., questione di legittimità costituzionale

* Scritto proposto dal prof. *Ciro Sbailò*.

¹ Cfr. sul punto *C. Sbailò, Same-Sex Marriage. In Irlanda è stato necessario cambiare la Costituzione*, in *www.forumcostituzionale.it*, IV, 2015; L'Autore chiarisce che il sistema irlandese denota alcune peculiarità che non sono sovrapponibili nel sistema costituzionale italiano. In particolare il sistema di revisione costituzionale irlandese "è disciplinato dagli artt. 46 e 47 della Costituzione. Il procedimento si divide in due fasi. Il primo prevede la presentazione alla Camera di un *Bill*, che deve essere approvato da entrambi i rami del Parlamento, anche se il Senato ha un compito di puro "freno" morale (artt. 20-22 della Costituzione). Dopo la firma del Presidente, l'emendamento viene sottoposto a referendum e passa se si esprime a suo favore la maggioranza dei votanti. Non è previsto quorum strutturale." L'Autore, inoltre ribadisce che sia in Italia, come in Irlanda, "se si vuole cambiare il significato del "matrimonio" bisogna mettere mano alla Costituzione. Che una tale modifica, poi, sia percorribile (l'art. 29 della Costituzione italiana è situato nella parte considerata non modificabile, fino ad ora, del testo costituzionale) è un altro discorso".

degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis cod. civ. nella parte in cui non consentivano al singolo individuo di contrarre matrimonio con persona dello stesso sesso. Il quesito di fondo che i giudici della Corte hanno affrontato è stato quello di verificare la possibile estensione alle unioni omosessuali della disciplina del matrimonio civile, “in guisa da colmare il vuoto conseguente al fatto che il legislatore non si è posto il problema del matrimonio omosessuale”.

In riferimento all’art. 2 della Costituzione, i Giudici chiariscono che per formazione sociale deve intendersi “ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione”. Ed è in questa nozione che deve rintracciarsi il fondamento giuridico dell’unione omosessuale senza che tale aspirazione debba necessariamente passare attraverso il riconoscimento dell’equiparazione del matrimonio alle unioni omosessuali. Compito del Parlamento sarà quello di individuare nell’ambito applicativo dell’art. 2 Cost., e nell’esercizio della sua piena discrezionalità, “le forme di garanzia e di riconoscimento” per le unioni suddette, “restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d’intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988)”³. Con riferimento, invece, agli artt. 3 e 29 della Costituzione, la Corte affronta, in modo sistematico, il problema della sussistenza di una vera e propria discriminazione nei confronti di chi aspiri a contrarre matrimonio con una persona dello stesso sesso. L’art. 29, così come confermato dai lavori parlamentari, non poneva alcun riferimento alle unioni omosessuali. I Costituenti “discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un’articolata disciplina nell’ordinamento civile”. Tale nozione era riferita al matrimonio tra uomo e donna, così come è confermata dal comma secondo della disposizione che tutela la pari dignità e diritti della donna nei rapporti coniugali. Questo significato, afferma la Corte, non può essere superato per via ermeneutica perché darebbe luogo ad una vera e propria interpretazione creatrice.

Ulteriore conferma di quanto detto è individuato dalla Corte nell’ambito dell’art. 30 della Costituzione, ove il legislatore ha “ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli, assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori dal matrimonio, sia pur compatibilmente con i membri della famiglia legittima.” Di conseguenza, il richiamo all’art. 3 della Costituzione non può far considerare illegittima la norma del codice civile sulle unioni eterosessuali perché trova un fondamento nell’art. 29 della Costituzione. Ulteriori rilievi sono quelli posti dai giudici *a quibus* in relazione alla presunta illegittimità della normativa nazionale con riferimento all’art. 117 e le norme interposte degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 12 (diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), nonché il riferimento alla Carta di Nizza che ha, in seguito all’entrata in vigore del trattato di Lisbona, lo stesso valore giuridico dei Trattati, con riferimento agli artt. 7 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9 (diritto a sposarsi ed a costituire una famiglia), 21 (diritto a non essere discriminati).

