



“Dal matrimonio alle unioni civili: modelli europei a confronto”.

Ciclo XXXII

Candidata:

Erika Ricciardi

Nel corso degli anni il concetto di famiglia è cambiato, e questa evoluzione è stata determinata da molteplici fattori: il cambiamento dei costumi sessuali, la precarietà nell’ambito lavorativo, l’aumento della longevità, l’eliminazione dei pregiudizi nei confronti degli omosessuali.

Adesso ci troviamo di fronte ad un arcipelago costituito da un’isola storica, che rappresenterebbe la famiglia “*tradizionale*” fondata sul matrimonio e tante altre isole intorno che simboleggiano le altre tipologie di convivenza come “la famiglia unita” e “disunita”, “monoparentale” e “biparentale” o “multiparentale”, “perenne” o “ricomposta” e via dicendo.

Di fronte a questo quadro il nostro ordinamento giuridico a volte ha accolto alcuni cambiamenti mentre altre volte ha opposto resistenza, questo perché l'essenza che fa da sfondo, costituisce, lega e mantiene in vita i rapporti affettivi tra due persone è l'amore, ed essendo esso un valore immateriale e non palpabile, il legislatore spesso fatica a disciplinare le situazioni che ne conseguono.

Il tema della tutela dei diritti delle coppie omosessuali rappresenta una delle questioni più calde del ventunesimo secolo.

Si può affermare che lo sviluppo di questi "nuovi" diritti è stato favorito da diversi fattori:

-un primo fattore è costituito dal diffondersi del controllo di legittimità costituzionale delle leggi in molti Paesi attraverso l'istituzione delle Corti costituzionali anche al di fuori dei confini europei, la cui idea di fondo è quella di accrescere l'immagine democratica.

Un secondo motivo, invece, è rappresentato dall'emergere del dialogo tra le Corti costituzionali che ha favorito la circolazione dei modelli nati in altri paesi.

Il problema dell'ammissibilità nel nostro ordinamento del cd matrimonio omosessuale, al di là delle norme etiche e di civiltà che comunque, data la delicatezza della questione, devono essere prese in considerazione, va valutato sulla base della normativa costituzionale e civilistica in vigore.

L'approvazione delle norme sulle unioni civili è stata preceduta da due gruppi di proposte legislative discusse in Parlamento. Un primo gruppo prevedeva una sostanziale equiparazione tra unioni omosessuali e matrimonio eterosessuale, secondo il paradigma contenuto nell'art 29 Cost e, quelle che invece intendevano istituire un nuovo istituto, le unioni civili differente rispetto al matrimonio. La legge 76 del 2016 è riconducibile alla seconda impostazione.

La prima parte della tesi analizza le tappe della giurisprudenza italiana, delle Corti di legittimità, di merito e della Corte Costituzionale, che con la sentenza n. 138/2010 e successivamente con la sentenza n. 170 del 2014, che investita della questione di

legittimità costituzionale, ha avuto modo di osservare che sarebbe stato compito del legislatore intervenire e disciplinare la materia delle unioni omoaffettive.

Si analizza altresì la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione

Europea, e poi la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti

dell'Uomo che passo dopo passo hanno rafforzato la tutela delle coppie omosessuali fino ad arrivare alla recente condanna all'Italia, nel luglio 2015, sentenza *Oliari e altri v. Italia*, per non aver ancora adottato una legge che disciplini la materia.

Dopo il doppio monito della Consulta, unito alla condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'Uomo, è stata dunque, approvata la legge in esame.

Si è ritenuto opportuno infatti confrontare l'istituto delle unioni civili con altri paesi europei, tra cui: Germania, Francia e Spagna.

In Germania ci si trova di fronte ad una disciplina di dettaglio formalmente autonoma anche se simile nella sostanza al matrimonio, salvo il rinvio a norme del codice civile per aspetti specifici.

Dunque si è in presenza di un regime di cd. “*doppio binario*” dove da un lato si trova il matrimonio e dall'altro la convivenza. La ragione del trattamento differenziato risiede nella garanzia dell'istituto matrimoniale proclamata dall'art. 6 della Legge fondamentale il quale recita al comma 1, che «*il matrimonio e la famiglia godono della particolare protezione dell'ordinamento statale*»; tale garanzia, secondo la giurisprudenza costituzionale, giustifica il trattamento differenziato tra matrimonio e Lebenspartnerschaft.

