

SCHEMA DI TESTO UNIFICATO CORRETTO
PROPOSTO DALLA RELATRICE PER I DISEGNI DI LEGGE NN. 14 E CONNESSI

Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso
e
disciplina delle convivenze

Audizione
Prof. Avv. Maria Elisa D’Amico

14 gennaio 2015
Ufficio di Presidenza della Commissione Giustizia del Senato

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: la struttura e il contenuto della proposta di legge, con particolare riguardo alla disciplina delle unioni civili. - 2. Sulla conformità della proposta di legge agli artt. 2 e 3 della Costituzione. - 3. Sulla compatibilità con l’art. 29 Cost. dell’unione civile, quale istituto riservato alle coppie composte da persone dello stesso sesso. - 3.1. La compatibilità della scelta di introdurre una disciplina specifica relativa alle “unioni civili” per le coppie formate da persone dello stesso sesso. - 3.2. La compatibilità della scelta di operare un rinvio integrale alla disciplina dell’istituto matrimoniale (con la sola eccezione della disciplina in materia di adozioni). - 3.3. La famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”: i lavori preparatori dell’Assemblea Costituente e l’interpretazione storica del Giudice delle Leggi. - 4. Le indicazioni offerte dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in tema di riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso. - 5. Brevi considerazioni alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea e del Tribunale costituzionale tedesco sulla legge tedesca in tema di unioni registrate (*Eingetragene Lebenspartnerschaft*). - 6. Alcune osservazioni in merito all’esclusione delle coppie omosessuali dalla possibilità di accedere alla valutazione di idoneità. - 7. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive: la struttura e il contenuto della proposta di legge, con particolare riguardo alla disciplina delle unioni civili.

La proposta di legge in esame – articolata in due Titoli, *Delle unioni civili* e *Della disciplina delle convivenze* – si propone di introdurre la prima disciplina organica relativa da un lato alle unioni fra persone che appartengono allo stesso sesso e dall’altro

lato alla convivenza di fatto che duri da almeno tre anni o da almeno un anno in presenza di figli comuni.

Di seguito, intendo soffermarmi sulla prima parte della proposta di legge e, dunque, sulla disciplina relativa all'unione civile.

In particolare, con il Titolo I si intende introdurre nel nostro ordinamento la disciplina della condizione giuridica dell'unione tra persone dello stesso sesso, sinora sprovvista di una regolamentazione organica a livello di diritto nazionale, nonostante l'esplicito monito rivolto dalla Corte costituzionale al legislatore ormai cinque anni fa con la nota sentenza n. 138 del 2010 e ribadito con la sentenza n. 170 del 2014.

Un primo tratto caratterizzante della proposta in commento attiene alla scelta di circoscriverne l'applicabilità alle sole coppie composte da persone dello stesso sesso (art. 1).

In proposito, merita precisare che tale proposta si inserisce in un contesto che ha visto la stesura di numerose proposte di legge suddivisibili schematicamente innanzitutto in due categorie: in una prima categoria, possono collocarsi quelle proposte che miravano a un'estensione del diritto al matrimonio anche alle coppie composte da persone dello stesso sesso; nella seconda, hanno trovato spazio proposte che, analogamente alla presente, ritenevano necessario procedere alla creazione per via legislativa di un istituto giuridico nuovo, analogamente a quanto accaduto in alcuni Stati membri dell'Unione Europea tramite l'istituto delle c.d. *civil partnerships*. Entro quest'ultima tipologia di intervento è, poi, possibile, come nel caso qui in esame, operare un'ulteriore distinzione a seconda che l'istituto dell'unione civile venga riservato in via esclusiva alle sole coppie composte da persone dello stesso sesso oppure sia destinato anche alle coppie eterosessuali.

Poiché tale proposta di legge intende riservare l'istituto dell'unione civile alle sole coppie omosessuali, si avvicina in modo particolare alla disciplina tedesca, *Eingetragene Lebenspartnerschaft* (LPartG)¹, che rappresenta l'unico esempio di ordinamento giuridico che ha riservato l'istituto dell'unione civile soltanto a questa categoria di coppie.

La proposta di legge in commento, dopo aver definito l'unione civile a norma del comma 1 dell'art. 1, prevede l'istituzione in ogni Comune italiano di un Registro delle Unioni Civili nazionale (art. 1, comma 2), con contestuale elencazione delle cause impeditive all'iscrizione dell'unione civile. L'iscrizione all'interno del Registro comporta il rilascio di un documento attestante lo stato dell'unione civile tra i due componenti (art. 1, comma 4).

Dal punto di vista della normativa applicabile all'unione civile, la proposta contiene un rinvio alla disciplina dettata dal codice civile con riferimento al matrimonio (art. 3), con la sola eccezione dell'istituto dell'adozione per il quale viene mantenuta ferma la disciplina attualmente vigente di cui alla legge n. 183 del 1984. In questa prospettiva,

¹ La legge tedesca, *Eingetragene Lebenspartnerschaft*, è stata approvata dal *Bundestag* il 16 febbraio 2001.

dunque, non è possibile per le coppie formate da persone dello stesso sesso accedere alla procedura di valutazione dell'idoneità ad adottare.

La proposta di legge, inoltre, mostra di colmare alcune delle lacune più evidenti e di sopperire all'irragionevolezza delle disparità di trattamento riscontrabili tra coppie coniugate e coppie omosessuali con particolare riferimento all'assistenza, sanitaria e penitenziaria (art. 5) e alla materia successoria (art. 4).

La proposta di legge interviene non soltanto sulla regolamentazione del complesso di diritti e di doveri derivanti dall'istituto, ma anche sulla patologia dell'unione civile come emerge dalla lettera dell'art. 6 in relazione allo scioglimento dell'unione.

Nel Titolo I, da ultimo, si deve segnalare la delega al Governo per l'adozione, entro sei mesi, di un decreto legislativo relativo a un riordino complessivo, che supera il coordinamento già posto in essere dalla proposta di legge in relazione alle norme del codice civile, che riguarda: l'ordinamento dello stato civile; la disciplina in materia di diritto privato internazionale; ogni altra legge, ogni altro decreto o regolamento.

2. Sulla conformità della proposta di legge agli artt. 2 e 3 della Costituzione.

La proposta di legge si inserisce, come si è anticipato, in un contesto di totale inadempienza da parte del legislatore, in relazione proprio all'attuazione degli artt. 2 e 3 Cost.