2

Per una trattazione analitica della sentenza cfr. A. Pugiotto, [Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio](#), in Scritti in onore di Franco Modugno, III, Napoli, 2011, 2697 ss; A. Ruggeri, [Famiglie di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?](#) in Riv. Telem. Giur. Associazione Italiana Costituzionalisti, n. 4/2011; L. D’Angelo, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio «nun s’ha da fare»*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 2010; P.A. Capotosti, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus l’inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in Quad. cost., 2010, 361 ss, R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte Costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in [www.rivistaaic.it](#).

³ È sufficiente l’esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate.

Mentre gli artt. 8 e 14 della CEDU e gli artt. 7 e 21 della Carta di Nizza contengono disposizioni a carattere generale in ordine al diritto al rispetto della vita privata e familiare e al divieto di discriminazione, sono, invece, gli articoli 12 della CEDU e 9 della Carta di Nizza che prevedono specificamente il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia. E su queste norme la Corte concentra la propria attenzione chiarendo che “la citata normativa non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna.” Il rinvio espresso alle leggi nazionali conferma, inoltre, “che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento.”

A distanza di ben 4 anni, la Corte è tornata ad occuparsi di questa tematica con la pronuncia n. 170 del 2014 in ordine al mantenimento dell'istituto matrimoniale quando uno dei due coniugi ottenga la rettificazione dell'attribuzione di sesso⁴. La Corte chiarisce che questa situazione è “fuori dal modello del matrimonio” perché, con il venir meno del requisito della eterosessualità, non può proseguire come tale. Tuttavia tale unione “non è neppure semplicisticamente equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso, poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili.” Gli art. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982 che dispongono il divorzio automatico, di conseguenza, non possono considerarsi illegittimi “poiché la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che «stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso». In questa sentenza, la Corte affronta nuovamente i presunti contrasti con le norme interposte della

⁴ Cfr. G. Bonilini, *Rettificazione di attribuzione di sesso e scioglimento automatico del matrimonio ai sensi dell'art. 31 d.lgs. n. 150/2011*, in Fam. Pers. Succ. 2011, 805 ss; F. Saitto, *Rettificazione di sesso e “paradigma eterosessuale” del matrimonio: commento a prima lettura della sent. n. 170 del 2014 in materia di “divorzio imposto”*, in www.diritticomparati.it; F. Biondi, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in www.forumcostituzionale.it; G. Brunelli, *Quando la Corte Costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul “divorzio imposto”*, in www.forumcostituzionale.it, 2014. L'Autore definisce la pronuncia della Corte come “una sentenza assai deludente”. Inoltre, – prosegue l'Autore – si tratterebbe solo della “riproposizione dell'interpretazione originalista e tradizionalista della disposizione costituzionale, che tuttavia non postula affatto la necessità di una sua revisione per introdurre il matrimonio same-sex. Una prospettiva da evitare, perché rischia di produrre inaccettabili disequaglianze; un'idea di società che nulla ha che fare con la modernità e i suoi valori di liberazione dell'individuo, e che incarna piuttosto una post-modernità regressiva e discriminatoria, di cui si avvertono ormai molti segnali.”. Aspra critica alla pronuncia della Corte è stata manifestata anche da P. Bianchi, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, in www.forumcostituzionale.it. L'Autore chiarisce che “la Corte ha prodotto argomentazioni sbrigative. ... Ha nuovamente (come nella sent. n. 138/10 e nell'ord. n. 276/10) liquidato il tema della necessaria eterosessualità del matrimonio senza alcuna motivazione, trasformandolo da elemento controverso in presupposto logico-giuridico della decisione. Altrettanto sommariamente vengono accantonati sia i riferimenti alle norme CEDU in tema di famiglia, sia la giurisprudenza recente ad esse relativa, che pure avrebbe potuto suggerire – al pari delle pronunce dei tribunali costituzionali tedesco e austriaco richiamate nell'ordinanza di remissione – un approccio meno rigido.”; cfr. P. Veronesi, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: Il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014* in www.forumcostituzionale.it, 2014. L'Autore puntualizza il punto debole della pronuncia della Corte Costituzionale. In particolare “sia nella sentenza n. 138/2010, sia nella n. 170/2014, la Corte non sembra poi fare sufficiente tesoro dell'assunto (da essa stessa affermato in altri contesti) per cui «la norma non rimane cristallizzata ma partecipa delle complesse dinamiche che nel tempo investono le fonti del diritto a livello nazionale e sovranazionale, che l'interprete deve necessariamente prendere in esame al fine di preservare attualità ed effettività della tutela, in particolare sotto il profilo del corretto bilanciamento degli interessi presi in considerazione, essendo la “vivenza” della norma una faccenda per definizione aperta, ancor più quando si tratti di adeguarne il significato a precetti costituzionali»”.

Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁵ ai sensi della denunciata violazione degli artt. 10, primo comma, e 117, primo comma, Cost. ritenendoli non pertinenti perché "in assenza di un consenso tra i vari Stati nazionali sul tema delle unioni omosessuali, anche la Corte EDU ritiene riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso". Di particolare rilevanza è soprattutto il richiamo alla precedente pronuncia del 2010 per ribadire come debba individuarsi nel concetto di formazione sociale dell'art. 2 della Costituzione l'ambito di tutela delle coppie omosessuali attraverso un intervento legislativo in tal senso⁶. Tuttavia la Corte è ben consapevole del conflitto tra due valori di pari rilievo: "l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e a non consentirne, quindi, la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso dei coniugi) da una parte, e dall'altro lato, l'interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere". Ed è in questo contrasto che si manifesta la tutela dell'istituto matrimoniale a fronte di un *vulnus* nei confronti delle coppie non più eterosessuali che necessitano di una tutela in qualità di comunità sociale⁷. Nonostante ciò, si esclude un intervento manipolativo che renda, nel caso di rettifica del sesso, il divorzio non più automatico, ma "a richiesta", "poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost."

Anche in questo caso la Corte ritiene, tuttavia, necessario un intervento urgente del legislatore che superi il deficit di tutela per situazioni analoghe a quelle prospettate in giudizio. Per questi motivi la Corte Costituzionale dichiara illegittimi gli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), e in via consequenziale l'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69) nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

2. La Corte di Cassazione dalla pronuncia n. 4184 del 2012 alla più recente sentenza del 9 febbraio 2015 n. 2400

Con la pronuncia del 2012 anche la Corte di Cassazione affronta il problema della tutela delle coppie omosessuali nel nostro ordinamento⁸.

⁵ Il riferimento è agli artt. 8 (sul diritto al rispetto della vita familiare) e 12 (sul diritto di sposarsi e formare una famiglia) della CEDU, come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (H. contro Finlandia – decisione del 13 novembre 2012; Schalk and Kopf contro Austria – decisione del 22 novembre 2010).

⁶ In tema di tutela delle coppie omosessuali cfr. M. Segni, *La disciplina dell'omosessualità: Italia ed Europa a confronto*, in Fam. Pers. Succ., 2010, 252 ss.; L. Marotti, *La tutela delle unioni omosessuali nel dialogo tra le corti interne e Corte Europea dei diritti umani*, in fam. Pers. Succ. 2012, 857 ss; C. Silvis, *Il matrimonio omosessuale fra il "non s'ha da fare" dell'art. 29 ed il "si può fare" dell'art. 2 della Costituzione*, in www.diritto.it, 2010.

⁷ I caratteri di tale forma di comunità sono individuati nella sentenza 138 del 2010 nella «stabile convivenza tra due persone», «idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione».

Si trattava della trascrivibilità nel nostro ordinamento di un matrimonio contratto in Belgio da parte di due cittadini italiani, nonostante il rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile a causa dell'identità di sesso dei due nubendi.

