

Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei

a cura di *Paolo Passaglia*

con contributi di

Charlotte Bontemps di Sturco, Carmen Guerrero Picó, Sarah Pasetto, Maria Theresia Rörig

INTRODUZIONE

1. Premessa

2. Quadro di sintesi relativo agli ordinamenti statali europei

- 2.1. Il matrimonio omosessuale
- 2.2. Le unioni registrate
- 2.3. Le convivenze di fatto

3. Le unioni omosessuali in alcuni ordinamenti extra-europei

- 3.1. Cenni sull'ordinamento canadese
- 3.2. Cenni sull'ordinamento statunitense
 - 3.2.1. *Il diritto federale*
 - 3.2.2. *Il diritto degli Stati membri e degli altri enti autonomi: uno sguardo d'insieme*
 - 3.2.3. *(Segue): le Hawaii*
 - 3.2.4. *(Segue): il Massachusetts*
 - 3.2.5. *(Segue): la California*
 - 3.2.6. *(Segue): il Connecticut*
 - 3.2.7. *(Segue): l'Iowa*
 - 3.2.8. *(Segue): il Vermont*
 - 3.2.9. *(Segue): il Maine*
 - 3.2.10. *(Segue): il New Hampshire*
 - 3.2.11. *(Segue): il District of Columbia*
 - 3.2.12. *(Segue): la tribù Coquille*

FRANCIA

1. La disciplina costituzionale

2. La disciplina attuativa della Costituzione

- 2.1. Cenni storici
- 2.2. Le forme di convivenza riconosciute
 - 2.2.1. *Il matrimonio come istituto limitato alle coppie eterosessuali*
 - 2.2.2. *Il patto civile di solidarietà – PACS: una soluzione aperta alle coppie sia eterosessuali che omosessuali*
 - 2.2.3. *Il concubinato*

3. Le prospettive di riforma

GERMANIA

1. La disciplina costituzionale

- 1.1. Disposizioni costituzionali relative al matrimonio ed alla famiglia
- 1.2. La definizione del matrimonio nella giurisprudenza costituzionale tedesca e l'esclusione delle convivenze omosessuali
- 1.3. Altre disposizioni costituzionali che tutelano forme di convivenza diverse da quella matrimoniale
- 1.4. Il riparto di competenze tra *Bund* e *Länder* in materia

2. La disciplina a livello sub-costituzionale

- 2.1. L'*iter* tribolato della legge che riconosce le unioni omosessuali registrate
- 2.2. Le forme di convivenza ed il loro riconoscimento
 - 2.2.1. *La convivenza registrata*
 - 2.2.1.1. La tutela offerta dalla LPartG
 - 2.2.1.2. Altre previsioni rilevanti
 - 2.2.2. *I matrimoni e le convivenze registrate celebrati all'estero*
 - 2.2.3. *Le convivenze di fatto*
 - 2.2.3.1. Riconoscimento e tutela giuridica
 - 2.2.3.2. I patti di convivenza

3. Le proposte di riforma

REGNO UNITO

1. Lo *Human Rights Act 1998* e la relativa giurisprudenza

2. I tipi di unioni legalmente riconosciute

- 2.1. Il matrimonio
 - 2.1.1. *Necessaria eterosessualità del matrimonio e transessualismo*
- 2.2. *La Civil Partnership*
 - 2.2.1. *La definizione*
 - 2.2.2. *Il riconoscimento dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero*
 - 2.2.3. *Il quadro dei diritti e degli obblighi nascenti dalla Civil Partnership*
- 2.3. L'assenza di tutela per le altre forme di convivenza

3. Prospettive a breve termine

SPAGNA

1. La disciplina costituzionale

- 1.1. Matrimonio e famiglia nella Costituzione del 1978
- 1.2. La (mancata) definizione del matrimonio
- 1.3. La convivenza *more uxorio*
- 1.4. Il riparto delle competenze tra Stato e Comunità autonome relativamente alla disciplina del matrimonio ed alla tutela della famiglia

2. La legge n. 13/2005 con la quale si modifica il codice civile in materia di diritto a contrarre matrimonio

- 2.1. Dal progetto di legge all'approvazione della riforma: le diverse posizioni

- 2.2. La portata della riforma: tutela identica rispetto alle coppie eterosessuali e riconoscimento dell'adozione congiunta
- 2.3. Aspetti di diritto internazionale privato: il matrimonio contratto tra stranieri o da un cittadino con uno straniero
- 2.4. Cenni sul matrimonio dei transessuali
- 2.5. Il problema dell'obiezione di coscienza dei giudici incaricati del Registro civile
- 2.4. Le questioni di costituzionalità avverso la legge n. 13/2005
 - 2.4.1. *I giudizi in via incidentale sollevati dai giudici incaricati del Registro civile di Telde, Denia, Burgos e Cieza*
 - 2.4.2. *Il ricorso in via principale del Partito popolare*

3. La tutela delle unioni di fatto

- 3.1. Il ruolo dei tribunali
- 3.2. La mancanza di una legge statale
- 3.3. La disciplina a livello autonomico

INTRODUZIONE

di Paolo Passaglia

1. Premessa

Quello dello statuto giuridico delle unioni omosessuali è uno dei temi per i quali l'indagine comparatistica si dimostra più feconda. Feconda, innanzi tutto, per l'ampio numero di sistemi nei quali la problematica è stata affrontata, ma feconda anche (e soprattutto) per la pluralità di soluzioni che sono state elaborate, in conseguenza di un determinato contesto sociale e/o come portato di determinate contingenze politiche. A ciò aggiungasi l'attualità del tema in molti ordinamenti, donde, per un verso, il poter constatare un marcato dinamismo all'interno di molte esperienze (che, ad esempio, sono approdate al riconoscimento dei matrimoni omosessuali dopo aver per alcuni anni previsto unioni registrate) e, per altro verso, il doversi rassegnare alla assoluta provvisorietà delle conclusioni cui possa addivenirsi.

Fatta questa doverosa premessa, che si auspica non suoni come una anticipata giustificazione della parzialità del lavoro, conviene dar conto dell'impostazione seguita nel comporre il presente quaderno.

Innanzitutto, la scelta degli ordinamenti cui viene dedicata una specifica attenzione. La selezione si ritiene che abbia, nonostante l'esiguità delle esperienze, il pregio di offrire un quadro abbastanza variegato di soluzioni. È vero che tutti sono ordinamenti europei: tale omogeneità impedisce una valutazione che si estenda all'incidenza di tradizioni culturali diverse; ai presenti fini, tuttavia, la tendenziale contiguità (o, almeno, la raffrontabilità) con la società e la tradizione italiana pare che possa costituire una ragione sufficiente per accettare la indiscutibile deficienza sul piano prettamente scientifico. All'omogeneità suggerita da considerazioni geografiche, corrisponde, di contro, uno spettro di soluzioni assai ampio, che va dal riconoscimento *pleno jure* del matrimonio tra omosessuali (Spagna) alla previsione di unioni registrate che si pongono su un piano decisamente diverso rispetto all'unione matrimoniale (Francia), passando per i casi in cui si è provveduto alla elaborazione di una disciplina succedanea del matrimonio, consistente nella normativizzazione di forme di convivenza registrate largamente assimilabili al matrimonio (Regno Unito e, in misura minore, Germania). Questa poliformità risulta ulteriormente accresciuta se si focalizza l'attenzione sulle disposizioni costituzionali rilevanti in materia: a fronte della ovvia irrilevanza della questione per il caso del Regno Unito, gli altri tre ordinamenti offrono soluzioni differenziate. Così, se in Francia ci si limita ad una generica affermazione dell'impegno a proteggere la famiglia (par. 10° del Preambolo della Costituzione del 1946, tutt'oggi valido ed efficace), in Spagna l'impegno è alla tutela tanto della famiglia (art. 39) che del matrimonio, non ulteriormente aggettivato (art. 32), in una forma che suggerisce, in relazione alla differenziazione delle sedi in cui la Costituzione fissa gli obiettivi programmatici, l'assenza di un legame «naturale» tra la prima ed il secondo. Legame che, invece, parrebbe suggerito dall'art. 6 della Legge

fondamentale tedesca, non a caso rubricato «Matrimonio e famiglia», e che dunque finisce per dare adito ad un necessario «privilegio» per l'istituto matrimoniale nei confronti delle altre forme di convivenza.

2. Quadro di sintesi relativo agli ordinamenti statali europei

Può notarsi che, estendendo l'osservazione ad altri ordinamenti rispetto a quelli sopra indicati, il diritto costituzionale non offre molte varianti ulteriori. L'*id quod plerumque accidit*, almeno in Europa, è infatti dato dalla totale *irrelevanza* del diritto di famiglia e, in specie, del sesso dei nubendi (dove, sia detto *per incidens*, la sostanziale impossibilità di rintracciare «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» dell'Unione europea): di famiglia e di matrimonio neppure si parla (o, se lo si fa, ciò avviene per fini assai diversi da quelli qui presi in considerazione) nelle costituzioni di Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia, Olanda, Repubblica ceca, Svezia. Le (relativamente poche) eccezioni, oltre a quelle indicate nel par. precedente, sono riconducibili a due categorie. Nella prima si annoverano il caso svizzero, in cui l'art. 14 della Costituzione riecheggia l'art. 6 della Legge fondamentale tedesca, quello portoghese, i cui articoli 36 e 67 della Costituzione sono, rispettivamente, assimilabili agli articoli 32 e 39 della Costituzione spagnola, e quello lussemburghese, nel quale l'art. 11 della Costituzione fa riferimento a «i diritti naturali della persona umana e della famiglia». Alla vaghezza di queste indicazioni corrisponde la (estrema) chiarezza delle costituzioni collocabili nella seconda categoria, le quali si occupano dell'istituto matrimoniale per specificare che esso presuppone l'eterosessualità della coppia: una tale formula è presente in alcune costituzioni dell'Europa orientale, quattro delle quali di Stati membri dell'Unione europea (Polonia, Lituania, Lettonia – a seguito della revisione costituzionale del 2005 – e Bulgaria; analoghe previsioni sono contenute nelle costituzioni di Moldova, Montenegro, Serbia ed Ucraina).

In estrema sintesi, *le costituzioni europee, in riferimento alla ammissibilità del matrimonio omosessuale, oscillano tra la regola della pretermissione di indicazioni e l'eccezione consistente nell'esplicita esclusione.*

Una siffatta conclusione non può tuttavia lasciar spazio ad una impostazione manichea della problematica giuridica. Il tacere sul o il negare il matrimonio omosessuale nulla dice, infatti, sull'*an* e sul *quomodo* della tutela di forme di convivenza, variamente qualificabili, tra persone dello stesso sesso; né indicazioni definitive sono desumibili in merito allo *status*, comunque definito, delle coppie omosessuali.

Partendo dal secondo profilo, i limiti della presente trattazione rendono impossibile una analisi di tipo organico. Appare, però, opportuno almeno evidenziare che taluni diritti, tra i più delicati e discussi in relazione al riconoscimento delle coppie omosessuali, non sono automaticamente esclusi dalla previsione impeditiva del matrimonio. Valgano, per tutti, i casi bulgaro e polacco, nei quali la radicale esclusione del matrimonio omosessuale non ha impedito il riconoscimento, in capo agli omosessuali, della possibilità di procedere all'adozione, una volta affermata la legittimità dell'adozione monoparentale (sul versante opposto, si pongono le legislazioni di Lettonia e

Lituania, che associano al divieto costituzionale del matrimonio omosessuale la limitazione dell'adozione alle sole coppie sposate).

È, comunque, il primo profilo quello che appare più rilevante, almeno avendo riguardo all'oggetto delle questioni di legittimità costituzionale alla cui istruttoria questo quaderno accede. E, sul punto, l'unica corrispondenza che può trarsi dall'analisi in concreto degli ordinamenti è tra la previsione costituzionale del divieto di matrimonio omosessuale e la mancata previsione in concreto (finanche) di forme di convivenza legalizzata tra persone dello stesso sesso. Là dove, invece, le disposizioni costituzionali si mostrano indifferenti, le forme di tutela delle coppie omosessuali possono assumere – grossolanamente schematizzando – tre diverse forme:

a) estensione alle coppie omosessuali dell'istituto matrimoniale;

b) unione registrata (la registrazione formale dell'unione – prevista ora solo per le coppie omosessuali ora estesa anche alle coppie eterosessuali – assicura uno *status* che può anche essere virtualmente equivalente, fatte salve specifiche eccezioni, a quello matrimoniale);

c) convivenza di fatto (tutela minimale, basata esclusivamente sull'affermazione di specifici diritti).

2.1. Il matrimonio omosessuale

Nella categoria *sub (a)* si collocano – al 5 marzo 2010 – due paesi dell'Europa centro-occidentale (Belgio ed Olanda), due paesi scandinavi (Norvegia e Svezia) ed un paese latino (Spagna), cui dovrebbe a breve aggiungersene un secondo (Portogallo).

I cinque (o sei) paesi sono accomunati dall'aver introdotto il matrimonio omosessuale a seguito di un intervento legislativo *ad hoc*: l'Olanda ha aperto la strada (la legge del 21 dicembre 2000 è entrata in vigore il 1° aprile 2001), seguita dal Belgio (legge del 13 febbraio 2003, entrata in vigore il 1° giugno successivo)¹ e dalla Spagna (legge del 1° luglio 2005, entrata in vigore il 3 luglio); la Norvegia e la Svezia hanno provveduto più di recente (la legge norvegese, adottata in data 11 giugno 2008, è entrata in vigore il 1° gennaio 2009; la legge svedese del 1° aprile 2009 è entrata in vigore il 1° maggio successivo); da ultimo, in Portogallo, in data 11 febbraio 2010, è stato approvato un testo di legge – al 4 marzo, non ancora promulgato² – volto ad introdurre il matrimonio omosessuale (da segnalare è che l'approvazione di questo testo è di pochi mesi successiva rispetto alla sentenza n. 359 del 2009, con cui il Tribunale costituzionale – con una maggioranza di tre giudici a due – ha escluso che il riconoscimento del matrimonio omosessuale

¹ Da notare è peraltro che, nel caso belga, il matrimonio omosessuale è stato introdotto con alcune limitazioni, quali, ad esempio, quelle inerenti all'impossibilità di procedere all'adozione da parte della coppia; nel 2005, tuttavia, queste limitazioni sono state eliminate, consentendo la piena assimilabilità del matrimonio omosessuale a quello eterosessuale.