La Francia, invece, ha dato vita ai PACS, istituendoli con una legge del 1999 e disciplinandoli negli artt. 515 -1 ss. del Code civil. Il suddetto istituto presenta una disciplina autonoma e differente rispetto al matrimonio, ed è caratterizzato dall'importante ruolo demandato all'autonomia negoziale delle parti.

I “*Patti civili di solidarietà*” sono estesi alle coppie sia eterosessuali che omosessuali che, pur desiderando assicurare una disciplina certa alla loro “vita comune”, non possono accedere all'istituto del matrimonio.

In Spagna la proposta di legge sul matrimonio omosessuale fu approvata nel 2005. La Costituzione spagnola stabilisce il diritto di contrarre matrimonio in un articolo diverso, rispetto alla famiglia. Il concetto di matrimonio è elevato a rango di diritto della persona ed inteso anche come una istituzione di rilevanza sociale. In dottrina non è pacifico se vi sia o meno un collegamento tra matrimonio e famiglia. Le opinioni si dividono: tra coloro che ritengono che, il diritto a contrarre matrimonio oltre a costituire un diritto individuale della persona, è anche un'istituzione che deve essere conservata al fine di preservare la cellula familiare, perciò vi sarebbe un nesso tra matrimonio e famiglia; e coloro che sostengono, invece, l'assenza di una relazione intrinseca tra matrimonio e famiglia, argomentando che sono istituzioni tutelate in due diversi articoli.

Nel secondo capitolo si affrontano, invece, i profili personali e patrimoniali dell'unione civile.

Il cognome dell'unione rappresenta il più innovativo effetto personale dell'unione civile. Pur trattandosi di una norma di applicazione solo eventuale, la dottrina ne ha segnalato l'evidente rilevanza simbolica, in quanto la previsione di un cognome comune dell'unione ne sottolinea la natura familiare e ne rimarca l'unità.

Per quanto concerne i diritti ed i doveri nascenti dall'unione civile, il modello di riferimento è, dunque, quello matrimoniale. All'originaria formulazione che prevedeva un mero richiamo agli artt. 143 e 144 cc è stata sostituita una riformulazione degli articoli, epurata di alcune espressioni, ed in particolare: "*l'obbligo di fedeltà*" ed il "*dovere di collaborazione nell'interesse della famiglia*".

L'inosservanza del dovere di fedeltà nella famiglia coniugale rappresenta una violazione grave che può determinare l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza e una circostanza idonea a giustificare l'addebito del coniuge responsabile.

Per quanto concerne il regime patrimoniale dell'unione civile tra persone dello stesso sesso il legislatore sceglie di formulare degli articoli *ad hoc* che sostanzialmente ricalcano le norme del codice civile solo con qualche minima modifica lessicale. In materia di forma, modifica, simulazione e capacità per la stipula delle convenzioni patrimoniali vi è, poi, rinvio alle norme codicistiche.

Come per l'istituto del matrimonio, alle unioni civili si applicano gli istituti della comunione legale, se non diversamente stabilito, del fondo patrimoniale, della comunione convenzionale, del regime della separazione dei beni, nonché, infine dell'impresa familiare.

In Germania entrambi i conviventi provvedano in modo adeguato al sostentamento della loro unione con il proprio lavoro e il proprio patrimonio. Di conseguenza essa prevede anche la responsabilità solidale per i debiti contratti da uno dei due soggetti nell'interesse della convivenza. Il regime previsto per legge, se non diversamente concordato, è quello ordinario per le coppie sposate, cioè la comunione degli acquisti di cui al § 1363 del Codice civile (*Zugewinnngemeinschaft*). I conviventi possono tuttavia stipulare un contratto di convivenza (*Lebenspartnerschaftsvertrag*) e optare in esso per la separazione dei beni e per altri accordi speciali di natura patrimoniale.