La Corte di Cassazione, dopo aver chiarito che il nostro ordinamento alla luce delle norme costituzionali e ordinarie è ispirato alla tutela del matrimonio inteso come rapporto tra un uomo ed una donna⁹, verifica se la trascrizione di un matrimonio omosessuale possa considerarsi contrario all'ordine pubblico¹⁰. A tale quesito la Corte dà risposta negativa: "l'intrascrivibilità dipende dalla previa e più radicale ragione, riscontrabile anche dall'ufficiale dello stato civile in forza delle attribuzioni conferitegli, della non riconoscibilità come atto di matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano". La Corte richiama anche interi passi della pronuncia della Corte costituzionale n. 138 del 2010 per ribadire alcuni principi del nostro ordinamento: in primo luogo, l'art. 2 della Costituzione non riconosce il diritto al matrimonio delle persone dello stesso sesso e, di conseguenza, non vincola il legislatore ad apportare una equiparazione delle unioni omosessuali al vincolo matrimoniale; in secondo luogo, il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, rilevante ex art. 2 della Costituzione, comporta che i singoli hanno diritto di chiedere "la tutela di specifiche situazioni e in relazione ad ipotesi particolari, un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata, omogeneizzazione di trattamento giuridico che la Corte costituzionale può garantire con il controllo di ragionevolezza".

Decisivo appare, però, il riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo cui il diritto al matrimonio, riconosciuto dal combinato disposto degli artt. 12 della Convenzione e 9 della Carta, include anche quello al matrimonio di persone dello stesso sesso, quale 'nuovo contenuto' ermeneuticamente emergente proprio dai predetti diritti riconosciuti dalla Convenzione e dalla Carta, fermo restando tuttavia che la sua garanzia è rimessa al potere legislativo dei singoli Stati¹¹. Questa riserva di legislazione statale però, precisa la Corte, non ha come conseguenze che la legislazione comunitaria e della Convenzione europea non spieghino alcun effetto nel nostro ordinamento. Ne consegue che la giurisprudenza pregressa della Suprema Corte di Cassazione, volta a ritenere che la diversità di sesso dei nubendi, unitamente alla manifestazione di volontà matrimoniale dagli stessi espressa in presenza dell'ufficiale dello stato civile celebrante, sia "requisito minimo indispensabile per la stessa 'esistenza' del matrimonio civile, come atto giuridicamente rilevante non si dimostra più adeguata alla attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire 'naturalistico', della stessa 'esistenza' del matrimonio". Per queste ragioni la Corte ritiene che l'intrascrivibilità non possa essere più ricondotta all' 'inesistenza' o all' 'invalidità' dell'atto,

⁸ Per una trattazione analitica della sentenza cfr. M. Di Bari, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione*, in Riv. Telem. Giur. Associazione Italiana Costituzionalisti, n.1/2012. L'Autore chiarisce che la Corte di Cassazione pur non avvalendosi di quanto statuito dalla Corte di Giustizia giunge alle medesime conclusioni: "La vita familiare non è subordinata al sesso dei conviventi". In questo modo la Corte avrebbe aperto la via per una forma di tutela anche alle coppie omosessuali.

⁹ Sussiste secondo la Corte "un'unica fattispecie integrante il matrimonio come atto: il consenso che, nelle forme stabilite per la celebrazione del matrimonio, due persone di sesso diverso si scambiano, dichiarando che "si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie". La diversità di sesso dei nubendi è, dunque, richiesta dalla legge per la stessa identificabilità giuridica dell'atto di matrimonio.

¹⁰ Cfr. A. Trabucco, *Famiglia: tra cristallizzazione del significato e contenuto essenziale delle norme costituzionali*, in www.filodiritto.com, 2010; M. Montalti, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bononia University Press, Bologna 2007.

¹¹ Cfr. G. Repetto, *La Corte di Strasburgo si confronta per la prima volta con il matrimonio omosessuale*, in www.diritti-cedu.unipg.it, 2010.

ma piuttosto all' "inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano".

In questo panorama giurisprudenziale interviene una importantissima pronuncia della Suprema Corte: la sentenza n. 2400 del 2015¹².

