

Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: la posizione giuridica dell'Unione europea e dell'Italia

Indice:

PREMESSA

CAPITOLO I: La libertà di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso come diritto fondamentale nell'Unione europea

- 1.1 Il dibattito europeo sull'apertura del matrimonio alle persone dello stesso sesso
- 1.2 La CEDU, la Carta di Nizza a confronto e la giurisprudenza di Strasburgo
- 1.3 La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea
- 1.4 Alcune sentenze sull'argomento nei paesi di Common Law

CAPITOLO II: Il nuovo concetto di famiglia attraverso la legislazione (di alcuni) degli Stati membri

- 2.1 Il processo storico ed evolutivo delle legislazioni nazionali del concetto di famiglia
- 2.2 La disciplina delle unioni fra persone dello stesso sesso, alcuni casi specifici: i Paesi Bassi
- 2.3 La Spagna
- 2.4 La Francia
- 2.5 La Germania

CAPITOLO III: La disciplina delle unioni civili in Italia

- 3.1 L'iter parlamentare per la realizzazione della legge sulle unioni civili
- 3.2 La legge del 20 maggio 2016, n. 76 (cd. legge Cirinnà) e la sua relativa disciplina
- 3.3 Il decreto legislativo del 19 gennaio 2017
- 3.4 Le sentenze della Corte costituzionale italiana

CONCLUSIONE

BIBLIOGRAFIA

ABSTRACT

Premessa

L'analisi del nostro studio si incentra a considerare il fenomeno sociale della famiglia. Ai giorni nostri, questa non sembra più fondata sul concetto tradizionale di unione stabile di due persone di sesso diverso basata sull'istituzione del matrimonio. Emerge oggi una nuova realtà di vita relazionale, fondantesi sulla libertà di ognuno di noi di amare la persona scelta e di viverci insieme.

Gli omosessuali e tutte le associazioni LGBT (lesbiche, gay, bisessuali, e transgender) dalle più svariate parti del mondo rivendicano di poter vivere la loro vita di unione con gli stessi diritti e doveri riconosciuti alle coppie eterosessuali, con anche la possibilità di contrarre matrimonio.

Il tema delle unioni *same sex* ha assunto una enorme rilevanza tanto da sollecitare l'interesse della dottrina non solo italiana, ma anche di quella comunitaria e internazionalistica.

La rilevanza dell'argomento è data dall'incidenza che ha nell'ambito della disciplina del matrimonio, come per anni è stata recepita nei testi sia costituzionali che nei codici civili, tanto da interessare anche le Corti di varie competenze e gradi ad intervenire sull'argomento.

La nostra indagine perciò si è indirizzata prima nel voler individuare, attraverso il dibattito europeo sull'argomento, se l'UE (ma anche altre organizzazioni internazionali) hanno considerato il fenomeno e se il riconoscimento dei diritti umani, sancito in carte fondamentali come quella di Nizza e la CEDU, permettano di annoverare il diritto fondamentale della libertà d'amare e di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso.

Il diritto ad amare, inteso a tutto tondo come il diritto a scegliere con chi passare la nostra vita, a prescindere dal genere del partner, potrebbe vedere la sua completa realizzazione, in Europa, grazie ad una serie di cause, sentenze e leggi che hanno favorito una progressiva regolamentazione.

Di fatto, la libertà di esprimere i propri sentimenti, in termini generici, ha in qualche modo sempre trovato delle limitazioni nella storia

dell'uomo, ma ancora di più in luogo di coppie *same sex*, con forti opposizioni da parte dei sostenitori della “famiglia tradizionale”.

Dagli anni Ottanta, però, la società internazionale ha individuato nel ‘fenomeno *same sex*’ non più soltanto qualcosa da osteggiare, ma da capire e, eventualmente, favorire.

In questo senso è possibile spiegare l'importanza dell'Unione europea anche in ottica italiana.

Le esperienze dei Paesi europei, in particolare quelli che ci accingiamo ad enucleare, hanno indubbiamente determinato quella ‘spinta trainante’ che ha portato, nello Stivale, all'approvazione della legge Cirinnà nel 2016.

Se per alcuni nostri vicini europei la necessità di regolamentazione delle legislazioni a favore delle coppie *same sex* ha rappresentato solo un vuoto da colmare al più presto, al fine di favorire una migliore condizione sociale, in Italia, invece, si sono registrate fin troppe resistenze.

Dunque inizieremo la nostra digressione, nel primo capitolo, con il considerare il dibattito europeo in merito all'apertura del matrimonio alle coppie *same sex*, passando poi per la CEDU e le giurisprudenze delle Corti internazionali ed europee.

Nel secondo capitolo concentreremo la nostra attenzione su come, negli Stati membri dell'UE, sia stata recepita la necessità di regolamentare il diritto al matrimonio omosessuale, passando anzitutto dall'esperienza olandese, per poi considerare anche le evoluzioni di quella spagnola, francese e tedesca.

Infine, nel terzo capitolo svilupperemo la dinamica italiana in materia e la sua duplice natura, che ha determinato una legislazione non certo completa, ma non del tutto insoddisfacente.

Il nostro studio vuol evidenziare che, nonostante gli approcci legislativi differenti previsti sull'argomento trattato, forse i tempi sono ormai maturi per aggiornare il vecchio diritto di famiglia nel ‘diritto delle famiglie’.

Capitolo I: La libertà di contrarre matrimonio dello stesso sesso come diritto fondamentale dell'Unione europea

1.1 Il dibattito europeo sull'apertura del matrimonio alle persone dello stesso sesso

Sebbene l'aspirazione al matrimonio abbia sempre interessato la comunità omosessuale, questa ha sinora trovato un impedimento (almeno nella cultura occidentale) che individuava nel matrimonio lo strumento necessario per la realizzazione della procreazione, cioè la nascita di nuovi cittadini.

Sin dall'antichità si rinvenivano documenti e testimonianze della presenza di unioni tra persone dello stesso sesso: nell'antica Grecia ma anche durante l'impero romano¹.

La fine dell'impero romano e l'avvento del cristianesimo, con la successiva diffusione di una pluralità di religioni, hanno bandito la possibilità di una convivenza omosessuale: non solo a difesa della procreazione, ritenuta essenziale per la continuità della specie umana, ma anche come salvaguardia dell'identità di genere.

Per poter parlare di matrimonio e riconoscimento dei diritti delle coppie *same sex*, bisogna muoversi in un contesto che sia libero dalle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale. Ancora oggi, gli Stati, a riguardo della tutela della sfera personale e intima come quella dell'orientamento sessuale, presentano atteggiamenti e discipline variegati. Se nascere e vivere in un determinato Paese può permettere una libera espressione di sé, in altri l'essere omosessuale può comportare l'applicazione di pene pecuniarie, detentive ma anche il rischio della pena di morte.

Quello a non essere discriminati sulla base dell'orientamento sessuale è un diritto emerso con molta fatica e, anche se nella seconda

¹ Sulla storia dei rapporti omosessuali nel mondo antico si possono consultare FOUCAULT (1984: 230-260); DOVER (1985: 5-259).

metà del 1900² si è iniziato a riconoscerlo, ad oggi non è del tutto affermato su un piano universale.

L'apertura al matrimonio *same sex* è una delle principali rivendicazioni dei diritti civili; essa nasce dall'esigenza di eliminare dalle legislazioni la disparità sull'orientamento sessuale, sul presupposto che il rapporto omosessuale sia espressione della sessualità e che il diritto al matrimonio sia un diritto inalienabile della persona.

Originariamente, i trattati relativi alle Comunità europea non hanno recepito né il dibattito rivendicativo, né ciò che già sul piano internazionale veniva affermato sulla tutela dei diritti umani, mediante la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948.

La ragione va ricercata nel fatto che, allora, la Comunità aveva una chiara impronta economica. A conferma di ciò, anche nel settore economico e sociale i trattati non contenevano alcun preciso riferimento alla tutela dei diritti umani.

La tutela dei diritti umani nell'ordinamento comunitario si è però affermata in via giurisprudenziale ed è stata successivamente consacrata nelle disposizioni convenzionali.

La Corte di giustizia ha più volte affermato che la protezione dei diritti umani fondamentali è uno degli obiettivi della Comunità allora³ e ora dell'Unione europea.

² Nel 1945 si ha la costituzione delle Nazioni Unite (ONU), che è il soggetto internazionale che più ha promosso e difeso il rispetto dei diritti umani. Sia l'art. 1 che l'art. 55 del suo Statuto affermano la necessità di promuovere il rispetto dei diritti umani per tutti, senza distinzioni di razza, sesso, lingua e religione. A partire dagli anni '90, l'intero sistema a tutela dei diritti umani delle Nazioni Unite ha progressivamente iniziato ad occuparsi della tematica dell'orientamento sessuale, sia tramite *treaty bodies*, commissioni di esperti indipendenti per il monitoraggio dell'attuazione dei principi dei trattati a difesa dei diritti umani, sia con le *special procedures*, esperti di diritto internazionale che testimoniavano violazione dei diritti umani sul piano mondiale o locale si veda: RONZITTI (2009: 293ss.).

³ Sentenza della Corte di giustizia del 14 maggio del 1974, causa *J. Nold, Kohlen – und Baustoffgroßhandlung* contro Commissione europea, causa n.4-73: la Corte di giustizia ha affermato che la protezione dei diritti umani può essere ricavata sia dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, sia dai trattati internazionali sui diritti dell'uomo di cui gli Stati membri erano parte, in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Veniva pertanto individuata una doppia fonte: interna (costituzioni degli Stati membri) e internazionale (trattati in materia dei diritti dell'uomo).

Il Trattato di Maastricht ha consacrato i principi affermati dalle sentenze della Corte di giustizia, stabilendo che l'Unione europea rispetta i diritti fondamentali (art. 6, par. 2):

- quelli garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo,
- quelli che risultano dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario.

Oggi, l'Unione europea è un'organizzazione sovranazionale composta da 28 Stati membri⁴, che a seconda della loro forma di Stato e di Governo presentano tra loro delle differenze; oltre alla diversità degli ordinamenti prescelti, essi si differenziano anche come Stati a matrice confessionale oppure completamente indifferenti alla questione religiosa, che viene lasciata alla libertà dei privati⁵.

Al di là delle speculazioni filosofiche, sociali, culturali, religiose e politiche sui matrimoni *same sex*, la tutela dei diritti umani e il riconoscimento della libertà riguardo l'identità di genere, è diventata parte del diritto comunitario, in quanto all'art. 2 TUE: "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini". Tale articolo va letto in combinato con l'art. 3, par. 5, in cui si enunciano gli obiettivi dell'Unione nelle relazioni internazionali e si prevede che: "[...] l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in

⁴ Per precisione: il 23 giugno 2016, dopo un referendum, il popolo inglese ha deciso di uscire dall'Unione europea; la Gran Bretagna però non ha ancora dato l'addio all'Unione perché il percorso della sua uscita è abbastanza lungo. Possiamo ancora definire che gli Stati membri attualmente siano ventotto.

⁵ In effetti tra gli Stati membri, alcuni hanno previsto l'istituzione del matrimonio *same sex*, altri hanno adottato previsioni costituzionali che proteggono il matrimonio tradizionale; uno studio comparato ci viene offerto da VAN DEN BRINK (2016: 421-449). L'autore afferma "This Article considers the importance of national and constitutional identities of Member States and suggests that remains a possibility that Member States may justify the non-recognition of marriage or deprive same-sex couples of some of rights heterosexual married couples benefit from".

particolare dei diritti dei minori e alla rigorosa osservanza e sviluppo del diritto internazionale in particolare al rispetto dei principi sanciti della Carta delle Nazioni Unite”⁶.

Tra l’altro, il rispetto dei diritti fondamentali è previsto anche dall’art. 6 TUE, dedicato proprio ai diritti umani (compresi quelli delle minoranze) e dall’art. 10 TFUE, che inserisce l’orientamento sessuale nella lista delle discriminazioni che l’Unione si impegna a combattere nell’attuazione delle sue politiche.

Sull’argomento anche il Parlamento europeo, in tempi diversi, è intervenuto attraverso numerose risoluzioni per combattere la lotta alla discriminazione, inclusa quella basata sull’inclinazione sessuale. La prima è del 13 marzo 1984 relativa alle discriminazioni sessuali sul posto di lavoro, successivamente nel 1994, precisamente l’8 febbraio, il Parlamento europeo emana una risoluzione *Sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità*, in cui si invitano tutti gli Stati membri ad eliminare tutte le disposizioni di legge basate sulla criminalizzazione e la discriminazione dei rapporti sessuali tra persone dello stesso sesso e chiede che i limiti d’età per i rapporti sessuali siano eguali sia per relazioni omosessuali che per quelle eterosessuali⁷.

Nel 1999, la lotta alla discriminazione si rafforza grazie all’art. 13 del Trattato di Amsterdam, che autorizzava il Consiglio a prendere i provvedimenti necessari per contrastare qualsiasi discriminazione, inclusa quella basata sull’inclinazione sessuale. Nel 2000, una nuova risoluzione estende la protezione, chiedendo agli Stati membri di garantire alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali. Nello stesso anno venne redatta la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (o Carta di Nizza), che riunisce in un unico documento i diritti prima dispersi in diversi strumenti legislativi, come le legislazioni nazionali e dell’Unione Europea, nonché le convenzioni internazionali del

⁶ Per ulteriori consultazioni sul diritto comunitario si può suggerire la lettura dei seguenti manuali per la Comunità europea: LAURIA (1992); TIZZANO (2004); VILLANI (2013); STROZZI *et al.* (2000).

⁷ Cfr. ADINOLFI (2000: 95); sull’argomento anche GALLO e WINKLER (2017: 9).

Consiglio d'Europa, delle Nazioni Unite e dell'Organizzazione internazionale del lavoro ("OIL").

In tempi più recenti, il Parlamento europeo, riunito in sessione plenaria il 24 maggio 2012⁸, approva, con una larga maggioranza, il principio che condanna tutte le discriminazioni poggianti sull'identità di genere e sull'orientamento sessuale; considera inoltre inaccettabili episodi di intransigenza verificatisi all'interno dell'Unione nei confronti dei diritti delle persone LGBT. Tra l'altro la risoluzione invita gli Stati membri a garantire la protezione di lesbiche, gay, bisessuali e transgender dai discorsi omofobi di incitamento all'odio e dalla violenza, nonché ad assicurare che la libertà di manifestazione, garantita da tutti i trattati sui diritti umani, sia effettivamente rispettata. Inoltre il Parlamento chiede alla Commissione di rivedere la decisione quadro sul razzismo e la xenofobia al fine di rafforzarne ed ampliarne il campo di applicazione, onde includere i reati di odio basati sull'orientamento sessuale, l'identità di genere e l'espressione di genere.

Come si può constatare, il dibattito europeo sulla protezione dei diritti fondamentali e la possibilità di ritrovare nelle norme comunitarie un riferimento al diritto di riconoscere un matrimonio tra persone dello stesso sesso, va ricercato in un quadro di norme originatesi in tempi e contesti diversi. Uno dei due filoni principali si lega alla giurisprudenza della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ("CEDU"), l'altro invece al diritto dell'Unione europea.

1.2 La CEDU, la Carta di Nizza a confronto e la giurisprudenza di Strasburgo

L'art. 6 TUE è dedicato ai diritti umani (compresi quelli delle minoranze), riconosciuti anche dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e che sono risultanti

⁸ risoluzione del Parlamento europeo del 24 maggio 2012, 2012/2657 (RSP), *sulla lotta all'omofobia in Europa*;

dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e quindi fanno parte del diritto dell'Unione europea.

La CEDU è il documento realizzato da un'organizzazione internazionale con finalità di ordine generale sorta in ambito europeo: il Consiglio d'Europa⁹.

Oggi il Consiglio d'Europa conta 47 Stati membri, tra i quali 28 sono i Paesi membri dell'Unione europea.

La CEDU è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953¹⁰; ad essa si aggiungono 16 Protocolli¹¹ che ne hanno modificato ed ampliato il contenuto.

Le norme CEDU richiamano quelle della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, ma se ne differenziano perché vincolanti dal punto di vista giuridico.

Questo permette alla Convenzione di essere lo strumento di protezione dei diritti civili e politici più efficace e cogente del panorama internazionale.

La CEDU, inoltre, offre agli Stati, ma soprattutto agli individui, la possibilità di perseguire un ricorso ad un'istanza sovranazionale (la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo) per denunciare la violazione di uno o più diritti in essa sanciti, al fine di ottenere un

⁹ I dieci Stati fondatori del Consiglio d'Europa (Belgio, Danimarca, Francia, Gran Bretagna, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi e Svezia) espressero nello Statuto l'esigenza di creare "un'unione più stretta fra i suoi membri [...] con la conclusione di accordi e con l'adozione di un'azione comune negli ambiti economico, sociali, culturale, scientifico, giuridico ed amministrativo, nonché la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" in RONZITTI (2009:29 ss.).

¹⁰ L'Italia ha proceduto alla ratifica con la legge del 4 agosto 1955, n. 848.

¹¹ Il 12 aprile 2018, la Francia ha depositato il proprio strumento di ratifica presso il Segretario Generale del Consiglio d'Europa, consentendo l'entrata in vigore del Protocollo n. 16 al 1° agosto 2018. Tale Protocollo apre la possibilità di inserire uno strumento interpretativo di competenza della Corte EDU. Esso prevede di introdurre, a complemento del sistema dei ricorsi individuali, una sorta di procedura non contenziosa dinanzi alla Corte di Strasburgo, in virtù della quale la Corte di giustizia dell'Unione europea, ed eventualmente il Tribunale, possano richiedere un parere interpretativo alla Corte EDU. Questo, al fine di evitare le divergenze tra la giurisprudenza di quest'ultima e quella della Corte di giustizia. Il protocollo sarà quindi in vigore ed applicabile, per quegli Stati che l'hanno ratificato, a decorrere del 1° agosto 2018 sebbene, ad oggi, il numero sia abbastanza esiguo. Pur tuttavia, tale strumento comporta una significativa innovazione nel sistema, aprendo una nuova possibilità di dialogo tra le Corti, in AA.VV. NASCIBENE – CONDINANZI (2018).

eventuale risarcimento da parte dello Stato citato in giudizio, qualora se ne accerti la sua responsabilità¹².

