

INTRODUZIONE

Il presente elaborato si propone di analizzare in maniera approfondita la legge 20 maggio 2016, n. 76, che rappresenta una riforma storica del diritto di famiglia, sia per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali, sia per la sua rilevanza all'interno della disciplina del matrimonio e della famiglia.

La legge in questione garantisce alle coppie composte da persone dello stesso sesso di ottenere un riconoscimento del loro rapporto e di costituire una famiglia pienamente riconosciuta, con diritti e doveri reciproci e con effetti nei confronti dei terzi.

Si segna, in questo modo, il definitivo superamento del concetto tradizionale di famiglia basato unicamente sull'unione tra un uomo e una donna, aprendo la strada al riconoscimento e alla tutela dei diversi modelli di famiglia che l'evoluzione della società ha portato ad esistenza.

La legge segue la spinta riformista che trova origine nell'epoca dell'introduzione del divorzio negli anni '70 e che è proseguita poi con la riforma della filiazione del 2012, che ha equiparato la posizione del figlio naturale a quello legittimo. In questo modo si è cominciato a sgretolare l'unicità e la centralità del matrimonio come fondamento unico e irrinunciabile della famiglia legittima, considerata la sola ad essere meritevole di tutela giuridica.

Ad aver contribuito, poi, è stata sicuramente anche la Corte di Strasburgo che, tramite un'interpretazione evolutiva delle norme CEDU, ha riconosciuto a tutti il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, senza più far riferimento alla differenza di sesso tra gli sposi. In questo modo è emerso un modello che affianca al matrimonio una varietà di tipi di famiglia, tutti meritevoli di protezione.

Nell'esaminare il contenuto e l'importanza di tale legge, si partirà inizialmente dall'analizzare quella che era la concezione del termine «famiglia» nel periodo antecedente alla legge, specificando il modo in cui tale concetto sia mutato nel corso degli anni, in modo da contestualizzare tale riforma.

Si studieranno, poi, le più rilevanti sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sul tema della tutela della vita familiare delle coppie omosessuali, partendo dalle prime pronunce risalenti al 2010 fino alla condanna dell'Italia nel 2015 nel caso Oliari e altri c. Italia, nel quale il nostro Paese venne sanzionato dalla Corte EDU per non aver previsto ancora, a differenza di quanto era accaduto negli altri Stati, un metodo per dare adeguato

riconoscimento alle unioni tra persone dello stesso sesso. Fu quello il momento di svolta che ha portato il legislatore ad intraprendere l'*iter* per l'approvazione della legge in questione.

Oltre alle sentenze europee, molto importante è stato il contributo offerto dalla giurisprudenza delle Corti nazionali, partendo dalla fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010, che ha rotto il silenzio sul tema delle unioni omosessuali, per la prima volta considerate una formazione sociale che ha il diritto fondamentale di vivere liberamente la sua condizione di coppia e di ottenerne il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri, passando per la pronuncia del 2014, n. 170, sull'irragionevolezza del divorzio imposto alla coppia coniugata in seguito alla rettificazione di sesso di uno dei due coniugi, e arrivando poi alle sentenze dei giudici di merito.

La giurisprudenza ha, quindi, sia a livello europeo che a livello nazionale, messo in luce le problematiche relative alla carenza di un'effettiva disciplina per le coppie omosessuali che in concreto condividevano parte della loro esistenza, senza poter vantare diritti o doveri né nei loro rapporti personali né tantomeno nei confronti della società.

È stato questo che ha portato all'inizio del faticoso *iter* legislativo della legge n. 76, di cui si analizzeranno i singoli passaggi che hanno portato all'approvazione del testo definitivo, emanato il 20 maggio 2016, con il titolo «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze».

Passando poi al contenuto della legge, saranno evidenziate le somiglianze e le differenze che sono state introdotte nel nuovo istituto delle unioni civili rispetto al tradizionale istituto del matrimonio, del quale ricalca grossomodo i contenuti e le finalità, seppur mantenendo, almeno formalmente, le due discipline separate. Maggiore attenzione sarà posta ovviamente sulle differenze, sottolineandone la correttezza o l'eventuale ingiustizia.

Infine, ci si soffermerà sul confronto tra l'istituto introdotto nel nostro ordinamento e quelle che sono state invece le scelte effettuate negli altri Paesi europei, approfondendo in particolar modo il discorso sul Regno Unito, nel quale si sono avvicinati due modelli: inizialmente vi fu l'introduzione di un istituto *ad hoc*, simile alle nostre unioni civili, mentre in seguito venne definitivamente aperta la possibilità di contrarre matrimonio anche alle coppie omosessuali.

Tutto l'*excursus* avrà come scopo quello di mettere in evidenza gli aspetti positivi e negativi di tale legge che, se da una parte ha finalmente raggiunto l'obiettivo di dare alle unioni omosessuali quella tutela e quel riconoscimento dal punto di vista giuridico che

mancava loro, dall'altro ha comunque tenuto il matrimonio un privilegio delle coppie eterosessuali. Essa ha ridotto, ma non azzerato, le diseguaglianze tra i due orientamenti sessuali.

CAPITOLO PRIMO

IL PERCORSO VERSO LA LEGGE.

Sommario: 1. Il mutamento del concetto di famiglia: il contesto in cui è sorta la legge n. 76 del 2016. – 2. I primi passi in Europa: le pronunce della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. – 2.1 Kozac c. Polonia, 2 marzo 2010. – 2.2 Schalk e Kopf c. Austria, 24 giugno 2010. – 2.3 Oliari e altri c. Italia, 21 luglio 2015. La condanna della Cedu all’Italia. – 2.4 Pajić c. Croazia, 23 febbraio 2016. – 3. Nell’ordinamento italiano: la tutela dell’orientamento sessuale nella storia. – 3.1 Il contributo del giudice costituzionale. – 3.1.1 La pronuncia della Corte Costituzionale sull’ammissibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso nel nostro ordinamento. – 3.1.2 La pronuncia della Consulta sul “divorzio imposto” in caso di rettificazione del sesso da parte di uno dei coniugi. – 3.2 Il contributo dei giudici di merito. – 4. Il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali prima della legge: la carenza di una disciplina legislativa.

1. Il mutamento del concetto di famiglia: il contesto in cui è sorta la legge n. 76 del 2016.

Il diritto di famiglia è, più di ogni altra branca, quello maggiormente influenzato dalla tradizione culturale di un paese, che entra nella nostra vita quotidiana, nonché quello che più subisce le evoluzioni della società, dato il suo legame con il costume, la politica e l’etica.

Dopo decenni di assoluta stasi nel diritto di famiglia, gli anni 2000 sono stati caratterizzati, prima nello scenario europeo, poi in quello italiano, da numerose novità, e in particolare da una crescente attenzione per la tutela di situazioni soggettive collegate all’orientamento sessuale. Ciò è espressione di un clima nuovo, dovuto al maturarsi dei tempi e della coscienza sociale, e all’aumentata laicità dello Stato.

La questione che più di altre ha animato il dibattito e sollecitato le coscienze è quella del tipo di riconoscimento da dare alla relazione affettiva tra partner di una coppia omosessuale e della possibilità che questa possa accedere alla filiazione attraverso le tecniche di procreazione medicalmente assistita o attraverso l’istituto dell’adozione¹. Inoltre, l’esistenza di coppie formate da persone dello stesso sesso è oggigiorno una realtà difficile da ignorare, in quanto da indagini si apprende che tali unioni sono parte integrate della vita di molte persone, posto che una quota compresa tra il 40 e il 49% di omosessuali

¹ LORELLO, *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, Torino, 2015, 1.

uomini e tra il 58 e il 70% di omosessuali donne (a seconda dell'età) vive una relazione stabile².

Il dibattito italiano sul matrimonio omosessuale, dopo l'affossamento del progetto dei Di.Co.³, si era totalmente arrestato, il che «è senza dubbio un bene, perché al pubblico è risparmiata la lettura di dichiarazioni di rara bassezza intellettuale e morale come quella pronunciata dal segretario della Conferenza Episcopale Italiana Angelo Bagnasco⁴, secondo il quale l'attribuzione di diritti alle coppie omosessuali conviventi sarebbe il preludio alla legalizzazione dell'incesto e della pedofilia»⁵.

Diversamente dagli altri Paesi, in Italia non era previsto, fino a poco tempo fa, alcun tipo di formalizzazione delle unioni tra persone dello stesso: né il matrimonio, né le *partnership*, ossia una diversa forma di riconoscimento⁶.

Dando uno sguardo alla legislazione degli Stati europei, infatti, la situazione è estremamente variegata, ma in generale diretta a dare riconoscimento alle unioni omosessuali, anche se in modi differenti. Anche laddove (come ad esempio in Spagna o Germania) la Costituzione dedica norme intense al tema della famiglia, tale circostanza non ha impedito di pervenire ad una parità di trattamento tra le famiglie legittime e le unioni omosessuali. Il rispetto dell'eguaglianza e della libertà (anche delle persone omosessuali)⁷, si esprime nell'ambito della famiglia proprio attraverso le normative in tema di *registered partnerships* e figure affini, ed inoltre è fuori dubbio che l'esigenza di tutela della famiglia tradizionale⁸ non si è posta, nella maggioranza delle esperienze europee, quale ostacolo invalicabile ad una civile composizione degli interessi in parola⁹.

Alcuni paesi hanno semplicemente riconosciuto la possibilità per le coppie omosessuali di unirsi in matrimonio, così come ha fatto la Spagna, modificando il proprio codice civile, o l'Olanda; altri paesi invece hanno regolamentato l'unione tra partner dello stesso sesso con un istituto apposito, come la Finlandia, l'Islanda, la Germania, ecc.

² BARBAGLI, COLOMBO, *Omosessuali moderni. Gay e lesbiche in Italia*, Bologna, 2001, 2023.

³ Progetto di legge sui *Diritti e doveri dei conviventi (Di.Co.)* del 2007.

⁴ http://www.corriere.it/Primo_Piano/Cronache/2007/03_Marzo/31/bagnasco_dico_incesto.shtml.

⁵ TINCANI, *Diritto, natura, diritti. L'affaire del matrimonio omosessuale*, in PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, 2008, 173.

⁶ FERRANDO, *Le unioni civili. La situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016, 7, 1771.

⁷ Cfr. Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, art. 1 («Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti»), art. 2 («Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna»), e art. 12 («Nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia»).

⁸ Cfr. art. 16, comma 3, Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, secondo cui «la famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato».

⁹ RICCIO, *La famiglia di fatto*, in UCCELLA (diretto da), *Collana di diritto di famiglia. Gli orientamenti dei tribunali*, vol. 8, Padova, 2007, 170.

La scelta di aprire l'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali è sicuramente da apprezzare, in tal modo si conferma la piena cittadinanza delle persone omosessuali anche nell'ambito della famiglia, evitando così la creazione di figure «separate ma uguali» incapaci di realizzare l'uguaglianza tra tutti i cittadini. Alle *registered partnership*, infatti, non sono sempre riconosciute le stesse prerogative del matrimonio, creando così una gerarchia fra le varie opzioni di unioni¹⁰.

Gli Stati che hanno scelto di istituire una forma di legame riconosciuto, esclusivamente offerto alle coppie omosessuali, hanno ovviamente dato disposizioni che potessero essere utili a regolamentare i rapporti così insorti con effetti giuridici, ma tali effetti non sono estesi a tutte le coppie eterosessuali che non hanno contratto matrimonio. Viceversa, alcuni paesi, piuttosto che consentire il matrimonio tra omosessuali o introdurre una regolamentazione specifica, hanno preferito disciplinare giuridicamente le coppie di fatto ritenendo che tra queste potessero rientrare anche le coppie omosessuali, così come ha fatto la Francia con i Pacs¹¹.

