

Regolamentazione delle unioni civili

Approfondimento

La Legge del 20 maggio 2016, n. 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*¹

Da un punto di vista giuridico-sociale l'approvazione della legge **76/2016** non può certo essere liquidata - come ha ampiamente dimostrato il dibattito che l'ha accompagnata per tutto il suo iter - come la semplice adozione da parte del legislatore di una nuova normativa finalizzata a colmare una lacuna che si era manifestata nell'ordinamento giuridico; si tratta, infatti, di un fondamentale anche se sofferto (e forse solo parziale²) passaggio nell'evoluzione del diritto di famiglia del nostro paese. Tale legge va quindi a collocarsi, in virtù della carica di novità che la caratterizza, tra le leggi più significative adottate in questa materia dopo la grande riforma del diritto di famiglia³, al pari di quella che disciplina la separazione dei genitori e l'affidamento condiviso dei figli (L.54/2006) o della legge che, più recentemente, ha riscritto la normativa sulla filiazione (L. 219/2012 ed il D.lgs. 154/2013). Prima della legge in discorso, infatti, in Italia le coppie omosessuali non erano destinatarie di una legislazione specifica che permettesse loro di unirsi civilmente e ciò - a parere di molti ma soprattutto della Corte europea dei diritti dell'uomo - non era più ammissibile. Tanto è vero che tale lacuna - non suscettibile di essere adeguatamente colmata in via interpretativa - aveva recentemente indotto la stessa Corte a condannare l'Italia per violazione dell'articolo 8 Cedu decretando che⁴ *"in the absence of a prevailing community interest being put forward by the Italian Government, against which to balance the applicants' momentous interests as identified above, and in the light of domestic courts' conclusions on the matter which remained unheeded, the Court finds that the Italian Government have overstepped their margin of appreciation and failed to fulfil their positive obligation to ensure that the applicants have available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions"*⁵.

Peraltro, la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva già affrontato - con la sentenza del 20 giugno 2010, n. 30141/04 (Schalk e Kopf c. Austria) - il nodo dell'interpretazione dell'art. 12 della Cedu⁶ alla luce dell'art. 9 della Carta di Nizza⁷ evidenziando che, volutamente, in detto articolo 9 non specificando che il matrimonio ha luogo tra uomini e donne, si era evitato così il riferimento all'elemento rappresentato dalla diversità di sesso. La stessa Corte precisava inoltre

¹ Su questo argomento vedi anche il commento alla url: <http://www.minori.it/it/minori/le-unioni-civili>).

² Alla fine del suo iter è stato infatti deciso di cancellare dalla stessa la c.d. Step child adoption che avrebbe consentito l'adozione di bambini da parte di coppie omosessuali e che, ai nostri fini, avrebbe senz'altro reso la nuova normativa scientificamente più interessante.

³ Realizzata con la legge 151/1975.

⁴ Cfr. sentenza Oliari e altri c. Italia: Corte. eur. dir. uomo, 21 luglio 2015, n. 18766/11 e b. 36030/11.

⁵ "In assenza di un prevalente interesse comunitario presentato dal Governo italiano, contro il quale bilanciare gli interessi epocali delle ricorrenti, come indicato sopra, e alla luce delle conclusioni dei giudici nazionali in materia che è rimasta lettera morta, il Tribunale constata che il Governo italiano ha oltrepassato il loro margine di apprezzamento e fallito il loro obbligo positivo di garantire che i candidati abbiano a disposizione un quadro giuridico che preveda il riconoscimento e la protezione delle loro unioni omosessuali".

⁶ Cfr. art. 12 sul diritto al matrimonio "A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto.

⁷ Cfr. art. 9 sul diritto di sposarsi e di costituire una famiglia "Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