La Comunità europea, come già osservato nel paragrafo precedente, era mancante di fonti comunitarie a tutela dei diritti umani, tant'è che nel 1979 l'adozione di un catalogo dei diritti fondamentali è stato auspicato dalla Commissione e successivamente, a più riprese, da tutte le istituzioni comunitarie, al fine di offrire maggiore certezza giuridica su quali diritti fondamentali siano effettivamente protetti dall'Europa.

Tali preoccupazioni ed esigenze sono state alla base della decisione del Consiglio europeo di Colonia (giugno 1999) di procedere alla stesura di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione per definire in modo tangibile: "l'importanza capitale e la portata per i cittadini dell'Unione" dei diritti umani, in considerazione del fatto che: "la tutela dei diritti fondamentali costituisce un principio fondante dell'Unione europea e il presupposto indispensabile della sua legittimità".

La Carta dei diritti fondamentali dell'UE, definita anche Carta di Nizza dei diritti fondamentali, è stata proclamata proprio a Nizza il 7 dicembre del 2000 congiuntamente dal Consiglio dell'Unione, dalla Commissione e dal Parlamento Europeo. La Carta è stata aggiunta al Trattato di Lisbona¹³, il quale ne ha affermato il suo carattere vincolante per gli Stati membri e la pone nell'ambito delle fonti europee con la stessa forza giuridica riconosciuta ai trattati.

La Carta di Nizza riprende e raccoglie, in un testo organico, i diritti civili, politici, economici e sociali quali risultano in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal Trattato sull'Unione europea, dalla CEDU, dalla

¹² La CEDU presenta un forte carattere innovativo che risiede nel superamento sia del principio di competenza nazionale esclusiva, per cui gli obblighi degli Stati membri si estendono a tutti gli individui sotto la loro giurisdizione, inclusi cittadini stranieri ed apolidi, sia del principio di non ingerenza, grazie alla facoltà concessa agli Stati di presentare direttamente un ricorso per violazioni commesse all'interno di un altro Stato membro, in RONZITTI (2009:297-298).

¹³ Il trattato di Lisbona è entrato in vigore il 1° dicembre 2009 ed è un trattato riassuntivo ed emendativo dei precedenti. Oggi l'Unione si basa sul Trattato di Lisbona, che si compone di due trattati: il Trattato dell'Unione europea (TUE) e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), più in allegato la Carta di Nizza in VILLANI (2013 : 21 ss.).

Carta sociale europea e dalla Carta comunitaria dei diritti fondamentali dei lavoratori, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dalla Corte europea dei diritti umani di Strasburgo¹⁴.

La Carta di Nizza, all'art. 9, ha previsto in capo ad ogni individuo "il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia", e il diritto è riconosciuto: "secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

Secondo un'opinione dominante¹⁵, la Carta ha operato una scelta storica per non escludere le coppie omosessuali, preferendo un'espressione diversa da quella contenuta nell'art. 12 della CEDU, dove vi è un preciso riferimento ad "uomini e donne in età matrimoniale, hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio a tale diritto".

La novità di espressione dell'art. 9 della Carta di Nizza ha aperto una via alternativa all'art. 12 CEDU, rimandando dunque alle legislazioni nazionali il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia.

A fornire tale interpretazione è stata la Corte europea dei diritti dell'uomo, in quanto è stata chiamata in causa a verificare la compatibilità di esclusione delle coppie omosessuali dall'istituzione del matrimonio.

Si fa riferimento ad una famosa sentenza della Corte, la *Schalk e Kopf c. Austria*¹⁶; di fatto era accaduto che due cittadini austriaci di sesso maschile avevano chiesto all'Ufficiale di Stato civile di

¹⁴ La Carta contiene anche diritti innovati come quelli riferiti alla bioetica e opera una revisione dei diritti tradizionali per adeguarli ai nuovi interessi nascenti nell'Unione. Si denota allora l'abbandono della classica distinzione fra diritti civili, economici e sociali per affermare l'indivisibilità delle situazione soggettive, unificate dai valori di riferimento, che possano assicurare una corretta e flessibile interpretazione: dignità, libertà, solidarietà, eguaglianza, cittadinanza, giustizia; in VETTORI (2002: 669-695); GROSSI (2007: 127 ss).

¹⁵FERRANDO (2009: 155).

¹⁶ sentenza della Corte europea diritti dell'uomo, 20 giugno 2010, n. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*. Sull'argomento: SCHERPE (2013: 83), dove l'autore esprime il seguente pensiero: "[...] But even in Europe, particularly in Eastern and South Eastern Europe, there are still many jurisdictions where there is no legal recognition of same-sex relationship. However, in *Schalk and Kopf v. Austria*, the European Court of Human Rights (ECtHR) recognized that same-sex couple enjoy the right to respect for family life protected by Article 8 of the ECtHR, and this article that this mandates some form of legal recognition of same-sex relationship by all contracting states of the ECtHR and paves the way for equality in the family realm for same-sex couples".

adempiere le formalità richieste per contrarre matrimonio, ma la loro richiesta era stata negata. Gli era stata rifiutata la possibilità di contrarre matrimonio perché era una coppia omosessuale. I signori Kopf e Schalk ritenevano di essere stati discriminati in violazione degli articoli 8, 12 e 14 della CEDU.

La Corte, nella sua sentenza, ha dichiarato legittimo il codice civile austriaco nella parte in cui non prevede il matrimonio gay, ritenendo che l'ammissibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso sia rimesso alle leggi dei singoli Stati; in quella circostanza, però, ha colto l'occasione di fornire una nuova interpretazione dell'art. 12 della CEDU, attraverso una lettura in combinato di tale articolo con quello dell'art. 9 della Carta di Nizza. Quindi, la Corte di Strasburgo si avvale di quest'ultimo articolo per meglio interpretare quello della CEDU. Tale modo di operare della Corte è stato dettato dal fatto che l'art. 9 della Carta di Nizza copre la sfera di applicazione dell'art. 12 della CEDU, poiché il suo ambito di applicazione può essere esteso ad altre forme di matrimonio che eventualmente siano disciplinate nelle legislazioni nazionali.

Per comprendere il perché di tale lettura, è opportuno richiamare le “spiegazioni” presenti nella Nota del *Presidium* alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ove, con riferimento all'art. 9, si legge: “[q]uesto articolo si basa sull'art. 12 CEDU [...]. La formazione di questo diritto è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda”¹⁷.

Allora, i giudici della Corte si sono interrogati se, in conseguenza del nuovo modo di formulazione dell'art. 9 della Carta di Nizza, esso rappresenti un aggiornamento ed un'apertura al matrimonio *same sex*, non evidenziato invece dall'art. 12 della CEDU. Tra l'altro i giudici della Corte di Strasburgo, richiamando la propria pregressa giurisprudenza, per cui le famiglie *de facto* sono da ricondurre nella nozione di “vita familiare” e premesso che “le coppie dello stesso

¹⁷ Nota del *Presidium*, Testo delle spiegazioni relative al testo completo della Carta, quale figura nel documento CHARTE 4487/00 CONVENT 50, Bruxelles, 11 ottobre 2000.

sesto hanno la stessa capacità delle coppie di sesso diverso di entrare in relazioni stabili e impegnative”, hanno affermato che ormai sarebbe “artificiale” mantenere la vecchia distinzione tra omosessuali ed eterosessuali; hanno inoltre dichiarato che le relazioni omosessuali non saranno più ricomprese soltanto nella nozione di “vita privata”, ma nella nozione di “vita familiare” pure contenuta nell’art. 8¹⁸.

Nel considerare altre sentenze della Corte di Strasburgo, si può citare quella *Gas e Dubois c. Francia* del 15 marzo 2012¹⁹.

Il motivo del ricorso era l’impossibilità per una coppia di donne francesi, le quali avevano registrato la loro convivenza con l’istituto dei *Pacs*, di ottenere l’adozione della figlia biologica della compagna da parte della partner. Le ricorrenti lamentavano una questione di discriminazione nei loro confronti, in quanto il quadro normativo francese di quel tempo permetteva alle coppie eterosessuali di diventare comunque genitori, anche se non coniugate.

A tal proposito, le ricorrenti invocando gli articoli 14 e 8 della CEDU, ritenevano di aver subito dallo Stato francese una discriminazione basata sull’orientamento sessuale.

La Corte di Strasburgo, chiamata in causa e dovendosi pronunciare su un tema delicato come quello dell’adozione di un minore da parte di una coppia omosessuale, ha concluso per la non violazione dell’art. 14 in combinato con l’art. 8 CEDU; in vero la Corte afferma brevemente: il matrimonio rimane uno status la cui disciplina, anche con riguardo alla genitorialità, si colloca ampiamente nell’autonomia decisionale degli Stati.

Tale modo di intendere della Corte evidenzia una certa cautela da parte dei giudici di Strasburgo su temi eticamente sensibili.

Pur tuttavia, attraverso la sua giurisprudenza e il nuovo modo di interpretare la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, si può ritenere che le unioni omosessuali

¹⁸ sentenze della Corte di Strasburgo del 27 settembre 1999, *Smith e Grady c. Regno Unito*; sentenza del 22 gennaio 2008, *E.B. c. Francia*; sentenza del 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*. La Corte in passato aveva ricompreso la tutela delle coppie omosessuali nel principio del rispetto della vita privata (art. 8 della CEDU), piuttosto che rispetto della vita familiare.

¹⁹ sentenza della Corte europea dei diritti umani del 15 marzo 2012, Requete n° 25951/07, *Affaire Gas et Duboit c. France*.

rientrino a pieno titolo in un concetto giuridico innovativo di “famiglia”. Questa allora non intende soltanto quella che si realizza attraverso l’istituzione matrimoniale, ma anche tutte quelle unioni stabili di convivenza tra due persone, siano esse eterosessuali o omosessuali, che organizzano la loro vita in comune.

A conferma di questo modo di intendere, la Corte, con la sentenza del 21 luglio 2015²⁰, *Oliari ed altri c. Italia*, si è espressa nuovamente per la violazione dell’art. 8 della CEDU e il riconoscimento dei diritti e lo status delle coppie omosessuali. Secondo i giudici, l’Italia non si era adoperata in maniera adeguata a considerare gli interessi della comunità nel suo complesso, in quanto fino ad allora non era stata in grado di fornire una disciplina giuridica che prevedesse il riconoscimento delle unioni fra persone dello stesso sesso, violando così la Convenzione.

L’Italia con la legge del 20 maggio 2016, c.d. legge Cirinnà, ha provveduto a eliminare tale inottemperanza.

1.3 La giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea

Nel tempo, sull’argomento del “concetto di famiglia” si sono formulate varie sentenze, sia a livello internazionale, ma anche sul versante sovranazionale, definendo una nuova situazione giuridica a vantaggio delle coppie omosessuali.

Tra l’altro, il diritto alla vita familiare può prescindere dall’istituto giuridico previsto da uno specifico ordinamento per il diritto al matrimonio, ponendo l’attenzione sull’esistenza, di fatto, di un vincolo affettivo che lega due individui quali essi siano.

In Europa, molti Paesi presentano legislazioni variegatae sull’argomento: la previsione di questi vari modelli ha generato l’emergere di una serie di diritti collegati alle coppie omosessuali, tali da produrre un’interpretazione evolutiva sia dell’art.12 della CEDU

²⁰ sentenza della Corte dei diritti dell’uomo del 21 luglio 2015, *Oliari ed altri c. Italia*; si veda anche PRADUROUX (2016:5 ss.).

che dell'art. 9 della Carta di Nizza, confacente ai cambiamenti prodottisi nella vita sociale di coppia.

Inoltre, come già evidenziato nel capitolo precedente, anche il Trattato di Lisbona ha introdotto numerose novità al sistema dei trattati precedenti su cui si costruiva l'edificio comunitario, determinando un nuovo processo di integrazione europea ed anche un cambiamento del sistema delle fonti europee, calibrato al valore giuridico riconosciuto alla Carta di Nizza.

Per meglio comprendere come la Corte di giustizia europea ha sviluppato tale processo di integrazione e il relativo cambiamento del sistema delle fonti, analizziamo una serie di sentenze.

La Corte di Giustizia ha avuto storicamente un ruolo decisivo nel riconoscere ed affermare il principio di non discriminazione all'interno dell'ordinamento comunitario. Le normative utilizzabili dalla Corte, e di rimando dalle Corti nazionali, in materia di diritto antidiscriminatorio hanno rilevato un ruolo determinante nella dimensione sociale della cittadinanza dell'Unione europea, in virtù del fatto che il principio di uguaglianza e di non discriminazione è tra i valori pregnanti di classificazione dei diritti fondamentali europei²¹.

La Corte di Lussemburgo, sull'argomento antidiscriminatorio basato sull'orientamento sessuale, ha espresso diversi orientamenti cambiandoli nel tempo.

Un primo orientamento restrittivo della Corte si riferisce al caso *Grant*²², che riguardava il diniego, da parte di un'azienda di trasporto ferroviario britannica, di concedere al convivente di una lavoratrice omosessuale la riduzione del biglietto di trasporto pubblico spettante, ai sensi del regolamento aziendale ai coniugi ed ai conviventi di sesso opposto. L'azienda ricollegava il diniego alla mancanza dei requisiti richiesti dalla normativa, la quale concedeva tale riduzione all'esistenza di un coniuge o di una relazione significativa, di almeno un biennio, con persone di sesso opposto.

Per la Corte di Giustizia tale rifiuto non raffigurava una forma di discriminazione sulla parità di trattamento in base al sesso, in

²¹ GIUBBONI (2001: 622).

²² sentenza della Corte di giustizia europea del 17 febbraio 1998, C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant c. South West Trains Ltd.*

considerazione dell'art. 119 del Trattato CE, dal momento che il regolamento aziendale si applicava regolarmente per ambedue i sessi. Inoltre, veniva respinta la tesi per la quale l'articolo in oggetto vietava sia la discriminazione del sesso che quello sull'orientamento sessuale²³.

La Corte, inoltre, precisava che le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso non potessero essere equiparabili a quelle omosessuali.

Tale modo di intendere della Corte di Giustizia è stato ribadito anche nella sentenza *D. e Regno di Svezia c. Consiglio*²⁴.

La questione prevedeva la richiesta da parte di due omosessuali conviventi di ottenere il beneficio dell'assegno familiare previsto dallo Statuto del personale delle Comunità europee. La Corte di Lussemburgo, però, aveva respinto la domanda precisando così le sue ragioni: “è pacifico che il termine matrimonio, secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, designa un'unione tra due persone di sesso diverso. È altresì vero che dal 1989 un numero sempre maggiore di Stati membri ha istituito, a fianco del matrimonio, regimi legali che accordano un riconoscimento giuridico a forme diverse di unioni tra conviventi dello stesso sesso o di sesso diverso, attribuendo a tali unioni taluni effetti identici o paragonabili a quelli del matrimonio, tanto fra conviventi quanto nei confronti dei terzi. È chiaro tuttavia che, a parte la loro estrema eterogeneità, i suddetti regimi di registrazione di relazioni di coppia fino ad allora non riconosciute dalla legge sono, negli Stati membri interessati, distinti dal matrimonio”²⁵.

Successivamente, con il caso *Maruko*²⁶, la Corte cambia il suo orientamento precedente. La controversia aveva come tematica il mancato riconoscimento di una pensione al superstite di una coppia costituita da persone dello stesso sesso, che non si erano sposate, ma unite civilmente attraverso la normativa della *Lebenspartnerschaft*,

²³ IZZI (1998: 293).

²⁴ sentenza della Corte di giustizia europea del 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99 e C-125/99, *D. e Regno di Svezia c. Consiglio dell'UE*.

²⁵ sentenza della Corte di giustizia europea del 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99, C-125/99, *P.D. vs Regno di Svezia*.

²⁶ sentenza della Corte di giustizia europea del 1° aprile 2008, C-267/06, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*.

riservata alle coppie gay e lesbiche. Infatti, la Corte ritenne che tale diniego era in contrasto con il divieto sulla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale ai sensi della direttiva 2007/87 CE. Nonostante il rinvio pregiudiziale prevedesse una discriminazione indiretta, per la Corte, una legislazione che non includa una pensione di reversibilità sia per le coppie sposate sia a quelle civili registrate, è da considerare direttamente discriminatoria²⁷.

Per la Corte, lo stato civile e le prestazioni che ne conseguono restano di competenza delle legislazioni nazionali, ma la giurisprudenza della Corte ritiene che in tale campo gli Stati membri debbano rispettare il diritto comunitario in generale e in particolare il principio di non discriminazione.

Questo primo orientamento della Corte di giustizia va aggiornato con le sentenze sviluppatesi a livello della Corte di Strasburgo, specialmente con quella *Schalk and Kopf c. Austria*, dove quest'ultima ha riconosciuto che il concetto di "vita familiare" (e non solo quello di "vita privata", come in passato ribadito nella sentenza *Karner c. Austria*²⁸) può riferirsi anche al rapporto di unione omosessuale.

Se inizialmente la Corte di giustizia dell'Unione europea non ha preso posizione in merito alla questione delle unioni tra persone dello stesso sesso e dei loro relativi diritti e doveri fra le parti e verso l'ordinamento europeo, successivamente gli organi comunitari nel 2011 hanno deliberato due proposte di Regolamento per la disciplina matrimoniale e delle unioni registrate²⁹.