Nella disciplina del codice civile la differenza di sesso tra gli sposi costituiva condizione implicita, ma sicura, per contrarre matrimonio. E conseguentemente la giurisprudenza escludeva che le coppie dello stesso sesso potessero contrarre matrimonio in Italia od ottenere il riconoscimento di quello celebrato all'estero. Tale situazione comportava una grave insufficienza di tutela di diritti fondamentali, e di grande aiuto è stata la spinta riformista europea. Nel processo di trasformazione del diritto di famiglia italiano, infatti, l'influenza europea ha avuto notevole rilievo, inizialmente solo in via di principio, successivamente in forza delle decisioni della Corte europea e dell'efficacia delle stesse. Per molti anni, l'influenza è stata però inibita dal contesto culturale italiano, improntato ad un clima di minore laicità e maggiore ancoraggio alla tradizione, con la conseguente creazione di un *gap* tra legislazione europea e legislazione nazionale¹².

Le coppie dello stesso sesso, al pari di quelle conviventi di sesso diverso, erano prive di adeguata tutela con riguardo ad una molteplicità di questioni inerenti ai rapporti di coppia (specie alla fine della vita comune), nei confronti dei terzi e nei confronti delle istituzioni. In verità, per le coppie dello stesso sesso la questione era ancora più complicata, poiché per loro il riconoscimento formale del rapporto che li legava era totalmente negato. Mentre le

¹⁰ BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, in SESTA (diretto da), *Nuovi percorsi di diritto di famiglia*, Milano, 2005, 26.

¹¹ MOTTOLA, *Famiglia e unioni di fatto*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza, vol. I, La famiglia, le persone*, Milano, 2008, 322 ss.

¹² DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Milano, 2016, 3.

coppie di sesso diverso, qualora l'avessero voluto, avrebbero potuto assumere col matrimonio un vincolo efficace nei rapporti tra loro e nei confronti di tutta la società, in Italia per le coppie dello stesso sesso non era prevista la possibilità di formalizzare il legame di affetto e il reciproco impegno di solidarietà e responsabilità¹³.

La necessità di una regolamentazione, quindi, si faceva sempre più palese, soprattutto sotto la spinta dei numerosi matrimoni tra omosessuali celebrati all'estero, in Paesi dove esisteva già un istituto *ad hoc*, che non potevano essere registrati regolarmente in Italia. Serviva quindi un passo decisivo verso una nuova idea di famiglia, non più basata sull'unico vincolo matrimoniale tra uomo e donna, ma che potesse adeguarsi alle nuove esigenze della società.

I principi di fondo che devono essere richiamati si identificano nei concetti di rispetto della vita familiare e non discriminazione. In base ai principi europei si devono pertanto considerare illecite ingerenze dello Stato nella vita familiare anche le disposizioni con le quali sia vietato, per determinate categorie di cittadini, costruire una famiglia o costruirla nel modo in cui la propria natura e le proprie inclinazioni consigliano¹⁴.

Di fronte al movimento di pensiero prevalso in sede comunitaria, vi era una legislazione italiana che, come detto, racchiudeva in sé principi di ispirazione cattolica e di tradizione romanistica¹⁵. Com'è noto, infatti, fino agli anni '60, nel diritto penale esistevano ancora gli artt. 559 e 560, che punivano la moglie adultera con la reclusione fino ad un anno, mentre il marito era punito solo se manteneva una concubina nella casa coniugale o notoriamente altrove. Tali articoli vennero abrogati non per volontà del legislatore, ma per effetto di interventi della Corte Costituzionale¹⁶.

Ciò mostra quale fosse la mentalità dell'epoca, dove si consentiva al diritto di intervenire in tali vicende, e il punto di partenza che ha portato ad una radicale modifica di cultura e costumi, ad una maturazione sociale per effetto della quale il matrimonio e i comportamenti che avvengono al suo interno non sono più oggetto di controllo da parte dello Stato, ma restano nella sfera privata dei cittadini.

Già attraverso la l. 10 dicembre 2012, n. 219, (Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio), il legislatore, con lo scopo di eliminare ogni diversità tra i figli nati nel matrimonio e quelli nati al di fuori di esso, ha inaugurato una nozione di

¹³ FERRANDO, *Le unioni civili*, cit., 1771.

¹⁴ DE FILIPPIS, *Unioni civili*, cit., 3.

¹⁵ DE FILIPPIS, *Unioni civili*, cit., 4.

¹⁶ C. Cost., 27 novembre-3 dicembre 1969, n. 147, in *Gazz. Uff.* 10 dicembre 1969, n. 311; DE FILIPPIS, *Unioni civili*, cit. 4.

famiglia nella quale risulta depotenziato il ruolo dello stesso istituto matrimoniale. La l. n. 219/2012 ha, infatti, attribuito centralità ad un modello di famiglia fondato sulla mera procreazione, di cui il vincolo coniugale non costituisce più la colonna portante, e suscettibile di attrarre a sé le forme concrete che la realtà familiare ha via via assunto nel contesto sociale (si pensi anche al fenomeno della famiglia c.d. «ricomposta»)¹⁷.

Il processo in questione comprende due diversi aspetti: da un lato la posizione ed i diritti di coloro i quali, pur scegliendo di vivere un rapporto di coppia, non intendano sposarsi, e dall'altro le coppie formate da persone dello stesso sesso, le quali vogliano veder riconosciuto il loro rapporto.

La legge n. 76 del 2016 fa, dunque, la sua apparizione in un contesto in cui si è già sgretolato il rapporto biunivoco tra famiglia e matrimonio, cominciando dall'entrata in vigore della legge sul divorzio, passando attraverso la riforma del diritto di famiglia e ricevendo ulteriori colpi dalla legge sull'affidamento condiviso, nonché dalla riforma della filiazione. E quale nuovo stadio di tale percorso, si pone ora, per l'appunto, la disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, che è contenuta nei commi 1-35 dell'articolo unico di cui si compone la l. n. 76/2016 (la quale, complessivamente, è costituita da 69 commi). Qui l'unione civile viene espressamente definita dal comma 1 come una «specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione», e quindi meritevole di tutela al pari della famiglia e delle altre formazioni così definite¹⁸.

C'è da riconoscere, però, che la legge lascia questo percorso incompiuto, concretandosi la scelta del legislatore nella sola creazione di un istituto apposito corrispondente ad un «quasi-matrimonio» e non invece, come sarebbe stato opportuno, nella possibilità per le coppie omosessuali di contrarre matrimonio civile. La legge quindi accorcia, ma non elimina, la distanza tra le coppie omosessuali che chiedono di poter consolidare la loro unione e le coppie eterosessuali nella stessa condizione¹⁹.

Ciò che occorre chiedersi è se la strada intrapresa sia innanzitutto compatibile con i principi costituzionali e, nell'ipotesi affermativa, se vada valutata positivamente o meno, o se possa configurare un attentato alla stabilità e all'integrità del modello tradizionale di

¹⁷ CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in BLASI, CAMPIONE, FIGONE, MECENATE, OBERTO (a cura di), *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, 1 ss.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ WINKLER, *Verso la legge sulle unioni civili*, in BUFFONE, GATTUSO, WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017, 11.

famiglia fondato sul matrimonio²⁰. Sul tema, una parte della dottrina²¹ perviene a conclusioni negative sia sulla legittimità che sulla correttezza di una ricostruzione in chiave familiare delle unioni di fatto. Per tale corrente di pensiero, l'art. 29 Cost. costituirebbe un ostacolo insormontabile al riconoscimento di altri modelli familiari rispetto all'unione coniugale; la soluzione contraria non potrebbe peraltro fondarsi sul dettato dell'art. 2 Cost., perché la formazione sociale familiare tutelata dall'ordinamento sarebbe solo quella delineata dall'art. 29²². Proprio per questa ragione sarebbe precluso all'interprete e al legislatore adottare soluzioni o iniziative tendenti ad assimilare alla famiglia legittima altre forme di unioni affettive²³. Per tale dottrina quindi una regolamentazione organica delle unioni non matrimoniali potrebbe aggravare la crisi della famiglia già in atto, portando alla sua disgregazione fino a sancirne la morte²⁴.

La tutela privilegiata della famiglia legittima troverebbe giustificazione nel fatto che gli sposi hanno operato una scelta in virtù della quale essi si impegnano a realizzare una comunione di vita fondata su alcuni doveri fondamentali, mentre i conviventi hanno inteso rimanere liberi, rimettendo alla spontanea attuazione la realizzazione di un modello di vita simile a quello matrimoniale²⁵. Le differenze tra famiglia e convivenza *more uxorio* si possono facilmente ritrovare nella stabilità e nella certezza che sono presenti nella prima e assenti nella seconda, fondata piuttosto sull'affettività senza alcun vincolo o impegno²⁶.

Il carattere familiare dell'unione viene poi ancor più decisamente negato per quanto riguarda le coppie omosessuali, quasi ignorate da tale parte della dottrina²⁷. Ciò che viene

²⁰ AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2016, 3, 367.

²¹ TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 19 ss.; RUGGERI, «Strane» idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche e implicazioni di ordine istituzionale, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del Convegno dell'Associazione Gruppo di Pisa, Catania 7-8 giugno 2013, Napoli, 2014, 331 ss.; BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 520 ss.; GIACOBBE, *Famiglia, molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. e fam.*, 2006, 1219 ss.

²² Per tale dottrina, infatti, non sarebbe possibile sostenere che le unioni di fatto rientrino nella previsione dell'art. 2 Cost., poiché questa tutela non ogni formazione sociale, ma solo quelle conformi ai principi costituzionali, e infatti l'art. 29 Cost. sarebbe una specificazione dell'art. 2, che precisa che tra le formazioni sociali riconosciute e tutelate non rientra qualunque tipo di famiglia, ma solo quella fondata sul matrimonio. V. ad es., MENGONI, *La filiazione fuori dal matrimonio*, in *La forma del diritto di famiglia*, Padova, 1972, 143, citato da MOTTOLA, voce *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV ed., 2010, 577.

²³ AULETTA, *Disciplina*, cit., 368.

²⁴ TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait!*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 329 ss.

²⁵ L'esigenza di rispettare la volontà dei conviventi è l'argomento invocato per escludere un intervento della legge, lasciando all'autonomia privata il compito di disciplinare la convivenza: v., ad es., QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1988, 28 ss. Parte della dottrina, infatti, riteneva positiva la mancanza di regolamentazione delle coppie di fatto, perché il legislatore avrebbe invaso una sfera esclusivamente discrezionale della coppia, violando il diritto di autodeterminarsi a piacimento e così regolamentare i propri rapporti. MOTTOLA, *Famiglia di fatto*, cit., 576.

²⁶ MOTTOLA, *Famiglia di fatto*, cit., 572.

²⁷ AULETTA, *Disciplina*, cit., 370.

lamentato è che, a prescindere da qualsiasi valutazione religiosa, morale, sociale e psicologica, l'unione denominata «matrimonio» si caratterizza per la sua idoneità alla procreazione e alla perpetuazione della specie. L'esclusione deriva quindi dalla totale inconciliabilità tra una coppia omosessuale e la tradizionale nozione di matrimonio. In altre parole, «vi è altrettanta discriminazione rispetto agli omosessuali, nel precludere loro il matrimonio, quanta ve ne è nei confronti dei minorenni, nel precludere a questi lo *status* di maggiorenni»²⁸.

A questa corrente di pensiero se ne contrappone un'altra, ormai maggioritaria, secondo la quale è da privilegiare invece un'interpretazione sistematica ed evolutiva del dettato costituzionale, intesa a valorizzare i mutamenti sociali verificatisi nel tempo²⁹. Per questa parte della dottrina, l'art. 29 Cost. non deve necessariamente leggersi in chiave definitoria della famiglia, ma come enunciato che impone al legislatore di assicurarle adeguata tutela. È dunque condivisibile l'idea di coloro che individuano nella famiglia legittima il modello privilegiato dall'ordinamento, ma senza escludere la legittimità di opzioni normative che tutelino le altre forme di unione affettiva. In questa interpretazione, l'accento viene posto sulla capacità e sull'attitudine della famiglia a svolgere la funzione di cui all'art. 2 Cost., garantendo il libero sviluppo della personalità e i diritti inviolabili di ciascuno dei componenti. Da ciò discende l'implausibilità sia di ogni configurazione che miri ad imporre un modello chiuso di famiglia, sia di ogni gerarchizzazione della famiglia legittima rispetto ad altre forme di convivenza familiare. Il *favor matrimonii* di cui all'art. 29 Cost. impone di non ignorare e non relegare ad una posizione deteriore le famiglie legittime, ma non esprime alcun disvalore per le famiglie di fatto, luoghi altrettanto adeguati e fondamentali per lo sviluppo della personalità³⁰.