² Informazioni giornalistiche lasciano intuire una probabilità piuttosto elevata di rifiuto della promulgazione da parte del Presidente della Repubblica. A fronte di questo rifiuto, peraltro, il Parlamento potrebbe opporre una riapprovazione a maggioranza assoluta, che, ai termini dell'art. 136 della Costituzione, renderebbe la promulgazione obbligatoria.

potesse ritenersi imposto in base alle previsioni costituzionali che sanciscono i principi di dignità e di eguaglianza ed il diritto alla formazione ed alla preservazione della famiglia).

La similitudine circa il *quomodo* dell'introduzione del matrimonio non si estende alla storia del riconoscimento dei diritti degli omosessuali, giacché la legalizzazione dell'omosessualità (*sub specie* di eliminazione delle fattispecie di reato connesse agli atti sessuali tra adulti consenzienti) ha, in due casi, radici assai risalenti (al 1811, per l'Olanda, ed al 1843, per il Belgio); in tre casi, la legalizzazione ha coinciso con il ritorno alla democrazia (in Svezia, dal 1944; in Spagna, dal 1979; in Portogallo, dal 1983, peraltro con un qualche ritardo rispetto al fine della dittatura); nel sesto caso (la Norvegia), invece, la legalizzazione, oltre ad essere recente (1972), è intervenuta allorché l'ordinamento democratico poteva dirsi stabilizzato ormai da alcuni decenni.

Le differenze si apprezzano anche sotto lo specifico profilo della tutela delle coppie omosessuali.

In tutti i casi, il riconoscimento del matrimonio omosessuale ha fatto seguito ad una legislazione che aveva introdotto forme di tutela per le coppie omosessuali. Non è forse casuale, però, che i paesi scandinavi, arrivati di recente all'istituto matrimoniale, siano stati tra i primi a sperimentare forme di tutela quasi analoghe. La legge norvegese del 1993 sulle unioni registrate, seconda soltanto a quella danese del 1989, ha offerto una tutela forte, ampliata negli anni sino a ricomprendere (dal 2002) anche la possibilità di adozione di figli di uno dei *partners* (era invece espressamente esclusa la possibilità di ricorrere a fecondazione artificiale). La Svezia, che ha introdotto le unioni registrate nel 1994, ha optato per una ancora maggiore vicinanza rispetto al matrimonio, poiché è stata sin da subito riconosciuta l'adozione congiunta, mentre nel 2005 si è estesa alle coppie lesbiche unite in una unione registrata la possibilità di ricorrere a fecondazione artificiale. La legislazione olandese, nel 1997, si è collocata su una analoga lunghezza d'onda, prevedendo unioni civili grazie alle quali le coppie beneficiavano di uno *status* simile a quello matrimoniale, ma con la rilevante eccezione delle adozioni, che venivano impedito.

Se, dunque, per Olanda, Norvegia e Svezia si può tracciare una linea ideale di continuità tra l'estensione agli omosessuali dell'istituto matrimoniale e le forme di tutela in precedenza offerte, nei casi di Belgio, Spagna e Portogallo l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso ha segnato un oggettivo salto di qualità rispetto al passato. In Belgio, una legge del 1998 aveva introdotto una «*cohabitation légale*», unione registrata (aperta a coppie omosessuali ed eterosessuali) dalla quale scaturivano alcuni diritti ed obblighi per i *partners*, che era priva, però, di significativi riflessi nei rapporti di diritto pubblico. In Spagna, il matrimonio omosessuale è stato introdotto in una realtà che vedeva l'esistenza, in tredici Comunità autonome su diciassette, di forme di unioni registrate dalle quali scaturivano soprattutto alcuni diritti reali e di tipo successorio (a livello statale, dal 1994, era presente una qualche forma di tutela, relativa soprattutto ai rapporti di locazione, riconducibile alla figura delle convivenze di fatto). Infine, in Portogallo, prima del passaggio, attualmente *in fieri*, al matrimonio omosessuale, nel 2001 si era estesa, con legge, alle coppie omosessuali la tutela offerta, a livello privatistico e nei rapporti con il fisco, alle coppie eterosessuali di fatto (sono rimaste, peraltro, forti distinzioni rispetto al regime matrimoniale, tanto da potersi parlare di un modello di tutela relativamente «debole»).

La provvisorietà cui si accennava in premessa trova riscontri particolarmente probanti con riguardo alla previsione di matrimoni omosessuali in paesi altri rispetto ai sei sin qui indicati.

Al 5 marzo 2010, sono quattro gli Stati europei nei quali è in corso un dibattito in ordine all'opportunità di introdurre (sempre attraverso lo strumento legislativo) il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

In Islanda, si attende, per la prossima estate, un voto parlamentare in materia. Anche in Lussemburgo è prevedibile un voto del Parlamento entro il 2010, vista la dichiarazione con cui il Governo, nel luglio scorso, ha manifestato l'intenzione di proporre l'introduzione del matrimonio omosessuale.

L'aleatorietà delle previsioni cresce considerevolmente nel caso di Andorra, poiché, se è vero che il *leader* del Partito socialdemocratico oggi al governo aveva espresso la propria intenzione, in campagna elettorale, di proporre l'introduzione del matrimonio omosessuale, non constano ancora iniziative concrete in tal senso.

Il quarto caso è quello della Slovenia, che sembra peraltro il paese più vicino all'introduzione del matrimonio omosessuale, dal momento che è pendente in Parlamento, dal 17 dicembre 2009, un progetto di legge governativo che dovrebbe essere sottoposto al voto nel prossimo mese di maggio. L'interesse suscitato dalla Slovenia risiede nel fatto che si tratta dell'unico paese, tra i quattro ora presi in considerazione, per il quale non possa farsi riferimento ad un modello regionale: si tratterebbe, infatti, del primo paese dell'Europa centro-orientale a procedere nel senso dell'estensione dell'istituto matrimoniale.

2.2. Le unioni registrate

Allo stato attuale, la tutela delle coppie omosessuali in Europa è veicolata, nella maggior parte dei casi, da previsioni legislative che introducono istituti riconducibili alla nozione di «unione registrata». Una nozione invero piuttosto vaga, visto che in essa possono ricomprendersi forme di tutela quanto mai differenziate, che possono andare dalla tendenzialmente completa assimilabilità al matrimonio alla chiara distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso.

Il parallelismo con il matrimonio trova la realizzazione forse più compiuta nella legislazione svedese (*scil.*, anteriore al riconoscimento del matrimonio: v. *supra*, par. precedente), nel *Civil Partnership Act 2004* del Regno Unito e nella legislazione islandese, in cui le unioni registrate (introdotte nel 1996) hanno visto, con una riforma del 2005, l'ampliamento della propria tutela sino al pieno riconoscimento del diritto all'adozione (in precedenza, limitata a quella dei figli del *partner*) ed al ricorso alla fecondazione assistita. Pur con qualche riserva, l'assimilabilità al matrimonio è riscontrabile, oltre che nel sistema norvegese anteriore al 2009 e (con qualche riserva supplementare) in quello olandese prima del 2001, in Finlandia (dal 2002), in cui, però, si pongono limiti all'utilizzo del cognome del *partner* ed all'adozione (che non può essere congiunta). L'equiparazione tra *partners* e coniugi è particolarmente spiccata anche nella legge di Andorra del 2005, che fa conseguire la registrazione al decorso di sei mesi dalla relativa richiesta, evidentemente

richiedendo la prova della saldezza del rapporto di coppia. È da rilevare che quello di Andorra è, insieme con quello olandese, l'unico tra i casi appena menzionati in cui l'unione registrata è aperta alle coppie omosessuali ed a quelle eterosessuali: negli altri paesi, infatti, si è strutturato un doppio binario, alla luce del quale le coppie eterosessuali formalizzano la propria unione con il matrimonio, mentre quelle omosessuali hanno a disposizione un istituto simile (ma, evidentemente, diverso).

La logica del doppio binario è seguita anche in Germania, sebbene per la *Eingetragene Lebenspartnerschaft*, introdotta nel 2001, possano riscontrarsi discrasie rispetto al matrimonio più ampie di quelle presenti negli esempi sopra passati in rassegna.

In altre esperienze, l'istituto matrimoniale resta il modello di riferimento nella enucleazione dei diritti e dei doveri dei *partners*, ma la disciplina concreta delle unioni registrate se ne allontana in misura considerevole. È quanto si constata in vari ordinamenti dell'area mitteleuropea che hanno provveduto a disciplinare il fenomeno delle coppie omosessuali negli ultimi cinque anni. Nella Repubblica ceca, le unioni registrate (previste dal 2006) non danno titolo all'adozione, né all'utilizzo del cognome del *partner*, mentre, a livello fiscale, presentano una disciplina di minor *favor* rispetto al matrimonio. Analogamente, in Slovenia (in cui le unioni registrate sono possibili dal 2006), l'adozione è preclusa e, inoltre, si escludono tutele previdenziali a favore del *partner*. Ancora, le unioni svizzere (dal 2007) non consentono – tra l'altro – né l'adozione né il ricorso alla fecondazione assistita né l'uso del cognome del *partner*, alla stessa stregua di quanto è previsto per le unioni registrate previste dalla legge austriaca del 30 dicembre 2009, in vigore dal 1° gennaio di quest'anno.

Tutte queste esperienze sono accomunate dall'adozione della logica che si è definita del doppio binario, ed in ciò si distinguono dalle unioni civili ungheresi (introdotte nel 2009), aperte anche alle coppie eterosessuali, sull'evidente presupposto della diversità di esse rispetto al matrimonio (sono infatti esclusi, tra l'altro, l'adozione, il ricorso alla fecondazione assistita e l'uso del cognome del *partner*).

La netta differenziazione tra unione registrata e matrimonio è propria anche di altre esperienze, nelle quali, non a caso, la registrazione rappresenta anche una formalizzazione alternativa al matrimonio per le unioni eterosessuali. Il riferimento va al Belgio (prima dell'introduzione del matrimonio omosessuale: v. *supra*, par. precedente), ma soprattutto ai PACS francesi (dal 1999) ed ai *partenariats légaux* previsti, dal 2004, nella legislazione lussemburghese, in buona misura mutuati del modello francese.

Per concludere sul punto, deve ricordarsi che in altri due paesi sono in fase di approvazione leggi che disciplinano le unioni registrate per coppie omosessuali.

In Irlanda, l'approvazione definitiva del *Civil Partnerships Bill (2008)* è prevista, al più tardi, per la prossima estate. Il riconoscimento delle unioni omosessuali, presumibilmente piuttosto ampio, stando anche alle dichiarazioni dei rappresentanti delle comunità *gay*, non comprenderà, in ogni caso, la possibilità di procedere all'adozione di minori.

Sempre nella prossima estate, dovrebbe essere oggetto di esame parlamentare un progetto di

legge presentato dal Governo del Liechtenstein con cui verrebbe introdotta una forma di unione registrata basata sul modello austro-svizzero.

2.3. Le convivenze di fatto

Il quadro sommariamente delineato nei paragrafi precedenti non esaurisce, come accennato, le forme di tutela di cui beneficiano le coppie omosessuali: il mero fatto della convivenza tra due persone, infatti, ben può rilevare *sub specie juris*. Le modalità attraverso cui la rilevanza emerge ed i contenuti che assume sono, ovviamente, molto variabili a seconda degli ordinamenti.

Su un piano generale, può dirsi che, in relativamente pochi casi, la tutela è il prodotto di un intervento legislativo *ad hoc*: il già ricordato caso portoghese (v. *supra*, par. 2.1.) è forse il più significativo, ma può citarsi anche quello della legge croata del 2003. Al di là di questi esempi, le convivenze di fatto vengono tutelate mediante interventi legislativi specificamente dedicati a singoli aspetti della vita in comune o, fors'anche più di frequente, attraverso pronunce giurisdizionali che riconoscono, in concreto, singoli diritti ai *partners* o a determinati *partners*.

L'indagine comparatistica, a questo punto, si fa tanto ardua da dover probabilmente cedere il passo: perdendosi ogni formalizzazione, il ricostruire lo *status* giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso è condizionato dalla indefettibilità di una analisi che coinvolga un gran numero di settori normativi tipici di ciascun ordinamento (dal diritto di famiglia ai diritti reali e personali di godimento, dal diritto successorio al diritto tributario, dal diritto previdenziale al diritto del lavoro, etc.). Si può intuire, tra l'altro, che il grado di variabilità delle soluzioni si accresce esponenzialmente rispetto a quanto già constatato in ordine alle unioni registrate. Senza contare che a divaricare i sistemi contribuisce la stessa disciplina di forme di convivenza «formalizzate», se è vero che la convivenza di fatto ha rilievo (e, in certi limiti, non può non averlo) in ordinamenti privi di qualunque registrazione delle coppie omosessuali, ma anche in ordinamenti in cui esistono unioni registrate o addirittura il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Un'ultima considerazione merita forse di essere esposta. Dall'indagine comparatistica pare di potersi cogliere l'esistenza di uno iato tra l'Europa settentrionale e centro-occidentale, dove le coppie omosessuali, sia pure in forme più o meno radicali, sono comunque destinatarie di una tutela per così dire formalizzata, e l'Europa orientale e meridionale, dove (con le sole – peraltro notevoli – eccezioni di Spagna, Andorra e, presumibilmente, Portogallo) si ha una certa reticenza a disciplinare il fenomeno (talora connotato, poi, da un certo disfavore, come dimostrano le previsioni costituzionali che bandiscono il matrimonio omosessuale: v. *supra*, par. 2.).

3. Le unioni omosessuali in alcuni ordinamenti extra-europei

La tutela delle forme di convivenza tra omosessuali non è, chiaramente, una peculiarità degli ordinamenti europei. Tuttavia, soltanto nel Nordamerica può riscontrarsi un interesse paragonabile a quello presente nel Vecchio Continente: agli ordinamenti canadese (che riconosce il matrimonio omosessuale) e statunitense (in cui alcuni Stati membri riconoscono il matrimonio omosessuale,

mentre altri hanno optato per le unioni registrate) verranno dunque dedicati alcuni cenni *infra*, nei par. seguenti.

Anche l'America Latina mostra, negli ultimi tempi, un notevole dinamismo, sostanziatosi nell'introduzione di unioni registrate in Colombia (dal 2007), Uruguay (dal 2008), Ecuador (dal 2009), nonché in tre città autonome (tra cui Buenos Aires, dal 2002) ed in una provincia argentina. In Brasile, dal 2004, una serie di decisioni giurisdizionali ha creato un regime di diritti a beneficio delle coppie omosessuali sostanzialmente analogo a quello delle unioni registrate (senza contare che pende di fronte alla Corte suprema brasiliana – così come di fronte a quella argentina – una controversia dalla quale potrebbe scaturire il riconoscimento dei matrimoni omosessuali).