che l'istituto giuridico del matrimonio ha connotazioni sociali e culturali radicate nelle singole società che possono differire notevolmente da un paese all'altro prendendo atto del fatto, in un certo qual modo, che i concetti di famiglia e di matrimonio non sono immutabili e avulsi da ogni possibile evoluzione. Tuttavia, in quell'occasione la Corte ritenne anche di non potersi spingere oltre reputando che fosse compito delle autorità nazionali intervenire - in quanto più preparate a cogliere le specifiche esigenze delle proprie società - prospettando delle aperture in questa direzione. Nel 2010 l'organo giurisdizionale europeo decise quindi di lasciare alla discrezionalità dei singoli Stati la decisione circa il se e il come dare riconoscimento giuridico alle coppie omosessuali⁸; in ogni caso tale organo dimostrò ugualmente un'apertura maggiore rispetto alla Corte costituzionale italiana che, da parte sua, si è limitata a rimettere al legislatore il compito di riconoscere e tutelare le unioni omosessuali come semplici "formazioni sociali"⁹ escludendo quindi espressamente ogni accostamento all'istituto giuridico del matrimonio. Su questo punto, infatti, la Corte europea aveva rimesso agli Stati la possibilità di riconoscere alle coppie omosessuali il diritto di accedere all'istituto del matrimonio senza escludere a priori tale scelta. Inoltre, la stessa aveva precisato che poteva chiaramente ritenersi che il "legislatore nazionale, che intende introdurre la disciplina di un istituto attraverso cui dare riconoscimento giuridico alle coppie di fatto, non potrà escludere, da tale riconoscimento, le coppie omosessuali". La Corte europea dei diritti dell'uomo aveva chiaramente indicato, dunque, da anni, nella sua giurisprudenza l'esistenza di un diritto per le coppie dello stesso sesso a non essere discriminate quanto all'accesso ai sistemi di riconoscimento delle unioni civili rispetto alle coppie costituite da persone di sesso diverso¹⁰, come poi è effettivamente stato disposto con la legge 76/2016. Con quest'ultima è stata infatti introdotta nell'ordinamento giuridico sia una disciplina sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso che una disciplina sulle convivenze di fatto che può riguardare entrambe le tipologie di coppie (omosessuali ed eterosessuali) dando, finalmente, un riconoscimento giuridico alle coppie omosessuali e al regime di convivenza *more uxorio* al di fuori del matrimonio. In tal modo è stata anche colmata quella lacuna normativa che, negli anni, ha costretto dottrina e giurisprudenza a mettere in campo tutte le proprie abilità interpretative per stabilire se - nonostante il dettato dell'art. 29 Cost¹¹ non specifichi che il matrimonio debba essere consentito solo tra partner di sesso diverso - alle coppie omosessuali fosse preclusa la possibilità di contrarre matrimonio in Italia o di vedere trascritto nei registri di stato civile un matrimonio tra omosessuali legittimamente contratto all'estero sulla base della necessaria diversità di sesso tra gli aspiranti coniugi.

⁸ Cfr. sul punto Laura Rizza in *Problematiche relative al riconoscimento giuridico di coppie omosessuali*.

http://www.cde.unict.it/sites/default/files/files/L_%20Rizza_Problematiche%20relative%20al%20riconoscimento%20giuridico%20di%20coppie%20omosessuali.pdf

⁹ cfr. Sentenza del 15 aprile 2010, n. 138.

¹⁰ Nel denso panorama giurisprudenziale cfr. l'importante sentenza della Suprema Corte n. 2400 del 2015 incentrata sulla configurabilità o meno di un'unione matrimoniale tra persone dello stesso sesso senza l'intervento del legislatore ordinario e se l'assenza di tale istituto possa considerarsi ancora compatibile con il sistema integrato attuale dei diritti fondamentali.

¹¹ Cfr. la sentenza 138/2010 della Corte costituzionale dove si spiega che "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. 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".

Possiamo quindi schematicamente dire che con la legge in oggetto si assiste alla nascita di forme familiari diverse rispetto a quelle derivate dal negozio solenne del **matrimonio**, mediante il quale un uomo e una donna assumono l'impegno di convivere stabilmente dandosi reciproco aiuto in qualità di marito e moglie, il quale, evidentemente, continua a riguardare solo le coppie eterosessuali.

Tali forme sono:

1. **l'unione civile** (art. 1 commi 1-34 della legge 76/2016) che riguarda le coppie omosessuali che viene definita come “una specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione costituita mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni da due persone maggiorenni dello stesso sesso, unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale”. In questo caso la citazione della Costituzione negli artt. 2 (tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali) e 3 per il nuovo istituto giuridico denominato “unione civile” è chiaramente finalizzata a fissare l'uguaglianza dei cittadini senza distinzioni di sesso, razza, lingua e religione.
2. **la convivenza di fatto** (art. 1 commi 36- 65 della legge 76/2016) può essere costituita da una coppia omosessuale o da una coppia eterosessuale, l'essenziale è che si tratti di “due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile”.