In Francia il regime patrimoniale del PACS prevede che ciascuno dei due conviventi, salvo diversi accordi nella succitata convenzione, conserva l'amministrazione, il godimento e la disponibilità dei suoi beni personali. Viene così meno la presunzione di indivisibilità che, prima della succitata legge del 2006, riguardava i beni acquisiti a titolo oneroso da ogni convivente.

I beni sui quali nessuno dei due conviventi può dimostrare la proprietà esclusiva sono ritenuti di loro proprietà indivisa, nella misura della metà per ciascuno. Tuttavia, i conviventi possono, nella convenzione, scegliere di sottoporre al regime dell'indivisione i beni che acquisiscono, insieme o separatamente, dopo la registrazione della convenzione medesima. Infine, per l'amministrazione dei beni indivisi, essi possono stipulare un'ulteriore convenzione, al fine di concordare fra loro l'esercizio dei rispettivi diritti.

In Spagna la regolamentazione dettagliata dei reciproci diritti e doveri e dei rapporti personali e patrimoniali sui quali si basa la convivenza può avvenire in forma verbale o scritta, con documento privato o con scrittura pubblica.

In assenza di patti espressi dalle parti, la legge dà alcune indicazioni generali sulle spese comuni della coppia e sul mantenimento della casa.

Il terzo capitolo disciplina, invece, lo scioglimento dell'unione civile.

Dunque la peculiarità della disciplina consiste nel non prevedere l'applicazione dell'istituto della separazione delle parti dell'unione civile, per cui per lo scioglimento volontario dell'unione si prospetta una procedura particolarmente celere. Inoltre la legge prevede l'assegno di mantenimento in favore della parte più debole dell'unione sulla scorta dei redditi delle parti e dell'impossibilità di provvedere al proprio adeguato sostentamento.

In Germania la legge allinea la disciplina dello scioglimento (*Aufhebung*) della convivenza registrata alla normativa, personale e patrimoniale, vigente in materia di separazione e divorzio. La convivenza viene sciolta su istanza di uno o di entrambi i conviventi con sentenza del giudice. E' sufficiente – come per i coniugi – che abbiano vissuto separati per un certo periodo di tempo. La sentenza di scioglimento interviene dopo che siano trascorsi un anno o tre anni di separazione a seconda che la richiesta provenga da entrambi i conviventi (o se presentata da uno solo sia stata approvata dall'altro) oppure da uno solo di essi in via unilaterale.

E' altresì prevista la regola secondo cui, nel caso di procedimento contenzioso, non si fa luogo allo scioglimento, ancorché vi sia stata separazione per tre anni, se esso appare come un "onere così duro" (*so schwere Härte*), a motivo di circostanze eccezionali, da rendere necessaria la prosecuzione della convivenza, considerate anche le ragioni dell'istante.

Il diritto al mantenimento sorge solo in capo al convivente che dimostri di non essere in grado di prendersi cura di sé per effetto dell'impossibilità di assumere un lavoro retribuito, in particolare a causa dell'età o di uno stato di malattia o disabilità. L'importo del mantenimento è espressamente riferito dalla legge al tenore di vita goduto in costanza del rapporto di convivenza. In sede di scioglimento può essere altresì stabilita l'assegnazione della casa familiare

In Francia il PACS termina per volontà congiunta o unilaterale dei contraenti, nonché per matrimonio o decesso di uno di essi. In caso di scioglimento consensuale la dichiarazione congiunta deve essere presentata al cancelliere del tribunale in cui è stato registrato il PACS. Nel caso invece di recesso unilaterale di uno dei due conviventi, questi deve notificare la sua decisione all'altro nonché produrre copia di tale notifica alla cancelleria dello stesso tribunale. Il cancelliere registra la dissoluzione e provvede

alla necessaria pubblicità. La dissoluzione ha effetto, nei rapporti fra i conviventi, dalla data di registrazione in cancelleria. E' invece opponibile ai terzi dal giorno in cui sono state compiuti gli adempimenti in materia di pubblicità.