Come è noto, infatti, la Corte costituzionale con la sentenza n. 138 del 2010, pur non estendendo il diritto al matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso, ha chiarito in modo significativo che “per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri.”

In tal modo, il Giudice delle Leggi ha rivolto un monito preciso al Parlamento, affinché assumesse l'iniziativa di introdurre una specifica disciplina atta a regolamentare queste unioni.

Peraltro, per sottolineare l'urgenza dell'intervento legislativo auspicato, la Corte costituzionale, ha tenuto a chiarire come resti riservata a sé stessa “la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni [...]. Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza.”

La Corte costituzionale ha avuto ulteriore occasione per esprimersi su queste problematiche in occasione della questione relativa al cd. divorzio imposto, in ragione del successivo mutamento di sesso di un componente della coppia coniugata.

Con la sentenza n. 170 del 2014, infatti, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina dettata in materia di rettificazione dell'attribuzione di sesso, nella parte in cui non si prevede che la relativa sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi - che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio - consenta, in ogni caso, laddove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con un'altra forma di convivenza registrata, che tuteli in modo adeguato i diritti e gli obblighi della coppia medesima, con le modalità da stabilirsi da parte del legislatore.

La Corte costituzionale, ancora una volta rivolgendo un chiaro e specifico monito al legislatore, ha in modo significativo richiamato espressamente il proprio precedente (sentenza n. 138 del 2010), tenendo a sottolineare che la questione sottoposta al suo giudizio rientra perfettamente in quelle specifiche situazioni in cui la stessa Corte ha stabilito di poter intervenire per garantire un controllo di ragionevolezza. A questo proposito infatti il Giudice delle Leggi ha chiarito che “Sulla linea dei principi enunciati nella riferita sentenza, è innegabile che la condizione dei coniugi che intendano proseguire nella loro vita di coppia, pur dopo la modifica dei caratteri sessuali di uno di essi, con conseguente rettificazione anagrafica, sia riconducibile a quella categoria di situazioni ‘specifiche’ e ‘particolari’ di coppie dello stesso sesso, con riguardo alle quali ricorrono i presupposti per un intervento di questa Corte per il profilo, appunto, di un controllo di adeguatezza e proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore.”

A fronte del quadro di principi costituzionali che emerge chiaramente da entrambe le decisioni della Corte costituzionale, si deve innanzitutto sottolineare che con questa proposta si intende, finalmente, dare risposta al monito rivolto al Parlamento.

In secondo luogo, occorre prendere atto che la previsione, all'interno della stessa proposta di legge, di un diverso *nomen* rispetto a “matrimonio” per dare riconoscimento e disciplina all'unione delle coppie omosessuali - pur con la quasi sostanziale e completa equiparazione delle discipline - si mostra perfettamente rispettosa di quelle medesime indicazioni contenute in entrambe le decisioni della Corte costituzionale.

3. Sulla compatibilità con l'art. 29 Cost. dell'unione civile, quale istituto riservato alle coppie composte da persone dello stesso sesso.

Un secondo aspetto sul quale occorre soffermarsi attiene alla conformità del testo in esame con l'art. 29 Cost., che tutela il diritto al matrimonio.

Le considerazioni che intendo svolgere in merito a questo profilo mirano a dare risposta da un lato all'interrogativo relativo alla compatibilità della proposta che

introduce l'istituto dell'"unione civile" alla richiamata disposizione costituzionale e dall'altro lato a quello riguardante la compatibilità della successiva scelta di richiamare integralmente (con la sola eccezione della disciplina delle adozioni) la disciplina in materia di matrimonio.

Da ultimo, si ritiene necessario, sia pure brevemente, soffermarsi sulla stessa disposizione costituzionale (art. 29 Cost.)², per determinarne la portata e l'ambito applicativo alla luce dell'interpretazione storica che ne ha dato il Giudice delle Leggi (in particolare nella sentenza n. 138 del 2010) e, soprattutto, dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente che, al contrario, sembrano non cristallizzare la nozione di "famiglia" al tipo tradizionale, ovvero fondata sul matrimonio ed eterosessuale.

3.1. La compatibilità della scelta di introdurre una disciplina specifica relativa alle "unioni civili" per le coppie formate da persone dello stesso sesso.

Da questo punto di vista, come si è visto, la proposta di legge mira a introdurre nel nostro ordinamento un istituto, l'unione civile, diverso e ulteriore rispetto al matrimonio, riservandolo in via esclusiva alle coppie composte da persone dello stesso sesso.

Come si è anticipato, infatti, si intende riservare a questa categoria di coppie uno specifico istituto che, se pure mutua la disciplina da quella del matrimonio eterosessuale, ha un nome diverso ("unione civile") e non prevede la possibilità di accedere alla valutazione di idoneità all'adozione (che viene dunque riservata alle sole coppie coniugate di sesso diverso, benché la stessa legge n. 184 del 1983 preveda alcuni casi di adozione da parte di *single* e benché nel nostro ordinamento si consenta alla coppia sposata formata da persone dello stesso sesso originario ma non più attuale di accedere alla procedura adottiva e alla medesima coppia coniugata o anche convivente l'accesso alla procreazione medicalmente assistita – con specifico ricorso alla tecnica eterologa).

Questa scelta pare inserirsi perfettamente nel quadro dei principi individuati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010 e ancora più chiaramente nella sentenza n. 170 del 2014.

In particolare, con la sentenza n. 138 del 2010, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata rispetto agli artt. 3 e 29 Cost., escludendo che il riconoscimento giuridico dell'unione omosessuale possa determinarsi esclusivamente attraverso l'estensione a quest'ultima della disciplina vigente in materia di matrimonio. A partire da questo presupposto, quindi, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le censure rispetto all'art. 3 Cost., in quanto "la normativa [...] non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni

² In generale sul tema si veda F. BIONDI, "Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale", in www.gruppodipisa.it, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Catania 7-8 giugno 2013, *La famiglia davanti ai suoi giudici*.

omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio” (§ 9, Considerato in Diritto, sent. n. 138 del 2010).

Nella stessa decisione, come si è detto, il Giudice delle Leggi ha rivolto un monito molto forte al legislatore nazionale perché adottasse una forma di regolamentazione giuridica dell'unione omosessuale, in quanto formazione sociale titolare del diritto di vivere liberamente una condizione di coppia.