Per l'unione civile - per la quale viene prevista la registrazione nell'archivio dello stato civile (**comma 3**) - la legge prevede che il documento attestante la costituzione del vincolo deve contenere i dati anagrafici delle parti, l'indicazione del loro regime patrimoniale (comunione o separazione dei beni) e della loro residenza, oltre che i dati anagrafici e la residenza dei testimoni (**comma 9**). L'articolo dispone inoltre, in ordine al cognome, che le parti, mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile, possano indicare un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi; i partner potranno quindi anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso (**comma 10**)¹². La legge prevede poi una serie di cause impeditive per la costituzione dell'unione civile (**comma 4**) la cui presenza determina la nullità dell'unione stessa (**comma 5**); a tal proposito poi, sempre al comma 5, la legge stabilisce l'applicazione di alcuni articoli del codice civile relativi al matrimonio. I **commi da 6 a 8** riguardano invece l'impugnazione dell'unione civile, costituita nonostante la presenza di una causa impeditiva o in violazione del citato art. 68 c.c.; mentre il **comma 7** estende all'unione civile quanto previsto dall'art. 122 c.c. (violenza ed errore) per il matrimonio. La legge in commento chiarisce inoltre che l'errore sulle qualità personali risulta essenziale quando, come previsto per il matrimonio, tenute presenti le condizioni dell'altra parte, si accerti che la stessa non avrebbe prestato il suo consenso se le avesse conosciute e purché l'errore riguardi alcune fattispecie precise.

C'è poi un comma che ha una particolare importanza, l'**11°**, il quale disciplina specificatamente i diritti e i doveri derivanti dall'unione civile omosessuale. In sostanza la legge riprende il contenuto dell'art. 143 del codice civile sul matrimonio (ad eccezione dell'obbligo di fedeltà,

¹² Più specificatamente viene precisato che i contraenti hanno la facoltà di assumere, mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile e per tutta la durata dell'unione civile, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi, oppure anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso.

eliminato all'esame in Assemblea al Senato) secondo cui le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri. Viene poi stabilito che l'unione civile comporta l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale, alla coabitazione, e alla contribuzione ai bisogni comuni - ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo - mettendo, finalmente, le persone dello stesso sesso in condizione di potersi occupare l'uno dell'altro, in modo regolamentato dal diritto, in ogni situazione e al pari delle coppie eterosessuali¹³.

Un altro punto fondamentale è poi quello in cui la legge disciplina il regime patrimoniale all'interno dell'unione civile chiarendo che, in mancanza di specifica convenzione, lo stesso sarà costituito dalla comunione dei beni come avviene nel matrimonio (del resto tutta la nuova normativa rinvia sul punto alle disposizioni valide per il matrimonio contenute nel Codice Civile) e anche per le successioni il **comma 21** precisa che, per quanto concerne l'eredità e la reversibilità, il legislatore rinvia alle disposizioni del Codice Civile estendendo così ai partner dell'unione civile parte della disciplina sulle successioni riguardante la famiglia contenuta nel libro secondo del codice civile.

Infine il **comma 20** della legge assume un particolare interesse perché specifica che - fatte salve le disposizioni del codice civile non richiamate espressamente e **quelle della legge sull'adozione (L. 4 maggio 1983, n. 184)** - *“le disposizioni contenenti le parole coniuge, coniugi, marito e moglie, ovunque ricorrano nelle leggi, nei regolamenti, negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, trovino applicazione anche alla parte della unione civile tra persone dello stesso sesso”*. Dopo che al Senato è stato eliminato l'art. 5 del testo presentato in Assemblea dalla relatrice Cirinnà (AS 2081) che prevedeva la c.d. *stepchild adoption* il quale - attraverso una modifica all'articolo 44, lettera b) della legge 184/1983 - interveniva in materia di adozione in casi particolari consentendo alla parte di una unione civile di fare richiesta di adozione del figlio minore (anche adottivo) del partner (cosa che in Italia è invece prevista solo per le coppie eterosessuali sposate da almeno tre anni o che abbiano vissuto *more uxorio* per almeno tre anni, ma siano sposate al momento della richiesta), non sono infatti rimasti molti riferimenti all'istituto dell'adozione. Così, ci si è limitati ad inserire nella legge in commento il seguente inciso: *“resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti”* puntualizzazione che (verosimilmente) non impedisce che i giudici possano decidere caso per caso per le adozioni da parte delle coppie dello stesso sesso. D'altra parte la *stepchild adoption*, alla fine, pur essendo stata espulsa dalla legge 76 del 2016 e, pertanto, non avendo fatto ufficialmente ingresso nel nostro ordinamento giuridico, è tuttavia applicata in giurisprudenza (anche in assenza di una espressa disciplina normativa) essendo sentita nell'amministrazione della giustizia l'esigenza del raggiungimento di un'interpretazione univoca che superi gli attuali contrasti giurisprudenziali e assicuri a tutti un uguale trattamento. Peraltro sul punto si è da pochissimo espressa la **Suprema Corte** di Cassazione con l'importantissima **sentenza 12962/2016** (depositata in cancelleria il 22 giugno 2016) riguardante l'adozione del figlio del partner nelle coppie omosessuali, con cui è stata ritenuta applicabile la normativa sull'adozione