Le conseguenze patrimoniali dello scioglimento, in base al principio dell'autonomia contrattuale che pervade l'intera disciplina del PACS, sono regolate dalle parti ma, in mancanza di accordo, compete al giudice intervenire, stabilendo, eventualmente, una riparazione per il danno subito

In Spagna lo scioglimento dell'unione, infine, può dare diritto ad indennizzi economici o ad assegni per alimenti, a favore della parte che risulti svantaggiata.

Nel quarto capitolo si affrontano, infine, i seguenti temi: filiazione, procreazione medicalmente assistita e la step child adoption.

In ordine al primo aspetto nel nostro ordinamento non è riconosciuto un diritto alla coppia omosessuale, pur se fondata sulla costituzione di un'unione civile, alla genitorialità. Per una genitorialità intesa come progetto di coppia, comune e condiviso, le vie che dovrebbero essere percorse sono o l'adozione piena di un minore in stato di abbandono o la procreazione assistita di tipo eterologo, che, per le coppie gay, deve necessariamente prevedere anche il ricorso alla gestazione per altri comunemente denominata maternità surrogata. Ne' l'adozione, ne' le tecniche di procreazione assistita sono accessibili in Italia alle coppie omosessuali, in quanto per la prima la richiesta deve provenire da una coppia unita in matrimonio, per la seconda da soggetti "maggioresni di sesso diverso", coniugati o conviventi. La maternità surrogata, inoltre, indispensabile perché le coppie omosessuali maschili possano avere figli, incontra un divieto assoluto e generale nella legge sulla fecondazione assistita.

Certamente, il legislatore ha intenzionalmente evitato di introdurre nella legge sulle unioni civili norme che attribuissero un diritto di divenire genitori. Era stata prevista nel progetto di legge Cirinna l'adozione in casi particolari del figlio del partner dell'unione civile, che costituiva un compromesso tra le rivendicazioni omosessuali ad una genitorialità di coppia, piena e condivisa, da un lato, e l'opinione, largamente diffusa a livello trasversale nella società, volta ad escludere il diritto delle persone dello stesso sesso ad adottare minori e a svolgere il ruolo di genitori sull'assunto che l'inserimento

nel nucleo familiare omogenitoriale sia pregiudizievole per un'equilibrata crescita del minore, dall'altro lato. La disposizione normativa, come già detto, è stata stralciata in fase di approvazione della legge.

Nel tirare le fila conclusive, si rileva la distinzione, operata nel presente lavoro, tra diritto della coppia omosessuale alla genitorialità, attualmente non legislativamente previsto in Italia, e diritto del minore, effettivamente riconosciuto dai giudici, ad uno stato giuridico di figlio corrispondente ad una situazione di fatto creatasi all'interno di un nucleo familiare omogenitoriale fondato sugli affetti, sull'assistenza materiale e sulla cura del minore. Si assiste pertanto, anche in questa materia, ad una rilevanza del fatto che condiziona il diritto. La soluzione giuridica non discende, infatti, dalla pura applicazione di una norma giuridica sulla genitorialità nell'ambito delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, che, come si è visto, non esiste, ma dall'esigenza di dare risposte concrete a situazioni concrete. Nell'odierna scienza giuridica si segnala il capovolgimento di prospettiva nella relazione tra categorie giuridiche e fatti socio-economici, sottolineando la decisa tendenza verso la cosiddetta "fattualità del diritto", per usare l'espressione coniata da un autorevole giurista.

L'importanza centrale del fatto, letto alla luce dei valori e interessi espressi dall'ordinamento nella sua attuale complessità, ha la forza di incidere sul diritto e di plasmarlo.

Nella *stepchild adoption* il fatto della presenza di figli all'interno del nucleo familiare omosessuale sollecita forme di protezione dell'interesse dei minori, determinando, come si è potuto constatare, risposte dall'ordinamento giuridico e la produzione di effetti analoghi a quelli che si sarebbero realizzati se non fosse stata stralciata nel progetto di legge la norma sulla *stepchild adoption*, ma più estesi in quanto non necessariamente legati alla formale costituzione di un'unione civile e, soprattutto, funzionali unicamente allo sviluppo e alla tutela della personalità del minore.