Questa linea interpretativa è stata ribadita, ancora più incisivamente, nella sentenza n. 170 del 2014, in merito all'opportunità che venga adottata una regolamentazione giuridica dell'unione omosessuale ex art. 2 Cost. (§ 5.5 Considerato in Diritto, sent. n. 170 del 2014).

La decisione, infatti, supera le ambiguità della sentenza n. 138 del 2010 nel precisare che l'intervento indifferibile del legislatore nazionale dovrà tradursi nell'“introdurre una forma alternativa (e diversa) dal matrimonio” (§ 5.6 Considerato in Diritto, sent. n. 170 del 2014). Non mancano, inoltre, rilevanti riferimenti al ritenuto “interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio” (§ 5.6 Considerato in Diritto, sent. n. 170 del 2014), che sembra allontanare ulteriormente la possibilità di equiparare l'unione omosessuale all'istituto matrimoniale.

Se, dunque, la sentenza n. 138 del 2010 sembrava non avere chiuso – secondo un'ipotesi di lettura della pronuncia – al riconoscimento per via legislativa del diritto al matrimonio anche alle coppie composte da persone dello stesso sesso, il Giudice costituzionale con la decisione n. 170 chiarisce, invece, che la regolamentazione giuridica delle unioni tra persone dello stesso sesso non potrà che risolversi nella previsione di uno specifico istituto alternativo.

In simile direzione, dunque, correttamente si muove la proposta di legge in esame che si inserisce in modo coerente nel filone giurisprudenziale richiamato, non ravvisandosi pertanto alcun profilo di incompatibilità con l'art. 29 Cost.

3.2. La compatibilità della scelta di operare un rinvio integrale alla disciplina dell'istituto matrimoniale (con la sola eccezione della disciplina in materia di adozioni).

Un'ulteriore considerazione merita di essere svolta in relazione alla tecnica legislativa adottata, che consiste in un integrale rinvio alla disciplina attualmente vigente in materia di matrimonio (con la sola esclusione, come si è visto, della disciplina relativa all'adozione).

Rispetto a questa scelta, non si formulano rilievi critici alla luce della giurisprudenza costituzionale che, sebbene appaia escludere un'estensione del diritto al matrimonio alle coppie composte da persone dello stesso sesso, non ha, però, ostacolato nella sua giurisprudenza la riferibilità a queste ultime di alcuni diritti di titolarità delle coppie eterosessuali coniugate.

In questo senso, infatti, la Corte costituzionale ha espressamente ribadito “la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni [in cui] sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale” (§ 8, Considerato in Diritto, sent. n. 138 del 2010). Se, dunque, si ammette che le coppie omosessuali possono vantare “il diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, [...] per far valere, in presenza appunto di ‘specifiche situazioni’, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata” (Corte di cassazione, decisione n. 4184 del 2012), ne discende che, dal punto di vista costituzionale, la coppia composta da persone dello stesso sesso potrà essere assoggettata a una disciplina analoga a quella vigente in tema di matrimonio quando sussistano esigenze che rendano ragionevole siffatta equiparabilità normativa.

Si può da ultimo osservare come la Corte costituzionale abbia già avuto un ruolo determinante in questo senso, laddove ha esteso alle coppie conviventi alcune delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute alle coppie coniugate (si pensi, fra gli altri, al caso deciso con la sentenza n. 404 del 1988, in tema di diritto all'abitazione).

3.3. La famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”: i lavori preparatori dell'Assemblea Costituente e l'interpretazione storica del Giudice delle Leggi.

Come si è anticipato, ritengo necessario soffermarmi, sia pure brevemente, sulla portata dell'art. 29 Cost., a partire dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente.

Tale necessità si fonda, a mio avviso, sulla considerazione per la quale la Corte costituzionale, nella sentenza n. 138 del 2010, ha dichiarato infondata la relativa questione proprio in ragione di una interpretazione storica e cristallizzata di “famiglia” deducibile dalla stessa disposizione costituzionale.

La Corte costituzionale, infatti, ha in modo significativo precisato, proprio in relazione all'art. 29 Cost., che “è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere ‘cristallizzati’ con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata. Infatti, come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal

codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale. Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa. Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto" (§ 9 Considerato in Diritto, sentenza n. 138 del 2010).

Alla luce dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente emerge, invece, come la Corte costituzionale abbia irrigidito il concetto di famiglia e la portata fortemente innovativa della stessa disposizione, cristallizzandola alla nozione maggioritaria tipica del 1948.

In Assemblea costituente si registrò un ampio e acceso dibattito sull'art. 29 Cost. In particolare, sull'opportunità di inserire una definizione di famiglia in Costituzione si confrontarono due posizioni. La prima sosteneva la necessità che una definizione vi fosse. A questo riguardo, si può ricordare quanto espresso nella seduta del 30 ottobre dall'onorevole Togliatti, che riteneva che la formula proposta dall'onorevole Corsanego («unità naturale e fondamentale della società») fosse equivoca e costituisse una definizione astratta della famiglia (Ass. Costituente, I Sottocommissione). Al contrario, una seconda posizione, prediligeva una posizione neutrale, giudicando sufficiente un generico richiamo ai diritti della famiglia. A questo riguardo, Togliatti richiamò la proposta dell'onorevole Iotti, che considerava la famiglia il fondamento della prosperità materiale e morale dei cittadini e della Nazione, riferendosi con ciò a qualche cosa di molto concreto e stabilendo non solo il suo riconoscimento ma anche la sua tutela.

Dopo lunga discussione, si optò per la formula "società naturale". Tale proposta venne avanzata dall'onorevole Togliatti, d'accordo con gli onorevoli Iotti e Corsanego (Ass. costituente, I Sottocommissione, 5 novembre 1946): con essa si voleva evidenziare la preesistenza della famiglia rispetto allo Stato, e non una limitazione dello Stato in favore di un ordine giuridico di diritto naturale. Tale definizione, si disse, assegna alla famiglia una autonomia originaria, che circoscrive i poteri di regolamentazione del legislatore (Mortati, Ass. Costituente, CII, 23 aprile 1947). E ancora, con riguardo all'art. 29 Cost., si precisò che non si trattava di una definizione, bensì di una determinazione di limiti (Moro, Ass. Costituente, XCV, seduta pomeridiana, 18 aprile 1947). Si sottolineò giustamente che tale espressione non fosse una vera e propria definizione, sebbene ne avesse la forma esterna, dal momento che essa comunque intendeva definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti delle diverse formazioni sociali, come la famiglia (Moro, Ass. Costituente, Commissione per la Costituzione, Adunanza Plenaria, 15 gennaio 1947).