L'intervento della Suprema Corte esamina la problematica facendo richiamo alle tre pronunce sopra esaminate ripercorrendo, pertanto, l'evoluzione giurisprudenziale in materia. Come evidenziato dagli stessi ricorrenti, la questione sottoposta all'esame della Corte è nuova, avendo ad oggetto il rifiuto di procedere alle pubblicazioni matrimoniali e non alla trascrizione di un titolo estero. Con questa pronuncia, la Corte riesamina le stesse sentenze già analizzate nel presente lavoro per risolvere i tre motivi di ricorso avanzati dalle parti. Il primo e secondo motivo di ricorso attengono alle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 107, 108, 143, 143 bis, ter, 156 bis cod. civ. per contrasto con gli artt. 2, 3, 22, 29 della Costituzione, nonché gli artt. 21 della Carta di Nizza, e gli artt. 12 e 14 della Cedu quali norme interposte ex art. 117 della Costituzione. In particolare, la Corte ha inteso verificare se sia configurabile un'unione matrimoniale tra persone dello stesso sesso senza l'intervento del legislatore ordinario e se l'assenza di tale istituto possa considerarsi ancora compatibile con il sistema integrato attuale dei diritti fondamentali. Per rispondere a tale quesito, la Corte richiama le conclusioni della sentenza n. 138 del 2010 che hanno chiarito come l'art. 12 della Cedu e l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE lasciano al legislatore statale la scelta discrezionale di stabilire forme e disciplina giuridica delle unioni. La Corte evidenzia, infatti, che numerosi Paesi hanno adottato soluzioni profondamente diverse: alcuni Paesi hanno semplicemente esteso il vincolo matrimoniale anche alle unioni omosessuali, mentre altri hanno dato luogo a soluzioni che vanno dalla "tendenziale assimilabilità al matrimonio" fino alla netta distinzione sul piano degli effetti, rispetto ad essi. Restano, pertanto, confermate le statuizioni della Corte Costituzionale del 2010, secondo cui la mancata estensione del modello matrimoniale non può costituire una lesione della dignità umana e dell'uguaglianza perché tali unioni assumono pari rilievo nelle situazioni individuali e relazionali rientranti nelle formazioni sociali costituzionalmente protette sulla base degli artt. 2 e 3 della Costituzione.

Ribadita la riconducibilità delle unioni matrimoniali nell'ambito delle formazioni sociali sorge l'esigenza, che solo il legislatore può realizzare, di dare luogo ad uno "statuto protettivo" delle relazioni diverse da quelle matrimoniali nel nostro ordinamento. Anche la pronuncia della Corte costituzionale n. 170 del 2014 va letta - secondo gli ermellini- come una conferma di tutto ciò. Infatti, in quella pronuncia, la Corte ha evidenziato il contrasto tra un sistema di protezione giuridica riconosciuto alla coppia eterosessuale ed una condizione di assoluta indeterminatezza che connota gli stessi individui a seguito della rettificazione del sesso di uno dei due. Anche la pronuncia n. 4184 del 2012 della Suprema Corte confermava questo orientamento, volto a ribadire il diretto riconoscimento costituzionale delle unioni omoaffettive, ma tuttavia inidonee a produrre nel nostro ordinamento gli effetti del vincolo matrimoniale.

Alla luce di tali pronunce, la Suprema Corte esclude le censure sulla legittimità costituzionale e convenzionale della scelta del legislatore ordinario, ritenendo altrettanto

¹² Cfr. A. Ievolella, *Coppie gay: diritti sì, matrimonio no. Niente pubblicazioni per uomo e uomo*, in www.dirittoegustizia.it, 2015; G. Vassallo, *Coppie Gay: sì ai diritti no al matrimonio*, in www.altalex.it, 2015; AA.VV., *Ancora un no (sempre meno convinto e giustificabile) al matrimonio omosessuale*, in www.personaedanno.it, 2015; S. Galluzzo, *Nessuna violazione per le unioni gay senza applicazione del modello matrimoniale*, in www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com, 2015.

infondata anche la lesione dell'art. 22 della Costituzione perché inapplicabile alla fattispecie esaminata.