Infine, nel volgere lo sguardo a prospettive future, si rilevano con riguardo alla revisione dell'istituto dell'adozione forti segnali di cambiamento. In particolare, per la finalità di realizzare in modo più ampio il superiore interesse del minore ad essere amato ed inserito in un gruppo familiare, interesse che dovrà sempre essere verificato

in concreto, si profila il superamento del requisito del matrimonio degli adottanti e l'apertura dell'adozione piena alle coppie non coniugate, purché stabilmente conviventi, e alla persona single. Una tale apertura non potrà escludere, in applicazione del principio di non discriminazione, le coppie conviventi dello stesso sesso e le persone *single* in ragione esclusivamente della loro omosessualità, sempre che, in seguito alla valutazione delle particolarità del caso concreto, la decisione sia quella che meglio realizzi l'interesse del minore.

In Germania per quanto riguarda i figli, la legge tedesca prevede l'esercizio congiunto, fra il genitore e il suo partner, di alcuni diritti della potestà (*kleines Sorgerecht*: "piccola potestà"). Infatti, quando un genitore, che per legge esercita da solo la potestà parentale su un figlio, registra una convivenza, il suo partner ha diritto, d'accordo con l'altro, alla codecisione (*Mitentscheidung*) nelle questioni di vita quotidiana del bambino. Tuttavia il Giudice competente per le cause inerenti la famiglia (*Familienrichter*) può decidere di limitare tale diritto quando ciò sia necessario per assicurare il benessere del minore.

Il genitore cui spetta la potestà parentale su un figlio e il suo convivente possono attribuire al figlio che sia stato accolto nel loro nucleo familiare il cognome comune scelto per la convivenza, effettuando un'apposita dichiarazione dinanzi all'autorità competente.

Passando ora alla materia dell'adozione, la disciplina tedesca sulla convivenza registrata non risulta completamente allineata a quella vigente per il matrimonio. Quando un convivente adotta da solo un bambino, è necessario il consenso dell'altro partner. Inoltre, un convivente può adottare da solo il figlio minore dell'altro (*Stiefkindadoption*), ai sensi del § 9. Non è quindi consentita, come nel matrimonio, un'adozione congiunta.

In Francia in materia di adozioni il silenzio della normativa sui PACS lascia immutata la precedente normativa vigente in questo settore, per cui l'adozione non è possibile per le coppie che hanno contratto un patto civile di solidarietà, non importa se omosessuali o eterosessuali.

In Spagna uno degli aspetti più controversi resta quello della possibilità di adottare minori di età, da parte dei componenti di una coppia di fatto registrata. Lo schema della legge catalana consentiva originariamente un distinguo, superato nel 2005, cosa che non era possibile negli altri casi, posto il divieto iniziale di ogni forma di discriminazione

legata al sesso o all'orientamento sessuale. La maggioranza delle leggi non contiene quindi alcun riferimento all'adozione *tout court*, mentre cinque regioni la prevedono, anche a favore delle coppie omosessuali: si tratta della Navarra, dei Paesi baschi, dell'Aragona, che nel maggio del 2004 ha modificato in tal senso il testo base del 1999, della Catalogna, a seguito delle modifiche apportate nel 2005 al testo base del 1998 ed al Codice della Famiglia, e della Cantabria, con la nuova legge approvata nel 2005.

Da quanto fin qui esposto, si evincono gli aspetti positivi e negativi di tale legge che, se da una parte ha finalmente raggiunto l'obiettivo di dare alle unioni omosessuali quella tutela e quel riconoscimento dal punto di vista giuridico che mancava loro, dall'altro ha comunque mantenuto il matrimonio un privilegio delle coppie eterosessuali. Essa ha ridotto, ma non azzerato, le diseguaglianze di disciplina tra i due tipi di rapporti familiari. Come si è visto, infatti vi sono significative differenze in materia di obblighi di natura personale, di cognome e scioglimento dell'unione, che rendono le unioni civili ed il matrimonio due istituti separati sebbene, in gran parte, contenuti e finalità.

La posizione assunta dal nostro Legislatore si allinea con gli altri paesi europei, come la Francia e la Germania. Nel sistema spagnolo, invece, uno degli aspetti più controversi resta proprio l'adozione di minori.