¹³ In questo senso basti pensare alla situazione di coppie di cui uno dei due è ricoverato in ospedale e l'altro in presenza di altri familiari non possa occuparsene altro che nel caso in cui ciò sia “accettato” nella singola fattispecie ecc.

"in casi particolari" prevista dalla legge 184 del 1983 confermando il diritto di una madre non biologica ad adottare la figlia della sua compagna in quanto ciò *"non determina in astratto un conflitto di interessi tra il genitore biologico e il minore adottando, ma richiede che l'eventuale conflitto sia accertato in concreto dal giudice"*.

Ora - a parte l'interessante punto della sentenza della suprema Corte nella quale vengono ricordati i casi di consenso degli Stati alla Cedu relativamente all'adozione legittimante da parte di persone dello stesso sesso e all'adozione cosiddetta "coparentale"¹⁴ - è soprattutto importante notare che secondo la Cassazione un'adozione di questo tipo "prescinde da un preesistente stato di abbandono del minore e può essere ammessa sempreché, alla luce di una rigorosa indagine di fatto svolta dal giudice, realizzi effettivamente il preminente interesse del minore". Resta inteso che ciò non può ovviamente prescindere da una accurata indagine che - come deve avvenire anche durante i comuni percorsi adottivi - accerti se quella coppia, eterosessuale o omosessuale sia davvero adatta ad allevare con serenità quella bambina o quel bambino¹⁵. La sentenza precisa infine¹⁶ che la conferma dell'adottabilità dei minori in tutti i casi rientranti nelle tre lettere dell'art. 44, anche quando non sono stati o non possono essere formalmente dichiarati adottabili, si trae dal disposto del primo comma del precedente art. 11 nel quale è evidente che il legislatore abbia voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e i parenti o le persone che già si prendono cura di lui prevedendo la possibilità di un'adozione, seppure con effetti limitati rispetto a quella legittimante ma con presupposti meno rigidi di quest'ultima. La *ratio legis* di tale istituto è infatti verificare la realizzazione dell'interesse del minore "da intendersi come limite invalicabile e chiave interpretativa dell'istituto" e la condizione dell'impossibilità dell'affidamento preadottivo (ex lettera d comma 1 dell'art. 44 della legge 184) che deve essere interpretato *"non già restrittivamente, come impossibilità di fatto, bensì come impossibilità di diritto, così da comprendere anche i minori non in stato di abbandono ma relativamente ai quali nasca l'interesse al riconoscimento di rapporti di genitorialità"*.

Tessa Onida

¹⁴ Cfr. pag. 42 della sent. 12962/2016 che indica che infatti in 14 Stati (Belgio, Spagna, Paesi Bassi, Portogallo, Francia, Lussemburgo, Regno Unito, Irlanda, Svezia, Norvegia, Danimarca, Irlanda, Malta, Austria) è consentita l'adozione alle coppie dello stesso sesso. In Germania, Croazia, Estonia e Slovenia è possibile l'adozione del figlio del partner ma non l'adozione.

¹⁵ In questo senso cfr. pag 40 dove la sentenza si collega alla legge 173 del 2015 volta proprio a facilitare l'accesso all'adozione legittimante da parte delle famiglie affidatarie che abbiano condiviso con il minore un lungo periodo di affidamento.

¹⁶ Cfr. pag. 36 della sentenza 12962 cit.