In questa dinamica si segnala, peraltro, soprattutto il Messico, dove nel distretto federale di Mexico City e nello Stato di Coahuila sono state approvate, nel 2006, leggi sulle unioni registrate, efficaci dal 2007. Nel distretto federale, poi, una legge del 29 dicembre 2009 ha legalizzato il matrimonio omosessuale; la legge è entrata in vigore lo scorso 4 marzo.

Per il resto, le unioni omosessuali sono oggetto di interesse solo in pochissimi ordinamenti.

Tra tutti, è il Sudafrica quello in cui la tematica è stata più lungamente dibattuta.

Sin dal 1999, grazie soprattutto ad alcune decisioni della Corte costituzionale, le convivenze di fatto tra omosessuali hanno conosciuto un significativo avanzamento in termini di tutela, tradottasi, tra l'altro, nella rilevanza dell'unione ai fini dell'applicazione delle norme sul ricongiungimento familiare (1999), nel riconoscimento delle coppie a fini fiscali (2002), nella possibilità di procedere all'adozione (2002), nella applicazione di alcuni benefici fiscali previsti per le coppie eterosessuali non sposate (2003), nel riconoscimento come legittimi dei figli nati da inseminazione artificiale (2003).

In una decisione del 30 novembre 2004, la Corte suprema è andata oltre, dichiarando che la Costituzione (nel sancire il principio di eguaglianza ed il divieto di discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale: art. 9) ed il *common law* impongono l'adozione di una nozione di matrimonio che includa anche quello tra persone dello stesso sesso (sul punto, è presumibile che l'esperienza canadese abbia avuto una forte influenza: cfr. *infra*, par. seguente).

A distanza di un anno, la Corte costituzionale, con la sentenza del 1° dicembre 2005 sui casi *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another* (CCT 60/04), e *Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others v Minister of Home Affairs and Others* (CCT 10/05), ha confermato la natura discriminatoria nei confronti degli omosessuali della limitazione del matrimonio alle sole coppie eterosessuali, imponendo al legislatore di provvedere a rimuovere gli ostacoli presenti nel diritto positivo. Qualora il legislatore non avesse corrisposto all'imposizione, il matrimonio omosessuale sarebbe divenuto pienamente legale, a decorrere dal 1° dicembre 2006, «*by court order*». A seguito di un *iter* quanto mai tormentato, il Parlamento sudafricano ha approvato il *Civil Unions Bill*, che, promulgato il 30 novembre 2006, ha fatto del Sudafrica il secondo paese extra-europeo (dopo il Canada) a riconoscere il matrimonio omosessuale.

Altri paesi, pur senza aver conosciuto – almeno per il momento – una evoluzione paragonabile a

marzo 2010

quella sudafricana, meritano almeno una citazione. Innanzi tutto, è da ricordare che in Nuova Zelanda, il *Civil Union Act 2004* ha introdotto – a beneficio delle coppie omosessuali ed eterosessuali – una forma di unione registrata. L’Australia, invece, oltre ad una tutela minimale a livello federale, vede la formalizzazione di unioni registrate in due Stati (Tasmania e Victoria, dal 2008) e nell’*Australian Capital Territory* (dal 2009).

Interessante è il caso israeliano, non solo perché una (ampia) tutela nella forma di unione registrata è riconosciuta agli omosessuali dal 1994, ma anche perché in quell’ordinamento si riconosce la legittimità dei matrimoni omosessuali, senza tuttavia che sul territorio questi possano essere celebrati, in quanto tutti i matrimoni sono officiati dai ministri di culto della religione degli sposi. L’impedimento alla celebrazione non ha però impedito alla Corte suprema di imporre, con una decisione del 21 novembre 2006 (*Yossi Ben-Ari and others v Director of Population Administration, Ministry of Interior*), che venissero riconosciuti i matrimoni celebrati all’estero.

Assai particolare è anche il caso del Nepal, unico ordinamento del continente asiatico in cui il matrimonio omosessuale è destinato ad essere, nel breve periodo, una realtà: con una decisione del 17 novembre 2008, la Corte suprema ha imposto al legislatore l’adozione di una definizione di matrimonio sessualmente neutra. Allo stato, la sentenza non è stata ancora eseguita; notizie giornalistiche riportano, però, l’elevata probabilità che l’esecuzione avvenga direttamente all’interno della nuova costituzione, attualmente in fase di elaborazione. Se così fosse, il Nepal costituirebbe un *unicum* sotto il profilo della previsione del matrimonio (anche) omosessuale a livello costituzionale.

3.1. Cenni sull’ordinamento canadese

Nell’ordinamento canadese, il *same-sex marriage* è stato legalizzato, a livello federale, nel 2005. Il *Civil Marriage Act* rappresenta l’ultima fase di un processo la cui dinamica è stata in larga misura alimentata da pronunce giurisdizionali, tanto da potersi dire che, in Canada, il matrimonio omosessuale è stato introdotto sostanzialmente sulla base di pronunzie dei giudici, che hanno avuto, *ex post*, un avallo legislativo.

L’inizio del processo può essere individuato in due sentenze della Corte suprema.

La prima risale al 1995, e costituisce, a tutt’oggi, il *leading case* in materia di divieto di discriminazione in ragione dell’orientamento sessuale. Decidendo il caso *Egan v Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, la Corte suprema ha dichiarato l’incostituzionalità della definizione del termine «consorte» (*spouse*) contenuto nella *sec. 2* dell’*Old Age Security Act*, nella parte in cui escludeva che questo potesse ricomprendere un *partner* dello stesso sesso.

A fondamento della declaratoria si poneva il contrasto con la *sec. 15* della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* del 1982, che sancisce il divieto di discriminazioni. Sebbene la disposizione non faccia espresso riferimento all’orientamento sessuale, tale motivo è stato dalla Corte configurato alla stregua di un motivo analogo a quelli specificamente contemplati come fattori sulla cui base la discriminazione è illegittima (ad es., sesso, razza, religione).

All'affermazione di principio si è fatta poi seguire la specificazione secondo cui la *sec. 2* dell'*Old Age Security Act*, non solo non era neutrale dal punto di vista dell'orientamento sessuale, ma finiva anzi per rafforzare lo stereotipo secondo cui gli omosessuali non possono formare relazioni durevoli, basate sulla mutua assistenza e sul mutuo sostegno.

La sentenza *Egan* ha dunque aperto la strada al riconoscimento delle unioni omosessuali, dando loro un solido fondamento costituzionale.

Quattro anni dopo, la Corte suprema è tornata sull'argomento con la sentenza sul caso *M. v H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, in cui si è accertata l'incostituzionalità della *sec. 29* dell'*Ontario Family Law Act*, nella parte in cui definiva il «consorte» come la persona che è effettivamente sposata oppure «l'uomo e la donna che tra loro non sono sposati e che hanno convissuto [...] continuativamente per un periodo di almeno tre anni». Il richiamo alla necessaria eterosessualità della coppia non sposata è stato ritenuto, sulla scorta di quanto sancito nella sentenza *Egan*, contrario al divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale: conseguentemente, la Corte ha posto l'obbligo, per gli organi competenti, di rendere la legislazione conforme ai principi nella sentenza enucleati a partire dalle disposizioni costituzionali.

La risposta, a livello federale, è stata affidata al *Modernization of Benefits And Obligations Act* del 2000, con cui si è introdotta la nuova figura del *common-law partner*, cioè una persona che vive, per almeno un anno, in una relazione simile a quella matrimoniale (*marriage-like relationship*) con un'altra persona, indipendentemente dal sesso di ciascuno.

Un siffatto intervento, che addiveniva ad una tendenziale equiparazione tra coppie sposate e coppie (omosessuali o eterosessuali) conviventi, è stato, però, superato, nel volgere di qualche anno, per opera delle corti provinciali. Questa sorta di «competizione» è stata favorita dalla compenetrazione di competenze che, in materia, esiste tra i livelli di governo: se, infatti, il matrimonio è materia di competenza esclusiva della Federazione, ai termini della *sec. 91, n. 26*, del *Constitution Act* del 1867, le Province hanno, ciò nondimeno, competenza esclusiva relativamente alla «celebrazione del matrimonio nella provincia» (*sec. 92, n. 12*), donde la possibilità di stabilire *chi* possa sposarsi e *come* possa farlo.

È stata la *Court of Appeal for Ontario*, con la decisione del giugno 2003 sul caso *Halpern v Canada (Attorney General)*, [2003] O.J. No. 2268, a dichiarare che la nozione di matrimonio presente nel *common law*, da cui emergeva il suo carattere eterosessuale, violava la *sec. 15* della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Se ne deduceva la necessità di riformulare la definizione di matrimonio come «la volontaria unione per la vita di due persone, con l'esclusione di qualunque altra» e, sul piano operativo, l'obbligo immediato per gli uffici competenti di rilasciare licenze di matrimonio per le coppie omosessuali che ne avessero fatto richiesta.

In parallelo con quanto deciso in Ontario, la *Court of Appeal for British Columbia*, nel luglio 2003, ha definitivamente riconosciuto, nel caso *Barbeau v British Columbia (Attorney General)*, 2003 BCCA 251, la legittimità del matrimonio omosessuale. A seguire, è intervenuta la *Cour supérieure* per il Québec (caso *Hendricks et Leboeuf c Procureur général du Québec*, R.J.Q. 2506

(Sup. Ct.), del marzo 2004), che ha raggiunto gli stessi risultati delle due corti precedenti, attraverso il diverso *modus decidendi* imposto dalla circostanza che il diritto privato della Provincia sia riconducibile al modello di *civil law*: la Corte ha dunque dichiarato l'incostituzionalità delle disposizioni legislative che imponevano l'eterosessualità del matrimonio, rinviando al legislatore provinciale il compito di uniformare il quadro normativo alle disposizioni costituzionali (compito che è poi stato prontamente assolto).

Dopo queste tre statuizioni, tutte le altre corti provinciali (tutte operanti in sistemi di *common law*) hanno seguito l'esempio, con le sole eccezioni di quelle dell'Alberta e della Prince Edward Island (nel novero delle eccezioni debbono aggiungersene altre due, giacché in due dei tre territori autonomi, i Northwest Territories ed il Nunavut, sul matrimonio omosessuale non ci si è pronunciati).

Di fronte al dinamismo delle corti provinciali, gli organi della Federazione hanno ritenuto opportuno un nuovo intervento, che, con l'adozione di una disciplina a livello nazionale, potesse evitare le incertezze conseguenti alla disomogeneità delle discipline provinciali.

Già nel 2003, peraltro, uno schema di progetto di legge diretto all'introduzione del matrimonio omosessuale era stato elaborato dal Governo liberale. Sulla costituzionalità dello stesso (anche in rapporto alla tutela della libertà di coscienza e di religione) era stato chiesto un parere preventivo alla Corte suprema. Il parere è stato reso il 9 dicembre 2004 (*Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698).

In esso, la Corte suprema ha chiarito che la nozione di matrimonio fatta propria dal *common law* è stata elaborata in una società in cui matrimonio e religione erano strettamente collegati; nella società attuale, invece, il pluralismo ha fatto sì che il matrimonio si «laicizzasse». D'altra parte, la nozione di matrimonio non può definirsi «costituzionalmente pietrificata» al momento in cui il *Constitution Act* del 1867 è entrato in vigore: la Costituzione canadese «è un albero vivente [*living tree*] che, attraverso l'interpretazione evolutiva, coadiuva ed indirizza le realtà della vita moderna».

E dunque, è ben vero che «vari secoli fa sarebbe stato ben compreso che il matrimonio dovesse essere possibile solo tra coppie eterosessuali»; ma «il riconoscimento del matrimonio omosessuale in varie province canadesi, nonché in due stati europei [allora, Olanda e Belgio], smentisce che ciò sia vero oggi».

Del resto, non è possibile definire univocamente il concetto di matrimonio con riferimento ai suoi «limiti naturali», in quanto a far difetto sono, in radice, fondamenti oggettivi su cui impostare una definizione che possa dirsi «naturale».

Ciò posto in linea generale, la Corte ha riconosciuto che lo schema di progetto di legge, lungi dal violare la *sec. 15* della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, prendeva atto, assecondandolo, del *trend* giurisprudenziale emerso in sede provinciale, e nasceva dall'esigenza di allineare la disciplina del matrimonio civile ai valori della tolleranza, del rispetto della dignità umana e dell'eguaglianza. Né poteva riscontrarsi alcuna violazione della libertà di coscienza e di religione, in quanto l'estensione a livello federale del matrimonio omosessuale non può essere configurata alla

stregua di una discriminazione nei confronti di determinati gruppi religiosi che non riconoscono alle coppie dello stesso sesso il diritto a contrarre matrimonio: il mero riconoscimento di diritti collegati all'eguaglianza, infatti, non implica automaticamente la lesione di altre sfere di libertà, dovendosi ragionare, piuttosto, in termini di conflitti tra diritti, in quanto tali da sottoporre ad una composizione. In quest'ottica, la libertà di coscienza e di religione, riconosciuta dalla *sec. 2* della *Charter*, deve essere tutelata consentendo ai ministri di culto di rifiutarsi di celebrare matrimoni che vadano contro il proprio credo religioso.

Sulla base del parere reso dalla Corte suprema, il Governo canadese ha emendato il testo predisposto e lo ha presentato al Parlamento, il 1° febbraio 2005. Con l'approvazione delle due camere, il *Civil Marriage Act* è entrato in vigore dopo il *royal assent* del 20 luglio 2005.

Il preambolo della legge chiarisce che «soltanto l'eguale accesso al matrimonio civile rispetta il diritto delle coppie dello stesso sesso all'eguaglianza senza discriminazioni, e che l'unione civile, a titolo di soluzione alternativa all'istituzione del matrimonio, sarebbe inadeguata a questo riguardo e violerebbe la loro dignità»: da ciò si trae giustificazione per riformulare la definizione di matrimonio nel senso già indicato dalle decisioni delle corti provinciali e cioè che esso è, «sul piano civile, l'unione legittima di due persone, con l'esclusione di qualunque altra» (*sec. 2*).

Venendo, poi, a corrispondere alle indicazioni offerte dalla Corte suprema, il legislatore ha avuto cura di precisare che «le autorità religiose sono libere di rifiutarsi di procedere a matrimoni non conformi alle loro convinzioni religiose» (*sec. 3*) e che «nessuno può essere privato dei benefici che gli sono offerti dalle leggi federali né può vedersi imporre obbligazioni o sanzioni [...] per la sola ragione che esercita, riguardo al matrimonio tra persone dello stesso sesso, la libertà di coscienza e di religione [...], o che esprime, sulla base di questa libertà, le sue convinzioni riguardo al matrimonio come unione soltanto di un uomo ed una donna, con l'esclusione di qualunque altra persona» (*sec. 3.1*).