3. *Recenti proposte di legge.*

Nelle ultime due legislature si sono avvicendate numerose proposte di legge volte ad affrontare la problematica delle unioni omosessuali al fine di dare una regolamentazione volta a garantire uno standard di protezione di livello più o meno intenso¹³.

Nell'attuale legislatura appaiono di particolare rilevanza tre proposte attualmente giacenti in Parlamento che si analizzeranno di seguito¹⁴.

La proposta di legge n. 2974 (cosiddetta proposta Carfagna dal nome del primo firmatario) affronta, in modo articolato, la problematica delle unioni omoaffettive sotto il profilo personale e patrimoniale ed incidendo su vari istituti civilistici come l'interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno, profili successori, assegnazione dell'abilitazione in edilizia residenziale pubblica. Con tale proposta si intende anche modificare il codice penale e di procedura penale al fine estendere un'adeguata tutela alle unioni omoaffettive ogni qualvolta vi sia il riferimento ad altre formazioni sociali.

E' definita come "unione omoaffettiva" l'accordo stipulato tra due persone dello stesso sesso al fine di regolare i rapporti personali e patrimoniali relativi alla loro vita in comune. Tale accordo sarebbe volto a realizzare un diritto fondamentale della persona secondo l'articolo 2 della Costituzione, ossia "il diritto di costituire tra due persone dello stesso sesso un'unione affettiva stabile, duratura, esclusiva, giuridicamente riconosciuta, fonte di tassativi diritti e obblighi, diversi da quelli della famiglia." Di particolare rilevanza è l'art. 2 comma 2 della proposta che individua i casi di esclusione dall'unione omoaffettiva: si tratta delle persone di sesso diverso, coloro che non hanno raggiunto la maggiore età, le persone legate da rapporti di parentela o di affinità, le persone che allo stato civile risultano coniugate o separate legalmente o vincolate da precedente unione omoaffettiva, le persone interdette per infermità mentale o per le quali il pubblico ministero abbia promosso istanza di interdizione e le persone una delle quali sia stata condannata per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell'altra.

All'art. 3 vengono sanciti i diritti e i doveri derivanti dall'unione omoaffettiva ed in particolare l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Nelle restanti disposizioni sono affrontate problematiche specifiche in ordine all'assistenza ospedaliera, case di cura o strutture sanitarie (art. 5), su interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno (articolo 6), su assegnazione degli alloggi di edilizia popolare o residenziale pubblica (art. 8), contratto di locazione e diritti successori, nonché disposizioni tributarie e previdenziali. Infine, particolare attenzione merita l'art. 13 secondo cui gli effetti dell'unione omoaffettiva cessano: a) per morte di uno dei due contraenti; b) per matrimonio di uno dei due contraenti; c) per scioglimento volontario per mutuo consenso o per volontà di una parte.

Nella proposta di legge è manifesta la volontà di riconoscere adeguata protezione alle persone dello stesso sesso che si caratterizza, tuttavia, per una principale obiezione: lo scopo della tutela delle unioni di fatto, come formazione sociale ex art. 2 della Costituzione, dovrebbe essere garantita a prescindere dalla distinzione di sesso, così come sancisce anche lo stesso art. 3 della Costituzione. Avere escluso le famiglie di fatto composte da persone di sesso diverso si espone, pertanto, ad un profilo di incostituzionalità della proposta. Nonostante ciò, la proposta, nel realizzare una protezione

¹³ Nella XVI° legislatura le proposte di legge sulle unioni omosessuali sono state le seguenti: A.C. 1065, A.C. 1631, A.C. 1637, A.C. 1756, A.C. 1858, A.C. 1862, A.C. 1932, A.C. 3841.