²⁷ Trattandosi di discriminazione diretta, essa si può inquadrare non tanto ai sensi dell'articolo 2, § 2, let. b), della direttiva, disposizione che concerne le sole discriminazioni indirette, quanto, ed esclusivamente, da uno dei motivi di cui all'art. 2, § 5, della stessa, ovvero sicurezza pubblica, tutela dell'ordine pubblico, prevenzione dei reati nonché tutela della salute, dei diritti e delle libertà altrui.

²⁸ sentenza della Corte di Strasburgo del 24 luglio 1998, n. 40016/98, *Karner vs Austria*. Con questa sentenza, la Corte di Strasburgo aveva affermato che le differenze basate non solo sul sesso, ma anche sull'orientamento sessuale, necessitano di un serio fondamento perché siano giustificabili, nel caso di specie, per l'esistenza del diritto di successione nel contratto di locazione del partner che sopravvive ad una coppia dello stesso sesso, senza però risolvere la questione se si trattasse di tutela anche alla vita familiare, in PRADOROUX (2016: 5 ss).

²⁹ proposta di regolamento della Commissione europea del 16 marzo 2011, COM (2011)126 FINAL, *relativa alla competenza della legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi*; proposta di regolamento della Commissione europea del 16 marzo 2011, COM (2011)127

Le due proposte si sviluppavano sulla decisione del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, che hanno enucleato il principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e altre decisioni delle autorità giudiziarie quale presupposto di base della cooperazione in materia civile.

Il Consiglio europeo, nell'ambito di "Una giustizia europea accessibile a tutti", proponeva alla Commissione di adottare un programma che inserisse una serie di misure per la realizzazione di tale principio anche per sviluppare l'armonizzazione delle legislazioni dei Paesi membri in ambito civile e commerciale³⁰.

In aggiunta, le proposte dovevano individuare uno strumento idoneo per la disciplina del regime patrimoniale tra coniugi e delle conseguenze patrimoniali a seguito di separazione delle coppie non sposate.

Nell'ambito della disciplina delle c.d. *registered partnerships*³¹, le proposte di regolamento prevedevano che, in conformità con l'art. 81 TFUE, il futuro strumento normativo da impiegare nella disciplina degli effetti patrimoniali delle unioni registrate con implicazioni sopranazionali, senza individuare se eterosessuali o omosessuali, dovesse essere quello delle unioni registrate.

La Commissione, circa la tutela da garantire alle coppie "sposate" (sia attraverso l'istituzione del matrimonio o anche riconosciute attraverso altri negozi giuridici), ha ritenuto che per il riconoscimento agli "sposi" dei diritti e doveri sui beni appartenenti alla loro vita in comune, lo strumento applicabile fosse quello di "unione registrata".

Di conseguenza solo la nozione di "unione registrata" può attingere al regime patrimoniale per il regolamento europeo, lasciando poi alla discrezionalità dei legislatori nazionali la loro disciplina

FINAL, *relativa alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.*

³⁰ Commissione europea, *Sicurezza e giustizia al Vertice di Tampere*, reperibile online.

³¹ Delle c.d. *registered partnerships* si ha un primo esempio nei Paesi Bassi dal 1997, dove è possibile regolamentare un'unione od una convivenza con uno strumento giuridico diverso dal matrimonio, per l'appunto istituire il *partnership* registrato per persone dello stesso sesso ma anche per gli eterosessuali. Pur tuttavia, questa forma alternativa al matrimonio richiede comunque che fra i due conviventi esista un legame affettivo-sessuale, in PIGNATELLI (2005: 260).

interna in merito, fermo restando la discrezionalità degli Stati di non accettare tale strumento qualora il loro diritto nazionale non lo preveda.

Anche il Parlamento europeo, con la recente risoluzione del 13 marzo 2013 sulla parità tra uomini e donne nell'Unione europea, approvata ad unanimità da tutti gli Stati membri dell'UE, ha definito che gli Stati non devono intendere il concetto di famiglia con "definizioni restrittive", per evitare di negare protezione alle coppie omosessuali ed ai loro figli.

In seguito è intervenuta la Corte di giustizia europea, con la sentenza del 12 dicembre 2013, riferendosi al principio della parità di trattamento, la quale ha dichiarato che quando il matrimonio è precluso alle coppie omosessuali, a un lavoratore che concluda un PACS con una persona dello stesso sesso, devono essere riconosciuti i medesimi benefici accordati ai suoi colleghi in occasione del loro matrimonio. Negargli tali benefici costituisce una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale³².

Tale pronuncia della Corte esprime un principio di parità di trattamento sui posti di lavoro, riconosciuto dal diritto europeo, che gli Stati membri devono rispettare.

Tuttavia, il quadro giuridico del diritto di famiglia europeo è frastagliato e non tutti gli ordinamenti nazionali hanno recepito un nuovo concetto di famiglia; per alcuni ordinamenti europei, tale

³² sentenza della Corte di giustizia europea del 12 dicembre 2013, causa C-267/12, *Frédéric Hay/Credit agricole mutuel de Charente- Maritime et des Deux- Sèvres*. Alla data dei fatti, la legge francese riservava il matrimonio alle coppie eterosessuali. Il signor Hay è un dipendente del Crédit agricole mutuel. Il contratto collettivo del Crédit mutuel accorda ai lavoratori che contraggono matrimonio il beneficio di alcuni giorni di congedo straordinario e di un premio in denaro. Al signor Hay, che aveva concluso un PACS (patto civile di solidarietà) con un compagno di sesso uguale, tali benefici erano stati negati. Il signor Hay fa ricorso ai giudici francesi per tale diniego e la *Court de Cassation*, adita in ultima istanza, chiede in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia se il diverso trattamento riservato a coloro che contraggono un PACS con persone dello stesso sesso costituisca una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, vietata dal diritto dell'Unione, nei rapporti di lavoro. La Corte di Giustizia esamina, se riguardo alla concessione dei benefici in questione, la situazione dei contraenti matrimoniali e quello di coloro che non possono sposarsi ma concludono un PACS sia comparabile. Per la Corte con i PACS i contraenti si impegnano, in un contesto giuridico ben preciso, a condurre una vita in comune e a prestarsi collaborazione reciproca. Di conseguenza la Corte rileva che, ai fini della concessione dei benefici in questione, la situazione dei contraenti matrimonio e quella delle persone del medesimo sesso che, non avendo facoltà di sposarsi, concludono PACS, sono comparabili.

concetto si fonda sulla possibilità che le coppie dello stesso sesso hanno di costituire un'unione familiare, che non sia necessariamente costituita sulla base giuridica dell'istituzione matrimoniale³³.

1.4 Alcune sentenze sull'argomento nei paesi di Common Law

Anche i Paesi di Common Law hanno prodotto una serie di sentenze a vari livelli, sia dei giudici delle Corti degli Stati membri, sia dei giudici di Corti supreme, che si sono interessate all'argomento dei matrimoni *same sex*.

Negli Stati Uniti si è registrata una evoluzione sul concetto di matrimoni tra persone dello stesso sesso, che ha avuto la sua nascita da una serie di sentenze, pronunciate nel corso degli anni a partire dal 2003.

Ripercorrendole brevemente non si può non menzionare la famosa sentenza della Corte Suprema Federale, *Lawrence v. Texas* del 2003³⁴, dove venne espressa e riconosciuta piena dignità alla dimensione intima di persone dello stesso sesso.

Sempre sulla stessa tematica, si sono pronunciati tre importanti Stati americani, dove le rispettive corti hanno sentenziato sull'argomento in maniera abbastanza differenziata.

Infatti, nel luglio 2006, le più alte corti dello Stato di New York e dello Stato del Washington hanno, in maniera molto simile, deciso di escludere il matrimonio *same sex*, in quanto tale esclusione non

³³ Di recente l'avvocato generale della Corte di giustizia dell'UE, Melchior Wathelet, ha ribadito in un suo comunicato che coniuge vuol dire coniuge, sempre e comunque. Perciò gli Stati dell'Unione Europea che non riconoscono il matrimonio tra persone dello stesso sesso devono permettere il ricongiungimento familiare alla coppia uomo-uomo e donna-donna regolarmente sposati laddove questo tipo di matrimonio è possibile. Le affermazioni dell'avvocato generale vanno nella direzione di una maggiore tutela dei diritti LGBT all'interno dell'Unione e si basano in materia di libera circolazione; in BONINI (2018), reperibile on line.

³⁴ sentenza della Corte Suprema americana del 26 giugno 2003, 539 U.S. 558 (2003), *Lawrence v. Texas*. Il caso *Lawrence v. Texas* è una famosa sentenza della Corte Suprema americana, dove la Corte dichiarò incostituzionale una norma penale dello Stato del Texas, che puniva la sodomia come reato, allargando poi l'incostituzionalità ad analoghe discipline esistenti in altri tredici Stati dell'Unione ed affermando leciti i rapporti fra persone omosessuali.

rappresentava violazione delle rispettive Carte costituzionali; inoltre la Corte Suprema della Georgia³⁵ ha riconosciuto validità ad un emendamento della Carta fondamentale di quello Stato che proibiva espressamente qualsiasi tipo di unione tra persone dello stesso sesso.

Tale atteggiamento di preclusione nei confronti delle scelte intime fra coppie *same sex* non è stato fornito solo dalle Corti dei singoli Stati, ma anche dalle Corti federali. Infatti, sempre nel luglio del 2006, la Corte federale di appello dell'ottavo circuito ha sentenziato la legittimità di un emendamento della Costituzione del Nebraska, dove si ribadiva l'impossibilità di un riconoscimento formale fra persone dello stesso genere.

Pur tuttavia, in senso contrario, si era espressa la Corte Suprema del New Jersey, non essendoci alcun diniego, a livello costituzionale, dei matrimoni *same sex*; la Corte aveva disposto al legislatore di attivarsi in un dato termine, nel prevedere una disciplina che avrebbe dovuto garantire parità e uguale trattamento alle unioni omosessuali, così come a quelle eterosessuali.

Queste sentenze mettono in evidenza che, durante il triennio 2003-2006, la comunità americana non era ancora pronta ad accettare le unioni tra persone dello stesso sesso. C'è comunque in alcune sentenze delle Corti federali, sia quella della Corte suprema degli Stati Uniti che quella del New Jersey, la volontà di riconoscere la dimensione affettiva della comunità omosessuale.

La prima sentenza³⁶ aveva dichiarato incostituzionali le leggi che sanzionavano penalmente gli atti di sodomia tra adulti consenzienti, riconoscendo la dignità della dimensione affettiva della comunità lesbica e gay; la seconda affermava il principio di uguaglianza come diritto costituzionale per evitare eventuali discriminazioni fra unioni fra persone eterosessuali od omosessuali. In questa sentenza, la Corte non considerava se le coppie dello stesso genere dovessero essere ammesse al matrimonio, ma si interrogava se tali coppie avessero il

³⁵ sentenza della Corte Suprema della Georgia del 26 giugno 2006, *Hernandez v. Robles*; in BARSOTTI (2007: 1031 ss.).

³⁶ La sentenza *Lawrence v. Texas* si rifaceva ad un'esplicito *overruling* del precedente caso *Bowers v. Hardwick* del 1986, dove al culmine di una campagna per l'affermazione del diritto alla privacy, si affermava la sua tutela nell'ambito dell'interpretazione della *due process clause* del XIV emendamento della Costituzione americana, ivi, p. 1024.

diritto di godere degli stessi diritti e tutele connesse all'istituto del matrimonio.

Durante tale periodo, la presidenza Bush spingeva fortemente per far passare un emendamento alla Costituzione americana, dove si stabiliva che il matrimonio è solo quello fra un uomo ed una donna. Tuttavia, il parlamento americano respinse l'emendamento presidenziale, come se si facesse portatore della volontà americana, dove in sondaggio dell'epoca si era espressa che la questione dell'unione tra un uomo e una donna non dovesse riguardare la Costituzione americana.

Finalmente, dopo dodici anni dalla sentenza del 2003, la Corte Suprema degli Stati Uniti pone la parola fine ad una delle vicende più tormentate e combattute nella storia dei diritti civili. Si fa riferimento alla sentenza *Obergefell v. Hodges* del 26 giugno 2015³⁷ attesa dalla comunità gay perché la Corte, con cinque voti favorevoli e quattro contrari, ha stabilito che il matrimonio è un diritto garantito dalla Costituzione anche per le coppie omosessuali.

Questa importante decisione obbliga che tutti i 50 Stati membri dovranno permettere a due persone dello stesso sesso di sposarsi e riconoscere i matrimoni *same sex* contratti in qualsiasi parte del continente nordamericano.

Tale sentenza apre la strada a un ripensamento dell'adattamento dell'istituto matrimoniale al mutato contesto sociale in cui esso è destinato ad attivarsi, ma riafferma anche il principio di non discriminazione, permettendo così di rendere ingiustificabili le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e il rispettivo diniego di matrimoni tra persone dello stesso sesso³⁸.

³⁷ L'opinione della Corte Suprema è quella che gli Stati membri non hanno, in base all'emendamento della Costituzione (in cui trovano espressione i principi dell'*equal protection under the law* e del *due process of law*), né il diritto di negare licenze di matrimonio alle coppie dello stesso sesso, né quello di vietare, in base alla § 2 del *Defence of Marriage Act* [2] (DOMA), il riconoscimento dei matrimoni "legalmente autorizzati e contratti" in altri Stati. La sentenza è reperibile online.

³⁸ Tale sentenza potrebbe avere una ripercussione a livello universale, tant'è che ha suscitato una vasta eco anche al di fuori dei confini statunitensi. Tale circostanza non stupisce affatto in quanto, in tutti gli Stati della tradizione giuridica occidentale, la riflessione sulle forme di tutela delle unioni tra persone dello stesso sesso sta producendo una rivisitazione degli istituti del diritto di famiglia, in VIGLIONE (2015: 589), reperibile anche online.

In conclusione tale importante decisione della Corte Suprema americana permetterà una riflessione che sicuramente verrà presa in considerazione dai Paesi Europei, che si trovano attualmente in una condizione di transizione: tra considerazioni normative legate alle convivenze di fatto, alle unioni registrate, alle unioni civili e infine per alcuni Paesi europei al riconoscimento dei matrimoni *same sex*.

Capitolo II: Il nuovo concetto di famiglia attraverso le legislazioni (di alcuni) degli Stati membri

2.1 Il processo storico ed evolutivo delle legislazioni nazionali del concetto di famiglia

All'interno dell'Unione europea, l'analisi comparata sulla normativa delle unioni omosessuali si presenta quanto mai diversificata.

Il processo storico europeo del matrimonio tra persone dello stesso sesso riguarda le varie forme e tipologie di unioni omosessuali che si sono potute individuare attraverso i vari ordinamenti nazionali.

Tali ordinamenti, a seconda di come la loro comunità sociale e politica ha inteso adeguarsi al cambiamento del loro diritto di famiglia verso un nuovo diritto “delle famiglie”, hanno prodotto discipline adeguate al mutare dell'“inconsueto modo di vivere insieme”.

Dalla seconda metà del XX secolo, diversi tipi di unioni omosessuali sono state legalizzate in molti Stati europei: la prima a farlo è stata la Danimarca nel 1989³⁹, mentre solo nel XXI secolo altri stati europei hanno legalmente riconosciuto e disciplinato il matrimonio tra persone dello stesso sesso: i primi fra tutti furono i Paesi Bassi nel 2001⁴⁰.

Fra le varie tipologie adottate nei Paesi europei, si annoverano in alcuni forme di matrimonio omosessuale, in altri le unioni registrate, in altri ancora le convivenze di fatto ed in Italia, da poco, sono state introdotte le unioni civili.

³⁹ Il 7 giugno 1989 fu approvata dal parlamento danese una legge, la n. 372, che permetteva a due soggetti del medesimo sesso di registrare il contratto che stabilisce la loro unione. Gli effetti di tale registrazione sono gli stessi del matrimonio. La legge danese ha profondamente influenzato la legislazione successiva dei Paesi dell'Europa del Nord (Svezia, Norvegia, Islanda) e ha rappresentato il punto di svolta verso un nuovo e moderno approccio nei confronti della diffusione delle convivenze e dell'affermazione dei nuovi modelli familiari; in PASTORE (2008:129-145).

⁴⁰ Sull'argomento si può consultare GALLO, WINKLER (2016: 8).

Per quanto riguarda le unioni registrate è opportuno specificare che esse possono presentarsi come “forti”, o *registered partnership*, previste sia per le coppie eterosessuali, ma soprattutto per quelle omosessuali; tale soluzione produce effetti molto simili al matrimonio (sono presenti in Danimarca, Norvegia, Svezia, Finlandia, Germania Regno Unito e Svizzera); oppure è contemplata una forma più “leggera”, anche detta *registered cohabitation*, aperta ad ogni tipo di coppia, eterosessuale e omosessuale che sia e prevede una serie limitata di diritti e doveri con caratteristiche che mutano in ogni Paese (si fa riferimento al *Pacte civil de solidarité* francese e al *partenariat lussemburghese*)⁴¹.

Attualmente, Spagna (l. 1° luglio 2005, in vigore dal 3 luglio), Belgio (l. 13 febbraio 2003, in vigore dal 1° giugno successivo)⁴², Olanda (l. 21 dicembre 2000, in vigore dal 1° aprile 2001), Norvegia (l. 11 giugno 2008, in vigore dal 1° gennaio 2009), Svezia (1° aprile 2009, in vigore dal 1° maggio successivo), Lussemburgo (legge giugno 2014), Islanda (legge del 2010), Finlandia (legge del 2014), la Danimarca (legge sul matrimonio del 2012), Slovenia (con legge del 2015 che equipara i matrimoni omosessuali a quelli eterosessuali), Portogallo (una legge del 2010 ha abolito il riferimento a “sesso diverso” nella definizione di matrimonio), hanno approvato delle leggi che riconoscono il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Mentre in Francia precedentemente con la legge del 15 novembre del 1999 si è riformato il codice civile francese, introducendo l’istituto dei *pactes civils de solidarité*, noti come “Pacs”⁴³, nell’aprile 2013 l’Assemblea nazionale vota a maggioranza una legge che legalizza le nozze omosessuali; nel Regno Unito sono previste dal *Civil Partnership Act 2004* le unioni registrate; in misura minore anche in Germania vi erano *Eingetragene Lebenspartnerschaft* del 16 febbraio 2001, poi però nel giugno del 2017 Berlino ha dato il via ai matrimoni gay, con legge

⁴¹ SARACINO (2011: 1473).