Va notato quindi che l'esclusione del matrimonio egualitario ha avuto luogo essenzialmente per una «mancanza di volontà e capacità politica, nascosta dietro l'alibi di insussistenti vincoli costituzionali»³¹ concernenti l'art. 29 della Costituzione. La cesura rispetto al passato resta comunque evidente, dal momento che d'ora in poi le unioni

²⁸ SCHLESINGER, *Una risoluzione del Parlamento europeo sugli omosessuali*, in *Corr. giur.*, 1994, 4, 393 ss.

²⁹ LIPARI, *Il futuro del diritto, le relazioni personali e i diritti delle coppie omosessuali*, in *Foro it.*, 2015, V, 19 ss.; SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità dell'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1043 ss. e 1287 ss.; ID., *La famiglia nella cultura del nostro tempo*, in *Dir. e fam.*, 2002, 700 ss.; SANDULLI, *Commento all'art. 29 cost.*, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, Padova, 1992, 7 ss.

³⁰ PEZZINI, *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in ID. (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, cit., 103 ss.

³¹ GATTUSO, *Cosa c'è nella legge sulle unioni civili: una prima guida*, in <http://www.articolo29.it/2016/cosa-ce-nella-legge-sulle-unioni-civili-una-prima-guida/>.

omosessuali non dovranno più vivere all'ombra della legge, ma sono espressamente rappresentate nella loro dignità costituzionale e nella loro consistenza giuridica come famiglie a tutti gli effetti³².

Ciò che sarebbe stato utile comprendere è che il riconoscimento del matrimonio omosessuale amplia l'accesso al matrimonio a categorie che ne sono escluse, ma nulla toglie alla famiglia tradizionale. Lo conferma anche il fatto che la tutela della famiglia tradizionale non ha impedito, in moltissime esperienze, il riconoscimento delle *partnership* o del matrimonio omosessuale e in Italia non ha impedito il riconoscimento del diritto di sposarsi ai transessuali (legge. n. 164/1982)³³.

2. I primi passi in Europa: le pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Nel contesto europeo, protagonista della lotta contro la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale è la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Sin dagli anni Ottanta, la Cedu si è proposta come garante dei diritti delle coppie omosessuali, in un ambito caratterizzato da una profonda diversità di orientamenti negli Stati aderenti, dove ciascuno ha la possibilità di regolamentare un diritto riconosciuto dalla Cedu in base ai caratteri del proprio sistema costituzionale³⁴.

La Convenzione europea per la salvaguardia di diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è il trattato che ha maggiormente marcato gli sviluppi più significativi nella tutela dell'orientamento sessuale. La Corte di Strasburgo ha infatti censurato norme penali che punivano l'omosessualità tra adulti consenzienti³⁵ o che prevedevano una diversa età del consenso per rapporti sessuali tra uomini rispetto a quella prevista per rapporti sessuali tra persone di sesso diverso³⁶, o altri aspetti di disparità di trattamento basata sull'orientamento sessuale della parte³⁷.

Sia nella Convenzione (art. 8) che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 7), viene garantito ai singoli il diritto al rispetto della vita privata e familiare, ma nei due testi si rinviene una considerazione in termini differenti del matrimonio e della famiglia. Per l'art. 12 della Cedu «uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e

³² WINKLER, *Verso la legge*, cit., 11.

³³ FERRANDO, voce *Il matrimonio civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV ed., 2014, 428.

³⁴ LORELLO, *Coppie omosessuali*, cit., 4.

³⁵ Ad es., Corte EDU, *Dungeon c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981, in *Foro it.*, 1982, IV, 177.

³⁶ Ad es., Corte EDU, *L. e V. c. Austria*, 9 gennaio 2003.

³⁷ BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, cit., 7.

di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto»; nella Carta dell'Unione europea, all'art. 9, si prevede che «il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

Riguardo a questo nucleo la Corte ha costruito nel tempo un livello ed una modalità spesso uniforme di protezione, con l'effetto di restringere le possibili scelte degli Stati e talora rischiando di imporre loro una versione del diritto difforme rispetto all'impianto costituzionale di ciascuno³⁸.

Partendo da questi presupposti, analizziamo le pronunce più importanti della Cedu sul tema.

2.1 *Kozac c. Polonia, 2 marzo 2010.*

Un primo significativo intervento del giudice europeo sul tema delle unioni omosessuali si ha con la decisione del caso *Kozac c. Polonia* del 2 marzo 2010³⁹.

Una coppia di cittadini polacchi, entrambi di sesso maschile, aveva convissuto in un appartamento preso in affitto da uno dei due. Alla morte di questo, al signor Kozac, suo convivente, era stato negato il diritto di succedere al partner nel contratto di affitto, poiché la loro relazione non costituiva «coabitazione maritale di fatto», data la natura omosessuale della loro relazione.

Il signor Kozac, quindi, lamentava la violazione del divieto di discriminazione *ex art. 14 Cedu*⁴⁰, e quella dell'art. 8 Cedu, relativo al rispetto della vita privata e familiare.

Nel definire la portata dell'art. 14, la Corte ricorda che non tutte le differenze di trattamento danno luogo ad una discriminazione, poiché gli Stati godono di un margine di apprezzamento nello stabilire un trattamento giuridico differente in situazioni simili. Ma questo, come afferma la sentenza, non è ragionevolmente giustificabile se non persegue un fine legittimo o se non è ragionevolmente proporzionato allo scopo da realizzare⁴¹. Nel caso in cui una differenza di trattamento sia basata sul sesso o sull'orientamento sessuale,

³⁸ LORELLO, *Coppie omosessuali*, cit., 5.

³⁹ Appl. n. 3. 13102/02, in *Famiglia e dir.*, 2010, 873.

⁴⁰ Art. 14, 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».

⁴¹ Corte EDU, *Kozac c. Polonia*, 2 marzo 2010, par. 91. LORELLO, *Coppie omosessuali*, cit., 7.

prosegue la Corte, il margine di apprezzamento lasciato agli Stati è ridotto e il principio di proporzionalità non richiede solo che la misura adottata sia idonea a realizzare lo scopo perseguito, ma occorre dimostrare che essa sia necessaria nel caso concreto⁴².

Dall'esame della vicenda si ricava che al signor Kozac era stato negato il diritto di succedere nel contratto di locazione del suo convivente defunto solo a causa del suo orientamento sessuale, fondando la decisione sull'esigenza di proteggere la famiglia in senso tradizionale, così come prevista dall'art. 18 della Costituzione polacca. Tuttavia, ritiene la Corte, un'esclusione di questo tipo non può ritenersi necessaria alla protezione della famiglia tradizionale, dando luogo alla violazione degli artt. 8 e 14 Cedu, appunto perché non c'è proporzionalità tra lo scopo perseguito e il mezzo adottato⁴³. Ciò che evidenzia la Corte è che non esiste un «solo modo e una sola scelta nel modo di condurre o vivere la propria vita familiare o privata»⁴⁴; la famiglia tradizionale ne è un esempio, ma ci possono essere altre possibilità, come appunto la relazione omosessuale.

Tale decisione appare quindi come un primo riconoscimento al valore della relazione e della stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso.

2.2 *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010.

Il passo successivo e decisivo è compiuto dalla Cedu qualche mese dopo, con la sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* del 24 giugno 2010⁴⁵.

La vicenda riguardava una coppia omosessuale di cittadini austriaci che, non potendo accedere al matrimonio o ottenere alcun riconoscimento giuridico alla loro unione in virtù della legislazione nazionale, si era rivolta alla Corte lamentando la violazione dell'art. 12 Cedu (diritto di sposarsi) e degli artt. 8 e 14.

C'è da precisare che, prima della decisione, era intervenuta la legge austriaca sulle unioni registrate del 2010, che introdusse l'unione civile registrata solo per persone dello stesso sesso, riconnettendovi effetti simili al matrimonio.

La sentenza della Corte di Strasburgo è attuale ed interessante perché finalmente i giudici europei hanno fornito un'interpretazione dell'art. 12 della Convenzione in materia di

⁴² *Ivi*, par. 92.

⁴³ *Ivi*, par. 99.

⁴⁴ *Ivi*, par. 98.

⁴⁵ Appl. n. 30141, con nota di WINKLER, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 1137.

matrimonio, ribadendo la definizione tradizionale dell'istituto come unione tra un uomo e una donna e riservando così ai legislatori nazionali la scelta del modo in cui regolamentare le unioni omosessuali nei rispettivi ordinamenti. La Corte ha altresì risposto in modo negativo alla domanda se l'esclusione delle coppie gay e lesbiche dall'istituto coniugale configuri, in virtù del combinato disposto degli artt. 8 e 14 della Convenzione, un'illegittima discriminazione fondata sull'orientamento sessuale⁴⁶. È su questi punti che la Corte ha effettuato le proprie considerazioni.

Il matrimonio è sempre stato considerato un'esclusiva delle coppie eterosessuali, elemento questo non modificabile senza scardinare l'essenza stessa del matrimonio. A livello europeo però si nota sempre di più la tendenza all'apertura di tale istituto verso le coppie omosessuali. All'interno di questo dibattito deve collocarsi la contraddizione interna allo stesso art. 12 della Convenzione. Nello stabilire che «uomini e donne, in età matrimoniale, hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto», la norma si fonda infatti su di un difficile equilibrio tra il nocciolo duro dell'istituto («il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia»), e l'esigenza di riservare alla discrezionalità dei legislatori nazionali taluni aspetti dell'istituto, che atterrebbero invece al mero «esercizio» di tale diritto. A sua volta l'art. 12 deve confrontarsi col divieto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale sancito da una giurisprudenza ormai consolidata⁴⁷.

Né l'esigenza di considerare la Convenzione come uno «strumento vivente»⁴⁸, nel senso di consentire un'interpretazione estensiva delle norme e poterle adattare alle evoluzioni sociali, né il richiamo all'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che non fa riferimento a uomo e donna, possono consentire, per la Corte, di desumere dall'art. 12 un obbligo positivo per gli Stati di aprire l'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali⁴⁹. Per la Corte quindi non vi è violazione dell'art. 12 Cedu, poiché quello che devono fare gli Stati non è estendere il matrimonio alle coppie omosessuali, ma riconoscere loro un diverso tipo di tutela, in virtù dell'art. 8.

Il passo in più che compie la Corte è quello di chiedersi se le relazioni omosessuali possano costituire «vita familiare». La giurisprudenza precedente, infatti, era chiaramente nel senso che la qualifica di «vita familiare» di cui all'art. 8 fosse riservata unicamente al contesto della famiglia «legittima» formata da persone di sesso diverso. Per contro, alle

⁴⁶ WINKLER, *Le famiglie omosessuali*, cit., 1149.

⁴⁷ *Ivi*, 1150.

⁴⁸ Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, par. 57.

⁴⁹ *Ivi*, par. 60 ss.

coppie omosessuali poteva essere riconosciuta al massimo una garanzia di rispetto della loro «vita privata». L'unico contesto nel quale era possibile per le persone omosessuali essere tutelate in un contesto propriamente «familiare» era quello omogenitoriale, nel quale cioè fossero presenti figli biologici. Secondo questa visione, al termine «famiglia» potevano essere assimilate esclusivamente le relazioni non coniugali ma di convivenza come quelle tra uomo e donna, le quali «meritano una protezione particolare all'interno della società»⁵⁰. Anche dove si sono registrate aperture, pertanto, la Corte si è sempre mostrata estremamente esitante a passare dal primo («rispetto della vita privata...») al secondo nucleo («...e della vita familiare») dell'art.8 della Convenzione.