Sorprendentemente, la legge federale non si esprime sulla delicata questione dell'adozione, rimettendo così la relativa disciplina ai singoli legislatori provinciali o al *case law*. Allo stato attuale, peraltro, l'adozione da parte di coppie omosessuali è consentita dovunque, con le uniche eccezioni del territorio dello Yukon e della provincia dell'Alberta, che consente soltanto la *step-child adoption*, cioè l'adozione del figlio del *partner*.

3.2. Cenni sull'ordinamento statunitense

Il matrimonio omosessuale è, ormai da alcuni anni, uno dei temi di più acuta contrapposizione nell'ambito dell'ordinamento statunitense. Tanto ciò è vero che risulta nei fatti impossibile collocare gli Stati Uniti all'interno di una qualunque delle categorie sin qui enucleate, per il semplice fatto che in quel paese coesistono le forme di tutela (o di non-tutela) più diverse.

In ragione di questa constatazione preliminare, risulta indispensabile procedere per singoli sistemi giuridici, distinguendo, innanzi tutto, il sistema federale da quelli statali (e infra-statali o simil-statali), per poi tentare di tratteggiare una pur approssimativa classificazione tra questi.

Una siffatta pluralità di soluzioni discende, ovviamente, dall'ampio potere che hanno gli Stati membri degli Usa nel disciplinare il diritto di famiglia, che è stato, infatti, ripetutamente indicato dalla Corte suprema federale – ad es., nella sentenza sul caso *United States v Lopez*, 514 US 549 (1995) – come uno degli ambiti più intimamente connessi alle prerogative storiche degli Stati.

3.2.1. Il diritto federale

La tradizionale indifferenza, da parte della Federazione, per la disciplina del matrimonio è stata abbandonata soltanto nel 1996, quando, durante la presidenza Clinton, il Congresso ha approvato, a larghissima maggioranza, il *Defense of Marriage Act* (noto anche con il semplice acronimo, *DOMA*). La legge, tuttora vigente, reca due previsioni, l'una diretta a definire i limiti della nozione di matrimonio, l'altra a dare un indirizzo in materia agli Stati membri.

Dal primo punto di vista, la *sec. 3* dell'*Act* – trasfusa in 1 US Code § 7 – stabilisce che, nell'interpretazione di qualunque atto normativo o amministrativo federale (ad es., indicante i requisiti per accedere a determinati benefici), «il termine “matrimonio” significa soltanto una unione legale tra un uomo ed una donna come marito e moglie» e che «il termine “coniuge” si riferisce soltanto ad una persona del sesso opposto che è un marito o una moglie». Senza poter incidere sulla nozione accolta a livello statale, la Federazione ha dunque optato, per quanto di propria competenza, per una configurazione del matrimonio come rigorosamente eterosessuale.

Una previsione senza dubbio significativa, ma che probabilmente è da ritenersi di minore importanza, almeno in termini di principio, rispetto a quella contenuta nella *sec. 2* – trasfusa in 28 US Code § 1738C –, ai termini della quale «nessuno Stato, territorio, possedimento degli Stati Uniti o tribù indiana sarà tenuto a riconoscere un atto, documento pubblico o procedimento giudiziario di un altro Stato, territorio, possedimento o tribù per quanto riguarda una relazione tra persone dello stesso sesso che sia considerata matrimonio in base alla legge di tale Stato, territorio, possedimento o tribù, né sarà tenuto a riconoscere un diritto o una pretesa derivanti da tale unione».

Il significato della disposizione è da cogliere in rapporto, da un lato, alle contingenze del periodo e, dall'altro, a quanto prescritto dall'art. IV, *sec. 1*, della Costituzione federale.

Nel 1993, la Corte suprema delle Hawaii, nella sentenza sul caso *Baehr v Lewin*, 74 Haw. 645, aveva affermato che, per quanto il matrimonio non potesse essere annoverato tra i diritti fondamentali, il diniego del suo riconoscimento a beneficio di coppie dello stesso sesso si sarebbe tradotto in una violazione del principio di eguaglianza, *sub specie* di discriminazione in ragione del sesso (motivo di discriminazione vietato, tra l'altro, dall'art. I, *sec. 5*, della Costituzione delle Hawaii), a meno che non si fosse dimostrato un interesse irrinunciabile (*compelling interest*) dello Stato a porre tale diniego.

La Corte aveva, di conseguenza, annullato la decisione della corte inferiore che negava fondamento alla pretesa di alcune coppie omosessuali di ottenere la licenza di matrimonio e poneva a carico della controparte (la direzione del *Department of Health*) la prova della sussistenza nella specie di un interesse irrinunciabile dello Stato.

Veniva, dunque, superata, a livello statale, una giurisprudenza risalente agli anni settanta sulla scorta della quale il divieto, legislativamente fissato, di matrimonio tra persone dello stesso sesso non poteva ritenersi incostituzionale. Ciò, in particolare, perché non poteva cogliersi al riguardo una violazione del principio di eguaglianza: il riferimento, operato dagli istanti di allora, alla decisione della Corte suprema federale che, nel 1967, aveva dichiarato l'incostituzionalità del divieto di matrimonio interrazziale (caso *Loving v Virginia*, 388 US 1) non era, al riguardo, conferente, stante la profonda diversità, in materia di matrimonio, tra restrizioni in base alla razza e restrizioni in base al sesso. La statuizione era stata resa dalla Corte suprema del Minnesota nel 1971 (caso *Baker v Nelson*, 291 Minn. 310), ciò nondimeno aveva avuto effetti che erano andati ben oltre la dimensione statale. La decisione era stata, infatti, impugnata di fronte alla Corte suprema federale, la quale aveva rigettato il ricorso senza esaminarlo (10 ottobre 1972). Tale rigetto era comunque avvenuto in forme tali da far considerare la decisione della suprema corte statale integralmente avallata dalla giurisdizione federale, donde la sua riferibilità come precedente – sia pure con efficacia in parte dimidiata – direttamente alla Corte suprema federale.

Trascorsi oltre venti anni da quella vicenda, il tema era tornato di attualità e la soluzione che si prospettava era di segno esattamente opposto. Ora, se nelle Hawaii, come appariva (molto) probabile, le corti avessero sancito in maniera definitiva la legalizzazione del matrimonio omosessuale, gli effetti giuridici avrebbero potuto trascendere ampiamente quello Stato membro. All'uopo, centrale risultava essere la previsione contenuta nell'art. IV, *sec.* 1, primo periodo, della Costituzione federale, secondo cui «piena fede e credito sarà dato in ciascuno Stato agli atti pubblici, ai documenti e ai procedimenti giudiziari degli altri Stati» (*Full Faith and Credit Clause*).

Avvalendosi di quanto disposto dallo stesso art. IV, *sec.* 1, al secondo periodo («il Congresso, con leggi di carattere generale, potrà prescrivere i modi con cui questi atti, documenti e procedimenti andranno provati, ed i loro effetti»), il legislatore federale ha inteso, con il *Defense of Marriage Act*, limitare *ex ante* il prevedibile fenomeno di matrimoni tra coppie omosessuali di qualunque Stato che venissero celebrati nelle Hawaii e di cui poi si richiedesse la registrazione nello Stato di residenza sulla base della *Full Faith and Credit Clause*.

La delicatezza dell'intervento legislativo è chiaramente dimostrata dalla formula facoltizzante che reca («nessuno Stato [...] sarà tenuto a riconoscere [...])»: la *ratio legis* è stata dunque quella di negare l'applicazione automatica della *Full Faith and Credit Clause*, oltre a quella – implicita ma inequivocabile – di «suggerire» (di più non era dato fare) agli Stati membri di non procedere al riconoscimento di matrimoni omosessuali celebrati altrove negli Stati Uniti.

Che si sia trattato dell'applicazione del secondo periodo della *sec.* 1 dell'art. IV della Costituzione, ovvero di una deroga al primo periodo della stessa operata in via legislativa, è oggetto di controversia sin dai dibattiti del Congresso. Fino ad oggi, la Corte suprema federale si è astenuta da ogni intervento in proposito; i giudici federali di primo e secondo grado che si sono pronunciati sul punto hanno, comunque, negato l'incostituzionalità della *sec.* 3 del *Defense of Marriage Act*. Sono, peraltro, pendenti altri ricorsi.

Contestato in punto di diritto, il *Defense of Marriage Act* ha avuto riflessi assai significativi nella

prassi. Oltre ad influenzare la definizione di matrimonio adottata dai singoli Stati (v. *infra*, par. seguente), l'intervento federale ha indirizzato l'orientamento degli Stati in senso contrario al riconoscimento dei matrimoni celebrati altrove. Omettendo, ovviamente, gli Stati in cui il matrimonio omosessuale è legalizzato, al momento ciò avviene soltanto nello Stato di New York (dal maggio 2008), in Rhode Island, ma soltanto per i matrimoni celebrati nel Massachusetts, e, limitatamente ai matrimoni celebrati prima che il matrimonio omosessuale venisse bandito, in California (dall'ottobre 2009; fino a qualche giorno fa, era il caso – dal luglio 2009 – anche del *District of Columbia*, in cui, però, adesso il matrimonio omosessuale è stato introdotto). In altri, sporadici casi il riconoscimento del matrimonio avviene nella forma di una unione registrata (in Nevada, nel New Jersey ed in California, per i matrimoni altri da quelli riconoscibili come tali).

3.2.2. Il diritto degli Stati membri e degli altri enti autonomi: uno sguardo d'insieme

Già da un'osservazione panoramica del diritto degli Stati membri si avverte chiaramente l'impressione di una polarizzazione delle posizioni, per la verità presente forse più a livello normativo che di opinione pubblica.

Un dato interessante, che conviene porre da subito in rilievo, è, infatti, che in tutti i casi in cui il corpo elettorale è stato chiamato a pronunciarsi in via referendaria sul riconoscimento del matrimonio omosessuale (Maine, 2009) o sul relativo divieto (Alaska, 1998; Hawaii, 1998³; Nevada, 2002; Mississippi, 2004; Missouri, 2004; Montana, 2004; Oregon, 2004; Colorado, 2006; Tennessee, 2006; Arizona, 2008; California, 2008) oppure sul riconoscimento di altre forme di unione registrata (Colorado, 2006) o sul relativo divieto, congiunto a quello del matrimonio (Nebraska, 2000; Arkansas, 2004; Georgia, 2004; Kentucky, 2004; Louisiana, 2004; Michigan, 2004; North Dakota, 2004; Ohio, 2004; Oklahoma, 2004; Utah, 2004; Kansas, 2005; Texas, 2005; Alabama, 2006; Idaho, 2006; South Carolina, 2006; South Dakota, 2006; Virginia, 2006; Wisconsin, 2006; Florida, 2008), l'esito è stato univocamente contrario – talora anche con maggioranze superiori all'80% dei votanti – all'estensione di forme di tutela alle coppie omosessuali. Si registrano, al riguardo, due sole eccezioni: la prima è data dal rigetto, di stretta misura, con il *referendum* tenutosi in Arizona nel 2006 (poi in parte superato dall'esito del *referendum* di due anni dopo), della proposta introduzione del divieto di riconoscimento del matrimonio e di unioni registrate; la seconda è rappresentata dal *referendum* svoltosi nel 2009 nello Stato di Washington, che ha visto l'approvazione, sempre con una maggioranza risicata, di un testo che ha esteso i diritti dei *partners* derivanti da una unione registrata.

Per effetto delle determinazioni assunte in sede referendaria, dieci costituzioni statali recano,

³ Nel caso del *referendum* hawaiano, a stretto rigore, non dovrebbe parlarsi di divieto di matrimonio omosessuale, trattandosi di un emendamento alla Costituzione sulla base del quale si è legittimato il legislatore a stabilire il relativo divieto.

oggi, un esplicito divieto di riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso⁴, una prevede la possibilità per il legislatore di introdurlo⁵, quindici escludono il matrimonio e le *civil unions*, cioè unioni registrate con cui si riconoscono, tendenzialmente, diritti piuttosto ampi⁶, mentre quattro escludono finanche le *domestic partnerships*, vale a dire forme di tutela minimale⁷.

La maggioranza dei sistemi giuridici statali prevede dunque, a livello apicale dell'ordinamento, disposizioni contrarie all'introduzione del matrimonio omosessuale. L'indicazione, in termini di politica del diritto, è peraltro abbastanza chiara nel senso di negare il riconoscimento anche ad altre tipologie di formalizzazione dell'unione tra persone dello stesso sesso: al riguardo, può ricordarsi che, in due Stati che hanno costituzionalizzato il divieto di matrimonio, fonti di rango legislativo estendono il divieto anche alle unioni registrate⁸.

Passando ai venti Stati nei quali la costituzione non prende posizione sul tema, può constatarsi che dieci di essi hanno introdotto il divieto di matrimonio omosessuale con fonte legislativa⁹ ed un undicesimo può essere inserito in tale categoria, a seguito dell'esito di una consultazione referendaria¹⁰; ad essi possono aggiungersi due *Native Tribes*¹¹, dotate di autonomia normativa in materia. Il matrimonio omosessuale è invece legalizzato in cinque Stati¹², oltre che in una *Native Tribe*¹³, cui si è aggiunto, da pochi giorni, il *District of Columbia*. Restano, quindi, quattro gli Stati in cui la questione non è al momento definita¹⁴, per quanto in due di essi si riconoscano i matrimoni omosessuali celebrati altrove¹⁵, mentre soltanto in uno Stato¹⁶ il silenzio sui matrimoni si associa al

⁴ Il riferimento va alle costituzioni di Alaska, Arizona, California, Colorado, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, Oregon e Tennessee.

⁵ È il caso, già ricordato, delle Hawaii.

⁶ È quanto prescrivono le costituzioni di Alabama, Arkansas, Florida, Georgia, Idaho, Kansas, Kentucky, Louisiana, North Dakota, Ohio, Oklahoma, South Carolina, Texas, Utah e Wisconsin.

⁷ Una siffatta posizione è espressa nelle costituzioni di Michigan, Nebraska, South Dakota e Virginia.

⁸ Tale è la situazione in Alaska ed in Montana.

⁹ Trattasi di Delaware, Illinois, Indiana, Maryland, Minnesota, North Carolina, Pennsylvania, Washington, West Virginia e Wyoming.

¹⁰ Il *referendum* è quello tenutosi, nel 2009, nel Maine (v. *infra*, par. 3.2.9.).

¹¹ Il riferimento è alle tribù Navajo e Cherokee.

¹² In particolare, Connecticut, Iowa, Massachusetts, New Hampshire e Vermont.

¹³ Quella dei Coquille.

¹⁴ In questa categoria si annoverano New Jersey, New Mexico, New York e Rhode Island.