⁴² Per il Belgio il matrimonio omosessuale è stato introdotto con alcune limitazioni: per esempio all’impossibilità di procedere all’adozione da parte della coppia; nel 2015 queste limitazioni sono state abrogate, consentendo la possibilità per il matrimonio *same sex* di essere parificato a quello eterosessuale, idem p. 10.

⁴³ La più importante caratteristica dei Pacs è quella di essere applicabile sia a coppie dello stesso sesso che di sesso diverso; ciò importa che le persone che potrebbero concludere il vero e proprio matrimonio, possono accedere, se lo preferiscono, alla disciplina giuridica di tale altra unione stabile, mentre per le persone dello stesso sesso è possibile ricorrere solo ai Pacs: in DIEZ-PICAZO (2007:319-320).

che garantisce pari dignità alle nozze tra persone eterosessuali e omosessuali.

Va comunque detto che la diversità di scelta tra i vari ordinamenti europei sull'argomento discende anche da come tali Stati hanno recepito nelle loro Carte costituzionali il concetto di famiglia.

Spagna, Francia e Germania presentano articoli in Costituzione dove vi è un riferimento alla famiglia⁴⁴, mentre tali tradizioni costituzionali non si rinvergono in altri paesi europei come Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia, Olanda, Repubblica ceca, Svezia.

In alcune Carte costituzionali, invece, viene specificato che il matrimonio è solo quello tra persone di sesso diverso come avviene in Polonia, Lituania, Lettonia, Bulgaria, Moldavia, Montenegro, Serbia e Ucraina.

Di conseguenza, si riscontra una certa difformità tra le singole Costituzioni europee, in riferimento all'ammissibilità del matrimonio omosessuale: alcune non prendono posizione, altre invece lo escludono.

Nei paragrafi successivi si metteranno in evidenza alcuni Stati specifici e le loro relative discipline sui matrimoni *same sex* o discipline analoghe; è chiaro inoltre che le differenze che intercorrono fra i Paesi europei, come già detto, trovano ragione nel fatto che i vari ordinamenti statuali si poggiano su dei valori religiosi, morali, etici e politici differenziati.

Un altro aspetto da sottolineare è quello tra Stati europei a regimi autoritari e quelli democratici: i primi sono meno inclini ad ammettere l'omosessualità, invece i secondi sono più aperti al riconoscimento e alla tutela dell'identità di genere.

Si vuole comunque far notare che taluni diritti, tra i più delicati e discussi riferiti alle coppie omosessuali, non sono del tutto negati anche in quegli ordinamenti dove è escluso il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

⁴⁴ Per l'esattezza: per la Spagna sono gli artt. 32 e 39, per la Francia l'art.10 del Preambolo del Costituzione del 1946, a tutt'oggi ancora valido, per la Germania l'art 6 della Legge Fondamentale, per il Lussemburgo l'art. 11 della Costituzione, in PASSAGLIA (2010: 5), reperibile anche online.

Per esempio, in Polonia ed in Bulgaria, dove è escluso il matrimonio omosessuale, il legislatore ha riconosciuto, in capo agli omosessuali, la possibilità di procedere all'adozione (ma solo quella monoparentale), mentre in Lettonia e in Lituania è totalmente vietato.

Volendo fare una sintesi del quadro europeo fin qui esposto, bisogna constatare che la risposta alle istanze omosessuali si è tradotta negli ordinamenti europei in una forma di compromesso: tra quelli che hanno scelto l'istituto del matrimonio anche per le coppie omosessuali e coloro che invece hanno disciplinato la convivenza stabile omosessuale con nuovi istituti.

Non si può affermare che tale soluzione possa soddisfare pienamente coloro che rivendicano una piena parità di trattamento per le coppie omosessuali.

2.2 La disciplina delle unioni fra persone dello stesso sesso, alcuni casi specifici: i Paesi Bassi

Tra i Paesi europei, i Paesi Bassi rappresentano sicuramente lo Stato più progredito e con le migliori condizioni di vita nei confronti della comunità omosessuale.

Le unioni civili c.d. "forti" possono essere inquadrare nella legge del 1998, la quale introdusse nel libro primo del codice civile (*Burgerlijk Wethoek, BW*), relativo alle persone e alla famiglia, un nuovo Titolo V, con l'introduzione degli articoli dall'80 a) all'80 e), che racchiudono il nuovo assetto delle regole sulla registrazione delle convivenze.

Successivamente con la legge del 21 dicembre 2000, si sono apportate nuove modifiche al codice civile olandese ed il principio sancito nell'art. 30 del BW fu riformulato (oggi art. 56) nel "principio della neutralità sessuale (*genderneutrality*) del matrimonio" o principio della "irrilevanza del sesso dei nubendi".

La legge del 1998 prevedeva le unioni registrate. Questa nuova unione, introdotta dalla legge olandese, crea dei legami giuridici tra conviventi uguali a quelli matrimoniali; infatti gli articoli sulla famiglia

del codice riguardanti i diritti e doveri dei coniugi, tra cui la fedeltà reciproca, l'assistenza, il regime patrimoniale, l'adozione e la comunione universale dei redditi acquisiti dopo la *partnership*, si applicano rispettivamente alle unioni registrate.

I *partners* possono accedere all'unione registrata solo se non legati da vincolo matrimoniale o da altra unione registrata, purchè non sussista tra essi un rapporto di parentela o affinità in linea retta o collaterale (art. 80a BW). Non possono accedere alle unioni registrate i minori d'età (art.31 BW).

In riferimento alle regole previste per lo scioglimento, vi sono delle differenze con quello del matrimonio: la cessazione del rapporto può essere decisa per mutuo consenso dalle parti e tra l'altro non è applicabile l'istituto della separazione personale. Infatti, l'art. 80c BW prevede che la cessazione di una *registered partnership* può avvenire per morte di uno dei *partners*, o per successiva scomparsa seguita da una nuova unione registrata o matrimonio dell'altro *partners*, per mutuo consenso o per scioglimento da parte del giudice⁴⁵

La legge olandese del 2000 ha invece introdotto il matrimonio tra persone dello stesso sesso, alle quali si applicano le disposizioni civiliste del matrimonio tra eterosessuali, con l'unica eccezione che l'adozione è riservata solo alle coppie eterosessuali.

Tale legge contiene, tra l'altro, una norma di diritto internazionale privato⁴⁶: per poter accedere al matrimonio tra omosessuali è necessario che almeno uno dei due contraenti sia di nazionalità olandese o abbia la residenza nel paese.

Va comunque puntualizzato che, nell'ordinamento olandese, la situazione della convivenza di fatto era stata oggetto di interventi

⁴⁵ PASTORE (2008:132).

⁴⁶ Pur tuttavia non c'è alcuna garanzia che i matrimoni vengano riconosciuti all'estero, l'autore Martijn van den Brink avanza come esempio, il caso di un'ipotetica coppia omosessuale olandese-polacca, sposatasi in Olanda e successivamente trasferitasi in Grecia (dove uno dei due coniugi ha trovato lavoro). In tal caso, la Grecia sarebbe obbligata a riconoscere il matrimonio? E cosa accadrebbe se detta coppia tornasse in Polonia, per un breve periodo, al fine di visitare la famiglia del polacco? La libera circolazione delle coppie *same sex* solleva una moltitudine di questioni. La denominazione matrimonio o *partnership* è collegata al fatto che un matrimonio produce una serie di conseguenze: il matrimonio non è esclusivamente uno status personale, ma reca diritti e doveri (come il diritto di adottare, il diritto ad agevolazioni fiscali o le responsabilità genitoriali, in VAN DEN BRINK (2016: 421-449)

normativi fin dagli anni '70, a prescindere dal sesso dei *partners*. Solo successivamente, anche a seguito di una revisione costituzionale sul principio di uguaglianza avvenuta nel 1994⁴⁷, ha trovato compiuta realizzazione la legge del 1998 e quella del 2000.

Questo ha permesso che nei Paesi Bassi, a partire dal 1° Aprile 2001, una coppia omosessuale o eterosessuale che voglia formalizzare la propria unione, può scegliere fra tre opzioni:

- un accordo privato di convivenza
- la *registered partnership*
- il matrimonio.

Secondo dati statistici dal 2003 in poi, le coppie omosessuali hanno optato per il matrimonio e in maniera minore per la *registered partnership*, mentre le coppie eterosessuali poco per l'istituto matrimoniale e più invece per le unioni registrate.

Bisogna, però, tener presente che se pur i Paesi Bassi si presentano come uno tra i Paesi più tolleranti alle diversità di genere, i partiti politici di ispirazione cristiana si oppongono vivamente ai matrimoni omosessuali. Tra l'altro uno studio effettuato dall'Università di Amsterdam ha rilevato che negli ultimi anni è aumentata l'ostilità verso gli omosessuali con forme di intolleranza sia verbale che fisica.

2.3 La Spagna

Nel 2004, in Spagna, il riconoscimento giuridico della famiglia omosessuale è legato al partito socialista, il cui leader Luis Rodriguez Zapatero, alle elezioni generali, incluse nel suo programma elettorale la possibilità di contrarre il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

⁴⁷ Già dagli anni '80, un gruppo di attivisti omosessuali, attraverso il proprio leader Henk Krol, chiesero al governo di permettere i matrimoni tra coppie dello stesso sesso. Il Parlamento decise nel 1995 di creare una Commissione per vedere se era possibile definire tale normativa. La Commissione si espresse in termini favorevoli verso la proposta e poco dopo la Camera Alta approvò la legge con 109 voti a favore e 33 contrari, in SARACINO (2011: 1499).

Le elezioni videro la vittoria del partito socialista, che una volta insediatosi nel governo presentò un disegno di legge che fu poi successivamente approvato dal parlamento spagnolo, con legge n. 13 del 1° luglio del 2005.

La legge apportò delle modifiche al codice civile spagnolo, che senza intaccare l'istituto matrimoniale civilistico, consentì che esso potesse essere concluso tra due persone dello stesso sesso o di sesso opposto.

La riforma provocò un grande clamore in Spagna, di antica tradizione cattolica. La comunità cattolica spagnola si sentì fortemente offesa, in quanto veniva intaccato l'istituto matrimoniale, la famiglia tradizionale, i valori sociali e religiosi.

In seguito all'approvazione di questa legge, si aprì un vero dibattito dottrinale, ma anche giurisprudenziale, della Corte costituzionale spagnola circa la possibilità di accettare nell'ordinamento spagnolo il matrimonio *same sex*.

Il motivo portante della disquisizione era che la Costituzione spagnola non riconosceva il matrimonio tra persone dello stesso sesso, poichè l'art. 32 della Costituzione prevedeva che: "l'uomo e la donna hanno diritto di contrarre matrimonio in piena uguaglianza giuridica".

Anche il Tribunale costituzionale, chiamato in causa su un ricorso di *amparo* di un cittadino omosessuale al quale era stata negata la pensione di reversibilità dopo la morte del compagno, si espresse con ordinanza⁴⁸ nella quale dichiarò che il matrimonio è solo quello eterosessuale e di conseguenza negava la pensione di reversibilità.

Il passaggio per il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso è dovuto transitare per altri articoli della Costituzione spagnola: gli articoli 9, co. 2 e il 10, co. 1, dove giustificano l'intervento del legislatore ordinario per dare attuazione all'eguaglianza effettiva dei cittadini, alla tutela della libertà di relazione, alle forme di convivenza (art. 1, co. 1) ed infine all'art. 14, dove si prevede che "gli spagnoli sono uguali di fronte alla legge, senza

⁴⁸ Ordinanza del Tribunale costituzionale dell'11 luglio 1994, n. 222 (ATC), in LINACERO DE LA FUENTE (2005: 411-428).

alcuna discriminazione per motivi di nascita, razza, sesso, religione, opinioni e qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale”.

Il Tribunale costituzione spagnolo, interpellato successivamente nel febbraio del 2006, ha dovuto precisare che le rivendicazioni delle coppie omosessuali trovano il loro fondamento proprio tramite l’art. 14 della Costituzione. Tra le motivazioni della Corte, che rispondeva per un ricorso in tema di licenziamento di un omosessuale, vi era il fatto che l’omosessualità non poteva essere presupposto di discriminazione sia nell’ambito della vita di relazione, sia all’interno delle pubbliche amministrazioni⁴⁹.

La legge del 2005, con le modifiche apportate al codice civile spagnolo⁵⁰, ha dunque affermato che i diritti e doveri dei coniugi sono identici indipendentemente dal fatto di appartenere allo stesso sesso o ad un sesso diverso, dunque, l’assimilazione è completa. Tale legge consente l’adozione congiunta da parte dei coniugi gay, ma anche la coadozione (cioè l’adozione da parte del coniuge o della madre o del padre) anche perché già precedentemente alla legge del 2005, l’ordinamento spagnolo prevedeva l’adozione da parte del singolo.

A differenza dei Paesi Bassi, la legge del 2005 non inserisce alcuna norma di diritto internazionale privato. Tale mancanza non è priva di importanza. Infatti, seguendo i principi espressi dall’ordinamento spagnolo, esso prevede che i requisiti per la capacità matrimoniale siano disciplinati in base alla legge nazionale della persona.

Tutto ciò implica, per i funzionari spagnoli, la problematica se autorizzare o negare il matrimonio tra omosessuali a cittadini di paesi in cui tale possibilità non è riconosciuta, o dove addirittura viene considerata contraria all’ordine pubblico.

Di tale problema è stata investita la Direzione Generale dei Registri e del Notariato spagnolo, la quale, con una circolare, ha specificato

⁴⁹ FERNANDEZ-CORONADO GONZALEZ (2006: 93-112).

⁵⁰ L’art. 44 del codice civile spagnolo disciplina che: “l’uomo e la donna hanno diritto di contrarre matrimonio conformemente alle disposizioni del presente codice”, al secondo comma si aggiunge: “il matrimonio avrà gli stessi requisiti ed effetti quando entrambi i contraenti siano dello stesso sesso o di differente sesso”. Il legislatore spagnolo non disciplina il matrimonio gay, ma ad esso si può applicare il regime giuridico di quello tradizionale. Di conseguenza, il legislatore ordinario ha dovuto aggiustare diverse terminologie del codice civile alla nuova normativa, ma anche la legge dell’8 giugno 1957 sul Registro civile, in DIEZ PICAZO (2007: 324).

che: “la validità di contrarre matrimonio tra due persone dello stesso sesso, di cui una spagnola e l’altra straniera, è regolata ai sensi dell’art. 9, co. 1 del codice civile”. La stessa circolare ammette la legittimità del matrimonio omosessuale contratto in Spagna fra uno spagnolo e un cittadino straniero di uno Stato la cui legge, pur non riconoscendo tale matrimonio, accetti il rinvio alla legge spagnola.

Su questa legge la dottrina spagnola ha sollevato alcune critiche, le quali si muovono sul presupposto che tale normativa non abbia riconosciuto il matrimonio omosessuale, ma abbia soltanto apportato delle modifiche al codice civile. In sostanza si è operato un cambiamento radicale del concetto stesso del matrimonio: prima era una relazione giuridica che apparteneva all’eterosessualità, ora, invece, diventa una relazione per la quale il sesso dei contraenti è del tutto indifferente⁵¹.

⁵¹ RODRIGUEZ LUNO (2005), reperibile online.

2.4 La Francia

L'Assemblea Nazionale francese nell'aprile del 2013 ha deliberato una legge che ha riconosciuto il matrimonio gay e l'adozione nei confronti di coppie dello stesso sesso.

La ministra francese della Giustizia, Christiane Taubira, ha dichiarato "è un momento storico per la Francia" e ha affermato che già i primi matrimoni gay si sarebbero potuti celebrare nel mese di giugno.

Storicamente, ovvero durante l'Ancien Régime, l'omosessualità era considerata un reato. La rivoluzione francese l'ha depenalizzata: pur tuttavia il codice penale di allora, all'art.331, prevedeva l'attentato al pudore applicato per condannare l'omosessualità.

Durante la Seconda Guerra Mondiale, il legislatore francese ha deliberato numerose norme per combattere l'omosessualità; bisognerà arrivare, però, verso gli anni Ottanta perché la Francia elimini dal suo ordinamento giuridico disposizioni che discriminavano gli omosessuali⁵².

A livello di norme costituzionali, le disposizioni francesi sono piuttosto esigue: infatti, nessuna norma costituzionale specifica la famiglia, né il matrimonio, né il legame fra questi due istituti.

Il preambolo della Costituzione del 1946 prevede che "la Nazione assicura all'individuo ed alla famiglia le condizioni necessarie al loro sviluppo"; l'art. 34 individua che il "regime matrimoniale" è oggetto di riserva di legge.

La Costituzione del 1958 non fa riferimento al matrimonio, ma contiene un preambolo che cita: "Il Popolo francese proclama solennemente la sua fedeltà ai diritti dell'uomo e ai principi della sovranità nazionale, definiti dalla Dichiarazione del 1789, confermata ed integrata dal preambolo della Costituzione del 1946, e ai diritti e doveri definiti nella Carta dell'ambiente del 2004"⁵³.

⁵² MOSSUZ-LAVAU (1991:20).

⁵³ La Costituzione del 1958 è reperibile online.

Il Consiglio costituzionale (Conseil constitutionnel), prendendo in considerazione gli articoli 2 e 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo, ha espresso il principio di libertà del matrimonio, ma su come si debba costituire il matrimonio non ha menzionato nulla.