Con la sentenza in questione, invece, la Corte sembra aver cambiato idea, e la risposta positiva viene ricostruita sulla base di elementi diversi: l'attribuzione ormai consolidata dello status di famiglia alle coppie eterosessuali non unite in matrimonio; la rapida evoluzione sociale registratasi negli Stati membri riguardo alle unioni omosessuali; l'adozione di normative europee che includerebbero le coppie omosessuali nella nozione di famiglia⁵¹. Tutto ciò per la Corte rende artificiale ritenere ancora che le coppie omosessuali, diversamente da quelle eterosessuali, non possano godere dello status di «vita familiare», e le consente di valutare se i ricorrenti abbiano subito una discriminazione, vietata dall'art. 14 Cedu, nel trattamento della loro vita privata e familiare⁵².

Anche in questo caso, tuttavia, la Corte esclude che vi siano state violazioni della Cedu e che dall'art. 14 possa desumersi un obbligo per gli Stati di consentire all'apertura del matrimonio alle coppie omosessuali, e ciò sia per il margine di apprezzamento di cui questi godono, sia perché lo Stato austriaco è intervenuto con un'apposita disciplina, che ha dato ai ricorrenti la possibilità di ottenere un riconoscimento giuridico⁵³.

In definitiva, nonostante non si ravvisi alcuna violazione della Cedu, il giudice europeo ha raggiunto comunque il suo obiettivo di configurare la relazione omosessuale come una delle diverse forme che la vita familiare può assumere, facendola ricadere nella sfera di protezione dell'art. 8 Cedu. La via da perseguire per dare tutela a tali forme di relazioni non è, quindi, quella di estendere a queste la possibilità di celebrare il matrimonio, opzione difficilmente percorribile viste le varie resistenze derivanti dalle idee tradizionaliste e

⁵⁰ WINKLER, *Le famiglie omosessuali*, cit., 1152.

⁵¹ Corte EDU, Schalk e Kopf c. Austria, 24 giugno 2010, parr. 91-93.

⁵² LORELLO, *Coppie omosessuali*, cit., 10.

⁵³ Corte EDU, Schalk e Kopf c. Austria, 24 giugno 2010, parr. 96 ss. e 105 ss.

religiose, ma ricomprenderle nel *genus* di famiglia, così da invitare gli Stati a fornire loro adeguata protezione⁵⁴.

2.3 *Oliari e altri c. Italia, 21 luglio 2015. La condanna dell'Italia.*

Il passo più importante compiuto dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo fu la decisione presa il 21 luglio 2015 nel caso *Oliari e altri c. Italia*, dalla quale scaturì una condanna all'Italia per la mancata previsione da parte del legislatore, nonostante i numerosi solleciti delle sue superiori Corti, di un istituto giuridico diverso dal matrimonio che riconosca una relazione tra persone dello stesso sesso, poiché la carenza di riconoscimento giuridico delle dette unioni determinava una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare come enunciato dall'art. 8 Cedu.

La pronuncia trae origine da due ricorsi riuniti (n. 18766/11 e 36030/11) presentati da tre coppie di persone con identità di genere: i signori Oliari e A., Felicetti e Zappa, Zaccheo e Perelli Cippo. Nel primo caso, Oliari e A. (ricorrente che ha ottenuto l'anonimato) avevano impugnato presso il Tribunale di Trento, senza esito favorevole, il diniego opposto dall'ufficiale dello stato civile di procedere con le pubblicazioni di matrimonio. Anche in grado di appello, in seguito, si erano visti rigettare il ricorso. Ugualmente i signori Felicetti e Zappa, conviventi, avevano richiesto all'ufficiale dello stato civile di porre in essere le procedure finalizzate alle pubblicazioni, ma non avevano successivamente attivato alcuna azione per opporsi al decreto di rifiuto. La medesima richiesta era stata anche presentata dai signori Zaccheo e Perelli Cippo, i quali avevano impugnato il diniego dell'ufficiale dello stato civile solo in primo grado.

Pur non avendo i ricorrenti esaurito i rimedi interni predisposti dall'ordinamento italiano, la Corte di Strasburgo ha ritenuto i ricorsi ricevibili, poiché le coppie non avevano alcuna possibilità di porre rimedio all'assenza di un qualsiasi riconoscimento giuridico delle loro unioni in Italia. Dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 138 del 2010, di cui tratteremo in seguito, infatti, in Italia diveniva permanente l'impossibilità di pretendere dai giudici comuni la garanzia di diritti che soltanto le Camere avrebbero potuto introdurre.

La Corte si concentra, in primo luogo, sull'analisi del caso alla luce dell'art. 8 Cedu, affermando nuovamente che lo Stato, in relazione a determinate finalità, gode di un certo

⁵⁴ LORELLO, *Coppie omosessuali*, cit., 11.

marginale di apprezzamento, ma, laddove siano implicati aspetti particolarmente importanti della vita privata, lo spazio di discrezionalità statale può essere soggetto a restrizioni. Solo ove non sussista un orientamento comune sul punto tra gli Stati membri il margine di apprezzamento potrebbe risultare più ampio. In tal caso, nell'ambito dei diritti degli omosessuali, era ancora esistente la difformità tra le legislazioni nazionali e, di conseguenza, si continuava a riconoscere un discreto margine di apprezzamento alle autorità nazionali.

Facendo un esplicito riferimento agli orientamenti da essa offerti in tema di diritti delle coppie *same-sex* (citando ad esempio la decisione nel caso Schalk e Kopf c. Austria), la Corte ribadisce, tuttavia, che le coppie formate da persone con identità di genere si caratterizzano per la stessa capacità di dare vita a una relazione stabile, e hanno la medesima esigenza di riconoscimento giuridico di quelle formate da persone di sesso diverso⁵⁵.

La decisione richiama, in seguito, le precedenti pronunce delle Corti italiane⁵⁶, che avevano sempre rigettato le richieste delle coppie omosessuali di poter accedere al matrimonio o di poter ottenere la trascrizione nei pubblici registri dei matrimoni celebrati all'estero, sulla base dell'art. 29 della Costituzione e delle norme del codice civile, passando poi ad analizzare la vigente normativa sui contratti di convivenza.

La tutela delle coppie conviventi *more uxorio* era sempre stata tratta dall'art. 2 Cost., così come interpretato in diverse pronunce dei tribunali nel corso degli anni. In tempi più recenti (a partire dal 2012) le sentenze nazionali hanno ritenuto che anche le coppie omosessuali conviventi fossero meritevoli di siffatta tutela. Per colmare la lacuna, a decorrere dal 2013⁵⁷ è stato possibile stipulare «contratti di convivenza», ossia scritture private la cui forma non è specificatamente prevista dalla legge e che possono essere sottoscritte da persone conviventi, tra le quali sussista una relazione genitoriale, ovvero che siano partner, amici, semplici coinquilini o badanti, ma non da coppie sposate. Tali

⁵⁵ PARISI, *Verso una tutela nazionale e sovranazionale delle unioni (matrimoniali e civili) tra persone dello stesso sesso? Riflessioni a margine del caso Oliari e altri contro Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2016, 5, 11 ss.

⁵⁶ Ad esempio, C. Cost., 15 aprile 2010, n. 138; Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, che nega il diritto di due cittadini italiani dello stesso sesso ad ottenere la trascrizione del loro matrimonio contratto nei Paesi Bassi, perché inidoneo a produrre qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano.

⁵⁷ I notai italiani iniziarono nel dicembre 2013 a sottoscrivere i contratti tra conviventi, per garantire quelle tutele giuridiche che lo Stato ancora non dava. L'iniziativa, anticipata dal Consiglio nazionale del Notariato con il "*Contratti di convivenza open day*", servì per tenere alta l'attenzione su un argomento che riguardava un numero sempre crescente di coppie anche in Italia e fu accompagnato da una proposta di legge presentata alla Camera; http://www.repubblica.it/cronaca/2013/11/30/news/contratti_di_convivenza_oggi_l_open_day_dei_notai-72342996/; <http://www.notariato.it/it/famiglia/contratti-di-convivenza>.

contratti disciplinano principalmente gli aspetti economici della convivenza, della cessazione della convivenza e dell'assistenza in caso di infermità o incapacità⁵⁸. Questi accordi, però, non sarebbero sufficienti a fornire un'adeguata risposta giuridica nei riguardi di alcuni aspetti fondamentali per la regolamentazione di una relazione stabile di coppia (ad esempio per quanto concernono i diritti e gli obblighi reciproci, gli impegni di supporto economico e i diritti di successione). Né tantomeno sarebbero adeguati a soddisfare le esigenze delle coppie omosessuali i registri delle unioni civili, a causa del loro mero carattere simbolico⁵⁹.

La Corte rileva, inoltre, come nel diritto italiano non vi sia alcuna alternativa al matrimonio, né per le coppie omosessuali, né per quelle eterosessuali, e che gli inviti presentati al legislatore da parte della Corte Costituzionale e delle istituzioni europee di dare alle coppie composte da persone dello stesso sesso un riconoscimento giuridico, sono rimasti totalmente inascoltati⁶⁰.

La Corte aveva già dovuto affrontare questione concernenti l'assenza di riconoscimento delle unioni omosessuali. Tuttavia, nella causa *Schalk e Kopf c. Austria*, quando la Corte ha emesso la sentenza, i ricorrenti avevano già ottenuto la possibilità di contrarre un'unione registrata. La Corte aveva pertanto dovuto determinare solamente se lo Stato convenuto avrebbe dovuto fornire ai ricorrenti uno strumento alternativo di riconoscimento giuridico della loro unione prima di quando lo ha fatto (vale a dire prima del 1 gennaio 2010). Tenendo conto del fatto che la materia in questione riguardava diritti in evoluzione, sui quali non vi era ancora un accordo consolidato, e rispetto ai quali gli Stati godevano di un margine di discrezionalità relativamente ai tempi dell'introduzione di modifiche legislative, la Corte concluse, pertanto, che, pur non essendo all'avanguardia, il legislatore austriaco non poteva essere biasimato per non aver introdotto la legge sulle unioni registrate prima del 2010. Nel caso in questione, invece, i ricorrenti non avevano ancora la possibilità di contrarre un'unione civile od ottenere la registrazione della loro unione in Italia. La Corte doveva pertanto determinare se l'Italia, alla data dell'analisi, ovvero nel 2015, non avesse ottemperato all'obbligo positivo di garantire il rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti, in particolare mediante la previsione di un quadro giuridico che consentisse loro di far riconoscere e tutelare la loro relazione ai sensi del diritto interno⁶¹.

⁵⁸ Corte EDU, *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, parr. 39 ss.

⁵⁹ *Ivi*, parr. 42 ss.

⁶⁰ *Ivi*, par. 45.

⁶¹ *Ivi*, parr. 163-164.

La Corte, all'epoca dei fatti, aveva già riconosciuto che le coppie omosessuali necessitavano di riconoscimento giuridico e di una tutela della loro relazione, e tale stessa esigenza era stata espressa dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, che aveva raccomandato al Comitato dei Ministri di esortare gli Stati membri «ad adottare leggi che prevedano le unioni registrate» già quindici anni fa, e più recentemente dal Comitato dei Ministri (nella sua raccomandazione CM/Rec(2010)5) che ha invitato gli Stati membri, quando la legislazione nazionale non riconosce o non conferisce diritti né obblighi alle unioni registrate tra persone dello stesso sesso, a prendere in esame la possibilità di fornire alle coppie dello stesso sesso i mezzi giuridici per ottenere tale riconoscimento. I ricorrenti del caso di specie, che non possono sposarsi, non hanno, quindi, potuto avere accesso a uno specifico quadro giuridico in grado di permettere il riconoscimento del loro status e garantire loro i diritti relativi ad una coppia che ha una relazione stabile⁶².

Al termine di questo lungo iter argomentativo, la Corte, constatando l'assenza di un rilevante interesse pubblico in grado di poter avallare un contenimento degli interessi individuali, il mancato rispetto delle indicazioni proposte dagli organi giurisdizionali interni, il favore popolare per la regolamentazione legale delle convivenze omosessuali, giunse alla conclusione che il Governo italiano abbia valicato i limiti di utilizzo lecito del proprio margine di apprezzamento e non sia riuscito a garantire un quadro giuridico disciplinante il riconoscimento e la protezione delle unioni dello stesso sesso. Su queste basi, la Corte accerta quindi una violazione dell'art. 8 Cedu, ma non dell'art. 12, per le stesse motivazioni addotte nel caso *Schalk e Kopf*⁶³.