¹⁴ Tra le proposte della XVII° legislatura occorre ricordare le seguenti: C.2969, S.1763, S.1745, C.2829, C.2666, C.2570, C.2560, C.2342, S.1360, S.1316, S.1231, S.1211, S.909, C.1072, C.684.

per le unioni omoaffettive, garantisce una posizione prevalente alla “famiglia tradizionale”, data la cessione degli effetti dell’unione laddove uno dei componenti l’accordo decida di contrarre matrimonio (art. 13 della proposta).

Diversa prospettiva è quella perseguita dal testo unificato per i disegni di legge nn. 14, 197, 239, 314, 909, 1211, 1231, 1316, 1360, 1745 e 1763 presentato recentemente dalla senatrice Cirinnà¹⁵. Questa proposta affronta la tematica in oggetto distinguendo tra Unioni civili e convivenza di fatto. La prima attiene a soggetti dello stesso sesso, mentre la seconda riguarda le “persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela affinità o adozione, da matrimonio o da un’unione civile”.

Di particolare rilevanza è l’art. 3 che prevede che si applichino gli articoli 143, 144, 145, 146, 147, 148, 342-bis, 342-ter, 417, 426 e 429 del codice civile all’unione civile tra persone dello stesso sesso. In questo modo si realizza un’equiparazione del regime sostanziale dei diritti e doveri del matrimonio anche all’unione civile, finendo per rendere difficile all’interprete il *discrimen* tra i due istituti se non per la differenza di sesso dei componenti.

Di particolare rilevanza appare, invece, l’intervento sulla disciplina della convivenza che prevede numerose norme in materia di Reciproca assistenza (art.9), Diritto di abitazione e casi di successione nel contratto di locazione (art.10), Inserimento nelle graduatorie per l’assegnazione di alloggi di edilizia popolare (art.11) Obbligo di mantenimento o alimentare (art. 12), Diritti nell’attività di impresa (art. 13), Risarcimento del danno causato da fatto illecito da cui è derivata la morte di una delle parti del contratto di convivenza (art. 15). La proposta definisce il contratto di convivenza all’art. 16 come un accordo con cui i conviventi di fatto disciplinano i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune e fissano la comune residenza. In questo modo, la convivenza di fatto diviene una convivenza “di diritto” perché consente di ottenere una pluralità di diritti derivanti dal contratto stipulato tra le parti.

In seguito all’analisi di queste due proposte legislative appare opportuno riflettere sull’eventualità di garantire adeguata tutela alle coppie omosessuale senza pregiudizi ideologici volti a dare luogo ad una equiparazione al modello matrimoniale che, avendo pur sempre una base costituzionale, ne consente la limitazione alle coppie formate da soggetti di sesso diverso. Anche sul piano dei risvolti applicativi, una scelta di equiparazione *tout court* determinerebbe uno stravolgimento delle stesse norme del diritto di famiglia. Si pensi, ad esempio, all’attribuzione del cognome al figlio riconosciuto da entrambi i genitori ex art. 262 del codice civile secondo cui “Se il riconoscimento è stato effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio naturale assume il cognome del padre”. Per questo motivo sarebbe più auspicabile un intervento sul modello convivenza di fatto, della proposta di legge Cirinnà, aperta sia a coppie etero che omosessuali attraverso il riconoscimento di diritti di natura non solo patrimoniale, ma anche personale.

Infine, occorre dare conto di altra importante proposta di legge n. 1745 (proposta Sacconi dal nome del primo firmatario) che si pone in un’ottica totalmente diversa da quelle appena esaminate. Si tratta di una proposta che ha come obiettivo quello di dare luogo ad un vero e proprio “statuto della convivenza” attraverso l’unificazione di vari interventi legislativi a

¹⁵ L’ispirazione di questa proposta di legge è il cosiddetto “modello tedesco” che è disciplinato in Germania dalla legge del 16 febbraio 2001, modificata nel 2004 e nel 2009 (Lebenspartnerschaftsgesetz – LpartG). Il sistema tedesco prevede tre diverse discipline del rapporto di coppia. Il primo è costituito dal tradizionale matrimonio civile (Ehe) tra persone di sesso diverso, il secondo attiene alle unioni di fatto che non ha una specifica regolamentazione ma è oggetto di alcuni interventi giurisprudenziali e infine vi è la cosiddetta “eingetragenen Lebenspartnerchaft” ossia l’unione registrata che è appunto quella disciplinata dalla legge del 16 febbraio del 2001.