Per l'ordinamento francese, la disciplina del matrimonio è riservata alla legge civile.

Le leggi civili sul matrimonio e sulle sue possibili forme di convivenza hanno dato luogo a numerose polemiche e a dibattiti politici di grande intensità⁵⁴. La legge sui PACS del 1999 è stata accompagnata da un estenuante braccio di ferro parlamentare e da critiche feroci da parte della dottrina⁵⁵.

La legge del 1999 sui PACS, che prevede la tutela della convivenza e la solidarietà tra i due *partners*, economica e morale, si applica a tutte le coppie, a prescindere dall'orientamento sessuale. Tale legge disciplina un contratto tipico dove la causa è di organizzare una vita in comune.

Alcuni giuristi⁵⁶ hanno incontrato difficoltà nel definire il fondamento giuridico dei PACS: se esso vada inquadrato nell'ambito della disciplina di coppia e, di conseguenza, riconducibile al diritto di famiglia, oppure nell'ambito delle obbligazioni e dei contratti.

Sulla natura giuridica dei PACS si sono pronunciati due giudici: il giudice costituzionale francese che, da una parte, ha stabilito che la legge disciplina unicamente le coppie fra cui esistono legami di natura coniugale, e, dall'altra ha affermato che i PACS hanno natura esclusivamente contrattuale e che, nel silenzio della legge, in nessun

⁵⁴ La discussione sulle legge relativa al patto civile di solidarietà è stata una di quelle più dibattute nella XI legislatura, con sessanta due ore di dibattito, 1174 emendamenti ed una questione di pregiudizialità esposta per circa tre ore, in SCHOETTI (1999: 6).

⁵⁵ La legge francese, *Loi no. 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité*, in *Journal Officiel*, 1999, è reperibile online. Per la dottrina sull'argomento è possibile consultare RUBELLIN-DEVICHI (1999: 1909); MARTIN-THÉRY (2001: 135-158).

⁵⁶ Il PACS è uno strumento che ha esaltato il principio di autonomia delle parti e un obbligo giuridico e reciproco di aiuto materiale e vincolo solidale per le obbligazioni assunte per i bisogni della famiglia, ma le modalità di come adempiere a tali obbligazioni vengono definite tramite accordo tra le parti, in VITUCCI (2001: 713 ss.).

caso si possa permettere che le parti stipulanti siano considerate al pari di quelle sposate⁵⁷.

L'altro giudice è della Corte di Cassazione francese che, tramite le sue pronunce, ha più volte escluso la configurabilità della convivenza omessuale come “*concubinage*”⁵⁸.

Successivamente, la *loi n. 2006-278 du 234 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités*⁵⁹, pur mantenendo invariata la definizione originaria dei PACS, ha cambiato alcuni aspetti dell'istituto: le procedure per la registrazione e la pubblicità⁶⁰ e ha riscritto tutto il regime patrimoniale dei *partenaires* incidendo sugli articoli del codice civile.

La legge ha chiarito che il regime applicabile d'ufficio alle parti, in mancanza di convenzioni delle parti, è la separazione dei beni prevedendo anche, però, un secondo modello opzionale, “*l'indivision organisée*”, assimilabile alla comunione legale italiana.

Il *Pacte*, pur non modificando lo stato civile dei membri della coppia, produce per la stessa alcuni effetti analoghi a quelli del matrimonio: dovere di aiuto reciproco, diritto all'alloggio, statuto fiscale, diritti ereditari, legislazione sociale, permesso di soggiorno.

La legge sui PACS del 2006 ha richiamato l'attenzione dei commentatori, i quali hanno posto la rilevanza sulla questione relativa alla natura giuridica dei PACS, visto che la legge da un lato per essi prevede una disciplina che riguarda i legami coniugali, ma dall'altro non considera le situazioni soggettive che caratterizzano la vita familiare come i rapporti personali, la successione ereditaria, la filiazione, l'adozione⁶¹.

⁵⁷ Ibidem, (2001:713)

⁵⁸ PASTORE (2008:140).

⁵⁹ Descrive e spiega ogni aspetto della normativa entrata in vigore il 1° gennaio 2007, e applicabile ai PACS contratti dopo tale data. La *Circulaire n° 2007-03 CIV du 5 février 2007 relative à la présentation de la réforme du pacte civil de solidarité*, reperibile su *Bulletin Officiel du Ministre de la Justice*, 28 février 2007.

⁶⁰ Mentre in precedenza il cancelliere provvedeva all'iscrizione della dichiarazione congiunta nel registro c.d. *de naissance*, oggi la conclusione, la modifica e lo scioglimento dei PACS sono oggetto di trascrizione a margine dell'atto di nascita di ciascun *partenaire*, trascrizione che rende in questo modo opponibile ai terzi la conclusione, la modifica e lo scioglimento del *pacte*, in SARACINO (2011:1491).

⁶¹ Tra i commentatori non vi è stata unicità di vedute: i più agguerriti “anti-Pacs” hanno fornito le definizioni più disparate: da *marriage edulcoré*, *marriage-bis*; *un décalque du*

Con l'entrata in vigore della legge del 2013 (*loi n. 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*)⁶², tutte le diatribe sulla natura giuridica dei PACS sono state risolte; infatti la nuova legge, incidendo sull'art. 143 del codice civile francese, ha previsto che: "Il matrimonio è un contratto tra due persone di sesso opposto o dello stesso sesso".

La nuova legge, rispetto ai PACS, è un passo avanti nei confronti dei diritti dei *partners*: consente di acquisire il cognome del partner e prevede la possibilità di scegliere per la comunione dei beni. In caso di decesso di uno dei due della coppia, l'altro eredita e diventa titolare della pensione di reversibilità. È inoltre aperta la possibilità di adozione per le coppie gay.

La legge non consente la possibilità di ricorrere alla procreazione assistita (per le lesbiche) e alla gravidanza in affitto.

La prima cerimonia ufficiale di matrimonio tra persone dello stesso sesso in Francia ha avuto luogo il 29 maggio 2013, nella città di Montpellier.

modèle, fino a definire l'incerta disciplina delle unioni non matrimoniali *une fausse symétrie à l'italienne*. Per ulteriori definizioni si veda TIMOTEO (2002: 701).

⁶² Il 4 aprile 2013 il Senato francese ha iniziato il dibattito sul disegno di legge e cinque giorni più tardi ha approvato il suo primo articolo con una votazione di 179 voti a favore e 157 contrari. Il 23 aprile l'Assemblea Generale ha approvato il disegno di legge modificandolo con voto favorevoli 331 e contrari 225, prevedendo anche l'adozione. Tuttavia la legge è stata sottoposta al controllo del *Conseil Constitutionnel*, il quale ha stabilito che la legge era costituzionale. Il 18 maggio 2013, il presidente Hollande ha firmato il disegno di legge che è stato ufficialmente pubblicato il giorno successivo nel *Journal officiel de la République française*, in BEGLEY (2013), reperibile online.

2.5 La Germania

Nell'ordinamento giuridico tedesco, le unioni tra due persone, prima dell'approvazione del matrimonio egualitario, in vigore dal 30 giugno 2017, erano disciplinate mediante tre modalità: il tradizionale matrimonio civile (*Ehe*) tra persone di sesso diverso, la convivenza more-uxorio (*nichteheliche Lebensgemeinschaften*) o unioni di fatto⁶³ e la c.d. unione registrata (*eingetragenen Lebenspartnerschaft*) entrata in vigore il 16 febbraio 2001 e rivolta solo alla categoria dei soggetti omosessuali.

La Legge Fondamentale di Bonn, però, non considera le tipologie qui sopra elencate, ma riconosce solo all'art. 6, co 1: "*Il matrimonio e la famiglia sono oggetto di particolare tutela da parte dell'ordinamento statale*".

Le varie tipologie si sono affermate attraverso la giurisprudenza o la dottrina⁶⁴ e specialmente disciplinate dalla legge ordinaria.

La Germania, prima dell'apertura al riconoscimento delle diversità nell'ambito delle unioni tra persone, si era dimostrata invero molto ostile⁶⁵ verso la legalizzazione delle persone LGBT (lesbiche, gay, bisessuali e transgender). Solo verso gli ultimi decenni del secolo, si è

⁶³ Quest'ultime non avevano una specifica disciplina, ma i vari aspetti sono stati regolamentati da provvedimenti giurisprudenziali, che riguardavano le coppie eterosessuali, PASTORE (2008: 134), op. cit.

⁶⁴ Invero, la Corte costituzionale tedesca nella sentenza del 4 ottobre 1993 (BVerfGE), aveva detto: "*Il matrimonio, da un punto di vista costituzionale è la convivenza tra un uomo e una donna*", successivamente nella sentenza del 17 luglio 2002 (1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01), per verificare la legittimità costituzionale della legge del 2001 sulle unioni registrate, la Corte ribadiva che il matrimonio si basava sulla diversità dei sessi; poi in sentenze più recenti, riguardanti il principio di uguaglianza circa il regime pensionistico, la Corte ha mutato il suo orientamento ed ha affermato nella sentenza del 7 luglio 2009 (1 BvR 1164/97) che a livello costituzionale non esiste nessun privilegio economico finora accordato per il pubblico impiego alle coppie sposate rispetto alle coppie omosessuali legate in unioni civili; infine, la sentenza del 19 febbraio 2013 (BVerfG, 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09) ha riconosciuto l'adozione tra due conviventi dello stesso sesso, in BRUNETTA D'USSEAUX (2000: 231 ss), ID. (2005: 72).

⁶⁵ L'attività sessuale tra persone dello stesso sesso era considerata illegale nell'impero tedesco del 1871 e la Germania nazista ha perseguitato e martorizzato nei campi di concentramento una moltitudine di cittadini tedeschi omosessuali, in LUCAS GIN (1995), reperibile online.

prodotta una tolleranza, e nel 2017, la società politica e culturale tedesca è pervenuta ad accettarli e riconoscerli giuridicamente.

Quando la legge del 16 febbraio 2001 sulle unioni registrate è entrata in vigore, ha suscitato un dibattito molto turbolento perché per la comunità antigay riteneva che il riconoscimento alle convivenze omosessuali potesse recare danni al modello tradizionale dell'istituzione matrimoniale tra un uomo e una donna.

La *Lebenspartnerschaftsgesetz* dispone che due persone dello stesso sesso, che vogliono far riconoscere ai sensi della legge la propria convivenza, devono dichiarare personalmente e vicendevolmente la volontà di condurre una vita insieme. Tali dichiarazioni sono efficaci solo se fornite dinanzi all'autorità competente (art. 1, par.1, I. 16/02/2001).

I *partners* possono usufruire della registrazione solo se non sono uniti da un precedente matrimonio o altra unione registrata e non sono vincolati da un rapporto di parentela e affinità in linea retta o collaterale (art. 1, par. 2 LPartG). Non possono accedere alle unioni registrate i minori d'età (par. 1303 BGB).

Tale legge prevede che i conviventi concorrono solidalmente alle spese della vita in comune e che prima della convivenza devono dichiarare il loro stato patrimoniale da cui risulti se intendono adottare il regime patrimoniale degli incrementi (c.d. *Ausgleichsgemeinschaft*, art. 6, co. 2), oppure se preferiscono regolare i loro rapporti economici tramite un "contratto di convivenza" (concluso di fronte ad un notario) con il quale si può scegliere se trovarsi in comunione o separazione di beni.

Sempre nella stessa legge viene disciplinato lo scioglimento della convivenza, che può essere decisa con sentenza dal giudice.

La LpartG prevede una serie di norme a tutela del *partner* più debole economicamente, disciplinando sia il diritto al mantenimento ad opera dell'altro in caso di separazione per sua colpa, oppure se senza colpa, sempre un mantenimento fintanto che il meno abbiente non riesca a provvedervi in maniera autonoma.

Il 30 giugno del 2017, il Bundestag ha approvato una legge sul matrimonio egualitario su un disegno di legge chiamato "matrimonio

per tutti”, voluto fortemente dalla coalizione di estrema sinistra, a discapito della Cancelliera A. Merkel, dimostratasi sempre ostile verso i matrimoni gay.

La nuova legge tedesca prevede che tutta la regolamentazione del codice civile tedesco (BGB) sul matrimonio possa applicarsi anche alle coppie omosessuali. L’inciso portante della nuova legge è che il matrimonio è un contratto “tra persone di sesso diverso o dello stesso sesso” che ora risulta nel primo comma del par. 1353 BGB ad opera dell’art. 1 della nuova legge.

Anzi, sempre nel par. 1309 BGB, si è introdotto un nuovo terzo comma che proibisce che l’uguaglianza di sesso sia un impedimento al matrimonio, non solo per i cittadini tedeschi, ma anche per gli stranieri; sempre questo nuovo comma, tuttavia, prevede che il primo comma già citato non si può applicare a quelle persone che vogliono contrarre matrimonio omosessuale e il cui Stato di origine non preveda la conclusione di un matrimonio omosessuale.

La nuova legge, tra l’altro, dà la possibilità alle coppie già registrate di trasformare la loro unione in un matrimonio mediante una dichiarazione rilasciata di fronte ad un ufficiale di stato civile.

Oggi in Germania la disciplina del BGB sui matrimoni si applica anche ai matrimoni gay, ma ancor di più che in altri Paesi per le coppie gay è possibile l’adozione co-parentale (o c.d. *stepchild adoption*) e l’adozione “successiva”, cioè del figlio adottivo del padre.

Recenti sondaggi, effettuati nel 2017, hanno rilevato che circa il 75% dei tedeschi è a favore del matrimonio omosessuale, mentre il 20% si è espresso in modo contrario. Sempre nello stesso anno, in un altro sondaggio, circa l’83% dei tedeschi guarda con favore il matrimonio egualitario e il 95% pensa sia giusto che il legislatore tuteli la discriminazione a danno della comunità LGBT⁶⁶.

⁶⁶ TEBANO (2017) reperibile online.

Capitolo III: La disciplina delle unioni civili in Italia

3.1 L'iter parlamentare per la realizzazione della legge sulle unioni civili

Il fenomeno delle “relazioni affettive non matrimoniali”, strettamente collegato alla crisi del modello familiare istituzionalizzato all'art. 29 della Costituzione italiana, ha raggiunto il suo apice con l'approvazione del d.d.l Cirinnà sulla “*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*”.

Tale normativa segna una sorta di *point de non retour*: infatti si materializza sul piano del diritto vigente l'importanza assunta da taluni vincoli affettivi non fondati sul matrimonio⁶⁷.

Con il termine unione civile, il legislatore italiano vuole indicare l'istituto giuridico analogo al matrimonio, riguardante il riconoscimento giuridico delle coppie formate da persone dello stesso sesso. Tale istituto riconosce alle coppie omosessuali uguali diritti e doveri previsti nel matrimonio, modificando lo stato civile della persona.

Prima di giungere alla approvazione della legge del 20 maggio 2016, n. 76, il dibattito parlamentare è stato assai difficoltoso, a riprova di come in Italia lo scontro sulle tematiche riguardanti i diritti fondamentali per le coppie omosessuali è fortemente condizionato dal confronto delle forze politiche “laiche” contrapposte a quelle “cattoliche”.

In Italia, le proposte di legge sull'introduzione delle unioni civili hanno avuto uno sviluppo storico che va dagli anni 1986 fino al 2011.

⁶⁷ Su tali profili si può consultare AULETTA (2016: 371) ove l'autore sottolinea come, allo stato attuale, il moltiplicarsi di modelli di unioni affettive a carattere familiare sia “un dato di fatto indiscutibile ed anche socialmente accettato”.

Nel 1986, l'istituto fu proposto, per la prima volta, da Alma Agata Capiello, avvocato e parlamentare socialista, grazie anche alla intermediazione dell'interparlamentare donne comuniste e dall'associazione per i diritti degli omosessuali (Arcigay). Tale proposta, però, non fu mai inserita nel calendario dei lavori parlamentari.

Successivamente, negli anni Novanta, le proposte di legge sulle unioni civili presentate al Parlamento divennero assai più numerose: ciò fu dovuto dall'intervento del Parlamento europeo⁶⁸ verso gli Stati membri a dettare delle discipline uniformi in merito al riconoscimento delle coppie gay con quelle eterosessuali, così come per le coppie conviventi e sposate.

Durante la XIII Legislatura, furono presentate alle Camere diverse proposte e disegni di legge sia dal partito Democratici della Sinistra che dall'Ulivo, come anche nelle legislazioni future sempre azionate dai partiti della sinistra. Tutte queste iniziative però furono sempre bloccate dal diniego dei partiti cattolici.

Nella legislatura successiva (XIV) fecero il loro ingresso, nelle proposte di legge, i Pacs, "Patti civili di solidarietà", su imitazione del modello francese e scandinavo. Nel 2007, durante il governo Prodi II, fu presentato dall'esecutivo il disegno di legge relativo ai "diritti e doveri delle persone stabilimenti conviventi" ("Dico"), che prevedevano il riconoscimento di nuovi diritti alle coppie etero e omosessuali.

Anche in questo caso, durante il governo Prodi, le opposte fazioni parlamentari non trovarono un accordo; inoltre, il disegno di legge non convinse né i fautori per i diritti degli omosessuali né le fazioni opposte per ovvi motivi contrapposti.

Sotto il governo Berlusconi IV, i Dico cambiarono nome in "diritti e doveri di reciprocità tra conviventi" ("Didore"). Una proposta di soli sette articoli, ricomprensente anche la successione dei contratti in

⁶⁸ risoluzione del Parlamento europeo dell'8 febbraio 1994, A3 0028/94 *sulla parità dei diritti degli omosessuali e delle lesbiche nella Comunità europea*, con quale si invitava la Commissione ad agire per porre fine "agli ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali ovvero ad un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni", reperibile online.

affitto e decisioni in materia di salute. Allo stesso modo dei Dico, i Didore furono destinati a rimanere solo una proposta⁶⁹.