Per la violazione dell'art. 8 e per i numerosi inviti a provvedere rimasti inascoltati, lo Stato italiano venne condannato a risarcire i ricorrenti per i danni conseguenti dalla negazione dei loro diritti, spingendo il legislatore a muovere i passi decisivi verso l'approvazione definitiva della legge sulle unioni civili.

Traendo delle conclusioni da questa decisione, è da ritenersi positivo che la magistratura europea abbia esordito tenendo conto della dimensione personale e irrinunciabile del rapporto tra persone dello stesso sesso, considerata una fondamentale modalità di espressione della vita privata e familiare, ponendo l'accento sulla perfetta eguaglianza tra le relazioni eterosessuali e quelle omosessuali. Essendo questa una realtà sociale con

⁶² *Ivi*, parr. 166-167.

⁶³ PARISI, *Verso una tutela nazionale*, cit., 18.

particolari esigenze di protezione, è da giudicarsi positivamente che per la Corte tali obblighi siano ritenuti elusi dall'ordinamento italiano.

Un ulteriore aspetto apprezzabile delle decisioni rese nel caso in questione attiene alle valutazioni relative alla presunta contrapposizione tra gli interessi collettivi, rappresentati dal Governo italiano, e quelli sostenuti dai ricorrenti. Nel ritenere ingiustificata la tesi per cui tale contrasto possa essere addotto come d'impedimento al riconoscimento giuridico delle coppie *same-sex*, i giudici di Strasburgo privano di qualsiasi fondamento l'argomento governativo dell'affermazione di una visione comune sul tema e della necessaria conciliazione tra di diversi orientamenti di pensiero, anche di matrice religiosa, presenti nella società italiana⁶⁴.

Ciò che invece desta perplessità, nella ricostruzione della Corte, è il riconoscimento di un ampio margine di discrezionalità per gli Stati nazionali nel regolamentare tali aspetti. Questo porta il sistema europeo a seguire "due velocità", nel quale alle coppie omosessuali viene data la sola *chance* delle unioni civili, contribuendo ad avallare il pregiudizio della minore dignità di tali relazioni. E lascia perplessi, inoltre, la mancanza di ulteriori e più pregnanti considerazioni sulla possibile violazione dell'art. 12 Cedu, rispetto a quelle già adottate nel caso Schalk e Kopf⁶⁵.

Per quanto riguarda la realtà italiana, ciò che sarebbe auspicabile è il superamento dell'interpretazione conservatrice e ideologizzata dell'art. 29 della Costituzione. Il principio centrale da seguire è quello della tutela delle persone e dei loro bisogni, non la protezione di uno specifico modello di unione fra gli individui, storicamente sempre mutevole. Senza dubbio, i Costituenti, nella scrittura dell'art. 29, si focalizzarono sulla famiglia tradizionale promossa dall'etica religiosa cattolica, ma ciò non sottrae il legislatore dall'interessarsi a fenomeni nuovi, che esigono interventi adeguativi delle discipline giuridiche. Se si sarebbe dovuta interpretare la Costituzione solamente nel modo inteso nel 1948, non si sarebbe mai avuto né il divorzio, né la riforma del diritto di famiglia⁶⁶.

⁶⁴ *Ivi*, 19 ss.

⁶⁵ *Ivi*, 20.

⁶⁶ *Ivi*, 21 ss.

2.4 *Pajić c. Croazia, 23 febbraio 2016.*

La recente sentenza *Pajić c. Croazia* costituisce un nuovo passo nell'interpretazione evolutiva della nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8 Cedu⁶⁷.

I fatti della controversia possono essere così riassunti. La signora *Pajić*, cittadina della Bosnia-Erzegovina, iniziò nel 2009 una relazione con la signora D. B., residente a Zagabria. Al fine di mantenere il loro rapporto, le interessate viaggiavano spesso, e, inoltre, convivevano in Croazia per periodi di tre mesi, durata massima della permanenza temporanea di uno straniero consentita dalla allora vigente legge croata. Dopo due anni, per evitare continui spostamenti, la ricorrente chiese un permesso di residenza in Croazia per motivi di ricongiungimento familiare con la sua partner. Il provvedimento di diniego dell'autorità di polizia venne impugnato presso il Ministero dell'Interno dalla ricorrente, che invocava come motivo principale di doglianza il fatto che il rifiuto fosse fondato su una discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Infatti, ai sensi della legge croata, era considerato uno «stretto membro della famiglia», titolare di un diritto al ricongiungimento, il coniuge o il partner di fatto di sesso opposto in una relazione stabile di durata triennale (o meno nel caso di presenza di figli). Nessuna considerazione veniva data alle coppie omosessuali, nonostante il fatto che nel 2003 la Croazia avesse riconosciuto le unioni *same-sex*, definendole come rapporti stabili fra persone dello stesso sesso, basate sui principi di uguaglianza fra partner, mutuo rispetto ed assistenza. La ricorrente lamentava quindi che il diniego costituisse una violazione della Costituzione e della Legge nazionale sul divieto di discriminazione. Neppure il successivo ricorso alla Corte costituzionale si rivelava fruttuoso, pertanto la ricorrente si rivolse alla Corte europea, allegando la violazione degli artt. 8 e 14 Cedu.

Alla luce della sua costante giurisprudenza, la Corte non ha avuto difficoltà a collocare la relazione *same-sex* fra persone non conviventi come parte della vita privata dell'individuo. Il passo in più che fa la Corte è quello di dichiarare che la distinzione fra coppie etero e omosessuali è diventata ormai artificiale all'interno dell'art. 8.

La serietà e la stabilità del rapporto non potevano essere messe in discussione nel caso di specie e l'assenza di convivenza non era determinata dalla mancata serietà della relazione ma dalle leggi sull'immigrazione. Pertanto la relazione rientrava nella nozione di vita

⁶⁷ Per la questione trattata in questo paragrafo, v. MARINO, *Il carattere evolutivo della nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8 Cedu: alcune osservazioni a margine della sentenza Pajić della Corte europea dei diritti umani*, in *GenIUS, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2016, 1, 126 ss.

privata e di vita familiare. Inoltre, le autorità giurisdizionali, nei procedimenti esperiti dalla ricorrente, non hanno allegato alcun motivo che giustificasse la differenziazione fra la situazione delle interessate e quella di una coppia eterosessuale; l'unico motivo era dunque quello dell'orientamento sessuale. La discriminazione risultava quindi palese.

Questa sentenza chiude il cerchio nella definizione della nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8, includendovi qualsiasi stabile relazione che si fondi su ragioni di carattere affettivo.

È quindi oramai segnata la strada per il riconoscimento della piena tutela delle coppie omosessuali.

3. Nell'ordinamento italiano: la tutela dell'orientamento sessuale nella storia.

Prima di analizzare le pronunce più importanti sul tema delle unioni omosessuali che si sono avute nel panorama dell'ordinamento italiano, oggetto di riflessione sarà qui il rilievo giuridico del diritto alla libertà di orientamento sessuale nella sua dimensione minoritaria, ossia la condizione omosessuale.

L'approccio tradizionale a queste tematiche è noto: per lungo tempo tale condizione è stata considerata un'«anormalità» nel contesto sociale, una trasgressione. Oggi il diritto, insieme alla sociologia, affronta il difficile compito di eliminare le «mostruosità», di annullarle attraverso l'affermazione di forme di accoglienza e di riconoscimento⁶⁸.

In una prima fase l'emersione della libertà sessuale di chi vive una condizione minoritaria ha per lo più determinato, negli ordinamenti, una risposta repressiva del comportamento omosessuale, in virtù di una totale predominanza della morale religiosa sul diritto. La seconda fase, che segue normalmente al riconoscimento del diritto di vivere liberamente la propria vita sessuale, si caratterizza, invece, per la richiesta di legittimazione sociale e giuridica del legame affettivo e familiare tra omosessuali⁶⁹.

Sino alla metà del secolo scorso il diritto, nei Paesi occidentali, appare ancora profondamente segnato da una grande morale religiosa.

⁶⁸ ANGELINI, voce *Orientamento sessuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Dig. disc. pubb.*, VI ed., 2010, 364.

⁶⁹ *Ibid.*

La repressione dell'omosessualità risale ai tempi dell'Impero Romano, dato che le prime leggi che prevedevano la pena di morte per gli omosessuali sono del IV secolo d.C.⁷⁰. Certamente il ricorso a tale pena fu mitigato nel corso del tempo, soprattutto nel XVII secolo divenne sempre più sporadica la sua applicazione, fino a declinare nel XVIII secolo, nel corso del quale la pena per i sodomiti venne sostituita con la condanna ai lavori forzati sulle navi⁷¹.

Con la Rivoluzione francese si assiste ad una vera e propria svolta: nel 1791 la cancellazione dei cosiddetti «reati immaginari», cioè quei reati che, come la stregoneria, l'eresia o la bestemmia, mancano di una parte lesa, riguardò anche il reato di sodomia e tale novità venne mantenuta anche nel codice penale napoleonico, influenzando anche l'Italia. Si ebbe infatti la depenalizzazione dell'omosessualità in quasi tutti i codici pre-unitari, ad eccezione di quello austriaco e di quello del Regno di Sardegna.

Con la caduta di Napoleone, però, il Regno di Sardegna e lo Stato pontificio reintrodussero integralmente la legislazione pre-rivoluzionaria, compreso anche il reato di sodomia, e con l'unità d'Italia l'estensione a tutte le province del codice penale del Regno di Sardegna riguardò quindi anche il reato in questione⁷².

Tuttavia, al momento di estendere il nuovo codice penale nel territorio del Regno delle due Sicilie, l'articolo sulla penalizzazione dei comportamenti omosessuali fu abrogato insieme a pochi altri articoli. Tale misura anticipò il definitivo abbandono da parte del nuovo codice Zanardelli, del 1889, di riferimenti a comportamenti omosessuali compiuti tra adulti e in privato, scelta con la quale «il diritto italiano decide di abbandonare il controllo dell'omosessualità»⁷³.

Le ragioni di tale decisione sono da rintracciare nella generale filosofia astensionistica dello Stato liberale. Nella relazione ministeriale che accompagna il progetto del nuovo codice è lo stesso Zanardelli ad affermare: «Se occorre da un lato reprimere severamente i fatti dai quali può derivare alle famiglie un danno evidente ed apprezzabile, o che sono

⁷⁰ Ad es. la legge *Cum vir nubet in feminam* del 342 d.C., o la legge *Non patimur urbem Romam* del 390 d.C., che prevedeva il rogo per i sodomiti.

⁷¹ ANGELINI, *Orientamento sessuale*, cit., 366.

⁷² L'art. 425 del codice penale del Regno di Sardegna recitava: «Qualunque atto di libidine contro natura se sarà commesso con violenza (...) sarà punito colla reclusione non minore di anni sette, estensibile ai lavori forzati a tempo: se non vi sarà stata violenza, ma vi sarà intervenuto scandalo o vi sarà stata querela, sarà punito colla reclusione e potrà la pena anche estendersi ai lavori forzati per anni dieci, a seconda dei casi». L'articolo è citato da BOLOGNINI, *Diritto e omosessualità tra ottocento e la seconda guerra mondiale*, in BILOTTA (a cura di), *Le unioni fra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Milano-Udine, 2008, 42.

⁷³ BOLOGNINI, *Diritto e omosessualità*, cit., 42.

contrari alla pubblica decenza, d'altra parte occorre altresì che il legislatore non invada il campo della morale»⁷⁴.

Con l'approvazione del Codice Rocco, nel 1930, si diede ulteriore conferma alla scelta di non reprimere le condotte omosessuali, anche se ciò non ha impedito al regime fascista di porre in essere strumenti punitivi alternativi dell'omosessualità. Con l'applicazione delle norme sul confino, approvate con il r.d. n. 773/1931, venne realizzata, infatti, una politica pesantemente repressiva degli omosessuali che li vide condannati al confino insieme agli oppositori politici o, in altri casi, vittime di pestaggi, ammonizioni o ricovero coatto in manicomio⁷⁵.