¹⁵ È quanto avviene, come accennato nel par. precedente, negli Stati di New York e Rhode Island. In realtà, nello Stato di New York il dubbio potrebbe essere fugato, stando almeno a quanto stabilito dalla *Court of Appeals* (la suprema corte statale) nella decisione sul caso *Hernandez v Robles*, 855 N.E.2d 1, dove si è affermato, per un verso, che la legislazione statale non permette matrimoni omosessuali e, per l'altro, che la Costituzione non configura un diritto al matrimonio per gli omosessuali. Il riconoscimento dei matrimoni celebrati altrove contribuisce, tuttavia, al mantenimento dell'incertezza in ordine alla effettiva portata da attribuire a questa decisione, resa il 6 luglio 2006.

riconoscimento di altre forme di unione. In effetti, un dato che può far riflettere è che, negli Usa, il riconoscimento di forme di unioni registrate tra omosessuali si associa sempre (con la sola eccezione appena menzionata) all'esplicito divieto, costituzionalmente o legislativamente stabilito, del matrimonio: dei nove Stati in cui tali forme sono presenti, con riconoscimento di diritti ed obblighi più o meno estesi, in sei¹⁷ il divieto di matrimonio omosessuale è dettato in costituzione ed in due nella legislazione ordinaria¹⁸.

Un'ultima notazione di carattere generale, prima di passare in rassegna gli Stati ed i territori nei quali il matrimonio tra persone dello stesso sesso è o è stato riconosciuto, anche solo a livello potenziale. La tematica del matrimonio omosessuale evidenzia la peculiarità, difficilmente contestabile, del New England. Dei sei Stati di cui il New England si compone, in ben quattro¹⁹ il matrimonio omosessuale è riconosciuto, mentre in un quinto²⁰ lo è stato, per breve periodo, a livello potenziale e nel sesto²¹ rimane una *res dubia*. Se si escludesse questa regione, il matrimonio omosessuale, negli Usa, avrebbe dunque una storia ed una attualità tutto sommato marginali: oltre che nel *District of Columbia* e nell'ambito di una tribù di nativi, il matrimonio sarebbe attualmente riconosciuto soltanto in uno Stato²², dopo essere stato riconosciuto per un breve periodo in un altro²³.

3.2.3. (Segue): le Hawaii

La sommaria rassegna degli ordinamenti statali più rilevanti non può non partire dalle Hawaii, visto che è stato il *case law* di quello Stato a riproporre con forza, dopo oltre vent'anni, la questione della legittimità del matrimonio omosessuale.

La posizione della Corte suprema statale e la reazione federale sono state ricordate *supra*, par. 3.2.1.; resta, allora, da accennare a ciò che è avvenuto, all'interno dello Stato, dopo che in sede giudiziaria si erano dischiuse le porte per la legalizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Come pure ricordato (v. *supra*, par. precedente), questo processo ha subito una brusca

¹⁶ Nel New Jersey.

¹⁷ California, Colorado, Hawaii, Nevada, Oregon e Wisconsin.

¹⁸ Si tratta del Maryland e dello Stato di Washington. Può rilevarsi che, in entrambi gli Stati, le corti di ultima istanza hanno avuto occasione di pronunciarsi sulla costituzionalità del divieto di matrimoni omosessuali posto dalla legislazione ed in entrambi i casi l'esito è stato in senso affermativo (la Corte suprema dello Stato di Washington, nel luglio 2006, si è così pronunciata, con cinque voti contro quattro, sul caso *Andersen v King County*, 158 Wash.2d 1; la *Court of Appeals* del Maryland si è pronunciata, nel settembre 2007, sul caso *Conaway v Deane*, 401 Md. 219, con una maggioranza di quattro a tre).

¹⁹ Connecticut, Massachusetts, New Hampshire e Vermont.

²⁰ Il Maine.

²¹ Rhode Island.

²² Nell'Iowa.

²³ Il riferimento è, come accennato, alla California.

interruzione quando, con un *referendum* tenutosi nel novembre 1998, il corpo elettorale hawaiano ha, a larga maggioranza (il 69% dei votanti), approvato un emendamento costituzionale a seguito del quale è stata introdotta la *sec. 23 dell'art. I* della Costituzione, che così recita: «Il legislatore ha il potere di riservare il matrimonio alle coppie eterosessuali».

Prontamente sancito il divieto di matrimoni omosessuali, si sono succedute proposte legislative dirette alla disciplina di unioni registrate. Nessuna di esse, tuttavia, si è tradotta in legge (il tentativo che ha avuto maggior fortuna è stato quello del 2009, con un testo approvato dalla *House of Representatives*, ma poi bloccato in Senato).

Allo stato attuale, dunque, nelle Hawaii è prevista soltanto la registrazione delle c.d. «*reciprocal beneficiary relationships*», grazie alle quali le coppie si vedono riconosciuti alcuni – invero, assai limitati – dei diritti e benefici concessi alle coppie sposate.

3.2.4. (Segue): il Massachusetts

Tra gli Stati degli Usa, il Massachusetts è stato il primo a legalizzare il matrimonio omosessuale. Ciò è avvenuto a seguito della decisione resa, in data 18 novembre 2003, dalla Corte suprema statale sul caso *Goodridge v Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941. Con una maggioranza di quattro a tre, la corte ha stabilito che lo Stato non può «negare le tutele, i benefici e gli obblighi conferiti con il matrimonio civile a due individui dello stesso sesso che desiderino sposarsi». Ciò in quanto la Costituzione statale «sancisce la dignità e l'eguaglianza di tutti gli individui», e dunque «vieta la creazione di cittadini di seconda classe»: lo Stato non ha «una ragione costituzionalmente adeguata per negare il matrimonio alle coppie omosessuali». Del resto, «il diritto di sposarsi non è un privilegio conferito dallo Stato, ma un diritto fondamentale che è protetto contro l'arbitraria interferenza dello Stato». Ciò posto, la *ratio decidendi* della sentenza si è dipanata, più che su quest'ultimo aspetto (e cioè sulla natura di diritto fondamentale del matrimonio), sull'assenza di una base razionale che giustificasse la negazione del matrimonio per le coppie omosessuali.

Questa impostazione è stata contestata soltanto da una delle opinioni dissenzienti (quella del giudice Cordy), in cui si è ritenuto improprio che lo Stato supportasse la scelta delle coppie omosessuali andando ad incidere sulla nozione stessa di matrimonio civile. Le altre due opinioni dissenzienti, invece, più che contestare il principio posto dalla maggioranza, hanno sottolineato l'esigenza di lasciare in materia ampia discrezionalità al potere legislativo, anche in conseguenza dell'opportunità di condurre più approfonditi studi sociologici sulla struttura delle nuove famiglie.

La maggioranza, peraltro, non ha dato immediato effetto alla propria statuizione, ma ha concesso al legislatore un periodo di 180 giorni a partire dalla decisione per adottare gli opportuni provvedimenti (ivi incluse, eventualmente, modifiche al diritto positivo) diretti a dare concretezza al principio posto.

Al termine di questo periodo, nessun provvedimento era stato adottato, con il che, a partire dal 17 maggio 2004, il Governatore dello Stato (il repubblicano Romney, personalmente contrario ai matrimoni omosessuali) ha disposto che venissero rilasciate a coppie omosessuali licenze

matrimoniali sulla base della semplice decisione della Corte suprema.

Ancora oggi, nella legislazione del Massachusetts manca una qualunque disciplina della materia, che dunque continua a fondarsi sulla decisione della Corte suprema.

Pur non contestata sul piano giuridico, la decisione sul caso *Goodridge* è stata oggetto di critiche nel mondo politico, coagulatesi attorno al tentativo di superamento attraverso un emendamento alla Costituzione dello Stato. Per modificare la Costituzione, nel Massachusetts, è necessario il voto sull'emendamento da parte di due *state constitutional conventions* (consistenti in sedute comuni delle due camere) in due diverse sessioni biennali, cui deve far seguito un *referendum* popolare. Con riguardo all'introduzione del divieto di matrimoni omosessuali, l'iniziativa è stata promossa per via di petizione popolare, e dunque il voto delle due *conventions* sufficiente per attivare il *referendum* prevedeva che i favorevoli all'emendamento fossero almeno 50 sui 200 membri. Nella prima *convention*, il 2 gennaio 2007 (subito prima della fine della sessione 2005-2006), i favorevoli sono stati 62. Nella seconda, tenutasi il 14 giugno 2007, i favorevoli sono scesi a 45. Il mancato raggiungimento del *quorum* ha quindi impedito lo svolgimento del *referendum*.

3.2.5. (Segue): la California

Tra tutti gli Stati membri degli Usa, la California è certamente quello nel quale il tema del riconoscimento del matrimonio omosessuale è stato più a lungo dibattuto e nel quale il diritto oggettivo ha subito i maggiori cambiamenti.

Già nel 1971 si era addivenuti, in via legislativa, ad una definizione di matrimonio sessualmente neutra, la quale era stata però interpretata come una implicita accettazione del carattere eterosessuale del matrimonio stesso, prima che ciò venisse formalizzato con una legge di riforma del 1977. Nel 2000, con un *referendum* sulla c.d. *Proposition 22*, il carattere esclusivamente eterosessuale è stato riaffermato e rafforzato dall'intervento del popolo, sia pure restando nell'ambito delle fonti legislative ordinarie.

Proprio facendo leva sull'esito di questo *referendum*, il Governatore Schwarzenegger, nel settembre 2005 e nell'ottobre 2007, ha posto per due volte il veto nei confronti di leggi che legalizzavano il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Chiaramente avvertendo la non conclusività della *Proposition 22*, sul versante politico opposto al riconoscimento dei matrimoni omosessuali si è dato corso ad una iniziativa (la c.d. *Proposition 8*) volta all'indizione di un *referendum* il cui oggetto consisteva nella introduzione, all'interno della Costituzione statale, di una disposizione ai termini della quale «soltanto il matrimonio tra un uomo ed una donna è valido o riconosciuto in California» (art. I, *sec. 7.5*).

Parallelamente alla dinamica politica, anche nel circuito giudiziario il tema del matrimonio omosessuale era stato introdotto, arrivando all'esito favorevole che i veti del Governatore avevano precluso al legislatore.

L'origine delle cause è stata la città di San Francisco, dove, tra il febbraio ed il marzo 2004, il

sindaco aveva rilasciato licenze di matrimonio a coppie omosessuali. L'esperimento è ben presto terminato, non appena la Corte suprema statale ha affermato la nullità di queste licenze, derivante dalla circostanza che il sindaco non aveva alcuna legittimazione a derogare alla normativa allora vigente, che vietava, appunto, i matrimoni tra persone dello stesso sesso.

Sempre nel 2004, e sempre a San Francisco (oltre che a Los Angeles), sono stati promossi alcuni ricorsi diretti a contestare la costituzionalità della precitata *Proposition 22*. Il 14 marzo 2005, in primo grado, la *Superior Court* di San Francisco ha accolto i ricorsi, sull'assunto della inammissibilità della discriminazione nei confronti degli omosessuali discendente dal divieto di matrimoni omosessuali.

Il 10 luglio 2006, in secondo grado, la *Court of Appeal*, con una maggioranza di due a uno, ha annullato la decisione di prime cure. Ad avviso della corte, il divieto del matrimonio omosessuale era giustificato da un sufficiente interesse dello Stato alla «conservazione della definizione tradizionale di matrimonio» ed a «dar corso alle volontà espresse da una maggioranza di californiani». D'altro canto, la stessa corte ha chiarito che non rientrava nei suoi poteri la determinazione in ordine alla possibilità di mantenere o meno la definizione tradizionale di matrimonio, in quanto una tale decisione non poteva non spettare agli organi politici e, in ultima analisi, alla deliberazione popolare nell'ambito di un processo democratico.

Il caso (in realtà, tratta vasi di sei casi riuniti) è quindi giunto alla cognizione della Corte suprema statale, che ha reso la sua decisione il 15 maggio 2008. Con una maggioranza di quattro a tre, la sentenza della *Court of Appeal* è stata annullata. Rifacendosi ad una decisione del 1948 (sul caso *Perez v Sharp*, 32 Cal.2d 711), con cui la Corte suprema della California aveva annullato il divieto di matrimoni interrazziali, nella sentenza *In re marriage cases*, 43 Cal.4th 757, è stato stabilito che «l'eguale rispetto e dignità» del matrimonio è un «diritto civile basilare» che non può essere denegato alle coppie omosessuali. Se a tanto si fosse limitata, la Corte suprema californiana si sarebbe sostanzialmente posta nel solco già tracciato dalla Corte suprema del Massachusetts. La sentenza è andata, però, oltre, avvicinandosi maggiormente alle *rationes decidendi* delle altre corti nordamericane (e segnatamente quelle dell'Ontario, del British Columbia e del Québec), che hanno affermato il diritto al matrimonio in capo a coppie omosessuali: anziché contestare (soltanto) l'assenza di una base razionale che giustificasse il divieto, la Corte ha sottolineato che l'orientamento sessuale è un motivo di discriminazione vietato, alla stessa stregua della razza o del genere, donde l'obbligo per la Corte di operare uno scrutinio rigoroso (*strict scrutiny*) volto ad evitare che sussistano inammissibili disparità di trattamento. Ed alla luce di questo scrutinio rigoroso, la Corte è tra l'altro giunta a negare che la previsione di forme di protezione per le coppie omosessuali analoghe ma diverse dal matrimonio potesse giustificare il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Quando la decisione della Corte è stata resa nota, già si intravedeva il momento in cui il corpo elettorale sarebbe stato chiamato a pronunciarsi sulla *Proposition 8*. Per questo motivo, da più parti è stato chiesto alla corte di non rendere la decisione esecutiva prima del *referendum*. La Corte ha però respinto tali istanze, individuando, nella *resolution* del 4 giugno, il 16 giugno alle ore 17 come

il momento a partire dal quale la pronuncia del 15 maggio avrebbe avuto effetti. Veniva così concretamente introdotto il diritto al matrimonio per le coppie omosessuali.

Queste vicende giudiziarie, tuttavia, non potevano, ovviamente, incidere sulla *Proposition 8*. Nel novembre 2008, a distanza di pochi mesi dalla pronuncia della Corte suprema, il corpo elettorale californiano è stato, quindi, chiamato a pronunciarsi sull'inserimento in Costituzione del divieto di matrimonio omosessuale. Incerto fino alla fine, l'esito è stato favorevole ai proponenti (con il 52% dei voti): le decisioni giurisdizionali sono così state superate grazie all'emendamento costituzionale; la reintroduzione del matrimonio omosessuale non potrà prescindere, a questo punto, da un futuro emendamento costituzionale.