Si può quindi sostenere che l'art. 29 Cost. sia sicuramente espressione di una concezione della famiglia aperta ai cambiamenti storici e sociali, poiché è nella formazione sociale stessa, costituita dalla famiglia, che occorre garantire il libero svolgimento della personalità dei suoi membri.

A questo riguardo, infatti, l'On. Moro (Ass. Costituente, I Sottocommissione, 30 ottobre 1946) ebbe modo di precisare: “Non si tratta infatti di una affermazione ideologica di parte, ma della conseguenza logica di quanto sancito nel primo articolo della Costituzione, in cui si è riconosciuto che lo Stato, con i suoi organismi sociali e politici, ha dei limiti naturali. Ammesso il fatto - che per i democristiani rappresenta una delle basi fondamentali della democrazia - che lo Stato come organismo politico e sociale nasce dall'uomo, considerato non isolatamente, ma come centrato in tutta la sfera sociale in cui si espande, poiché la famiglia è la cerchia sociale nella quale l'uomo si esprime più naturalmente, va considerata, in quanto tale, come un limite dello Stato, non nel senso comune della parola, ma come garanzia della stessa democrazia. Il valore giuridico dell'affermazione, contenuta nell'articolo in discussione, sta quindi nel riconoscere costituzionalmente che lo Stato ha dinanzi a sé delle realtà autonome da cui esso stesso prende le mosse, sia pure a sua volta influenzandole. Questa concezione dello Stato, che ritiene liberale, è stata consacrata nell'articolo dell'Onorevole Corsanego, riallacciandosi a quanto è stato affermato nel primo articolo in materia dei diritti dell'uomo e delle formazioni sociali in cui esso si concreta”.

E, ancora, si può osservare come “Lungi da evocare un astorico diritto di natura, il riferimento al carattere ‘naturale’ della *societas* coniugale significa semplicemente che il primo comma dell'art. 29 attribuisce al matrimonio la funzione di una struttura familiare storicamente aperta ai processi di revisione del suo regime (e delle sue forme) di tempo in tempo occorrenti per conformare l'istituto alle esigenze di una formazione sociale assolutamente peculiare”³.

La stessa volontà dei Costituenti, peraltro, si è espressa in questa direzione, laddove l'obiettivo dichiarato non era quello di cristallizzare la famiglia con definizioni legate ad un certo momento storico o di irrigidire la vita sociale. Posto quindi il nucleo essenziale di “società naturale”, si sottolineò (Togliatti) che la disciplina e le diverse forme dell'istituto sarebbero state poi storicamente determinate. Fu inoltre evidenziato (Calamandrei) come non passò l'idea di dare al matrimonio un carattere religioso e dunque incidente sulla libertà di coscienza dei cittadini.

Si può, pertanto, ritenere che la famiglia, quale società naturale, pur prestandosi ad una interpretazione meramente letterale del termine, non implica, alla luce di una lettura storica e sistematica dell'art. 29 Cost., una immutabilità della sua regolazione normativa, legata a un ordine assoluto e precostituito. Quest'ultima, al contrario, può mutare seguendo l'evoluzione della società e dunque tenendo conto dell'evolversi delle concezioni di famiglia che in quest'ultima si registrano. Si può sostenere, inoltre, che la

³ M. BESSONE, “Art. 29”, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca), Bologna-Roma, 1979, 31.

Costituzione ponga una norma “in bianco”, che per ciò stesso rimanda al costume e alla coscienza sociale, che il legislatore dovrà dunque rispettare e alla cui evoluzione dovrà conformarsi⁴.

In definitiva, “la famiglia è perciò ‘naturale’, in quanto peculiare aggregazione affettivo-solidale di due persone ed espressione di un’esigenza oltremodo diffusa nonché connaturata alla volontà di realizzazione personale dei suoi componenti”⁵.

Le considerazioni appena svolte e i riferimenti ai lavori preparatori dell’Assemblea costituente, quindi, rendono alquanto problematica l’interpretazione adottata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010, sulla base della quale è stata dichiarata infondata la questione relativa al divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso.

4. Le indicazioni offerte dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in tema di riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso.

La valutazione della conformità della proposta di legge in esame al testo costituzionale impone di valutarne la compatibilità anche con riferimento al sistema convenzionale di tutela dei diritti dell’uomo, il cui ingresso nell’ordinamento giuridico nazionale si giustifica alla luce del disposto dell’art. 117, comma primo, Cost.

Più in particolare, merita precisare che a livello sovranazionale si è assistito ad una progressiva evoluzione della nozione di famiglia, che non appare più radicarsi in via esclusiva sulla concezione tradizionale della famiglia eterosessuale fondata sul matrimonio, né richiedere necessariamente la diversità di sesso dei suoi componenti.

Prima di svolgere alcune riflessioni in relazione alla giurisprudenza più recente della Corte europea dei diritti dell’uomo in tema di famiglia e di unioni tra persone dello stesso sesso, è opportuno riprendere brevemente i principi che la Convenzione europea dei diritti dell’uomo sancisce in materia.

A questo proposito, vengono in rilievo: l’art. 8 (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*), ai sensi del quale si stabilisce che “ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza”; l’art. 12 (*Diritto al matrimonio*), che prevede che “a partire dall’età minima per contrarre matrimonio, l’uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia”; infine, il divieto di discriminazione ex art. 14 (*Divieto di discriminazione*) della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Nella prospettiva che qui interessa, particolarmente significativa risulta quella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo che si è confrontata con la condizione giuridica delle unioni tra persone dello stesso sesso, offrendone, per la prima

⁴ M. GATTUSO, “Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza”, in *Quest. Giust.*, II, 2007.

⁵ P. VERONESI, “Costituzione, ‘strane famiglie’ e ‘nuovi matrimoni’”, in *Quad. cost.*, 2008, 594.

volta, una lettura non ostativa al suo riconoscimento quale famiglia, destinataria come tale delle tutele apprestate dall'art. 8 della Convenzione EDU.

In questo contesto, la prima pronuncia in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa in questi termini è stata la pronuncia resa sul caso *Schalk e Kopf c. Austria*⁶.