Conclusa l'esperienza autoritaria, solo negli anni Sessanta si tornò a parlare di leggi antiomosessuali in Italia con due progetti di legge, su iniziativa rispettivamente del MSI e del Psdi, finalizzati a punire gli omosessuali. I progetti non furono mai neanche discussi in Parlamento e decaddero con la fine della legislatura grazie all'opposizione della Democrazia Cristiana⁷⁶.

Dopo la strategia della repressione si ritorna alla strategia dell'occultamento del problema, e questa è la scelta politica che l'Italia ha seguito fino agli ultimi anni, quando la figura dell'omosessuale ha cominciato a trasformarsi da soggetto meritevole di tutela, a soggetto che rivendica i propri diritti.

3.1 Il contributo del giudice costituzionale.

Prima che la politica, e con questa il legislatore, ad essersi mossa sul terreno del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali è stata la Corte costituzionale.

⁷⁴ Camera dei Deputati, Progetto del Codice penale per il Regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione, vol. 1, Relazione ministeriale, Roma, 1887, 213-214 (seduta del 22-11-1887); ANGELINI, *Orientamento sessuale*, cit., 367.

⁷⁵ ANGELINI, *Orientamento sessuale*, cit., 367.

⁷⁶ *Ivi*, 368.

3.1.1 La pronuncia della Corte Costituzionale sull'ammissibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso nel nostro ordinamento.

Uno dei primi punti di svolta sul tema delle unioni omosessuali è sicuramente la sentenza della Corte Costituzionale del 15 aprile 2010, n. 138⁷⁷.

Il caso trae origine dall'impugnazione, da parte di alcune coppie omosessuali, dei provvedimenti con cui gli ufficiali di stato civile rifiutavano di procedere alle pubblicazioni di matrimonio, rifiuto motivato dal fatto che nell'ordinamento italiano l'istituto matrimoniale presuppone il sesso diverso dei nubendi. I giudici di merito, investiti dei ricorsi, decidevano di rivolgersi alla Corte, sollevando la questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis e 231 del Codice civile, nella parte in cui non consentono il matrimonio tra persone dello stesso sesso, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 29 Cost.⁷⁸

La Corte parte dall'analisi dell'art. 2 Cost., che tutela, oltre all'individuo, anche le formazioni sociali nelle quali egli sviluppa la propria personalità⁷⁹.

La Corte non esita a ricondurre l'unione omosessuale nell'ambito della «formazione sociale» dell'art. 2, in quanto «stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia»⁸⁰, che richiede un riconoscimento giuridico ed un insieme di diritti e doveri che solo il legislatore può stabilire. Proprio per la sua natura peculiare, esclude che la sua tutela possa essere realizzata «soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio»⁸¹, essendo possibili scelte diverse e più adatte ai suoi caratteri. È dunque il legislatore, e non la Corte, che deve intervenire.

L'altro aspetto su cui la Corte definisce il modello costituzionale di tutela delle coppie omosessuali è l'art. 29 Cost. Il giudice costituzionale ricostruisce le radici dell'istituto matrimoniale, così come delineato dai Costituenti: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare». Si sofferma sulla nozione di famiglia, definita appunto «società naturale» che trova fondamento nel matrimonio.

⁷⁷ C. Cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, 1361.

⁷⁸ Trib. Venezia, 3 aprile 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 2233.

⁷⁹ C. Cost., 15 aprile 2010, n. 138, cit., Cons. dir. n. 8.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

Il carattere «naturale» della famiglia fu affermato dai Costituenti in contrapposizione all'impianto culturale del regime fascista, che strumentalizzava la famiglia ai suoi scopi, e per limitare l'intervento dello Stato, ristretto solo al riconoscimento dei diritti⁸².

Inoltre, un conto è dire «famiglia naturale», che significherebbe che sono riconosciute solo le famiglie che corrispondono ad un certo modello assunto come «naturale» (e non specificato da nessuna parte), altra cosa è invece dire «riconoscimento della famiglia quale società naturale», nel senso che viene riconosciuta la famiglia come una forma di società che esiste nei fatti prescindendo dal suo successivo riconoscimento giuridico⁸³

In sede di Assemblea non era di certo ignota la condizione omosessuale, ma rimase estranea al dibattito, ed essi presero in considerazione «la nozione di matrimonio definita dal Codice civile entrato in vigore nel 1942 (...) che stabiliva (e tutt'ora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso»⁸⁴.

La Corte non disconosce di certo che le nozioni di famiglia e matrimonio siano caratterizzate da una necessaria evoluzione, ma questa dimensione evolutiva non può giungere al punto di svuotarne il contenuto essenziale, ricomprendendovi «fenomeni e problematiche non considerate in alcun modo quando fu emanata»⁸⁵. Ne discende che la previsione dell'art. 29 possiede un proprio, essenziale e inalterabile significato che non può essere superato per via ermeneutica. La Corte quindi si rifiuta di stravolgere il dettato costituzionale.

La diversità di sesso, tuttavia, non è richiesta tra i requisiti per contrarre le nozze e l'omosessualità non è considerata illecita, il divieto si desume principalmente dalla tradizione. Sono pochi, infatti, gli articoli del codice civile che fanno espresso riferimento al genere (es. art. 107, art. 143), ma in nessun luogo si stabilisce l'impossibilità di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso. L'elenco delle cause di impossibilità, infatti, è da ritenersi tassativo e solo ad esso ci si può riferire per verificare se i requisiti di legge ricorrano o meno⁸⁶. Si proibisce quindi l'esercizio di diritti fondamentali, costituzionalmente garantiti, non in forza della lettera della legge, ma su base ermeneutica e sulla base di un'interpretazione tradizionale⁸⁷.

Nella sentenza viene affermata inoltre la prevalenza della volontà del legislatore dell'epoca sul contenuto della legge. Tale affermazione non può essere condivisa, perché la volontà

⁸² *Ivi*, Cons. dir. n. 9.

⁸³ TINCANI, *Diritto, natura, diritti*, cit., 194.

⁸⁴ C. Cost., 15 aprile 2010, n. 138, cit., Cons. dir. n. 9.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ TINCANI, *Diritto, natura, diritti*, cit., 176.

⁸⁷ DE FILIPPIS, *Il diritto di famiglia. Leggi, prassi e giurisprudenza*, Milano, 2011, 54.

del legislatore è solo uno degli elementi di supporto per l'interpretazione della legge. Oltre a ciò, si osserva che i precetti costituzionali sono dotati di duttilità proprio in funzione della necessità di sopravvivere al tempo in cui furono scritti, e che legarli alle capacità dei loro redattori di comprendere la successiva evoluzione della società significa datare o «sottoporre a scadenza» la Costituzione⁸⁸.

La Corte comunque non nega la tutela alle coppie omosessuali, anzi ne ritrova il fondamento nell'art. 2 Cost.; non ritiene però che la via migliore per realizzarla sia l'estensione dei confini dell'istituto matrimoniale, né ritiene di essere lei il soggetto competente a definire i modi e i tempi di tale tutela.

L'altro punto che non può essere condiviso è quello che subordina l'art. 29 al Codice civile, nel senso che i Costituenti avevano tenuto conto della definizione del Codice nel delineare l'istituto matrimoniale nella Costituzione, così stravolgendo il sistema delle fonti. L'art. 29 non è subordinato al Codice: la Costituzione stabilisce i principi cui il Codice deve uniformarsi e detta i criteri per la lettura di esso⁸⁹.

Tornando poi all'interpretazione dell'art. 29, altri elementi per definire il matrimonio devono essere tratti dalla norma stessa, e non da concezioni tradizionali o altri ordinamenti come quello canonico. L'art. 29 richiede che il matrimonio sia fondato sull'eguaglianza dei coniugi e sulla naturalità dei rapporti umani. Non vengono dettate altre prescrizioni, né, tanto meno, viene spesa alcuna considerazione in ordine alla diversità di sesso. Ciò attribuisce all'istituzione matrimoniale la duttilità dei precetti costituzionali, in grado di rinnovarsi ed evolversi nel tempo. Dimostrazione di ciò è il fatto che, fino al 1975, in Italia si riteneva che il matrimonio fosse un'entità gerarchicamente ordinata, avente il marito per capo. Dopo tale data, è diventato una società tra eguali. Nessuno ha mai dubitato che il matrimonio potesse riferirsi ad entrambe le realtà, pur diverse tra loro. Allo stesso modo nessuno dovrebbe dubitare della possibilità di riferire una nuova concezione di matrimonio nell'alveo dell'art. 29⁹⁰.

Il punto centrale della controversia resta il riferimento alla società naturale, e quindi alla «natura». Questa parola è suscettibile di diverse interpretazioni, e anzi, è una di quelle che maggiormente si prestano a interpretazioni contrastanti⁹¹. Un tentativo di delegittimare le unioni tra persone dello stesso sesso nella direzione della non naturalità è stato compiuto in relazione alla filiazione, ritenendo, secondo la tradizione canonistica, che il matrimonio

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.* Viene definita un'«inversione logica» da FERRANDO, *Il matrimonio civile*, cit., 428.

⁹⁰ DE FILIPPIS, *Il diritto di famiglia*, cit., 55.

⁹¹ *Ibid.*

abbia la stessa come fine primario e, quindi, elemento essenziale. Oltre alla discutibilità di questa interpretazione (non sembra difficile argomentare in ordine al fatto che il fine civile del matrimonio consiste nel completamento e nella realizzazione della personalità umana), tale tesi porta alla conseguenza, non accettabile sul piano umano e giuridico, della non riconoscibilità di matrimoni tra persone infconde o anziane.

Anche la sentenza n. 138 del 2010 si sofferma sul tema della filiazione, sostenendo non essere casuale il fatto che la Costituzione, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli e deducendo da ciò che «la potenziale finalità procreativa del matrimonio valga a differenziarlo dall'unione omosessuale»⁹². La Corte, infatti, sottolinea criticamente l'orientamento in base al quale si definisce «matrimonio» ogni forma di unione tra persone che condividono sentimenti di amore e solidarietà, oltre che di reciproca attrazione sessuale. Tale convinzione erronea induce a ritenere discriminatoria l'esclusione degli omosessuali dalla possibilità di contrarre matrimonio, laddove, invece, la Costituzione, come la Consulta ha richiamato, lo definisce come un'unione che ha tra le proprie finalità, almeno potenziali, la procreazione. Ciò, quindi, esclude gli omosessuali dalla possibilità di contrarre matrimonio⁹³.

Prescindendo dalle nuove frontiere che si aprono oggi con la procreazione assistita, appare del tutto arbitrario trarre da tale successione di norme significati impliciti. Se il legislatore avesse inteso attribuire alla sola unione con prole la qualifica di matrimonio o avesse voluto indicare un fine primario del matrimonio, l'avrebbe detto nell'art. 29. Qualunque diversa conclusione esula dalla lettura e dal contenuto della norma. Si noti che neanche il codice canonico richiede, per la validità del matrimonio, la possibilità di generare figli. Non appaiono pertanto condivisibili le motivazioni della sentenza n. 138 ed il divieto di contrarre matrimonio per le persone dello stesso sesso resta immotivato⁹⁴.

Vari sono comunque gli autori⁹⁵ che ritengono che effettivamente sia precluso il matrimonio alle coppie omosessuali proprio a causa della loro «infecondità», ritenendo che la mancanza di tale aspetto vada ad ostacolare l'equiparazione alle coppie eterosessuali, poiché solo queste hanno la qualità ulteriore di essere «luogo di riproduzione, dell'educazione, dell'istruzione e della prima socializzazione dei figli». Se dunque l'ordinamento dovesse riconoscere un apposito istituto per l'unione omosessuale (della

⁹² C. Cost., 23 marzo 2010, n. 138, Cons. dir. n. 9.

⁹³ FANTETTI, *Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 3, 179.

⁹⁴ DE FILIPPIS, *Il diritto di famiglia*, cit., 55.