L'esito del *referendum*, inequivocabile *pro futuro*, ha aperto non pochi problemi per il passato, relativamente ai matrimoni già celebrati. È stato, questo, uno dei tre fondamentali quesiti che, all'indomani del *referendum*, sono stati sottoposti al giudizio della Corte suprema statale.

Il primo consisteva nella configurabilità, con riferimento alla *Proposition 8*, di una «*revision*» e non di un semplice «*amendment*» alla Costituzione statale. La differenza tra le due nozioni, invero piuttosto sfuggente, viene individuata nel fatto che la «*revision*» si traduce in una «alterazione sostanziale dell'intera costituzione», mentre l'«*amendment*» consiste nel mero mutamento di una o più disposizioni. Sul piano procedurale, le differenze sono sostanziali, in quanto la «*revision*» richiede, oltre all'approvazione referendaria, una previa approvazione da parte di entrambe le camere con la maggioranza dei due terzi. Qualora la *Proposition 8* fosse stata definita una «*revision*», si sarebbe dunque constatata la sussistenza di un vizio formale, consistente nella mancata approvazione da parte delle camere.

Il secondo quesito riguardava un'asserita violazione del principio di separazione dei poteri, derivante dalla circostanza che la tutela delle minoranze (nella specie, gli omosessuali) dovesse essere affidata al potere giudiziario, le cui determinazioni non potevano essere superate da iniziative politiche.

Infine, si poneva esplicitamente il problema della sorte dei 18.000 matrimoni celebrati tra il maggio ed il novembre 2008, sull'assunto che la *Proposition 8* non stabiliva in maniera espressa né l'annullamento né la perdurante validità degli stessi a seguito dell'entrata in vigore dell'emendamento alla Costituzione.

Il 26 maggio 2009, la Corte suprema ha reso la sua decisione (*Strauss v Horton*, 46 Cal.4th 364). La maggioranza ha riconosciuto la piena validità della *Proposition 8*, escludendo tanto la configurabilità nella specie di una *revision* quanto l'avvenuta violazione del principio di separazione dei poteri. Con riferimento al terzo quesito, è stato invece stabilito che l'emendamento alla Costituzione non poteva essere applicato in via retroattiva per annullare i matrimoni celebrati quando ciò era legalmente ammesso dal diritto dello Stato della California.

Oltre a due opinioni concorrenti, la decisione reca una *dissenting opinion*, redatta dal giudice Moreno. Il fulcro dell'argomentazione di questi consiste nel riconoscimento che la *Proposition 8*, fondando una discriminazione nei confronti di una minoranza, è andata a toccare il cuore della

«promessa di eguaglianza» che è insita nella Costituzione californiana, ciò che consente di parlare fondatamente di una «*revision*». In subordine, peraltro, il giudice Moreno ha concordato con la maggioranza sulla non applicabilità in via retroattiva del divieto di matrimoni omosessuali, e dunque sulla impossibilità di annullare quelli già celebrati.

In ossequio a questo principio, nell'ottobre 2009 è stato adottato *The Marriage Recognition and Family Protection Act*, con cui si è ribadita la validità dei matrimoni celebrati in California e si è dettata la disciplina sul riconoscimento dei matrimoni omosessuali celebrati in altri Stati (v. *supra*, par. 3.2.1.).

Il quadro normativo californiano sembra dunque essersi stabilizzato. Non possono, tuttavia, escludersi nel medio periodo ulteriori evenienze. Oltre ad iniziative politiche già annunciate, il riferimento va, in particolare, alla causa intentata presso le giurisdizioni federali, con cui si contesta la violazione da parte della *Proposition 8* della Costituzione federale. Il caso *Perry v Schwarzenegger*, attualmente pendente presso la *United States District Court for the Northern District of California*, viene da molti commentatori indicato come quello che porterà la Corte suprema federale a pronunciarsi, finalmente, in materia di matrimoni omosessuali.

Tralasciando questi possibili sviluppi, ciò che allo stato attuale la California offre in termini di tutela delle coppie omosessuali è una *domestic partnership*, cioè una forma di unione formalizzata che, in linea di principio, dovrebbe essere caratterizzata da un ristretto nucleo di diritti e di doveri. Introdotto nel 1999, questo istituto ha peraltro visto un accrescimento assai rimarchevole delle prerogative derivanti dalla registrazione del rapporto di coppia, tanto da essere, oggi, posto su un piano di quasi assoluta parità rispetto al matrimonio.

3.2.6. (Segue): il Connecticut

Le coppie omosessuali, nello Stato del Connecticut, si sono viste riconoscere una forma di tutela significativa nel 2005, con l'adozione di una legge sulle unioni civili registrate: la legge, approvata nell'aprile 2005, è entrata in vigore il 1° ottobre successivo.

Tale decisione è stata però avversata, non solo dagli oppositori del riconoscimento delle coppie omosessuali, ma anche da coloro che propugnavano l'imitazione del sistema già vigente nel Massachusetts, tanto più che questo *Act Concerning Civil Unions* sanciva il carattere necessariamente eterosessuale del matrimonio (*sec. 14*: «Le parti di una unione civile avranno tutti gli stessi benefici, protezioni e responsabilità sul piano giuridico [...] garantiti ai coniugi in un matrimonio, che è definito come l'unione di un uomo e di una donna»).

Ne sono derivate controversie legali, nelle quali si richiedeva la declaratoria di incostituzionalità della limitazione opposta al matrimonio tra persone dello stesso sesso.

In questo contenzioso è, infine, intervenuta la Corte suprema del Connecticut, con la sentenza sul caso *Kerrigan and Mock v Connecticut Department of Public Health*, 289 Conn. 135, resa il 10 ottobre 2008. Richiamandosi ampiamente alla decisione della corte del Massachusetts ed al

precedente californiano, una maggioranza di quattro a tre della corte del Connecticut ha stabilito che il divieto di matrimoni omosessuali rappresenta una violazione del principio di eguaglianza. E tale violazione si produce anche nel caso in cui si riconoscano unioni civili, forme di tutela che, come tali, non sono del tutto equiparabili al matrimonio.

La Corte suprema ha così introdotto, in via pretoria, il matrimonio omosessuale nello Stato del Connecticut. Il legislatore è intervenuto, nell'aprile 2009, semplicemente per prendere atto della novità prodottasi, attraverso una legislazione manutentiva che ha sostituito tutte le previsioni che affermavano o postulavano l'eterosessualità delle coppie sposate. Contestualmente, è stato stabilito che le unioni civili registrate cesseranno di esistere il 1° ottobre 2010, quando quelle ancora non convertite su base volontaria saranno convertite automaticamente in matrimoni.

3.2.7. (Segue): l'Iowa

Il matrimonio omosessuale è riconosciuto in un unico Stato della zona centrale degli Usa, tradizionalmente più conservatrice del nord-est e della California. L'eccezione è costituita dall'Iowa, dove il matrimonio tra persone dello stesso sesso è stato introdotto a seguito di decisioni giurisdizionali, che sono state peraltro accolte positivamente dalla maggioranza della classe politica (democratica) e che la minoranza (repubblicana) si è limitata, almeno per il momento, a criticare, evitando però di fare del tema una *key-issue* della dialettica politica.

Fino al 2007, il matrimonio omosessuale era vietato da fonti legislative statali. Contro (l'applicazione di) queste è stato promosso un ricorso, che la Corte distrettuale (corte statale di primo grado) della Contea di Polk, in data 30 agosto 2007, ha accolto.

Il caso è quindi giunto, in appello, alla Corte suprema statale, che ha confermato la decisione di prime cure con la sentenza del 3 aprile 2009, dichiarando l'incostituzionalità delle disposizioni legislative che limitavano alle coppie eterosessuali il matrimonio (caso *Varnum v Brien*, 763 N.W.2d 862). Da notare è che, se le pronunce passate sin qui in rassegna sono state caratterizzate generalmente per la loro adozione da parte di collegi molto divisi, nel caso della Corte suprema dell'Iowa la decisione è stata assunta all'unanimità.

Sul presupposto che la sua responsabilità è quella di «proteggere diritti costituzionali contro atti che abbiano negato tali diritti, anche quando i diritti non siano stati accettati in modo generale, o non fossero, ad un certo momento, neppure immaginati, oppure si scontrino con una prassi o un diritto positivo profondamente radicati», e ricordata la tradizionale attenzione per i diritti fondamentali per cui la giurisdizione dello Stato si segnala, la Corte suprema ha riconosciuto come, dal principio di eguaglianza sancito (anche) dalla Costituzione statale, emerga l'esigenza di trattare in maniera simile omosessuali ed eterosessuali nella disciplina del matrimonio. A ciò non possono ostare gli obiettivi che erano stati rivendicati in sede processuale dal Governo, e cioè il mantenimento della nozione tradizionale del matrimonio, la promozione di un ambiente ottimale in cui educare i figli e la promozione della procreazione: i giudici si sono infatti dichiarati «fermamente convinti che l'esclusione di *gay* e lesbiche dall'istituzione del matrimonio civile non

promuove alcun significativo obiettivo dei pubblici poteri»; semmai, nella specie, «il legislatore [aveva] escluso una categoria di persone storicamente svantaggiate da un istituto civile supremamente importante senza una giustificazione costituzionalmente sufficiente».

Pur con qualche variante nella *ratio decidendi* rispetto alle decisioni anteriormente rese dalle corti di altri Stati, la Corte suprema dell'Iowa si è posta sulla stessa lunghezza d'onda di alcune di esse (in particolare, di quella californiana), collegando il mancato riconoscimento del matrimonio omosessuale ad una violazione del principio di eguaglianza, *sub specie* di inammissibile discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale.

La decisione è divenuta esecutiva quando, il 27 aprile 2009, la Corte ha emesso un ordine (*writ of procedendo*) diretto alla corte distrettuale di «procedere nelle forme richieste dalla legge e coerenti con la [sua] decisione». Da quella data, con l'esecutività della sentenza, è divenuto immediatamente azionabile il principio dalla stessa posto, senza che fosse necessario un ulteriore intervento legislativo, che infatti non si è avuto.

È questa, allo stato attuale, l'ultima decisione resa da una corte suprema statale in favore del riconoscimento delle coppie omosessuali: nell'ultimo anno, infatti, la legalizzazione ha seguito prevalentemente la via legislativa. Il bilancio, ovviamente ancora provvisorio, dell'attività giurisdizionale risulta, comunque, tendenzialmente favorevole alla causa delle coppie omosessuali: eccettuando il precedente, ormai lontano, della corte del Minnesota (1971), soltanto in tre casi, negli ultimi anni, le corti non hanno riconosciuto il diritto di contrarre matrimonio (New York, 2006; Washington, 2006; Maryland, 2007²⁴), mentre in quattro l'esito è stato positivo.

3.2.8. (Segue): il Vermont

Negli Usa, il primo Stato in cui le coppie omosessuali si sono viste riconoscere il diritto ad accedere ad unioni civili pienamente equiparate al matrimonio è stato il Vermont, grazie alla decisione resa dalla Corte suprema statale, il 20 dicembre 1999, sul caso *Baker v Vermont*, 744 A.2d 864. Ottemperando a questa indicazione, il legislatore ha provveduto a disciplinare le unioni civili «come matrimoni» con una legge entrata in vigore il 1° luglio 2000.

Decisivo nella vicenda appena ricordata, il potere giudiziario è stato, invece, del tutto estraneo all'introduzione del matrimonio omosessuale. Dopo due anni di studio, le camere hanno, infatti, approvato, il 6 aprile 2009, una legge, su cui, però, il Governatore ha apposto immediatamente il veto.

Il veto è stato superato il giorno seguente da parte del Senato e della Camera statali (è stato il primo caso di superamento del veto del Governatore dal 1990), con il che la legge (*An Act to Protect Religious Freedom and Recognize Equality in Civil Marriage*) ha potuto completare il suo iter formativo ed entrare in vigore il 1° settembre 2009. Il Vermont è così divenuto il primo Stato degli Usa nel quale il matrimonio omosessuale è stato introdotto per legge.

²⁴ Sulla prima decisione, v. *supra*, nota 15; sulla seconda e la terza, v. *supra*, nota 18.

3.2.9. (Segue): il Maine

In parallelo con il procedimento legislativo del Vermont, anche nel Maine è stato introdotto (*recte*, si è cercato di introdurre) il matrimonio omosessuale, non già in seguito ad una pronuncia giurisdizionale, bensì unicamente sulla base di una determinazione politica tradottasi in legge.

Il 6 maggio 2009, è stato promulgato dal Governatore dello Stato *An Act to End Discrimination in Civil Marriage and Affirm Religious Freedom*, con il quale il diritto a contrarre matrimonio coesisteva con un ampio diritto all'obiezione di coscienza alla sua celebrazione, previsto a beneficio di chiunque fosse «autorizzato ad unire persone in matrimonio»²⁵.

In base al diritto costituzionale statale, una legge promulgata può essere soggetta a veto popolare, qualora una frazione del corpo elettorale ne faccia richiesta entro novanta giorni dall'aggiornamento della sessione parlamentare nella quale la legge è stata approvata. Raggiunto il numero di sottoscrizioni necessarie, il 3 novembre 2009 si è tenuto il *referendum*, che ha visto la prevalenza (con quasi il 53%) di favorevoli al veto. La legge è dunque stata eliminata, senza che, nelle more del *referendum*, avesse potuto produrre effetti.

La previsione del matrimonio omosessuale nel Maine è stata dunque temporanea e confinata al livello puramente potenziale.

3.2.10. (Segue): il New Hampshire

Le unioni tra persone omosessuali, nel New Hampshire, sono state legalizzate, a partire dal 1° gennaio 2008, nella forma delle unioni civili registrate. Da tali unioni, peraltro, scaturivano diritti e benefici che erano lungi dal coincidere con quelli connessi allo *status* matrimoniale, essendo stata prevista una limitazione della loro rilevanza, soprattutto con riferimento a fatti avvenuti o a rapporti instaurati al di fuori dello Stato.

Un siffatto istituto è destinato, entro il 1° gennaio 2011, a scomparire dal diritto positivo, poiché a quella data tutte le unioni registrate che non siano già state convertite su iniziativa degli interessati verranno convertite automaticamente in matrimoni.