Il caso traeva origine dal ricorso presentato da una coppia di cittadini austriaci dello stesso sesso, che lamentava la violazione dell'articolo 8, letto in combinato disposto con l'articolo 14 CEDU, e dell'art. 12 della Convenzione EDU a fronte dell'impossibilità di contrarre matrimonio all'interno dell'ordinamento austriaco.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, pur escludendo la violazione dei principi convenzionali invocati da parte ricorrente – merita segnalare che nelle more del giudizio l'Austria aveva approvato una legge in tema di riconoscimento delle coppie conviventi –, ha però riconosciuto che anche le coppie composte da persone dello stesso sesso godono del diritto al rispetto della vita familiare e non soltanto di quello al rispetto della vita privata⁷.

La Corte di Strasburgo ha, infatti, stabilito che: “in view of this evolution the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy ‘family life’ for the purposes of Article 8. Consequently the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of ‘family life’, just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would”⁸.

Inoltre, con riferimento al diritto al matrimonio, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa in favore di una lettura evolutiva dell'art. 12 CEDU, precisando che, pur a fronte del tenore letterale della norma, non può ritenersi preclusa l'estensione del diritto al matrimonio anche alle unioni omosessuali, rimettendone, però, ogni determinazione alla piena discrezionalità degli Stati contraenti. Ed, infatti, la Corte ha chiarito che: “the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex [...]. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State”.

Sotto questo profilo, merita porre l'accento sul percorso argomentativo prescelto dalla Corte di Strasburgo a sostegno dell'apertura dell'art. 12 CEDU alle coppie composte da persone dello stesso sesso, che ha visto una valorizzazione in chiave interpretativa dell'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea;

⁶ A commento della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si rinvia a: C. RAGNI, “La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso *Schalk e Kopf*”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 639 e ss.; G. REPETTO, “Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione ‘virtuosa’ di un diritto”, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁷ La giurisprudenza della Corte EDU aveva, infatti, escluso che all'unione omosessuale potesse essere riconosciuta la titolarità del diritto al rispetto della vita familiare, circoscrivendone la tutela ex art. 8 CEDU alla sola vita privata. In questo senso, si rinvia alle pronunce rese sui casi *Karner c. Austria* [40016/1998], 23/07/2003 e *Mata Estevez c. Spagna* [33290/1996], 10/05/2001.

⁸ CORTE EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, cit., § 94.

norma che, nell'apprestare una tutela al diritto al matrimonio, omette qualsiasi riferimento al requisito della diversità di sesso dei coniugi.

Se, dunque, la Corte di Strasburgo giunge ad offrire una lettura dell'art. 12 CEDU non più circoscritta alle sole unioni eterosessuali e se anche le unioni omosessuali sono titolari del diritto alla vita familiare *ex art. 8 CEDU*, ne discende che a livello sovranazionale la nozione di famiglia non può più considerarsi limitata alla famiglia c.d. tradizionale fondata sul matrimonio, né presupporre in ogni caso la diversità di sesso dei suoi componenti.

I principi enucleati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella pronuncia resa sul caso *Schalk e Kopf c. Austria*, sono stati ulteriormente ribaditi e rafforzati in una recente pronuncia adottata dalla Grande Camera contro la Grecia, *Vallianatos e altri c. Grecia*.

In quell'occasione, riguardante il ricorso promosso da due coppie composte da persone dello stesso sesso, che lamentavano l'esclusione dalla possibilità di accedere all'istituto dell'unione civile registrata – così come introdotto e disciplinato dalla legge greca che ne circoscriveva l'accesso alle sole coppie conviventi eterosessuali – la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato la violazione dell'art. 8, letto in combinato disposto con l'art. 14 CEDU.

Più in particolare, sono due gli aspetti decisivi della sentenza nella prospettiva che qui interessa.

In primo luogo, la Grande Camera ribadisce che le coppie conviventi omosessuali ed omosessuali devono considerarsi tra di loro comparabili. Si tratta di un passaggio di sicuro rilievo, che emerge dal passaggio della motivazione in cui il Giudice sovranazionale ha modo di specificare che “same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable committed relationships [...] It therefore considers that the applicants are in a comparable situation to different-sex couples as regards their need for legal recognition and protection of their relationship”⁹ (cfr. § 78).

In secondo luogo, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo enfatizza il dato comparatistico emergente in punto di *consensus* tra gli Stati contraenti del Consiglio d'Europa, affermando che sussiste un *trend* evidente nel senso dell'adozione di strumenti legislativi finalizzati ad introdurre forme di riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso¹⁰.

Conclusivamente, si ritiene opportuno ricordare che l'ordinamento giuridico nazionale è tenuto a conformarsi agli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, come prescrive l'art. 117, comma primo, Cost.

⁹ CORTE EDU, *Vallianatos e altri c. Grecia*, cit., § 61.

¹⁰ CORTE EDU, *Vallianatos e altri c. Grecia*, cit.: “the Court would point to the fact that [...] a trend is currently emerging with regard to the introduction of forms of legal recognition of same-sex relationships. Nine member States provide for same-sex marriage. In addition, seventeen member States authorise some form of civil partnership for same-sex couples”, § 91.

A questo proposito, la giurisprudenza costituzionale, in tema di rapporti tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo, è ormai pacifica¹¹ nel senso di imporre un'interpretazione convenzionalmente conforme delle norme giuridiche interne, affiancandovi l'eventuale rimessione della questione di legittimità costituzionale dinanzi al Giudice costituzionale qualora il contrasto tra la norma interna e il principio della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non sia risolvibile a livello interpretativo.

In tema di tutela dei diritti fondamentali, l'importanza dell'evoluzione giurisprudenziale di livello sovranazionale si giustifica, infine, alla luce di quanto affermato dalla Corte costituzionale, nella sua giurisprudenza più recente, in cui ha delineato le modalità con cui deve atteggiarsi il confronto tra i due livelli di tutela dei diritti, nazionale e sovranazionale, precisando che “il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla *massima espansione delle garanzie*, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti [corsivo nostro]”¹².

Ne discende che, secondo la Corte costituzionale, non si può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per il tramite del rinvio che l'art. 117, comma primo, Cost. opera alle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale.

5. Brevi considerazioni alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e del Tribunale costituzionale tedesco sulla legge tedesca in tema di unioni registrate (*Eingetragene Lebenspartnerschaft*).