⁹⁵ PIZZOLATO, *La famiglia nella Costituzione e criteri per una disciplina dei modelli diversi di convivenza*, in PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, cit., 134.

quale è comunque riconosciuta l'intimità affettiva e l'assistenza reciproca), l'accesso alle tecniche di procreazione assistita e l'adozione di minore dovrebbero essere mantenute come prerogativa della famiglia eterosessuale. Inoltre, l'eventuale istituzionalizzazione dell'unione omosessuale dovrebbe avvenire mediante una figura giuridica a sé stante e non entra uno «schema calderone in cui si pretenda di dare ospitalità a molteplici ed indistinti tipi di alleanze».

C'è da riconoscere, però, che, anche se creata dalla Corte, la questione ha avuto il merito di rompere il perdurante silenzio, quantomeno del legislatore nazionale, che circondava nel nostro Paese le coppie omosessuali, attraverso affermazioni di principio che, posto il contesto, possono considerarsi rivoluzionarie: l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, va qualificata come formazione sociale, che, in base all'art. 2 Cost., ha il diritto fondamentale di vivere liberamente la sua condizione di coppia e di ottenerne il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri, pur se l'aspirazione a tale riconoscimento non dovesse trovare necessaria realizzazione attraverso il riconoscimento del diritto al matrimonio⁹⁶.

3.1.2 La pronuncia della Consulta sul “divorzio imposto” in caso di rettificazione del sesso da parte di uno dei coniugi.

Un ulteriore tratto al disegno complessivo del modello di tutela delle coppie omosessuali è stato aggiunto dalla sentenza n. 170 del 2014⁹⁷. La vicenda riguardava due coniugi, uno dei quali aveva rettificato il proprio sesso naturale, che, in base alla legislazione vigente (legge n. 164 del 1982), non potevano mantenere in vita il loro matrimonio, poiché in questi casi era previsto lo scioglimento automatico. Riconducendo l'ambito della questione alla violazione dell'art. 2 Cost., la Corte ribadisce che l'unione omosessuale rientra tra le formazioni sociali tutelate dalla Costituzione, ma che il caso dei coniugi che dopo la modifica del sesso di uno dei due intendano proseguire il matrimonio, rientra nelle «situazioni specifiche e particolari di coppie dello stesso sesso», per le quali la Corte nella

⁹⁶ FORTINO, *Piccoli passi e cautele interpretative delle Corti sui diritti delle unioni omosessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, 133.

⁹⁷ C. Cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Fam. dir.*, 2014, 861 ss.

decisione n. 138 del 2010 si era riservata di intervenire con un «controllo di adeguatezza e proporzionalità» della legislazione vigente⁹⁸.

Vero è che non è possibile mantenere, in una situazione del genere, il vincolo matrimoniale, perché ciò andrebbe contro al modello costituzionale dell'art. 29 Cost.; ma altrettanto vero è che il pregresso rapporto tra i coniugi non può subire un sacrificio integrale, poiché esso è divenuto una «forma di comunità, connotata dalla stabile convivenza tra due persone, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione»⁹⁹, e ricade pertanto tra le formazioni sociali dell'art. 2. Questo risulta violato laddove a tale formazione venga data automatica fine, impedendo ai suoi componenti di mantenere in vita un rapporto di coppia¹⁰⁰.

La Corte, quindi, sancisce l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, «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»¹⁰¹.

La dottrina ha qualificato la decisione della Consulta come una pronuncia additiva di principio, dividendosi tuttavia sul suo significato. Secondo un indirizzo¹⁰², la decisione avrebbe avuto effetti sostanzialmente analoghi ad una mera sentenza monito, diretta a sollecitare il futuro intervento del legislatore, ma priva di effetti sostanziali nel caso di specie, posto che la dichiarazione di illegittimità costituzionale avrebbe avuto ad oggetto on la norma positiva che imponeva lo scioglimento, ma la mancanza di una disciplina che ne regolamentasse le conseguenze, rimessa tuttavia alla competenza del legislatore.

⁹⁸ *Ivi*, Cons. dir. n. 5.5.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ivi*, Cons. dir. n. 5.6 e 5.7. Sulla questione si pronunciata anche la Corte Edu nella decisione Hamalainen c. Finlandia del 16 luglio 2014, nella quale, in un caso simile, il giudice europeo ha evidenziato il rilievo della relazione affettiva tra i partner, ma ha dichiarato che ciò non può tradursi nell'obbligo degli Stati membri di estendere il matrimonio alle coppie omosessuali. Richiede comunque che tale relazione venga in qualche modo tutelata. LORELLO, *Coppie omosessuali*, cit., 42.

¹⁰¹ C. Cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Fam. dir.*, 2014, 861 ss. GATTUSO, *Scioglimento dell'unione*, in BUFFONE, GATTUSO, WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017, 376.

¹⁰² V. ad es. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del «divorzio imposto»: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice* (Nota a C. Cost., 11 giugno 2014, n. 170, B. A. c. Min. int.), in *Foro it.*, 2014, I, 2680.

Secondo altra opinione¹⁰³, invece, la dichiarazione di illegittimità avrebbe colpito la norma che imponeva lo scioglimento automatico, con la conseguente permanenza in vita del vincolo matrimoniale fino a quando il legislatore non avesse introdotto una disciplina alternativa.

La sentenza n. 170 del 2014 ha avuto un seguito nella decisione della Corte di Cassazione n. 8097 del 21 aprile 2015¹⁰⁴, che, in qualità di giudice *a quo* del giudizio di legittimità costituzionale da cui la sentenza n. 170 ha avuto origine, si è pronunciata sugli effetti della stessa nel caso concreto. In particolare, ha affermato che la pronuncia del giudice costituzionale non solo si qualifica come sentenza additiva, ma anche come sentenza autoapplicativa¹⁰⁵, imponendo al giudice *a quo* di «individuare sul piano ermeneutico la regola per il caso concreto che inveri il principio imperativo stabilito con la sentenza di accoglimento»¹⁰⁶. Regola che viene rinvenuta nella necessaria eliminazione della caducazione automatica del vincolo matrimoniale, derivante dalla dichiarazione di incostituzionalità della legge n. 164 del 1982, e nella conservazione per le parti del riconoscimento dei diritti e doveri conseguenti al vincolo matrimoniale fino a quando il legislatore non consenta ad esse di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza¹⁰⁷. Tale opzione ermeneutica, precisa la Corte, determina l'estensione del modello matrimoniale alle unioni omoaffettive, per non creare una condizione di indeterminatezza per la coppia. La scelta risulta essere necessaria e soggetta alla condizione risolutiva, costituita dal futuro intervento del legislatore. Ancora un richiamo, dunque, alla ormai consolidata tutela delle coppie omosessuali nell'ordinamento italiano e ancora una sollecitazione per il legislatore.

Ciò che non si può fare a meno di rilevare è che il clima culturale intorno ai diritti degli omosessuali appare fortemente influenzato da una giurisprudenza sempre più coraggiosa: «chi si oppone, per ragioni ideologiche, ad una legge sulle unioni civili riservate alle coppie gay e lesbiche, da oggi sa che negare una tale legge non rappresenta un ostacolo

¹⁰³ BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, in <http://www.articolo29.it/2014/quando-corte-costituzionale-smarrisce-funzione-giudice-dei-diritti-sentenza-n-170-2014-c-d-divorzio-imposto/>; PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in <http://www.articolo29.it/2014/prima-lettura-sent-1702014-divorzio-imposto/>.

¹⁰⁴ Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, in *Foro it.*, 2015, I, 2385.

¹⁰⁵ *Ivi*, 8 ss.

¹⁰⁶ *Ivi*, 15.

¹⁰⁷ *Ivi*, 17.

alla permanenza in Italia, anche per tali coppie, di effetti uguali a quelli del matrimonio, pur se transitori»¹⁰⁸.

3.2 *Il contributo dei giudici di merito.*

Grazie al giudice costituzionale, quindi, la coppia omosessuale viene giuridicamente ad esistenza nella veste di formazione sociale, e verso di essa non sarà più possibile assumere atteggiamenti di rifiuto o indifferenza. L'effetto di questa sorta di rivoluzione operata dalla Corte, più che dal legislatore, è stato colto dalla giurisprudenza di merito, che non ha esitato ad intervenire nel dare forma ai diritti della coppia omosessuale.

L'ambito in cui i giudici di merito si sono concentrati maggiormente è sicuramente quello della trascrizione nei registri dello stato civile del matrimonio omosessuale celebrato all'estero.

Un caso emblematico è sicuramente quello che ha dato vita alla sentenza della Cassazione del 15 marzo 2012, n. 4184¹⁰⁹. Due soggetti di sesso maschile, entrambi con cittadinanza italiana, dopo aver temporaneamente assunto residenza in Olanda, avevano ivi contratto matrimonio nel 2002, dato che dal 2001 era entrata in vigore una legge che consentiva il matrimonio anche tra persone dello stesso sesso. Circa due anni dopo la coppia aveva inoltrato al Comune di Latina, dove entrambi risiedevano normalmente, istanza di trascrizione del loro matrimonio, in quanto celebrato all'estero. L'Ufficiale dello stato civile di quel comune, chiesto ed ottenuto dal Ministero dell'Interno un parere, per valutare se ricorressero o meno i presupposti per la trascrivibilità dell'atto, rifiutava, in conformità alle conclusioni del Ministero, la trascrizione, in quanto nel nostro ordinamento il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso sarebbe stato contrario all'ordine pubblico, ai sensi dell'art. 7 del d.p.r. n. 396/2000 sull'ordinamento dello stato civile.

Il rifiuto in questione veniva impugnato dagli interessati innanzi al Tribunale di Latina, asserendo che nel nostro ordinamento opererebbe un principio di automatica efficacia in Italia dei provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone e all'esistenza dei rapporti di famiglia (art. 65 l. n. 218/1995), salva ogni eventuale successiva indagine sulla

¹⁰⁸ GATTUSO, *La vittoria delle due Alessandre: le due donne restano sposate sino all'entrata in vigore di una legge sulle unioni civili*, in <http://www.articolo29.it/2015/vittoria-delle-alessandre-donne-restano-sposate-sino-allentrata-in-vigore-legge-sulle-unioni-civili/>, citato da FORTINO, *Piccoli passi e cautele interpretative*, cit., 137.

¹⁰⁹ Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Foro it.*, 2012, 2727.

loro validità e conformità all'ordine pubblico, in caso di impugnative di soggetti legittimati. Il ricorso venne rigettato dal Tribunale¹¹⁰, affermando la contrarietà all'ordine pubblico dell'atto e, in più, asserendo la radicale inesistenza dell'atto per difetto dei requisiti minimi del matrimonio, ai sensi dell'art. 29 Cost.

Il matrimonio fra persone dello stesso sesso, per il Tribunale, contrasta con la storia, la tradizione e la cultura della comunità italiana.

A favore della decisione del Tribunale si era schierata una parte della dottrina¹¹¹ che condivise le motivazioni dei giudici, affermando che sul matrimonio contratto all'estero valgono l'art. 115 c.c. e l'art. 27 della l. n. 218/1995, perciò il cittadino italiano è soggetto alle disposizioni della sua legge nazionale per quanto riguarda la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio, e se i nubendi hanno legge nazionale comune, la disciplina italiana sarà l'unica da applicare. Quindi, poiché tra le condizioni per contrarre matrimonio, pur in assenza di enunciazione espressa, va compresa la diversità di sesso, non sembrano prospettabili dubbi sulla inesistenza di un matrimonio tra persone dello stesso sesso. È, in definitiva, inutile affrontare la delicata questione volta a stabilire se l'atto sia o no contrario all'ordine pubblico, dal momento che tale contrarietà sarebbe comprensibile solo a fronte di atti idonei a produrre qualche tipo di effetto giuridico.

Va rilevato, come è stato opportunamente fatto da alcuni autori¹¹², che non è corretto affermare semplicemente che il matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero non produca alcuna conseguenza nell'ordinamento italiano, in quanto il disposto dell'art. 116 c.c. impedisce il successivo matrimonio dello straniero in Italia e si potrebbero avere altre conseguenze anche in ambito successorio.