Il 1° gennaio 2010, infatti, è entrato in vigore *An Act relative to civil marriage and civil unions*, con il quale è stato legalizzato il matrimonio omosessuale. La legge, approvata alla fine di aprile 2009, è stata promulgata solo il 3 giugno, dopo un periodo di incertezza in ordine all'apposizione del veto da parte del Governatore. Contrario, nei contenuti, alla legge, il Governatore ha condizionato la sua promulgazione alla contestuale approvazione di un testo che tutelasse in maniera adeguata la libertà di religione, rendendo esplicita la possibilità per le comunità religiose di rifiutare ogni loro partecipazione alla celebrazione del matrimonio. È stato così approvato *An Act affirming religious freedom protections with regard to marriage and prohibiting the establishment*

²⁵ Da segnalare è che la legge stabiliva una equiparazione assoluta tra matrimonio omosessuale e matrimonio eterosessuale, tanto da estendere al primo persino gli impedimenti previsti per il secondo in relazione alla parentela, per prevenire procreazioni a rischio disabilità.

of civil unions on or after January 1, 2010, che è stato immediatamente promulgato, contestualmente alla legge sul riconoscimento del matrimonio omosessuale.

Al di là dell'esito della vicenda qui sommariamente descritta, pure ovviamente rilevante ai presenti fini, l'esperienza del New Hampshire è particolarmente significativa per quel che attiene al collegamento posto, nella quasi generalità dei casi nordamericani (cfr., con riferimento al Canada, *supra*, par. 3.1.), tra il riconoscimento dei matrimoni omosessuali e l'attenzione a garantire una obiezione di coscienza alla celebrazione (o anche alla partecipazione) per coloro che siano latori di convinzioni religiose ad essi contrarie.

3.2.11. (Segue): il District of Columbia

Dal 1992, il territorio della capitale federale è dotato di una legislazione sulle convivenze, peraltro piuttosto originale nel panorama statunitense, poiché la tutela veicolata dalla registrazione prescinde, oltre che dall'orientamento sessuale (possono beneficiarne coppie omosessuali come coppie eterosessuali), anche dal rapporto di coppia, nel senso che anche parenti possono legarsi civilmente, in una unione di vita che non ha intrinsecamente alcun legame con il modello matrimoniale. I diritti ed i doveri che dalla registrazione discendono – cresciuti, nel corso degli anni, grazie a successivi interventi legislativi, l'ultimo dei quali risale al luglio scorso – riguardano soprattutto la mutua assistenza e le successioni; è però prevista l'estensione di alcuni benefici di tipo previdenziale connessi al matrimonio.

La configurazione comunque piuttosto lontana dall'istituto matrimoniale non ha fatto di queste c.d. *domestic partnerships* una reale alternativa al riconoscimento del matrimonio omosessuale. In questa logica si colloca l'approvazione, in data 15 dicembre 2009, del *Religious Freedom And Civil Marriage Equality Amendment Act 2009*, con il quale viene introdotto il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Promulgato dal sindaco di Washington il 22 dicembre, l'atto è stato sottoposto, sulla base delle previsioni dell'*Home Rule Act*, al vaglio del Congresso federale, che ha il potere di bloccare le leggi del Consiglio del Distretto attraverso un meccanismo che richiama quello del silenzio-assenso (il *District of Columbia* non è infatti equiparato ad uno Stato, ma è un territorio che gode di ampia autonomia nell'ambito della Federazione). Trascorso il termine fissato, la legge è divenuta efficace il 3 marzo scorso, dopo che anche la Corte suprema, con l'*opinion* redatta dal *Chief Justice* sulla *application for stay*, ha negato, il 2 marzo, la sospensione dell'efficacia della legge in vista di una sottoposizione della stessa a *referendum* popolare (caso *Jackson v District of Columbia Board of Elections and Ethics*, 559 US __).

3.2.12. (Segue): la tribù Coquille

A livello federale, viene riconosciuta autonomia anche normativa ad alcune tribù di nativi americani (le quali sono ricomprese, tra l'altro, anche tra i destinatari del *Defense of Marriage Act*).

Tra le tribù riconosciute, la regola è quella dell'assenza di una disciplina relativa al matrimonio

omosessuale. Le eccezioni sono costituite da due tribù che lo vietano (v. *supra*, par. 3.2.2.) e da una che lo riconosce.

Nel 2008, la tribù Coquille ha, in effetti, legalizzato il matrimonio tra persone dello stesso sesso, con una legge approvata dal Consiglio tribale che ha avuto effetti a decorrere dal maggio 2009.

Tale legge, che contrasta con quella dello Stato in cui la tribù risiede (l'Oregon, in cui il divieto di tali matrimoni è costituzionalizzato), si applica a condizione che almeno uno dei nubendi sia membro della tribù (si noti che, nel censimento del 2000, si definivano Coquille 576 persone).

FRANCIA

di *Charlotte Bontemps di Sturco*

1. La disciplina costituzionale

Le disposizioni costituzionali francesi in materia di famiglia e matrimonio sono piuttosto scarse. Nessuna norma costituzionale definisce la famiglia, né il matrimonio, né tanto meno il rapporto tra questi due istituti.

Il decimo comma del preambolo della Costituzione del 1946 menziona “la famiglia”, disponendo che “la Nazione assicura all’individuo ed alla famiglia le condizioni necessarie al loro sviluppo”; l’articolo 34 stabilisce che “il regime matrimoniale”²⁶ (e non il matrimonio) è oggetto di riserva di legge.

Il *Conseil constitutionnel*²⁷, riferendosi agli articoli 2 e 4 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino, ha evidenziato il principio di libertà del matrimonio²⁸, ma il contenuto di questa libertà non permette di orientarci sugli elementi costitutivi, a livello costituzionale, del matrimonio e della famiglia.

Parimenti, nessuna disposizione costituzionale sancisce la protezione di forme di convivenza diverse da quella matrimoniale. Non risulta, quindi, che le norme costituzionali pongano una limitazione del matrimonio alle sole coppie eterosessuali, né, del resto, si hanno argomenti per affermare che esse garantiscano l’apertura di questo istituto alle coppie omosessuali. È significativo, comunque, che per la definizione di queste problematiche si preveda una riserva di legge.

Nel diritto francese, l’omosessualità è stata giuridicamente affrontata, per lungo tempo, in

²⁶ “La legge stabilisce le norme concernenti [...] lo stato e la capacità delle persone [ed] il regime matrimoniale [...]”.

²⁷ Il riferimento va alle decisioni n. 93-325 DC del 13 agosto 1993, *Legge relativa al controllo dell’immigrazione ed alle condizioni d’ingresso, di accoglienza e di soggiorno degli stranieri in Francia*; n. 97-389 DC del 22 aprile 1997, *Legge recante varie disposizioni relative all’immigrazione*; n. 99-419 DC del 9 novembre 1999, *Legge relativa al patto civile di solidarietà*; n. 2003-484 DC del 20 novembre 2003, *Legge relativa al controllo dell’immigrazione, al soggiorno degli stranieri in Francia ed alla cittadinanza*; e decisione n. 2006-542 DC del 9 novembre 2006, *Legge relativa al controllo sulla validità dei matrimoni*.

Detta giurisprudenza ha censurato disposizioni legislative solo in due casi: nelle decisioni n. 93-325 DC del 13 agosto 1993 e n. 2003-484 DC del 20 novembre 2003, e ciò non tanto in relazione al contenuto della libertà, quanto in relazione alla sua combinazione con le norme relative all’immigrazione (sono contrarie alla Costituzione le norme che si oppongono alla validità del matrimonio tra due persone clandestine – 1993 – e quelle che pongono l’obbligo di segnalare il difetto di regolarità del titolo di soggiorno – 2003 –, in quanto violano la libertà di matrimonio).

²⁸ Si parla di “libertà del matrimonio [come] componente della libertà personale protetta agli articoli 2 e 4 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino”.

riferimento al principio di libertà, ed in particolare alla libertà personale, come elemento di tolleranza; solo a partire degli anni ottanta il dibattito si è spostato verso il principio d'uguaglianza²⁹.

Il principio costituzionale d'uguaglianza, “primo parametro costituzionale del *Conseil constitutionnel*”³⁰, può essere ricollegato a numerose norme costituzionali esplicite³¹, ma nessuna pone l'orientamento sessuale tra i motivi illeciti di discriminazione³², né alcuna norma protegge – o è stata interpretata come in grado di proteggere – costituzionalmente le coppie³³ omosessuali. Ciò posto, è comunque vero che la dottrina ha sostenuto che “le discriminazioni che il legislatore non può stabilire senza giustificazione [perché] espressamente vietate dalla Costituzione sono quelle fondate sull'origine, la razza, la religione, le opinioni e il sesso”³⁴: quest'ultimo motivo non compare nelle disposizioni costituzionali sul divieto di discriminazione, ma è ricavabile dalle affermazioni inerenti ai rapporti tra uomo e donna; da ciò si ricava la difficoltà di una applicazione analogica del “sesso” che vada a coprire anche le discriminazioni basate sull'“orientamento sessuale”.

Il principio d'uguaglianza, per come declinato alla luce dell'articolo 6 della Dichiarazione dei

²⁹ R. CARILLAC, *Libres propos sur le PACS*, Dalloz, 1999, Chronique, p. 71.

³⁰ La dottrina ha rilevato che detto principio è applicato in 40% delle decisioni DC del *Conseil constitutionnel*, in AA.VV., *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, 2002, Paris, p. 296.

³¹ Nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, all'articolo I (principio d'uguaglianza in generale), all'articolo 6 (principio d'uguaglianza in generale, e principio d'uguaglianza per l'accesso ai pubblici impieghi) ed all'articolo 13 (principio d'uguaglianza davanti alle spese pubbliche); nel preambolo della Costituzione del 1946, al primo alinea (principio d'uguaglianza in generale, senza distinzione di razza, religione, credenze), al terzo (principio d'uguaglianza tra uomo e donna), all'undicesimo (principio d'uguaglianza nella protezione della salute), al dodicesimo (principio d'uguaglianza davanti alle spese dovute per calamità nazionale), al tredicesimo (principio d'uguaglianza nell'accesso all'istruzione), al sedicesimo (principio d'uguaglianza con i popoli d'oltremare) ed al diciottesimo (principio d'uguaglianza nell'accesso alle funzioni pubbliche dei componenti dei popoli d'oltremare); nella Costituzione del 1958, all'articolo 1 (al primo comma: principio d'uguaglianza in generale, senza distinzione di origine, razza, religione, credenze; ed al secondo comma: principio d'uguaglianza tra uomo e donna per le funzioni elettive, e per le responsabilità sociali e professionali), all'articolo 2 (come motto della Repubblica) ed all'articolo 3 (principio di uguaglianza del suffragio).

³² Il riferimento all'orientamento sessuale è assente dai testi costituzionali che compongono il *bloc de constitutionnalité* (parametro costituzionale). È apparso per la prima volta nel 2001 con la legge del 16 novembre 2001, *relativa alla lotta contro le discriminazioni*, che ha ampliato la portata delle disposizioni del codice penale (art. 225-1 e 2 c.p.), mentre la legge del 30 dicembre 2004 ha istituito *la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, al fine di rendere più efficiente i meccanismi giuridici in materia. Queste norme riguardano, però, le discriminazioni effettuate da persone private (e non da norme giuridiche).

³³ La nozione di coppia è anch'essa estranea al testo costituzionale. È stata inserita nel diritto francese con la legge n. 94-548 del 1994 sulla bioetica. La dottrina è stata a lungo divisa sull'applicazione di questa nozione alle coppie omosessuali: cfr. C. BRUNETTI-PONS, *L'émergence d'une notion de couple en droit civil*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 27.

³⁴ AA.VV., *Droits des libertés fondamentales*, cit., p. 299.

diritti dell'uomo e del cittadino, implica che l'autore di una norma non debba istituire disparità di trattamento tra i soggetti. Si ammette, però, che distinzioni vi siano, a condizione che siano giustificate da una differenza di situazione o per la pubblica utilità³⁵.

Il postulato universalista della concezione francese dei diritti fondamentali³⁶ implica il rifiuto del comunitarismo. La dottrina nota, peraltro, che “la pratica giudiziaria, ma anche una norma apparentemente neutra, sono suscettibili di ledere il principio di universalità enunciato nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Anche se formulata in modo generale ed astratto, una norma può avere un'universalità solo apparente che riflette l'individuo ‘normalizzato’ corrispondente al modello maggioritario”³⁷. “Questa concezione dell'uguaglianza di trattamento permette ora di interrogarsi direttamente sulla legittimità di una restrizione o di una differenziazione dei diritti e degli obblighi degli individui a seconda della loro sessualità”³⁸.

Il diritto francese permette alle coppie eterosessuali di scegliere tra matrimonio, PACS e concubinato, mentre le coppie omosessuali tra PACS e concubinato. L'interrogativo che si pone è se questa differenza di trattamento tra le coppie eterosessuali e quelle omosessuali possa essere considerata come una discriminazione tra le coppie fondata sull'orientamento sessuale.

2. La disciplina attuativa della Costituzione

2.1. Cenni storici

Durante l'*Ancien Régime*, l'omosessualità era un crimine. È stata però depenalizzata con la rivoluzione francese. L'attentato al pudore, contenuto nell'articolo 331 del codice penale, è stato comunque usato per condannare gli omosessuali. Durante la seconda guerra mondiale, sono state adottate numerose misure atte a reprimere specificamente l'omosessualità: imponendo una età minima per il consenso più elevata di quella necessaria per i rapporti eterosessuali, ponendo l'omosessualità come un'aggravante per l'oltraggio pubblico al pudore ed incriminando le relazioni omosessuali tra minorenni³⁹.

Solo negli anni ottanta, verranno eliminate dall'ordinamento giuridico alcune disposizioni legali

³⁵ G. PELISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, collection « Systèmes », Paris, LGDJ, 1996, p. 24.

³⁶ G. VEDEL, « L'égalité », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, La documentation française, 1990, Paris.

³⁷ D. LOCHACK, *Egalité et différence. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit*, in D. BORILLO, *Homosexuel et droit*, PUF, Paris, 1998.

³⁸ D. BORRILLO – T. FORMOND (a cura di), *Homosexualité et discrimination en droit privé*, La documentation française, Paris, 2007, p. 6.

³⁹ SENAT, *Session ordinaire de 1998-1999, Annexe au procès verbal de la séance du 10 mars 1999, n. 258, Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale, proposition de loi relative au pacte civil de solidarité*, p. 9.

che ancora permettevano di discriminare gli omosessuali⁴⁰. Così, in materia penale, la legge n. 82-683 del 4 agosto 1982 ha abrogato il comma 2 dell'articolo 331, relativo all'oltraggio al pudore ed alla età minima per il consenso agli atti omosessuali. La legge n. 85-772 del 1985 ha inserito alcune disposizioni, nel codice penale, volte a sanzionare le discriminazioni legate ai costumi (art. 225-1 c.p.). Queste leggi hanno quindi permesso di concepire l'omosessualità come una delle varianti della sessualità, a fianco all'eterosessualità⁴¹. In materia di alloggio, la legge del 22 giugno 1982 ha abrogato il riferimento al canone del "buon padre di famiglia" nell'uso degli alloggi, eliminando così ogni possibilità di interpretazione strumentale della locuzione per fare dell'omosessualità una causa di annullamento del contratto di locazione. La legge n. 83-634 del 13 luglio 1983, recante obblighi e diritti dei funzionari, ha soppresso le nozioni di "buona moralità" e "buoni costumi" dallo statuto dei funzionari. In materia sociale, il legislatore, con la legge n. 86-76 del 25 gennaio 1986, ha impedito che la moralità potesse ledere gli impiegati in ragione del loro orientamento sessuale e, con la legge n. 90-602 del 12 luglio, che l'omosessualità potesse essere all'origine di un licenziamento.