Sono state richiamate in apertura le analogie, sotto il profilo dell'impianto normativo, riscontrabili tra la proposta di legge in esame e la disciplina attualmente vigente in Germania in tema di unioni civili tra persone dello stesso sesso, *Eingetragene Lebenspartnerschaft*.

La scelta di svolgere qualche breve riflessione intorno alla giurisprudenza, non solo nazionale, sviluppatasi sulla legge tedesca appare opportuna non soltanto in

¹¹ Il riferimento è alle c.d. sentenze “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007, in cui la Corte costituzionale ha stabilito che: “[n]el caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve [...] procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica [...]. Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU [...] in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità [...] con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.”. Nello stesso senso, anche Corte cost. sent. n. 311 del 2009; sent. n. 317 del 2009, sent. n. 311 del 2011, sent. n. 264 del 2012, sent. n. 170 del 2013.

¹² CORTE COST., sent. n. 317 del 2009.

considerazione della scelta accolta dalla proposta di legge qui in esame di limitare alle coppie omosessuali l'accesso all'istituto dell'unione civile in analogia con la normativa tedesca, ma anche perché quest'ultima è stata interessata da alcune decisioni da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Sotto quest'ultimo profilo, la legge tedesca in tema di unioni civili registrate è stata sottoposta allo scrutinio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea con il caso *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen*¹³. In quell'occasione, la Corte di Giustizia UE ha censurato la legge tedesca, in quanto ometteva di estendere anche al partner dell'unione civile registrata la prestazione ai superstiti al momento del decesso del proprio compagno, come, viceversa, previsto per il coniuge superstite. La legge tedesca veniva, dunque, considerata in contrasto con il principio di non discriminazione sancito dalla direttiva quadro 2000/78.

Nella prospettiva che qui interessa, merita segnalare che la conclusione raggiunta dalla Corte di Giustizia UE si è avvalsa delle argomentazioni svolte dal giudice *a quo* intorno all'irragionevolezza della discriminazione operata dalla legge tedesca in tema di unioni civili in relazione al riconoscimento anche in capo al convivente omosessuale del diritto alla pensione di reversibilità.

Ad avviso del giudice *a quo*, il progressivo avvicinamento tra il regime matrimoniale e la normativa in materia di unioni civili determina l'irragionevolezza delle disparità di trattamento riscontrabili nella seconda e motivate unicamente sulla base dell'orientamento sessuale omosessuale dei componenti dell'unione civile.

Si tratta di un argomento che ha ricevuto accoglimento anche da parte del Tribunale costituzionale tedesco¹⁴, che ha dichiarato costituzionalmente illegittime due norme della legge tedesca in materia di unioni civili registrate che configuravano un trattamento differenziato per i componenti dell'unione civile registrata rispetto ai coniugi.

La giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco e quella della Corte di Giustizia UE concordano, quindi, nell'escludere che possano andare esenti da censure disparità di trattamento riscontrabili tra regime matrimoniale, da un lato, e normativa in tema di unioni civili registrate, che sia riservata alle sole coppie omosessuali, dall'altro.

¹³ *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen*, [C-267/06], 1.04.2008. La Corte di Giustizia UE si è pronunciata nuovamente sulla legge tedesca in materia di unioni civili registrate in occasione del caso *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, [C-147/08], 10.05.2011, in cui, con riferimento alla legge tedesca in materia di unioni civili registrate, ha stabilito che: "Il combinato disposto degli artt. 1, 2 e 3, n. 1, lett. c), della direttiva 2000/78 osta ad una normativa come quella controversa nella causa principale, in base alla quale un pensionato che ha contratto un'unione solidale registrata non percepisce una pensione di vecchiaia complementare equivalente a quella concessa ad un pensionato coniugato non stabilmente separato, mentre, secondo il diritto nazionale, detta unione porrebbe le persone dello stesso sesso in una situazione analoga a quella dei coniugi per quanto riguarda la suddetta pensione. L'analisi dell'analogia deve essere incentrata sui diritti e sugli obblighi dei coniugi e dei partner, quali risultano rispettivamente dalle disposizioni nazionali applicabili al matrimonio e da quelle applicabili all'unione solidale registrata, che appaiono pertinenti alla luce delle condizioni cui è subordinata la prestazione di cui trattasi".

¹⁴ Bundesverfassungsgericht, n. 1167/07 e 611/07.

Ne discende, in primo luogo, che la scelta legislativa di differenziare i regimi giuridici in ragione dell'orientamento sessuale dei rispettivi componenti il nucleo familiare sottostà ad uno scrutinio più severo in punto di accertamento dell'insussistenza di una violazione del principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale; in secondo luogo, che la soluzione normativa preferibile, secondo il filone giurisprudenziale evocato, appare quella di modulare l'istituto dell'unione civile sulla disciplina vigente in tema di matrimonio, fatte salve le disparità di trattamento che non si appalesino irragionevoli.

Da questo punto di vista, l'impianto della proposta di legge qui in esame, nell'effettuare un rinvio puntuale alla disciplina codicistica in materia di matrimonio – con la sola eccezione relativa all'istituto dell'adozione –, appare allineato ad un'impostazione che, pur mantenendo distinti i due istituti con riguardo ai destinatari delle rispettive discipline, consente un affievolimento delle disparità di trattamento tra coppie quanto al riconoscimento del diritto fondamentale alla vita familiare.

6. Alcune osservazioni in merito all'esclusione delle coppie omosessuali dalla possibilità di accedere alla valutazione di idoneità.

La proposta di legge in esame esclude, come si è visto, le coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano fatto accesso all'unione civile registrata dalla possibilità di accedere alla valutazione di idoneità all'adozione di minori.

In questo modo, la proposta di legge pare porsi in linea di continuità rispetto alla scelta del legislatore del 1983 che con la legge n. 184 ha inteso garantire al minore - nel prevedere che solo coppie sposate (e dunque eterosessuali) possano accedere alla procedura adottiva – un ambiente familiare di crescita e di sviluppo che si avvicini quanto più è possibile al modello di famiglia tradizionale (cd. *imitatio naturae*).

A fronte di questa considerazione, però, si deve prendere atto del fatto che ormai non si possono più considerare collegati in modo indissolubile l'istituto matrimoniale e la filiazione/la procreazione/la genitorialità. Nel nostro ordinamento, infatti, sono presenti numerose deroghe al modello di famiglia tradizionale fondata sul matrimonio, che impongono una riflessione generale sulla esclusione delle coppie omosessuali dalla possibilità di accedere alla procedura adottiva.