Intanto l'opinione sociale e politica cominciò a guardare con apertura alla convivenza tra persone dello stesso sesso specialmente in ambito europeo. Alcuni Paesi membri dell'Unione, difatti, avevano già da tempo riconosciuto le unioni registrate, ma altri addirittura avevano già disciplinato una normativa sui matrimoni *same sex*.

Persino le varie Corti giurisdizionali europee e internazionali espressero delle decisioni in merito all'argomento.

In Italia, nel 2010, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 138, dichiarò che in base all'art. 2 della Costituzione andava riconosciuto anche alle coppie omosessuali “*il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri*”⁷⁰.

L'appartenenza dell'Italia al Consiglio d'Europa e la sua adesione alla CEDU fecero sì che cominciarono a costituirsi le basi per la politica al riconoscimento delle unioni civili.

Nel 2013, il Consiglio nazionale del notariato avviò la procedura per stipulare, di fronte ad un notaio, “contratti di convivenza” atti a definire le regole della convivenza tra due persone, soprattutto dal punto di vista patrimoniale.

Dal 2013, anche diversi Comuni italiani istituirono i registri delle unioni civili. A Milano, ad esempio, il registro è stato istituito nel 2012, mentre a Roma nel 2015.

Alcuni Comuni all'avanguardia come Bologna, Milano e Roma permisero, tramite il proprio sindaco, la registrazione anche di matrimoni omosessuali celebrati all'estero. Tale atteggiamento suscitò però numerose polemiche: in tal senso intervenne l'allora Ministro dell'Interno, Angelino Alfano, chiedendone l'immediata cancellazione. I prefetti di Roma, Bologna e Milano ne disposero così l'annullamento.

⁶⁹ AULETTA (2016:374)

⁷⁰ Sulla sentenza della Corte per la dottrina, ROMBOLI (2012:631 ss.).

Nel frattempo, in Parlamento, durante la XVII legislatura, si ripresero le discussioni sulle proposte e disegni di legge per le unioni civili: una prima proposta di un testo unificato dei disegni di legge, all'esame congiunto della Commissione giustizia del Senato, fu depositato dall'onorevole Monica Cirinnà del Partito Democratico.

Tale prima proposta unificata fu soggetta a molteplici modifiche, fino ad arrivare ad una terza proposta di testo unificato adottato il 25 marzo 2015. Tale testo fu preso come base per il proseguimento della discussione in Commissione giustizia dove vennero analizzati i vari emendamenti.

Il dibattito parlamentare per le approvazioni sulle unioni civili fu abbastanza estenuante: le varie forze politiche di centro-destra, di centro-sinistra, nonché le forze cattoliche, non riuscirono a trovare un accordo definitivo sul testo. Alla fine, durante il governo Renzi, quando il disegno passò alla Camera nel maggio del 2016, l'esecutivo pose la questione di fiducia, per evitare ulteriori modifiche al testo già licenziato dal Senato.

Il testo sull'unioni civili fu approvato definitivamente l'11 maggio 2016 con 372 voti favorevoli, 51 contrari e 99 astenuti.

Il disegno di legge è stato poi promulgato dal Presidente della Repubblica ed è entrato in vigore il 5 giugno 2016.

3.2 La legge del 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. legge Cirinnà) e la sua relativa disciplina

L'approvazione della legge del 20 maggio 2016, n. 76 sulla "regolamentazione sulle unioni civili" e "disciplina delle convivenze" rappresenta per l'Italia un fatto di grande importanza, anche alla luce degli insuccessi su tale argomento degli ultimi dieci anni. Tra l'altro bisogna ricordare che la mancata regolamentazioni sulle unioni *same sex*, ha esposto il nostro Paese a molti rilievi critici da parte delle più qualificate magistrature sia nazionali che a livello europeo.

Si vuole ricordare, a tal proposito, l'intervento della Corte di Strasburgo che, con la famosa sentenza Oliari del 21 luglio 2015, (già citata), in cui la Corte rimproverò il nostro Paese per il mancato assolvimento, in violazione dell'art. 8 CEDU, dell'obbligo di provvedere, attraverso apposita normativa, al riconoscimento e alla tutela giuridica alle coppie dello stesso sesso⁷¹.

Non meno importanti sono state le due sentenze della nostra Corte costituzionale: quella del 15 aprile 2010, n. 138 e quella dell'11 giugno 2014, n. 170. In queste due sentenze si afferma, specialmente in quella del 2014, la necessità di introdurre una normativa di tutela dell'unione tra persone dello stesso⁷².

La legge sulle unioni civili oggi rappresenta una fase peculiare del nostro diritto di famiglia che vede in contrapposizione la "unicità dello stato di filiazione" e la "pluralità dei modelli familiari"⁷³.

La nuova normativa, accanto alla famiglia tradizionale fondata sul matrimonio, affianca le unioni civili (prima parte della legge art. 1-35), istituto applicabile soltanto a persone dello stesso genere che contraggono un legame simile al matrimonio; nella seconda parte (art. 1, co. 36-69) regola le convivenze di fatto come un istituto applicabile a tutti.

Nell'analisi della legge si può segnalare che:

- a) con riferimento alle coppie *same sex* si introduce un modello di "unione registrata" sul modello del prototipo tedesco della *partnership*; si esclude inoltre la possibilità di celebrazione di un matrimonio, dal momento che quest'ultimo rimane una prerogativa delle sole coppie eterosessuali;

⁷¹ La sentenza, alla luce delle precedenti sentenze della Corte di Strasburgo, ha rappresentato una tappa fondamentale nell'accidentato percorso italiano nel riconoscimento delle unioni *same sex*; per un commento della sentenza si può leggere BRUNO (2015: 1069) e LENTI (2015: 575).

⁷² sentenza della Corte costituzionale 14 aprile 2010, n. 138, in *Famiglia e diritto* (2010: 653 ss) e sentenza della Corte costituzionale, 11 giugno 2014, n. 170, in *Corriere giuridico* (2014: 1041). Le sentenze della Corte costituzionale italiana saranno trattate in maniera più dettagliata nel paragrafo 3.4.

⁷³ La legge del 20 maggio 2016, n. 76 prende atto delle relazioni "affettive non matrimoniali", tuttavia non si può non evidenziare che il legislatore precedentemente con la legge del 10 dicembre 2012, n. 219, recante *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio*, aveva già depotenziato il ruolo della famiglia fondata sul matrimonio, favorendo così una disciplina sulle unioni non matrimoniali; in PARADISO (2016: 104 ss).

- b) per le coppie *same sex* che non intendono registrare la loro unione si prevede l'eventualità di accedere alle tutele per unioni stabilmente conviventi eterosessuali. Viene meno ogni discriminazione legata all'orientamento sessuale;
- c) sempre con riferimento alle coppie *same sex*, viene esclusa la circostanza di ricorrere alla c.d. "*stepchild adoption*"⁷⁴;
- d) occorre segnalare l'abbandono dell'espressione "famiglia di fatto" riferita alle unioni stabili, attualmente il legislatore preferisce la parola "convivenza" per le coppie (siano esse etero od omosessuali) che vogliono vivere una relazione al di fuori dei canoni matrimoniali⁷⁵;
- e) le coppie (siano esse etero od omosessuali) stabilimenti conviventi possono regolamentare il loro rapporto con un contratto di convivenza.

Le unioni civili non vanno confuse con il matrimonio egualitario, sono distinte da quest'ultimo anche se si intravede una forte somiglianza quasi sotto ogni aspetto. Il legislatore, preoccupato di incorrere in un ricorso di legittimità costituzionale, ha previsto alcuni accorgimenti di natura sostanzialmente formali per accostare le unioni civili alla disciplina del matrimonio⁷⁶.

Tale accostamento è oltretutto evidenziato dalla scelta di disciplinare, nell'ambito della stessa legge, sia le unioni civili che le convivenze.

Tra l'altro vi sono delle differenze tra unioni civili, matrimonio e convivenze. Quest'ultime non devono formalizzare il loro vivere

⁷⁴ Con il termine *stepchild adoption* (in inglese "adozione del figlio affine"), adozione del configlio o adozione in casi particolari è un istituto che consente al figlio di essere adottato dal partner (unito civilmente o sposato) del proprio genitore. Tale istituto viene generalmente utilizzato quando due adulti danno vita ad una nuova famiglia e uno di loro o entrambi, portano un figlio avuto da una precedente relazione. Queste nuove famiglie ricostituite sono la conseguenza di divorzi, separazioni, famiglie mononucleari a causa delle morte di un coniuge, oppure famiglie omogenitoriali dove il figlio nasce all'interno della coppia gay o lesbica grazie alla maternità surrogata o con l'inseminazione artificiale, in SIMEONE (2016), reperibile online.

⁷⁵ Si vuole segnalare anche l'abbandono da parte del legislatore della parola concubinato – in auge fino agli anni settanta – e l'utilizzo del termine più neutro *more uxorio* in confronto a quello di famiglia di fatto, su tale concetto si può leggere BONOLINI (2014: 38 ss.).

⁷⁶ ROMEO (2016: 665-693), secondo l'autore, la scelta compiuta dal legislatore muove dall'avviso di ancorare il concetto di famiglia al modello tradizionale, collocando i nuovi modelli di famiglia, regolamentati dal diritto positivo, in una posizione di subalternità rispetto alla famiglia fondata sul matrimonio.

insieme ed il consenso della loro permanenza di vita in comune si rinnova quotidianamente; mentre tra unioni civili, al pari del matrimonio, vi è l'obbligo da parte dei due *partners* di convivere stabilmente e di prestarsi soccorso e assistenza.

Il codice civile non dà una definizione di matrimonio; è la Costituzione che, all'art. 29, qualifica “[...] *la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*”. La nuova legge intende l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale “*specifica formazione sociale ai sensi dell'art. 2 e 3 della Costituzione*”. Evidentemente, il legislatore ha voluto riferirsi alle sentenze della Corte costituzionale sopra citate per evitare ripercussioni nell'ambito di ricorsi di incostituzionalità per il mancato rispetto all'art. 29 della Costituzione⁷⁷.

L'unione civile si costituisce tra due persone maggiorenni dello stesso sesso, alla presenza di due testimoni, innanzi all'ufficiale di stato civile il quale ne cura la registrazione nell'archivio di stato civile.

All'art. 4 della legge n. 76/2016 sono previste le cause impeditive per la sua costituzione come: la sussistenza, per una delle parti, di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile tra persone dello stesso sesso; l'interdizione di una delle parti per infermità di mente; la sussistenza tra le parti dei rapporti di cui all'art. 87, primo comma del codice civile.

Anche per le unioni civili vale il principio dell'*impedimentum criminis* (art. 88 c.c.) come divieto per poterle costituire. La sussistenza delle cause impeditive comporta la nullità delle unioni civili, la quale può essere fatta valere da ciascuna delle parti dell'unione civile, dagli ascendenti prossimi e dal pubblico ministero. Valgono, per le unioni civili, le stesse cause di annullabilità relativa previste per il matrimonio.

Con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, le parti acquisiscono gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco di assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute a contribuire ai bisogni della vita in comune, secondo le proprie

⁷⁷ FERRANDO (2015: 344 ss.).

possibilità economiche e professionali e, chi non lavora, tramite l'apporto del suo lavoro casalingo.

Il regime patrimoniale dell'unione civile dello stesso sesso, in mancanza di diverso accordo fra le parti, è rappresentato dalla comunione dei beni.

Per quanto riguarda i rapporti patrimoniali, successori e gli obblighi alimentari, si applicano le norme previste per i coniugi. Altrettanto dicasi per le norme del codice civile in materia di amministrazione di sostegno, violenza, rapporto di lavoro e prescrizione⁷⁸.

La legge sulle unioni civili fa un rinvio a molti articoli del codice civile, però le principali differenze tra matrimonio e unione civile si riscontrano in merito alla crisi del rapporto. Nell'unione civile, infatti, non è possibile applicare l'istituto della separazione personale dei coniugi: dunque l'unione può sciogliersi solo con il divorzio. Lo scioglimento è previsto anche quando le parti hanno espresso la volontà, persino disgiuntamente, di liberarsi dal vincolo e anche nell'occasione in cui si verifichi un cambio di sesso in uno dei due *partner*.

Il legislatore italiano, sull'esempio di gran parte delle legislazioni europee, introduce il divorzio immediato o diretto⁷⁹. Inoltre, con una disposizione molto innovativa per il sistema giuridico italiano, viene disciplinato che il divorzio possa essere pronunciato sulla base del consenso unilaterale della richiesta, decorso un breve termine di riflessione. Passati tre mesi dalla manifestazione di volontà innanzi all'ufficiale di stato civile, i *partners* possono iniziare il procedimento di divorzio. Per quanto riguarda gli effetti giuridici del divorzio tra i due, essi sono gli stessi previsti per i coniugi.

In conclusione, sotto il nome di unioni civili, si è voluto disciplinare un istituto che condivide con il matrimonio civilistico una quantità di disposizioni, che incidono sul momento dell'atto costitutivo e per

⁷⁸ La legge sulle unioni civili è reperibile online.

⁷⁹ Si noti che ciò non era stato possibile effettuarlo con la legge del 6 maggio 2015 n. 55, che aveva introdotto tempi di riduzione di separazione per richiedere il divorzio: sei mesi in caso di separazione consensuale, un anno in caso di separazione giudiziale (c.d. "divorzio breve"), in AULETTA (2016: 378)

quanto riguarda la disciplina del rapporto di vita insieme e la sua rilevanza verso i terzi e la collettività.

Manca, però, una disciplina sui rapporti con i figli, ma comunque ove uno dei due abbia figli nati da un precedente unione, generato con fecondazione assistita o adottati, lo stato di figlio e l'esercizio delle responsabilità genitoriale saranno soggette alle regole degli art. 231, 351 e ss., 337 bis e ss. del codice civile.

3.3 Il decreto legislativo del 19 gennaio 2017

La legge Cirinnà prevedeva, all'art. 28, co. 1, lettera a) e c), una delega al governo finalizzata all'adeguamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni alle previsioni della legge sulla regolamentazioni delle unioni civili tra persone dello stesso sesso; inoltre contemplava l'adozione di disposizioni recanti modifiche ed integrazioni normative per il necessario coordinamento della medesima legge con le disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti.

L'11 febbraio è entrato in vigore il d.lgs. n. 5 del 19 gennaio 2017.

Tale decreto prevede due disposizioni in merito al cognome che, a rigore della dottrina⁸⁰, sembrano fortemente incostituzionali per eccesso di delega governativa.

Con la prima disposizione si prevede l'abrogazione nell'art. 1 del co. 10 e con la seconda si disciplina che siano cancellati tutti i cognomi già scelti dalle parti in attuazione del co. 10 con una semplice procedura amministrativa *de plano* e senza contraddittorio.

In effetti, la legge sulle unioni civili del 2016 all'art. 1, co. 10, prevedendo la possibilità del cognome comune tra persone dello stesso sesso che avevano stabilito un'unione duratura, si era dimostrata fortemente innovativa. La dottrina stessa⁸¹ aveva sottolineato come un nome comune dell'unione ne sottolineava la natura familiare e ne riaffermava l'unità della coppia.

L'art. 1, co. 10, lascia alle parti la scelta di un cognome comune, mentre l'art. 143*bis* del codice civile disciplina che la moglie aggiunga al suo nome quello del marito e gli eventuali figli acquistano il cognome paterno.

⁸⁰ Sull'argomento BUGETTI (2016: 911). L'art. 1, co. 10 della legge Cirinnà prevede che "mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, un cognome comune scegliendo tra i loro cognomi. La parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale di stato civile"

⁸¹ In merito FERRANDO (2016: 890); per l'autore le unioni civili sono "fonte di uno status familiare" e sono "anch'esse famiglie", non diversamente da quella tradizionale.

Tale ultimo articolo del codice civile è stato oggetto dell'attenzione della Corte costituzionale⁸², la quale ha dichiarato incostituzionali le norme che impedivano, tramite accordo congiunto dei coniugi, di dare al figlio due cognomi: quello del padre e, in aggiunta, quello della madre.

La previsione, invece, inserita nell'art. 1 co. 10 della legge sulle unioni civili, risente dell'influenza della *Lebenspartnerschaft* del modello tedesco⁸³, dove la decisione del cognome è rimessa alla piena volontà delle parti. Nel diritto civile, invece, la possibilità del doppio nome, pur con l'intervento della Corte costituzione, è rimessa alla decisione del padre. Dunque, la scelta del cognome comune prevista nella legge 2016 fa sì che ai due *partners* venga garantito un diritto soggettivo come realizzazione al diritto della vita familiare costituzionalmente riconosciuto (art. 2 e 3 della Cost.) alla coppia tra persone dello stesso sesso.

Come accennato, però, il governo, con il d.lgs. del 19 gennaio 2017, n. 5, in materia di stato civile, ha dovuto apportare modifiche ed integrazioni alle norme vigenti. Infatti, nell'art. 20 del d.p.r. del 30 maggio 1989, n. 223 (*Approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente*), è stato aggiunto il co. 3**bis** per cui “per le parti dell'unione civile le schede anagrafiche devono essere intestate al cognome posseduto prima dell'unione civile” (art. 3, co. 1, lett. c), n. 2). Tale disposizione impedisce che la scelta del cognome comune possa incidere sul cognome di uno dei due *partners*, sia sulla scheda anagrafica che sull'atto di nascita.

Tra l'altro, nella scheda informativa che accompagna il decreto legislativo, viene specificato che, in analogia con l'art. 143**bis** per il cognome della moglie, nell'unione civile chi dei due adotta un cognome comune ha il solo effetto giuridico di consentirne il suo uso: di conseguenza, venendo eliminato il cognome comune della famiglia, viene vanificata la grande innovazione della legge sulle unioni civili del 2016.