tutela delle convivenze di fatto e l'inserimento di alcune norme volte al riconoscimento più esplicito della convivenza: il tutto in un unico corpus normativo. Appare utile richiamare il diverso concetto di convivenza che questa proposta manifesta, ossia il riferimento al regolamento anagrafico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223. In tal modo, la convivenza viene individuata nell'unione fra due persone legate da stabili vincoli affettivi, coabitanti e aventi dimora abituale nel medesimo comune, insieme con i familiari di entrambi che condividano la dimora". La rilevanza della posizione anagrafica viene evidenziata dall'art. 1 comma 6 che ribadisce come le dichiarazioni anagrafiche di cui al comma 5 concernono i seguenti fatti: a) trasferimento di residenza da altro comune o dall'estero ovvero trasferimento di residenza all'estero; b) costituzione di nuova convivenza, ovvero mutamenti intervenuti nella composizione della convivenza; c) cambiamento di abitazione. Ulteriori interventi di riordino attengono all' Assistenza sanitaria e per i detenuti, al Rapporti con i figli, al Contrasto degli abusi nell'ambito della convivenza e all' accesso all'abitazione e tutela civilistica. Vengono inserite anche alcune disposizioni penalistiche e processualpenalistiche. Nell'ambito di questi interventi è di particolare importanza l'art. 2 che riconosce, in modo esplicito, in presenza di una convivenza dichiarata all'anagrafe, il diritto di ciascun convivente di assistere l'altro in ospedali, case di cura o strutture sanitarie, nel rispetto delle disposizioni interne a tali strutture.

La rilevanza di questa proposta è, pertanto, quella di aver superato pregiudizi ideologici per verificare in concreto quali misure siano presenti nell'ordinamento e quali occorre inserire per dare luogo ad una tutela di fatto della convivenza.

4. Conclusioni

Il percorso seguito fin qui consente di effettuare alcune valutazioni sul panorama giuridico attuale in tema di coppie omosessuali e del conseguente riconoscimento dei loro diritti. Il sistema italiano è stato connotato per lungo periodo da un forte immobilismo, a fronte di un panorama europeo che tendeva ad un maggiore riconoscimento dei diritti omosessuali. La giurisprudenza della Suprema Corte e della Corte Costituzionale ha tentato di supplire il vuoto legislativo in materia, cercando di tracciare la linea per un intervento legislativo conforme alla Carta Costituzionale. Il fermento di numerose proposte di legge dimostra l'attenzione che anche in sede parlamentare si è riposta sull'opportunità di tutelare le coppie omosessuali. La necessità di garantire una tutela effettiva alla luce dei principi di ragionevolezza ed uguaglianza consente un'unica opzione, ossia quella di affermare una tutela della coppia omosessuale come formazione sociale meritevole di tutela.

Nessuna possibilità è invece riconosciuta al matrimonio gay. Questa non può, però, considerarsi una forma di discriminazione. E ciò non per convinzioni religiose o pregiudizi ideologici, ma per una precisa scelta del legislatore della Carta Costituzionale che ha riconosciuto nel "matrimonio" l'unione di soggetti di sesso diverso. L'opzione da scegliere sarà quella di garantire alle coppie omosessuali «un nucleo comune di diritti e doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia», in quanto formazione sociale tutelata dall'art. 2 della Costituzione. Questa non potrà, però, essere una scelta riservata solo alle unioni gay, ma aperta a tutte le coppie di fatto perché il concetto di formazione sociale dell'art. 2 della Costituzione non può che ricomprendere tutte le forme di unioni omosessuali ed eterosessuali.

** Dottore di ricerca in Politica e "Diritto comparati nella Regione euro-mediterranea".
Università Kore di Enna