Innanzitutto vengono in rilievo i casi delle coppie pur eterosessuali e sposate che non intendono o non possono avere figli.

Inoltre, il nostro ordinamento disciplina la possibilità stessa di adottare minori che non sono, appunto, figli biologici, creando quindi un legame esclusivamente giuridico fra la coppia adottante e il minore adottato. Peraltro la stessa legge n. 184 del 1983 prevede casi speciali di adozione di minori da parte di *single*, i quali potrebbero avere un orientamento anche omosessuale.

In terzo luogo, la legge n. 40 del 2004 disciplina le procedure di procreazione medicalmente assistita che consentono alle coppie di superare la propria condizione di

sterilità e infertilità, anche arrivando ad ammettere - grazie all'intervento della Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014 - l'utilizzo di gameti esterni alla coppia. Peraltro si noti per inciso che la legge n. 40 consente anche alle coppie conviventi - senza specificazione intorno alla durata della convivenza - di accedere alle tecniche assistite, mentre la legge n. 184 del 1983 dà rilievo al periodo di convivenza precedente solo quando, in ogni caso, la coppia si sia sposata.

Da ultimo, si deve rilevare per porre ancora più in evidenza l'irragionevolezza di una simile esclusione, che il nostro ordinamento oltre a permettere l'accesso al matrimonio a coppie formate da persone appartenenti allo stesso sesso originario, ma non più attuale, consente anche, a queste medesime coppie, di accedere sia alla procedura di valutazione di idoneità all'adozione, sia alla procedura di procreazione medicalmente assistita (ovviamente con la sola possibilità di ricorrere alla tecnica cd. eterologa).

Nel sottolineare l'irrelevanza dell'orientamento sessuale ai fini della valutazione di idoneità all'adozione (che emerge peraltro anche nei casi già ammessi dalla legge n. 184 di adozione da parte dei *single* in casi speciali), si devono richiamare alcune pronunce, di merito e di legittimità, con cui si è conferito rilievo alla condizione omosessuale in rapporto alla idoneità a crescere un minore¹⁵.

In particolare, la Corte di cassazione, con la sentenza n. 601 del 2013, ha stabilito che la coppia composta da persone dello stesso sesso può essere destinataria di un provvedimento di affidamento di minore. In modo significativo, la Corte di cassazione ha affermato che “in tema di affidamento di minore, in assenza di certezze scientifiche o dati di esperienza, costituisce mero pregiudizio la convinzione che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo, infatti, si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino”.

Sempre nell'ambito della procedura di adozione è significativo richiamare il caso deciso dal Tribunale di Perugia, nel 1997.

In quel caso, infatti, veniva in rilievo una particolare condizione di orientamento sessuale, ovvero la transessualità di un membro della coppia sposata. Il Tribunale ha stabilito l'irrelevanza in via generale e astratta di tale condizione, come logico corollario di due principi, da un lato il superiore interesse del minore e dall'altro lato il divieto di discriminazione fondata sulle modalità di attribuzione del sesso (in questo caso non naturale, ma intervenuta a seguito di rettificazione)¹⁶.

¹⁵ Sul tema relativo al diritto di accedere alla procedura di valutazione di idoneità all'adozione sia delle coppie omosessuali sia dei singoli individui (specialmente quando questi siano omosessuali), si veda B. LIBERALI, “L'adozione dei *single* e delle coppie omosessuali”, in www.gruppodipisa.it, Intervento al Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, Catania 7-8 giugno 2013, *La famiglia davanti ai suoi giudici*.

¹⁶ Sul punto si veda E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, e in generale sulle tematiche relative al transessualismo A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, FrancoAngeli, Milano, 2014.

Peraltro, in tema di famiglie omogenitoriali e di idoneità all'adozione, come è noto, sono intervenute alcune significative decisioni di giudici di merito.

Da ultimo la Corte d'Appello di Torino, il 29 ottobre 2014¹⁷, si è pronunciata in merito alla possibilità di trascrivere in Italia l'atto di nascita legalmente formato all'estero. In particolare, quando il minore è nato all'estero da una coppia omosessuale che ha fatto ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo il relativo atto di nascita può essere trascritto in Italia, in considerazione del fatto che non si introduce nell'ordinamento una situazione giuridica inesistente, ma si garantisce tutela rispetto a una situazione di fatto tenendo conto del preminente interesse del minore.

Il Tribunale di Roma, il 30 luglio 2014, si è invece pronunciato in merito all'adozione del figlio della compagna convivente, riconoscendo che sussiste il diritto a essere adottato dalla madre non biologica, facendo riferimento all'art. 44 lett. d, legge n. 184 del 1983. Con ciò, quindi, si è escluso che vi sia una presunzione di inidoneità a crescere un bambino da parte di una coppia omosessuale.

In relazione all'idoneità a crescere un bambino di coppie omosessuali, con particolare riguardo all'istituto dell'affidamento, si è riconosciuto che non possano essere esclusi dall'accesso a tale istituto i singoli individui e quindi neanche coppie i cui componenti appartengano al medesimo sesso (in questo senso, Tribunale di Bologna, 31 ottobre 2013, e anche Tribunale di Genova, 30 ottobre 2013, che ha escluso di poter riformare il provvedimento di affidamento di un minore in ragione del fatto che il genitore conviveva con il proprio compagno appartenente al suo stesso sesso).

Infine, occorre richiamare la decisione del Tribunale per i minorenni di Bologna, che con ordinanza del 10 novembre 2014 ha sollevato questione di legittimità costituzionale nella parte in cui la legge n. 184 del 1983 (in particolare gli artt. 35 e 36) non consente al giudice di valutare concretamente se corrisponda all'interesse del minore adottato all'estero il riconoscimento della relativa sentenza straniera, che abbia dichiarato l'adozione da parte del coniuge del genitore, senza quindi considerare che la coppia è formata da persone dello stesso sesso e che il matrimonio omosessuale non è riconosciuto nel nostro ordinamento.