⁸² sentenza della Corte costituzionale, del 21 dicembre 2016, n. 286, reperibile online.

⁸³ Per una disamina della legge tedesca si rinvia al capitolo precedente, comunque in AZZARRI (2016: 1105 ss.).

Tale modo di disciplinare è stato palesato come norma di dubbia legittimità per eccesso di delega da parte della dottrina unanime⁸⁴, anche perché la delega del Parlamento al Governo si manifestava meramente attuativa e non integrativa della volontà del legislatore parlamentare. Infatti, lo stesso co. 28 dell'art. 1 afferma: “fatte salve le disposizioni di cui alla presente legge”.

La previsione del cognome comune evidenzia, a norma della legge sulle unioni civili del 2016, la natura indiscussa dell'unione civile come un istituto del diritto di famiglia e la possibilità per le coppie gay o lesbiche di essere famiglia, conferendo loro il diritto di scegliere un nome comune trasmissibile anche ai figli.

Sebbene il decreto legislativo abbia cancellato tale possibilità, non può però far venir meno la natura familiare dell'unione civile. Tale principio è stato affermato dalla Corte europea dei diritti umani ed anche dalla nostra Cassazione⁸⁵.

A ciò va aggiunta la clausola generale di equivalenza, prevista all'art. 20 della legge del 2016, che impone di applicare alle unioni civili tutte le norme in materia di matrimonio, ad esclusione di alcune

⁸⁴ Per la dottrina cfr. AULETTA (2017: 101 ss.), reperibile online; DE CRISTOFARO (2017).

⁸⁵ La Corte di cassazione ha più volte affrontato il problema della tutela delle coppie omosessuali nel nostro ordinamento. Già con la sentenza della Corte di cassazione del 15 marzo 2012, n. 4184, la Corte si è dovuta pronunciare sull'ammissibilità della trascrizione di un matrimonio contratto in Belgio da parte di due cittadini italiani, nonostante il rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile a causa dell'identità di sesso dei due sposi. La Corte allora confermò l'impossibilità della trascrizione non perché contraria all'ordine pubblico ma perché l'ordinamento italiano non prevedeva delle norme in merito a tale trascrizione. Successivamente la Suprema Corte con la sentenza del 9 febbraio 2015, n. 2400, riesamina le sue precedenti sentenze per risolvere tre motivi del ricorso avanzato dalle parti circa la legittimità del rifiuto di pubblicazioni matrimoniali tra persone dello stesso sesso da parte dell'ufficiale civile. La Corte precisa che il primo e il secondo dei motivi attiene alla legittimità costituzionale degli articoli 107, 108, 143, 143bis, ter, 156bis codice civile per contrasto con le art. 2, 3, 22, 29 della Costituzione, nonché agli articoli 12 e 14 della CEDU quali norme interposte ex art. 117 della Costituzione. In particolare la Corte ha voluto verificare se sia possibile un'unione tra persone dello stesso sesso senza l'intervento del legislatore e se l'assenza di tale istituto possa configurarsi come compatibile con il sistema attuale integrato con il diritto comunitario al quale l'Italia deve la sua attuazione. La Suprema Corte ribadisce con il terzo motivo, la riconducibilità delle unioni matrimoniali nell'ambito delle formazioni sociali e sorge perciò l'esigenza che il legislatore nazionale realizzi uno statuto protettivo delle relazioni diverse da quelle del matrimonio; si veda DI BARI (2012) reperibile online. La Corte ha dichiarato ammissibile la trascrizione dei matrimoni celebrati all'estero. Le sentenze della Cassazione sono reperibili online.

del codice civile e di quelle in materia di adozioni che contengono la parola “coniuge”.

La scelta di eliminare il nome comune appare viziata di incostituzionalità proprio in violazione dell’art. 2 della Costituzione, dove si prevede: *“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”*. È indiscusso che le unioni civili rientrino allora tra le formazioni sociali tutelate dall’art. 2 e 3 Cost., articoli che sono stati ripresi anche dalla legge del 2016 nel suo art. 1.

In conclusione tale atteggiamento governativo è destinato ad un futuro insuccesso⁸⁶.

⁸⁶ La tesi ci viene fornita da GATTUSO (2017), reperibile online.

3.4 Le sentenze della Corte costituzionale italiana

La Corte costituzionale italiana, con la sentenza n. 138 del 2010, per la prima volta si espresse circa la legittimità del divieto di matrimonio per le coppie omosessuali.

Tale sentenza è stata, per molte ragioni, tra quelle più commentate negli ultimi anni e ha ricevuto dalla dottrina valutazioni assai diverse sulle singole parti e sulle specifiche affermazioni di cui essa si compone.

In una valutazione generale, la sentenza è stata definita, per le affermazioni troppo controvertibili in essa contenute, necessariamente di carattere interlocutorio ed è stato auspicato che, nell'arco di poco tempo, la Corte sarebbe stata chiamata a prendere una nuova decisione per puntualizzare ciò che aveva già affermato⁸⁷.

Con maggiore riferimento alla pronuncia, la stessa è stata definita come una decisione 'storica', perché destinata a lasciare un'impronta profonda nella vita della giurisprudenza costituzionale in tema di diritti civili.

La sentenza in oggetto si inquadra nei giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale, riferita agli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 141, 143*bis* e 156*bis* del codice civile, promossi con ordinanza dal Tribunale di Venezia e dalla Corte d'appello di Trento⁸⁸.

⁸⁷ ROMBOLI (2012: 630-640). L'autore afferma anche che per altra dottrina, invece, le stesse affermazioni della Corte sarebbero state fatte allo scopo di fissare dei punti fermi destinati a durare nel tempo.

⁸⁸ Nel fatto era accaduto che alcune coppie formate da persone dello stesso sesso avevano contratto matrimonio all'estero, tornati in Italia avevano richiesto la trascrizione dell'atto matrimoniale all'ufficiale dello stato civile. Il rifiuto opposto da questi veniva contestato dagli istanti ai rispettivi tribunali di Venezia e di Trento, i quali dubitavano della legittimità costituzionale degli articoli del codice civile "nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentano che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso", ravvisando la violazione degli articoli 2, 3, 29 e 117, co. 1 della Costituzione; ordinanza del Tribunale di Venezia, III sezione civile, del 3 aprile 2009, in FERRANDO (2009: 911); ordinanza della Corte d'appello di Trento, sezione civile, del 29 luglio 2009, reperibile online.

Il giudice delle leggi con tale sentenza si è pronunciato sulla questione concernente l'ammissibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso nel nostro ordinamento. La Corte, in realtà, si è espressa su due differenti questioni:

- a) la prima, relativa alla compatibilità con la Costituzione della mancanza di una disciplina che regoli e tuteli la coppia omosessuale, riconoscendo alla stessa la possibilità di realizzare una vita familiare;
- b) la seconda, circa la costituzionalità in riferimento agli articoli 2 e 3 della Costituzione della mancata previsione o esclusione delle coppie omosessuali dal matrimonio.

In merito alla prima, bisogna sottolineare l'affermazione della Corte costituzionale, la quale ha ricondotto le unioni omosessuali nell'ambito dell'art. 2 della Costituzione.

Le unioni omosessuali rappresentano una formazione sociale a cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – e di ottenere il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri.

In merito alla seconda questione, l'unione omosessuale, seppur riconducibile all'art. 2 Cost., non è idonea a costituire una famiglia stante l'imprescindibile (potenziale) *“finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale”*. I giudici, proseguendo, hanno precisato che *“in tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione dell'art. 29 della Cost. che, affermando il principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, si sofferma proprio alla posizione della donna cui si intende attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale”*.

La Corte ha concluso che *“in questo quadro, con riferimento all'art. 3 della Cost., la questione di legittimità sollevata nei confronti degli articoli del codice civile, che per quanto sopra detto, contempla esclusivamente il matrimonio tra un uomo e una donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale. Ciò sia perché essa trova fondamento nel citato art. 29 della Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”*.

La Consulta, nella decisione, ha valutato la possibilità che si possano realizzare unioni civili ricomprese nell'alveo delle formazioni sociali e che il legislatore ordinario non incontri limiti a disciplinare tale unione; tuttavia, allo stesso, rimarrebbe preclusa l'ammissibilità di normare il matrimonio omosessuale, pena l'incostituzionalità della relativa disciplina.

In merito, il giudice delle leggi ha dichiarato inammissibile la questione sollevata in riferimento alla violazione dell'art. 2 della Cost., perché *“nell'ambito applicativo dell'art. 2 della Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e riconoscimento per le unioni suddette”*.

La Corte ha poi pronunciato l'infondatezza della questione con riferimento agli articoli del codice civile, poiché, in virtù di quanto affermato dagli articoli 3 e 29 della Costituzione, il matrimonio ha carattere eterosessuale.

La decisione della Corte ha fornito un monito per il legislatore futuro, ma potrebbe produrre effetti anche in una visione sopranazionale. Infatti, in relazione alla dedotta incompatibilità dell'implicito divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso e con il diritto di sposarsi in riferimento all'art. 2 della Cost. ed al parametro dell'art. 117 della Cost., relativo agli obblighi internazionali, la Corte ha ritenuto la questione inammissibile in riferimento dell'art. 28 della legge n. 87/1953, perché diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata.

Le norme internazionali di riferimento possono configurarsi con quelle CEDU, pur tuttavia la stessa Corte costituzionale in molte occasioni ha affermato che con riferimento alle norme CEDU e a quelle sopranazionali, al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, *“spetta il compito di applicare le relative norme, nell'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata attribuita dagli Stati contraenti”*.

In tale contesto, si deve però prendere atto che successivamente, con la sentenza del 21 luglio 2015, nel caso *Oliari e altri c. Italia*, la Corte di Strasburgo ha accertato la violazione dell'art. 8 CEDU da parte dell'Italia per non aver ancora adempiuto a produrre una legislazione sull'unioni omosessuali per garantirne i loro diritti e doveri.

La Corte di Strasburgo, nel merito della questione⁸⁹, si è preoccupata di analizzare il caso al rispetto dell'art. 8 CEDU, spiegando che tale norma protegge gli individui da arbitrarie ingerenze sulla loro vita privata e familiare da parte degli Stati e ricordando a quest'ultimi l'obbligo del rispetto delle norme della CEDU. Pur affermando che gli Stati possiedono una certa discrezionalità nell'applicare le norme della convenzione, tale libertà di azione, quando si tratta di diritti protetti come quelli della vita privata e familiare, viene notevolmente limitata⁹⁰.

La Corte, riferendosi alla sua recente giurisprudenza in tema di diritti delle coppie *same sex* (*Schalk and Kopf e Vallianatos*), riafferma che le coppie formate da persone dello stesso sesso che realizzano una relazione stabile e duratura, devono usufruire degli stessi diritti e doveri delle coppie formate da persone di sesso diverso.

Tra l'altro, la Corte di Strasburgo, analizzando la situazione italiana, afferma che il Governo italiano avrebbe ignorato le indicazioni derivanti dalla Comunità riguardanti la popolazione e le autorità giudiziarie. Quest'ultime, specialmente la Corte costituzionale italiana con la sentenza 138/2010 e la Corte di Cassazione con la sentenza n. 2400/1015⁹¹, hanno più volte richiesto il riconoscimento delle coppie omosessuali.

In conclusione, la Corte di Strasburgo nota che, nonostante le sentenze, sopra richiamate, lo Stato italiano non è stato in grado di far fronte ad una legislazione per garantire le coppie dello stesso sesso.

⁸⁹ La pronuncia della Corte trae origini da due ricorsi riuniti (n.18766/2011 e 36030/2011), presentati da tre coppie di persone dello stesso sesso: i signori Oliari e A., Felicetti e Zappa, Zaccheo e Perelli Cippo. Nel primo caso, i signori Oliari e A. (ricorrente che ha chiesto e ottenuto l'anonimato) avevano impugnato presso il Tribunale di Trento, il diniego opposto dall'ufficiale civile di procedere con le pubblicazioni, senza però ottenere successo. Nell'ambito del giudizio sollevato alla Corte d'Appello, era stato rivelato un giudizio di costituzionalità che ha avuto come conseguenza la sentenza sopra citata della Corte costituzionale del 15 aprile 2010, n.138. Ma la Corte costituzionale, come evidenziato si è pronunciata per l'inammissibilità della questione, lasciando al legislatore di disciplinare la questione. La medesima richiesta era stata presentata dai signori Zaccheo e Perelli Cippo, i quali avevano poi impugnato il diniego dell'ufficiale di stato civile solo in primo grado, senza ricorrere in appello avverso alla sentenza. A questo punto, le tre coppie si sono rivolte alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione degli art. 8 (diritto e rispetto della vita privata e familiare), 12 (diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazione), sull'argomento WINKLER (2010: 1337).

⁹⁰ Cfr. PRADUROUX (2016: 16 ess.)

⁹¹ Si veda la nota 75.

Recentemente, la Corte costituzionale italiana, con sentenza 24 febbraio 2016, si è pronunciata circa l'inammissibilità su una questione di legittimità costituzionale degli articoli 35 e 36 della legge del 4 maggio 1983, n. 184 (recanti norme sulla disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori) sollevata con ordinanza del 10 novembre 2014, dal Tribunale per i minorenni di Bologna.

Secondo l'ordinanza, gli articoli contestati di illegittimità, secondo l'interpretazione vigente, non consentono al giudice di valutare la conformità dell'interesse del minore al riconoscimento di un provvedimento straniero che ne abbia disposto l'adozione da parte del coniuge dello stesso sesso del genitore biologico, indipendentemente dall'attribuzione di effetti nell'ordinamento dello Stato italiano al matrimonio contratto all'estero con quest'ultimo dall'adottante.

La Corte costituzionale, dopo un anno mezzo dalla deposizione dell'ordinanza, ha risolto la questione di inammissibilità del ricorso per difetto di rilevanza⁹².

Bisogna notare che, negli ultimi tempi, sia a livello nazionale ma anche sovranazionale, la giurisprudenza si è preoccupata, tramite le sue sentenze, di tutelare l'interesse primario della tutela del minore.

Il principio del *best interest of child* è anche ormai una norma positiva dell'ordinamento internazionale⁹³ e per la Corte di Strasburgo tale interesse rientra nell'alveo dell'art. 8 della CEDU.

Per la giurisprudenza italiana, nell'affermare tale principio, i problemi sorgono nell'applicazione dell'istituto dell'adozione con riferimento alle coppie omosessuali.

Con il rinvio ai nuovi modelli di famiglia, la giurisprudenza italiana ha fatto ricorso, negli ultimi anni, all'art. 44 della legge 184/1983. Dopo lo stralcio dell'art. 5 della legge sulle unioni civili del 2016 n. 76, che avrebbe dovuto introdurre l'istituto della *step-child adoption*, l'applicazione dell'art. 44 della legge sulle adozioni è risultato lo

⁹² Sull'argomento, MARONGIU BUONAIUTI (2014: 1135 ss.).

⁹³ Si vedano gli articoli 25, par. 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; 6, par. 1 e 24 del Patto sui diritti civili e politici; 10, par. 3 e 12, par. 2 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali; 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo; per l'ordinamento europeo art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

strumento tradizionale applicabile ai nuovi modelli familiari che si stanno realizzando.

Il legislatore italiano, come già analizzato, non ha equiparato le unioni civili al matrimonio ai fini dell'adozione co-parentale, mentre ha affermato che resta fermo quanto stabilito e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti (art. 1, co. 20 della legge 2016/76).

Sull'argomento si è prodotta una serie di sentenze da parte dei giudici ordinari e dalla Cassazione, dove, in una prima istanza, quasi tutti si sono espressi sull'impossibilità di accettare, da parte del nostro ordinamento, l'adozione di un bambino da coppie omosessuali. Ultimamente, però, la Corte d'Appello di Torino accoglieva le domande di adozione in casi particolari proposte da due madri sociali, stabilmente conviventi con le madri biologiche con cui si erano uniti in matrimonio all'estero (Islanda e Danimarca).

Il giudice d'appello, su parere del Pubblico Ministero, è intervenuto in riforma delle precedenti sentenze assunte in primo grado dal Tribunale dei minori, il quale non aveva accettato l'adozione.

Secondo il giudice d'appello di Torino, riferendosi all'art. 44, co 1, lett. d) della legge n.184/1983, l'impossibilità di affidamento preadottivo va intesa non solo in senso materiale (che si sostanzia nello stato d'abbandono del medesimo), ma anche in senso giuridico, che, nel caso di specie, per un superiore interesse del minore, si evidenzia nella presenza di un genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale. L'art. 44, secondo le motivazioni della Corte d'appello, va letto con *“una logica di apertura e fornisce una valvola per i casi che non rientrano in quelli previsti dalla norma stessa”*.

Su questa apertura, anche il Tribunale dei minori di Roma, con sentenza del 23 dicembre 2015, ha accolto la domanda d'adozione in casi particolari del padre sociale di un minore; la mancata impugnazione da parte della Procura ha poi reso la sentenza immediatamente definitiva.

In conclusione, il principio del superiore interesse del minore ci induce a constatare che il diritto giurisprudenziale ha subito un cambiamento di interpretazione del diritto positivo italiano, per aderire ad un'interpretazione più aderente alle esigenze di un nuovo modo di concepire la famiglia, ma anche di avvicinarsi ai principi generali che

si sviluppano nei vari ordinamenti europei cercando, anche, di conformarsi alle sentenze delle corti sovranazionali.

Conclusione

Terminato il nostro lavoro, è possibile ora trarre delle conclusioni rispettando quella che era la tesi della nostra indagine.

Ci siamo proposti di poter verificare se il matrimonio *same sex* potesse essere considerato nell'ambito sia di un panorama internazionale, sovranazionale e nazionale come un diritto fondamentale garantito e tutelato a livello normativo.

In virtù di ciò, l'analisi del nostro studio, nel capitolo primo, si è incentrata sul dibattito europeo relativamente all'apertura dell'istituto del matrimonio a persone dello stesso sesso.