Dopo il rifiuto del Tribunale, le parti avevano ottenuto il rigetto anche della Corte d'Appello, arrivando poi ad adire la Cassazione.

La Suprema Corte risolve il caso in modo nuovo. Il rifiuto della trascrizione, che la Corte ritiene legittimo, non poggia più, come sostenuto dalla precedente e consolidata giurisprudenza di legittimità, sulla inesistenza o invalidità dell'atto, ma sulla sua inidoneità a produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano. Due sono gli argomenti posti alla base della pronuncia: il primo relativo al riconoscimento di una nozione di famiglia non più strettamente legata al carattere eterosessuale della coppia, che porta la Corte ad

¹¹⁰ Trib. Latina, 10 giugno 2005, in *Fam. e dir.*, 2005, 411.

¹¹¹ Ad es. SCHLESINGER, *Matrimoni tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, in *Fam. dir.*, 2005, 4, 415.

¹¹² BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze*, cit., 237.

escludere la contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio in questione¹¹³; il secondo, che sostiene direttamente la decisione, individuato nel principio, affermato dalla Corte di Strasburgo, in base al quale l'interpretazione evolutiva dell'art. 12 Cedu ha privato di rilevanza giuridica la differenza di sesso tra i nubendi. In questa prospettiva il carattere eterosessuale del matrimonio non può considerarsi presupposto indispensabile per l'esistenza del matrimonio.

L'atto esiste ed è valido, ma l'intrascrivibilità è dovuta alla sua inidoneità a produrre effetti nell'ordinamento italiano. L'inefficacia potrebbe essere ricondotta solo alla circostanza, che non si è verificata, che non sia stata rispettata la forma prevista dalla legge straniera, o che non siano stati rispettati i requisiti sostanziali, relativi allo stato e alla capacità matrimoniale, stabiliti dalla legge italiana.

Dalla giurisprudenza di merito si levano voci discordi: se il Tribunale di Milano, con decreto del 17 luglio 2014¹¹⁴, sulla base della pronuncia in questione, esclude la trascrivibilità del matrimonio celebrato all'estero, il Tribunale di Grosseto, con ordinanza del 9 aprile 2014¹¹⁵, fondandosi sulla medesima pronuncia, ritiene invece trascrivibile il matrimonio.

Il continuo incremento di simili questioni appare sintomo, anche nel nostro Paese, del lento ma costante mutamento del costume che, unito ad una maggiore apertura culturale della società e, in particolare, dei giudici, molto sensibili all'orientamento della Corte europea, può costituire premessa per la futura consacrazione formale del relativo diritto¹¹⁶.

Questo filone giurisprudenziale favorevole alla trascrizione è stato oggetto di una Circolare del Ministero dell'Interno (n. 40[^]/ba-030/011/DAIT, 7 ottobre 2014), che aveva il fine di bloccare le trascrizioni che numerosi primi cittadini stavano ponendo in essere su tutto il territorio nazionale¹¹⁷.

L'art. 14 del d.lgs. 300/1999 (recante norme per la *Riforma dell'organizzazione del Governo*) prevede esplicitamente che il Ministero dell'Interno sia competente in ordine alla vigilanza sul corretto funzionamento dello stato civile e dell'anagrafe. È competente ad intervenire in materia con atti, quali le circolari ministeriali, che hanno la preminente funzione di essere rivolte al personale subordinato al Ministro. Peraltro, tale circolare non

¹¹³ Tale interpretazione può considerarsi autentica in quanto proviene dalla stessa Corte: Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Foro it.*, 2016, I, 296. FORTINO, *Piccoli passi e cautele interpretative*, cit., 138.

¹¹⁴ Trib. Milano, 17 luglio 2014, in <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-milano-decreto-17-luglio-2014/>.

¹¹⁵ Trib. Grosseto, 9 aprile 2014, in *Giur. it.*, 2014, 1610.

¹¹⁶ FORTINO, *Piccoli passi e cautele interpretative*, cit., 138.

¹¹⁷ Le città nelle quali erano stati trascritti i matrimoni omosessuali contratti all'estero erano Roma, Udine, Bologna, Milano, Empoli, Livorno, Fano, Pistoia, Grosseto e Reggio Emilia.

fu la prima ad occuparsi di trascrizioni di matrimoni omosessuali, dato che sul punto era già intervenuta una circolare della Direzione centrale del Ministero dell'Interno, datata 18 ottobre 2007, nella quale veniva richiamata l'attenzione degli ufficiali dello stato civile affinché, al momento di trascrivere un matrimonio contratto all'estero da un cittadino, pongano particolare cura alla verifica che i due sposi siano di sesso diverso.

Entrando nel merito, la circolare, in prima battuta, prende atto della trascrizione, operata da diversi Sindaci, di matrimoni tra persone del medesimo sesso celebrati all'estero. Tali trascrizioni vengono considerate «non conformi al quadro normativo vigente». La natura meramente certificativa della trascrizione non esonera, a parere del Ministro, gli ufficiali di stato civile dal verificare, oltre alla regolarità dell'atto in ossequio alle norme del luogo ove lo stesso è stato posto in essere, anche la compatibilità dell'atto rispetto alle norme dell'ordinamento giuridico italiano. Sussiste un «dovere attivo» di accertamento della sussistenza, in capo ai soggetti interessati, dei requisiti necessari al fine di ottenere la trascrizione del matrimonio.

A compimento dell'argomentazione, la circolare richiama le pronunce della Corte costituzionale (n. 138/2010) e della Corte di Cassazione (n. 4184/2012), secondo le quali non vi sarebbe altra lettura che quella intesa ad escludere la possibilità di veder riconosciute, nell'ordinamento italiano, le unioni omosessuali. Sarà dunque compito dei Prefetti, a parere del Ministro, accertare le eventuali violazioni della legge e disporre la cancellazione degli atti trascritti nei registri pubblici dello stato civile.

Sulla questione, però, si è pronunciato il TAR del Lazio, sez. I-ter, con le pronunce depositate in data 9 marzo 2015, nn. 3907-3911-3912. Seguendo quanto già affermato dalle Corti, il TAR afferma che, allo stato dell'allora vigente normativa, il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso risultava privo dei requisiti sostanziali necessari per procedere alla sua trascrizione, e che «l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende non più dalla loro inesistenza e neppure dall'invalidità, ma dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano».

Afferma, tuttavia, che i Prefetti non abbiano alcun potere sostitutivo rispetto ai Sindaci, e che sia l'autorità giudiziaria ad avere il compito di valutare l'eventuale cancellazione di un atto indebitamente registrato nel registro di stato civile del Comune. Quindi, per il TAR Lazio, una trascrizione può essere espunta e/o rettificata solo in forza di un provvedimento dell'Autorità giudiziaria e non anche adottando un provvedimento amministrativo da parte

dell'Amministrazione centrale, e neanche esercitando il potere di sovra ordinazione che il Ministro dell'interno vanta sul Sindaco¹¹⁸.

In conclusione, ciascuna delle decisioni esaminate può considerarsi come una frazione del percorso avviato dalla Corte costituzionale con la decisione 138 del 2010, che ha dato riconoscimento e veste giuridica alle relazioni omosessuali nell'ordinamento italiano, definendole formazioni sociali nelle quali la personalità dell'individuo deve trovare sviluppo pieno. A partire da questa configurazione, i giudici di merito hanno ben svolto il loro compito, tutelando i diritti delle coppie omosessuali nei casi singoli¹¹⁹. Nonostante ciò, comunque l'Italia è rimasta per lungo tempo, fino all'avvento della legge 76 del 2016, tra i pochi paesi europei a non disporre di una disciplina normativa delle unioni civili.

4. Il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali prima della legge: la carenza di una disciplina legislativa.

La sensibilità e l'attenzione dei giudici non è stata accompagnata per lungo tempo da alcun intervento legislativo, sia riguardo alle unioni civili non matrimoniali che riguardo alle unioni tra persone dello stesso sesso. Nel sistema vigente prima della legge 76, le regole applicabili erano, dunque, quelle che riguardavano la convivenza. Il legislatore, da un lato, non disciplinava le unioni nel timore che il matrimonio ne risultasse svilito; dall'altro, tuttavia, con interventi di settore, venne ad equiparare la posizione del convivente (senza distinzione alcuna tra i conviventi etero o omosessuali) a quella del coniuge in una pluralità di rapporti con i privati, con i pubblici poteri, con i figli (l. n. 219/2012) e talvolta, quando sussiste una condotta violenta, anche in quelli di coppia (si pensi, ad esempio, alla disciplina dei congedi parentali, dell'amministrazione di sostegno, donazione di organi, violenza in ambito domestico, ecc.)¹²⁰.

A sua volta, la giurisprudenza si è incaricata di dare una risposta ai numerosi problemi che insorgono nei rapporti tra conviventi e in quelli con i terzi. Anche in mancanza di un intervento del legislatore, l'interpretazione proposta dalle Corti prevede che le coppie possano adire i giudici comuni per far valere, in presenza di specifiche situazioni, il diritto

¹¹⁸ Sulla questione trattata, v. CIARALLI, *Lo Stato vieta, i Sindaci consentono. La crisi del paradigma eterosessuale del matrimonio*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2015, 1, 186 ss.

¹¹⁹ LORELLO, *Coppie omosessuali*, cit., 57.

¹²⁰ FERRANDO, *Le unioni civili*, cit., 1775.

ad un trattamento omogeneo a quello assicurato alla coppia coniugata¹²¹. I giudici applicano le regole generali del diritto comune delle obbligazioni e dei contratti, alla luce dei principi fondamentali del nostro ordinamento¹²².

In definitiva, l'assenza di una disciplina legislativa delle unioni non matrimoniali, e di quelle omosessuali in particolare, non ha impedito, come si è argomentato nelle pagine precedenti, che l'ordinamento italiano producesse comunque un suo modello di tutela delle coppie omosessuali.

Elementi essenziali di riferimento sono stati trovati, nel contesto europeo, nel contributo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e, nell'ordinamento costituzionale italiano, nell'opera della Corte Costituzionale e dei giudici comuni.

È nell'art. 2 della Costituzione che viene collocata l'origine della relazione omosessuale, i cui componenti sono *persone*, il cui rapporto è una *forma di comunità*, nella quale ciascuno di essi può far crescere e realizzare la *propria personalità*. La relazione omosessuale dà ad un legame stabile, che possiede i caratteri dell'affettività, della serietà e dell'impegno reciproco all'assistenza e al sostegno morale e materiale. Ciò che assume rilievo è la continuità e la solidità del vincolo affettivo, ed è in base a questo che vanno assicurate tutte le tutele giuridiche, a prescindere da chi siano i soggetti della coppia, se un uomo e una donna, o due persone dello stesso sesso¹²³.

Ragioni effettive, dal punto di vista giuridico, per negare il matrimonio omosessuale non ci sono. Le norme vigenti non impongono il requisito della diversità di sesso tra i nubendi perché possa celebrarsi un matrimonio e, inoltre, i vari progetti di legge (Di.Co., Cus¹²⁴, unioni civili) rappresentano una soluzione che finirà per inchiodare le coppie omosessuali ad una situazione pseudo-matrimoniale caratterizzata da minori diritti, perpetuando la disparità di trattamento. Gli oppositori al matrimonio omosessuale possono far leva solo su considerazioni morali, che però fanno «poca strada», data la non nocività del matrimonio omosessuale per i terzi che è di per sé ragione morale sufficiente per considerarlo legittimo¹²⁵.

¹²¹ Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, cit.

¹²² FERRANDO, *Le unioni civili*, cit., 1775.

¹²³ LORELLO, *Coppie omosessuali*, cit., 79.

¹²⁴ Progetto sui “contratti di unione solidale”, mai giunto in aula parlamentare.

¹²⁵ TINCANI, *Diritto, natura, diritti*, cit., 216 ss., che ritiene in particolar modo che sia la Chiesa Cattolica ad ostacolare il riconoscimento del matrimonio omosessuale, dato che per questa l'omosessualità è un peccato.