La decisione del Tribunale di Bologna è significativa non solo per il merito della stessa, ma perché consentirà nell'ambito del riconoscimento e della tutela dei diritti di approdare – grazie alla decisione della Corte costituzionale – a una soluzione omogenea e uniforme per tutti i cittadini. Peraltro il giudice rimettente in modo significativo pone la questione di legittimità in relazione non solo ai parametri interni costituiti dagli artt. 2, 3 e 30 Cost., ma anche in relazione al primo comma dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in considerazione del fatto che la disciplina italiana non consente di tenere conto del concreto e preminente interesse del minore.

¹⁷ Sulla decisione si veda M. GATTUSO, "Minore nato da due donne in Spagna: l'atto di nascita può essere trascritto in Italia", in www.articolo29.it, 2015.

Proprio in tale prospettiva, in questa sede si ritiene altresì opportuno richiamare, sia pur brevemente, l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, che è stata chiamata in diverse occasioni a giudicare nell'ambito di giudizi aventi per oggetto la questione del diritto di adozione sia da parte di *single* omosessuali sia da parte di coppie formate dallo stesso sesso.

Le successive considerazioni, infatti, possono essere utili nella prospettiva di valutare la ragionevolezza della scelta operata dalla proposta di legge in esame in merito all'assoluta esclusione delle coppie omosessuali dall'adozione.

A questo proposito viene in primo luogo in rilievo la decisione del 2002 resa nel caso *Fretté c. Francia*¹⁸, relativa al diniego posto rispetto all'autorizzazione di adottare un bambino da parte di un *single*, le cui scelte di vita erano state ritenute inadeguate a garantire condizioni familiari, educative e psicologiche adeguate per il suo sviluppo.

In questo caso la Corte EDU ritiene che la necessità di tutelare il preminente interesse del minore giustifichi la negazione del diritto di accesso alla procedura di adozione da parte di qualsiasi soggetto omosessuale, in ragione della mancanza di consenso della comunità scientifica sulle conseguenze di una simile adozione.

Nel caso *E. B. c. Francia* del 2008, invece, la Corte EDU cambia il proprio orientamento, ritenendo che, dovendosi individuare solide giustificazioni per un trattamento differenziato fondato sull'orientamento sessuale, costituisca violazione degli artt. 8 e 14 CEDU il mancato riconoscimento dell'idoneità di un soggetto all'adozione fondato sulla sua omosessualità.

L'ordinamento francese permette l'accesso all'adozione da parte dei *single* e quindi la richiesta della presenza di una seconda figura genitoriale, peraltro di sesso diverso, appare del tutto contraddittoria¹⁹, se pure rientra nell'ambito della valutazione concreta del preminente interesse di quest'ultimo, non è idonea a superare l'irragionevolezza dell'altra argomentazione posta a fondamento del diniego all'adozione, ovvero quella relativa alla mancanza nel nucleo familiare di un soggetto di sesso diverso rispetto a quello dell'aspirante adottante.

La Corte EDU, in relazione al diritto della coppia omosessuale all'adozione, una prima volta ha riconosciuto (caso *Gas e Dubois c. Francia*, del 2012) che non viola gli

¹⁸ CORTE EDU, sent. 26.2.2002, n. 36515. Nel caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* del 1999 la Corte EDU si era pronunciata su un caso in cui vi era già un rapporto genitoriale: si trattava di decidere sull'affidamento di un minore, a seguito del divorzio dei genitori. La Corte EDU, in particolare, aveva riconosciuto come la decisione che aveva negato l'affidamento al ricorrente che dopo la separazione aveva iniziato una relazione omosessuale non era conforme alla CEDU, poiché si basava in modo determinante sull'orientamento sessuale.

¹⁹ Si veda E. CRIVELLI, "Gas e Dubois c. Francia: la Corte di Strasburgo frena sull'adozione da parte di coppie omosessuali", in *Quad. cost.*, 2012, III, 674, che sottolinea che la Corte EDU ha "reso possibile la costituzione di un legame di adozione con una persona singola che convive con un partner non interessato ad instaurare un rapporto affettivo con l'adottato, mentre [nel caso successivamente affrontato, *Gas e Dubois c. Francia*] la minore non può godere del vantaggio di avere due genitori che chiedono di condividere i diritti e i doveri della potestà parentale".

artt. 8 e 14 CEDU il mancato riconoscimento del diritto di adozione del figlio del compagno, come invece è possibile nell'ambito di una coppia sposata²⁰.

In una seconda occasione (caso *X e altri c. Austria*, nel 2013), la Corte EDU ha riconosciuto la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU a fronte dell'esclusione aprioristica delle sole coppie formate da persone dello stesso sesso dall'accesso alla procedura di adozione, con ciò superando la concezione che ritiene presuntivamente inidonea a crescere un minore la coppia omosessuale. Peraltro in questo caso veniva in rilievo la considerazione per cui l'ordinamento austriaco, a differenza di quello francese, consente l'accesso all'adozione, oltre che alle coppie sposate, anche a quelle non sposate eterosessuali e in ciò si determinerebbe la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

A questo proposito, con particolare riferimento alla Francia, occorre rilevare che il 23 aprile 2013 è stata definitivamente approvata la legge che consente anche alle coppie omosessuali di contrarre matrimonio e di adottare.

È stato presentato ricorso al *Conseil constitutionnel* (2013-669 CD), il quale ha chiarito che non si tratta di garantire un diritto al figlio alle coppie omosessuali (§ 52 della decisione), così come peraltro un simile diritto non è garantito neppure alle coppie eterosessuali.

Tali considerazioni inducono ad auspicare un ulteriore ripensamento relativo alla proposta di legge in esame, che miri ad accordarsi ai principi costituzionali relativi alla necessità di dare prevalenza al preminente interesse del minore, consentendo quindi non un automatico diritto al figlio per le coppie omosessuali, bensì la mera possibilità di accedere alla procedura di valutazione di idoneità, non potendosi fondare tale esclusione sull'orientamento sessuale (di tipo omosessuale) delle coppia richiedente.

7. Conclusioni.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si ritiene che la proposta di legge in esame non presenti profili di incompatibilità con il dettato costituzionale, dando risposta coerente - rispetto ai principi costituzionali sottesi e alla giurisprudenza costituzionale relativa - al preciso monito rivolto dal Giudice delle Leggi al Parlamento.

²⁰ Sul punto si veda C. NARDOCCI, "Per la Corte europea l'impossibilità di adottare la figlia della propria partner omosessuale non costituisce trattamento discriminatorio ai sensi dell'art. 14 della Convenzione", in www.rivistaaic.it.