Abbiamo visto come il riconoscimento del matrimonio omosessuale ha possibilità di sviluppo laddove il contesto sociale di riferimento si dimostri libero da vincoli ideologici nei confronti sia dell'orientamento sessuale e del riconoscimento dell'identità di genere.

A differenza della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, i trattati istitutivi la Comunità europea non avevano recepito l'importanza che derivava da questo dibattito, dal momento che l'impronta su cui s'impennava la Comunità era chiaramente economica.

Di conseguenza, la tutela dei diritti umani nell'ordinamento comunitario si è affermata a livello giurisprudenziale e poi recepita nelle disposizioni delle convenzioni.

Il riconoscimento dei diritti fondamentali così affermati dalla giurisprudenza europea, sono poi stati trascritti nel trattato di Maastricht sull'Unione europea e poi successivamente inglobati nell'ultimo trattato sull'Unione: quello di Lisbona.

L'art. 10 del TFUE oggi inserisce l'orientamento sessuale nelle liste delle discriminazioni che l'Unione si impegna a combattere.

D'altronde, l'Unione fa parte dell'organizzazione internazionale del Consiglio d'Europa che ha redatto la CEDU e l'Unione stessa, proprio all'art. 6 del TUE, afferma il rispetto di questo documento fondamentale dei diritti umani e della tutela delle minoranze.

La Corte di Strasburgo, con la sua giurisprudenza, si è più volte espressa su un principio di parità di trattamento sia nella vita privata che in quella lavorativa per le unioni stabili e durature che si differenziano da quelle tradizionali basate sul matrimonio eterosessuale.

Pur tuttavia, l'Unione europea e i suoi 28 Stati membri hanno recepito un quadro giuridico del diritto di famiglia alquanto frastagliato. Mentre a livello americano, dopo un dibattito sul tema alquanto turbolento, si è arrivati alla famosa sentenza *Obergefell v. Hodges* del 26 giugno 2015, la quale ha riconosciuto che il matrimonio è un diritto garantito dalla Costituzione americana anche alle coppie omosessuali, in Europa la situazione in merito al riconoscimento del matrimonio *same sex* come diritto fondamentale non ha raggiunto quel riconoscimento generalizzato da parte di tutti gli Stati membri.

Nel secondo capitolo si è affrontato proprio tale argomento, evidenziando come i Paesi europei presentano in merito al diritto di famiglia delle legislazioni assai diversificate.

Il problema sull'unioni tra persone dello stesso sesso si riscontra all'interno di quei Paesi europei fortemente religiosi e ancorati a regimi, anche se residui, totalitari dove il matrimonio omosessuale è visto con netto rifiuto.

Gli Stati membri più progrediti politicamente, invece, all'inizio hanno disciplinato le unioni civili registrate (*registered partnership*) come la Danimarca, la Norvegia, la Svezia, la Finlandia, la Germania, il Regno Unito e la Svezia, per poi riconoscere il matrimonio omosessuale.

Attualmente sono tredici i Paesi europei che hanno legalizzato il matrimonio *same sex*: i Paesi Bassi sono stati il primo Paese europeo a riconoscerlo e il loro esempio è stato seguito poi da Belgio, Spagna, Norvegia, Svezia, Portogallo, Islanda, Danimarca, Francia, Regno Unito (esclusa l'Irlanda del Nord), Lussemburgo, Irlanda (a seguito di referendum) e Finlandia.

In altri Paesi europei vige l'unione civile per gli omosessuali: in Danimarca (dal 1989), Ungheria, Repubblica Ceca, Austria, Croazia, Grecia, Malta, Svizzera e, solo dal 2016, Italia.

L'Estonia è stato il primo Paese dell'ex blocco sovietico a legalizzare l'unione civile. La maggior parte dei Paesi dell'Est Europa (Bulgaria,

Lettonia, Polonia, Romania e Slovacchia) non hanno riconosciuto né le unioni civili, né il matrimonio omosessuale.

Per quanto riguarda la possibilità per le coppie omosessuale di adottare bambini, sono solo 15 i Paesi europei che lo hanno istituzionalizzato: Belgio, Regno Unito, Danimarca, Francia, Paesi Bassi, Spagna e Svezia. Altri Paesi, fra cui Finlandia, Germania e Slovenia, permettono agli omosessuali di adottare i figli dei loro partner.

Da questo panorama si possono trarre delle conclusioni che ci inducono ad affermare che il diritto al matrimonio fra persone dello stesso sesso è ancora difficile da accettare da tutti i Paesi europei. Eppure, a livello di istituzioni europee come Corte di giustizia, Parlamento, Consiglio e Commissione, è stato più volte affermato e raccomandato agli Stati membri di optare per discipline matrimoniali nel rispetto dei diritti di uguaglianza e non discriminazione.

Nel capitolo terzo, infine, ci siamo soffermati ad analizzare la situazione italiana in merito all'argomento oggetto del nostro studio.

L'Italia, solo nel 2016, ha disciplinato una legge sulle unioni civili e le convivenze di fatto, anche a seguito del sollecito a provvedere richiesto dalla Corte di Strasburgo.

Il legislatore italiano non ha previsto il matrimonio *same sex*, ma ha disciplinato le unioni civili tra persone dello stesso sesso, alle quali si possono applicare una serie di articoli del codice civile che si riferiscono al matrimonio. Non si è prevista invece la *stepchild adoption*: dunque il problema dell'adozione da parte di coppie dello stesso sesso rimane una questione ancora da risolvere sulla quale ultimamente sono stati investiti i giudici ordinari e la Cassazione.

Ma è possibile intendere il matrimonio omosessuale come diritto fondamentale?

Forse, col tempo, le comunità politiche e civili saranno pronte ad accettare e riconoscere tale diritto come allargato a qualsiasi formazione sociale e non a discriminare l'istituzione "matrimonio" come se fosse solo riferita a persone di sesso diverso.

Attualmente però bisogna prendere atto che le normative sia a livello nazionale che europeo ed internazionale non si presentano omogenee e che

l'identità e la diversità di genere è un fenomeno non condiviso ed accettato pienamente.

Bibliografia

- ADINOLFI (2000), *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in *Diritto dell'Unione europea - Parte speciale*, Torino, p. 95.
- AULETTA (2016), *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Unioni civili: Le nuove leggi civili commentate*, p. 371 ss.; ID. (2017), *I rapporti personali tra uniti civilmente*, in *Jus Civile*, reperibile online.
- AZZARRI (2016), *Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche*, in *Nuove leggi civili e commentate*, p. 1105 ss.;
- BARSOTTI (2007), *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: orientamenti recenti delle Corti americane*, in *Corriere giuridico*, n. 7, p. 1031 ss.;
- BEGLEY (2013), *First Gay Adoption approved in France*, in *Time Magazine*, reperibile online.
- BONINI (2018), *L'Avvocato della Corte di Giustizia UE: i coniugi dello stesso sesso hanno pari diritti degli altri*, in *la Stampa*, reperibile online.
- BONOLINI (2014), *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, p. 38 ss.;
- BRUNETTA D'USSEAUX (2000), *I Partnerschaftsverträge nella giurisprudenza tedesca*, in *Matrimonio, matrimoni*, in BRUNETTA D'USSEAUX et al. (a cura di), Milano, p. 231 ss.; ID. (2005), *Germania*, in *Diritto di famiglia nell'Unione europea. Formazione e crisi della coppia*, Padova, p. 72.
- BRUNO (2015), *Oliari contro Italia: la dottrina degli "obblighi positivi impliciti" al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*, in *Famiglia e diritto*, p. 1069;
- BUGETTI (2016), *Il cognome comune delle persone unite civilmente*, in *Famiglia e diritto*, p. 911;
- DE CRISTOFARO (2017), *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°- 34° dell'art. 1 della legge del 20 maggio 2016, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, p. 101 ss.;
- DI BARI (2012), *Considerazioni a margine della sentenza 4148/2012 della Corte di Cassazione*, in *Rivista Telematica Giuridica Associazione Italiana Costituzionalisti*, n. 1, reperibile online;

- DIEZ-PICAZO (2007), *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Diritti in azione*, in CARTABIA (a cura di), Bologna, pp. 319-320.
- DOVER (1985), *L'omosessualità nella Grecia antica*, Einaudi, pp. 5-259.
- FERNANDEZ-CORONADO GONZALEZ (2006), “*La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual*”, in *Foro*, n. 3, pp. 93-112.
- FERRANDO (2009), *Il matrimonio gay: il testimone passa alla Consulta*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, p. 911, con nota BUFFONE, *Riconoscibilità del diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimoni con persone dello stesso sesso*, p. 155; ID. (2015:.), *Il Matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, II ediz., Milano, p. 344 ss; ID. (2016), *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Famiglia e diritto*, p. 890.
- FOUCAULT (1984), *Histoire de la Sexualité*, Tell Gallimard ed., tomo III, pp. 230-260.
- GALLO e WINKLER (2017), *The Construction of Same-sex Families in Western Europe through Legislative and Judicial Dialogues: The Role of National legislature and Supranational Courts*, Cambridge University Press, in *Judicial Dialogue and Human rights*, p. 9.
- GATTUSO (2017), *Furto d'identità: che fine ha fatto il cognome dell'unione civile*, reperibile online.
- GIUBBONI (2001), *Solidarietà e sicurezza sociale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 622.
- GROSSI (2007), *Le molte vie del Giacobinismo giuridico. Ovvero “La Carta di Nizza”, il progetto di “Costituzione europea” e le insoddisfazioni di uno storico del diritto*, in *Mitologie giuridiche della modernità*, 2^a ed., Milano, p.127 ss.
- IZZI (1998), *Orientamento sessuale del lavoratore e discriminazione in base al sesso*, in *Rivista giuridica lavoro*, p. 293.
- LENTI (2015), *Prime note in margine al caso Oliari contro Italia*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, vol. II, p. 575.
- LINACERO DE LA FUENTE (2005), “*Ley 13/2005, del de julio, por la qua se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio*”, in *Foro*, n. 2, pp. 411-428.
- LUCAS GIN (1995), *Gay Culture Flourished in Pre-Nazi Germany*, in *Update, Southern California's gay and lesbian weekly newspaper*, reperibile online.

- MARTIN-THERY (2001), *The Pacs and Marriage and Cohabitation in France*, in *International Journal of Law, Policy and Family*, pp. 135-158.
- MARONGIU BUONAIUTI (2014), *Il riconoscimento delle adozioni da parte di coppie di persone dello stesso sesso al vaglio della Corte costituzionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, p. 1135 e ss.
- MOSSUZ-LAVAU (1991), *Les Lois de l'amour (Les politiques de la Sexualité en France 1950-1990)*, Parigi, p. 20.
- NASCIBENE-CONDINANZI (2018), *Giurisprudenza di diritto dell'Unione europea*, Eurojus, reperibile online.
- PARADISO (2016), *Filiazione, stato di figlio e gruppi familiari tra innovazioni normative e riforme annunciate*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, p. 104 e ss.
- PASSAGLIA (2010), *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Paesi europei*, reperibile online.
- PASTORE (2008), *I modelli di tutela delle unioni tra persone dello stesso sesso nel diritto europeo*, in BILOTTA (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Milano, pp. 129-145.
- PIGNATELLI (2005), *Nozione di matrimonio e disciplina delle coppie omosessuali in Europa*, in *Foro italiano*, V ed., p. 260.
- PRADUROUX (2016), *I diritti delle persone LGBT nella giurisprudenza CEDU*, p. 5 ss.
- RODRIGUEZ LUNO (2005), *La legge 13/2005 sulla riforma del matrimonio in Spagna (2005)*, in *Etica e Politica*, reperibile online.
- ROMBOLI (2012), *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali*, in *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milano, pp. 630-640.
- ROMEO (2016), *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze, prime riflessioni a margine della L. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Nuove leggi civili commentate*, pp. 665-693.
- RONZITTI (2009) *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, p. 293 ss.
- RUBELLIN-DEVICHI (1999), *Presentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au Pacs*, in *La semaine juridique, Edition Générale*, p. 1909;
- SARACINO (2011), *Le unioni civili in Europa: modelli a confronto*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, Vol. 40 n. 3-4, p. 1473;
- SCHERPE (2013), *The legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights*, in *European Law Review*, Vol. X, p. 83;

- SCHOETTI (1999), *Le pacte civile de solidarité à l'épreuve du controle de constitutionnalité*, in *Les petites affiches*, p. 6.
- SIMEONE (2016), *Stepchild adoption, tutto quello che bisogna sapere*, reperibile online.
- TIMOTEO (2002), *Il Pacte civil de solidarieté, marriage bis o contract?*, in *Contratto impresa*, p. 701.
- VANDEN BRINK (2016), *What's in a name case? Some Lesson for the Debate Over the Free Movement of Same-Sex Couples Within the EU*, in *German Law Journal*, vol. 17, afl. 3, pp. 421-449.
- VETTORI (2002) (a cura di), *Carta europea e i diritti dei privati*, Padova; ID. (2002), *Carta europea e diritto dei privati*, in *Rivista di diritto civile*, pp. 669-695.
- VIGLIONE (2015), *Obergefell v. Hodges: il matrimonio same-sex tra libertà e non discriminazione*, in *Giurisprudenza civile commentata*, n. 10, p. 589.
- VILLANI (2013), *Istituzioni di diritto Unione europea*, III ed.
- VITUCCI (2001), *"Dal di che nozze..." Contratto e diritto della famiglia nel Pact civil de solidarité*, in *Famiglia*, p. 713 ss.
- WINKLER (2010), *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, Vol. I, p. 1337.

Abstract

The phenomenon of same sex marriages is a much-debated topic since the eighties, especially in Europe where a number of different countries and ideologies are grouped in one Community, initially mainly focused on economic issues.

If in the United States a series of court decisions, given from 2003, have led in 2015 to the *Obergefell v. Hodges* judgment, which definitively made the homosexual marriage a right guaranteed by the Constitution, in Europe the story is much more cumbersome.

With a view to assessing if the *same-sex marriage* can be regarded as a fundamental right guaranteed and protected in Europe and to take stock of the present situation, this study gives a brief overview of the European Community legislation, then focusing on the Italian framework.

In order to investigate the European situation we retraced, in the first chapter of our study, the dynamics that have led, with different ways and modalities, to the recognition of the right to marry for homosexual couples, starting from the founding treaties of the EU.

Being human rights, such as the right to non-discrimination, the building up of the right to *same-sex marriage* also starts from the ECHR (European Court of Human Rights) case-law.

In the second chapter, we analyzed the Dutch jurisprudence: starting from the Law of 1998, which introduced the "strong" civil partnerships (*registered partnerships*) under Title V of the Civil Code, Article 80, to reach the 2000 legislation, when the "principle of sexual neutrality of marriage" was introduced. As a consequence, in the Netherlands it is possible to formulate a private cohabitation agreement, sign a registered partnership and even get married, regardless of the couple's nature (homosexual or heterosexual) from 1st April 2001.

The second case we examined is the Spanish one: the right to family for homosexual couples has been closely linked to the political situation. In fact, in 2004, Zapatero included in his electoral program the possibility of contracting marriage between people of the same sex and, following the victory of his party (Socialist Party), in 2005, changes were made to the Spanish Civil Code where it was affirmed that the rights and duties of the

spouses are identical, regardless of whether they belong to the same sex or to a different sex.

In France, instead, the recognition of marriage for *same-sex* couples has raised considerable polemics: in fact, the 1999 PACS (*Pacte civil de solidarité*) Law, on the protection of cohabitation and solidarity between the two partners, was applied to all couples, regardless from their sexual orientation. By not identifying its legal basis, French judges did not know whether the PACS should be included within the couple framework or in the context of obligations and contracts. The subsequent Law of 2006 introduced procedures for registration and rewrote the entire property regime of the Civil Code partners. Finally, the 2013 Law made sure that there were no more doubts about the nature of the PACS: by modifying the Article 143 of the Civil Code, it was definitively provided that the marriage was a contract between two persons of the same sex or of opposite sex.

The second chapter ends with the analysis of the German situation: since 2001, it was possible to contract a traditional civil marriage between people of the opposite sex, a *more-uxorio* cohabitation and, lastly, a registered union. Regarding the latter, directed to homosexual couples, the German antigay community expressed itself to be highly unfavorable, since it considered it detrimental to traditional marriage. According to the Law of 2001, therefore, a homosexual couple had to declare personally and mutually the intention to live a life together, in addition to their patrimonial status (communion or separation of goods). With the Law of 30 June 2017, they get the approval of the draft law "marriage for all", which allows to apply all matrimonial regulation, previously only addressed to heterosexual couples, even to homosexual couples. Furthermore, this law provides for the possibility of stepchild adoption.

Finally, in the third chapter, we analyzed the Italian situation. After a first draft law, dated 1986 and never included in the agenda, various draft laws have been proposed until, under the XIV Legislature, the PACS proposal appeared, on French imitation.

Surely the Catholic resistance slowed the Italian process, which passed through the draft law DICO (Diritti e doveri delle persone stabilmente CONviventi), under II Prodi government, and the draft law DiDoRe (Diritti e Doveri di Reciprocità dei conviventi), under the IV Berlusconi government.

Only on May 20th, 2016 the Cirinnà Law n. 76 (law on civil unions and cohabitation) was enacted, under the XVII Legislature, during the Renzi government. The Cirinnà Law represents a major step forwards combating gender discrimination but excludes all possibility of adoption.

This study just shows the current situation, with Europe divided into two main blocks. Thirteen Countries, politically more advanced, have already legalized the *same-sex marriage*, others recognize the Civil Union for homosexual couples, while the majority of the Eastern Countries do not recognize civil unions or *same-sex marriage*.

Even if much ground already has been covered, as of today legislations at both national and European level are not homogeneous and gender identity and diversity topic is not a shared and fully agreed phenomenon.