In materia civile, numerose sono state le proposte di legge concernenti il riconoscimento delle coppie non sposate, sia omosessuali che eterosessuali; nessuna di esse, fino al 1999, ha avuto esito. "L'idea di queste proposte normative nasceva dalle associazioni omosessuali ed esse avevano l'obiettivo di disciplinare problemi urgenti – l'alloggio, la copertura sociale, la successione – ma anche il desiderio di riconoscere le coppie omosessuali. Il gruppo di lavoro [parlamentare che ha dato luogo alla legge sul PACS ha] auspicato che il progetto non fosse destinato solo agli omosessuali, come avviene nei paesi del Nord Europa, perché si era opposto all'idea che la Repubblica francese potesse adottare norme solo per una certa comunità"⁴². Sebbene alcune associazioni omosessuali, ma non tutte, chiedessero anche l'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali, tale ipotesi non è stata accolta dal legislatore⁴³.

L'adozione della legge n. 99-944 del 15 novembre 1999, *relativa al patto civile di solidarietà*, è stata sicuramente una delle più discusse della XI legislatura, con sessanta due ore di dibattito, 1.174 emendamenti, ed una questione pregiudiziale esposta per più di 3 ore⁴⁴. A questo bisogna anche

⁴⁰ Per un approfondimento storico, v. J. MOSSUZ-LAVAU, *Les lois de l'amour (les politiques de la sexualité en France 1950-1990)*, Paris, Payot, 1991.

⁴¹ Non è stato quindi più concepito come una devianza, né come una patologia. In questa logica, il Governo francese del 1981 ha ritirato l'approvazione francese all'articolo 302 della classificazione dell'organizzazione mondiale della salute, che aveva inserito dagli anni sessanta l'omosessualità nella categoria delle patologie.

⁴² I. THERY - J.-P. MICHEL, *Concubinage ou union sui generis : le statut et les droits*, in *Le Banquet*, n. 12, 1998, p. 23.

⁴³ Durante i lavori parlamentari, la Commissione delle leggi aveva insistito sul carattere eterosessuale del matrimonio. Escludendo che potesse essere esteso alle coppie omosessuali, aveva proposto di aggiungere nella legge una definizione del matrimonio come "l'unione di un uomo e di una donna celebrato da un ufficiale di stato civile"; una tale disposizione non è stata, comunque, adottata: SENAT, *Session ordinaire de 1998-1999, Annexe au procès verbal de la séance du 10 mars 1999, n. 258, Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles (...)*, cit. p. 15.

⁴⁴ J.-E. SCHOETTL, *Le pacte civile de solidarité à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité*, in *Les petites* marzo 2010

aggiungere un'eccezione di irricevibilità, argomentata per più di 5 ore in Parlamento ed invocata come vizio di costituzionalità davanti al *Conseil constitutionnel*⁴⁵.

Come si dirà, l'apertura del PACS alle coppie sia omosessuali che eterosessuali era giustificata, all'epoca, dalla finalità di disciplinare la vita comune di queste coppie; il PACS, del resto, era presentato come un contratto patrimoniale del tutto estraneo ad alcuni titoli del codice civile (quali quelli relativi a stato civile, matrimonio, filiazione, ecc). Il PACS si è quindi inserito tra il matrimonio ed il concubinato, conciliando la protezione che offre il primo con la flessibilità di formazione e di scioglimento che permette il secondo. Le successive modifiche portate al PACS⁴⁶ hanno offerto maggiori diritti, accordati ora trasversalmente da quasi tutte le forze politiche. Il successo del PACS è stato tale che la pratica ha però dimostrato che le "coppie che hanno ricorso ad esso non sono state quelle che ci si aspettava che lo avrebbero fatto"⁴⁷, in quanto sul totale dei PACS conclusi, più del 90% riguarda coppie eterosessuali.

2.2. Le forme di convivenza riconosciute

Il matrimonio è, nel diritto francese, limitato alle coppie eterosessuali; invece, il PACS ed il concubinato sono aperti, dal 1999, alle coppie sia eterosessuali che omosessuali.

2.2.1. Il matrimonio come istituto limitato alle coppie eterosessuali

Sebbene il matrimonio tra persone del medesimo sesso sia, nel diritto francese, considerato nullo, è parzialmente riconosciuta la validità dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero.

La legge francese non prevede esplicitamente il matrimonio omosessuale e la giurisprudenza lo ha escluso, in via interpretativa.

Le disposizioni del codice civile non definiscono esplicitamente il matrimonio come l'unione tra

affiches, 1° dicembre 1999 (239), p. 6; L. MAUGER VIELPEAU, *Les dix ans du Pacs - La relecture de la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999, dix ans plus tard*, in *Les petites affiches*, 7 gennaio 2010 (5), p. 3.

⁴⁵ Infatti, una prima proposta di legge, avente lo stesso oggetto, era stata considerata non ricevibile dall'Assemblea nazionale, il 9 ottobre 1998, perché contraria alla Costituzione, secondo l'articolo 91 del regolamento di questa camera parlamentare. Secondo In base all'articolo 84 di detto regolamento, le proposte dichiarate non ricevibili non possono essere ripresentate entro per un termine di un anno. La proposta di legge che ha dato luogo alla legge n. 99-944 è stata iscritta all'ordine del giorno prioritario dell'Assemblea nazionale il 3 novembre 1998. Davanti al *Conseil constitutionnel*, i ricorrenti hanno invocato un vizio procedurale consistente nella riproposizione della proposta dichiarata irricevibile; il *Conseil* ha tuttavia disatteso tale prospettazione.

⁴⁶ Che vedremo in seguito negli sviluppi relativi al PACS.

⁴⁷ L. MAUGER VIELPEAU, *Les dix ans du Pacs - La relecture de la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999, dix ans plus tard*, cit., p. 3. Cf. SENAT, *Session ordinaire de 2009-2010, Enregistrée à la Présidence du Senat le 25 novembre 2009, n. 114, Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale sur la proposition de loi (...) tendant à renforcer les droits des personnes liées par un pacte civil de solidarité.*

un uomo ed una donna, la maggior parte degli articoli del codice⁴⁸ si riferisce, in termini generici, ai “coniugi” o alle “parti”. Due articoli menzionano però il marito e la moglie, oltre all’uomo ed alla donna. L’articolo 75, sesto comma, del codice civile dispone che “[l’ufficiale di stato civile] riceverà da ciascuna delle parti, l’una dopo l’altra, la dichiarazione secondo la quale si vogliono prendere per marito e moglie”; e l’articolo 144 stabilisce che “l’uomo e la donna non possono contrarre matrimonio prima dei diciotto anni compiuti”.

Il sindaco di Bègles, il 5 giugno 2004, ritenendo che la disciplina del codice non ostacolasse il matrimonio tra due persone del medesimo sesso, ha celebrato un matrimonio omosessuale. Il pubblico ministero, in virtù dell’articolo 184 del medesimo, ha eseguito un’azione di nullità e ha invocato la difesa dell’ordine pubblico, davanti alle giurisdizioni ordinarie. Il Ministro della giustizia ha sospeso il sindaco dalla sua carica di ufficiale di stato civile per un mese. La Corte di cassazione, nella sentenza del 13 marzo 2007⁴⁹, ha qualificato questo matrimonio come nullo, precisando che “secondo la legge francese il matrimonio è l’unione di un uomo e di una donna”.

Con riferimento ai matrimoni omosessuali celebrati all’estero, è da notare che il Codice civile comporta, all’interno del Titolo V del Libro I, un Capitolo II *bis*, relativo al matrimonio dei Francesi all’estero. Bisogna quindi differenziare le situazioni a seconda della cittadinanza dei nubendi.

Quando uno o due cittadini francesi sono parte del matrimonio, si applica la disciplina del codice. Quando, invece, i coniugi non sono cittadini francesi, si applicano le regole di diritto internazionale privato, come risultano dall’attuazione della Convenzione dell’Aia del 14 marzo 1978.

Nel primo caso, il codice civile pone *la regola dell’applicazione della legge personale*. Secondo il primo comma dell’articolo 171-1 del codice, “il matrimonio contratto all’estero tra francesi, o tra un francese e uno straniero, è valido se è stato celebrato secondo le forme usate nel paese di celebrazione e purché il o i francesi non abbiano violato le disposizioni contenute nel Primo capitolo del presente titolo”. L’applicazione di questa norma ha come conseguenza di non riconoscere il matrimonio di coppie omosessuali, francesi o miste. Per le coppie omosessuali straniere, in applicazione del diritto internazionale privato, si sono applicate in modo cumulativo la regola relativa alla legge del luogo di celebrazione del matrimonio e quella relativa alla legge personale di ogni coniuge, attuando così un ordine pubblico internazionale “attenuato”⁵⁰.

⁴⁸ Articoli 63 a 76 del codice civile (Degli atti del matrimonio); articoli 144 a 227 (Del matrimonio).

⁴⁹ Cass. 1° civ. 13 marzo 2007, in *Dalloz* 2007, p. 935, con osservazioni I. GALLMEISTER; *ibid.*, p. 1389, relatore G. PLUYETTE, con nota di E. AGOSTINI, p. 1395.

⁵⁰ T. VIGNAL, *Droit International privé*, Armand Colin, Paris, 2005. Questo ordine pubblico “attenuato” aveva già avuto applicazione con la poligamia, vietata per i cittadini francesi ma riconosciuta per effetto dell’applicazione delle regole di diritto internazionale privato ai cittadini stranieri. Cfr. P. GUEZ, *Pluralisme familial et ordre public International*, in *Actes du colloque du CEJEC: “Réflexions sur le pluralisme familial”*, Nanterre, 28 settembre 2007, in http://www.u-paris10.fr/servlet/com.univ.collaboratif.utils.LectureFichier?CODE_FICHER=1204901138971&ID_FICHE=12966 marzo 2010

L'Amministrazione fiscale francese ha, per la prima volta, l'11 luglio 2008, riconosciuto la validità del matrimonio di una coppia omosessuale olandese, accettando la loro dichiarazione comune dei redditi⁵¹. Resta dubbio se questo riconoscimento si limiti o meno al solo piano patrimoniale e successorio⁵².

A risolvere la questione si porrebbero le iniziative parlamentari che riconoscono la validità dei matrimoni omosessuali, anche per i cittadini francesi, celebrati all'estero. Ad oggi, tuttavia, nessuna iniziativa di tal genere ha avuto esito positivo⁵³.

2.2.2. Il patto civile di solidarietà – PACS: una soluzione aperta alle coppie sia eterosessuali che omosessuali

È la legge n. 99-944 del 15 novembre 1999, *relativa al patto civile di solidarietà*, che ha inserito per la prima volta, nell'ordinamento giuridico francese, una forma di unione registrata distinta dal matrimonio, aperta alle persone di diverso o del medesimo sesso, offrendo così una nuova possibilità "alle persone che non vogliono o non possono sposarsi"⁵⁴.

Il regime giuridico del PACS è stato introdotto nel codice civile all'interno del Capitolo I (Del Patto civile di solidarietà: articoli 515-1 a 515-7-1) integrato nel Titolo XII (Del Patto civile di solidarietà e del concubinato), del Libro I del Codice civile. È stato modificato in diverse occasioni, da ultimo con la legge n. 2009-1436 del 24 novembre 2009.

Secondo l'articolo 515-1 del codice civile, il PACS si definisce come un "contratto concluso da due persone fisiche maggiorenni, di sesso diverso o dello stesso sesso, per organizzare la loro vita comune". La nozione di vita comune, assente dal testo del 1999, era stata però menzionata nella decisione n. 99-419 del 9 novembre 1999 del *Conseil constitutionnel* (molto contestata a suo tempo⁵⁵), ed è stata inserita nel Codice civile con la legge n. 2006-728 del 23 giugno 2006, recante riforma delle successioni e delle liberalità.

3. Tale ipotesi era già stata avanzata nel 2005 dal Ministro della giustizia, in Rep. Min. n° 41533, Min. Justice, JOAN Q del 26 luglio 2005, p. 7437. Cfr. anche, in lingua italiana, sul punto, E. CALÒ, *Matrimonio à la carte. Matrimoni, convivenze registrate e divorzi dopo l'intervento comunitario*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 88 e s.

⁵¹ *La France reconnaît un mariage d'un couple d'homosexuels*, in *Le Nouvel observateur*, 6 septembre 2008, http://tempsreel.nouvelobs.com/actualites/societe/20080905.OBS0206/la_france_reconnait_le_mariage_dun_couple_dhomosexuels.html.

⁵² E. CALÒ, *Matrimonio à la carte*, cit., p. 89.

⁵³ Cfr. SENAT, *Session ordinaire de 2008-2009, Annexe au procès verbal de la séance du 25 novembre 2008, n. 111, Proposition de loi, tendant à permettre la reconnaissance des unions conclues dans un autre Etat de l'Union européenne par tous les couples, quelque soit leur orientation sexuelle*.

⁵⁴ SENAT, *Session ordinaire de 1998-1999, Annexe au procès verbal de la séance du 10 mars 1999, n. 258, Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles (...)*, cit., p. 6.

⁵⁵ Cfr., ad esempio, N. MOLFESSIS, *La réécriture de la loi relative au pacs par le Conseil constitutionnel*, in *La semaine juridique*, 2000, I. (210), n. 5.

Il PACS è un contratto di tipo patrimoniale, la cui natura giuridica non è però pacifica⁵⁶, che ha come fini quello di proteggere la coppia formata dai *partners* e quello di disciplinare le condizioni materiali della loro vita comune.

Il *Conseil constitutionnel* aveva precisato che la nozione di “vita comune non ricopre solo una comunità di interessi e non si limita ad un’esigenza di semplice coabitazione tra due persone; [essa] suppone, oltre ad una residenza comune, una vita di coppia che giustifica che il legislatore abbia previsto cause di nullità del patto che o riprendono gli impedimenti a matrimonio destinati ad evitare l’incesto o rispondono ad una violazione dell’obbligo di fedeltà che deriva dal matrimonio” (*Considérant* 26 della decisione n. 99-419 DC).

Le parole del *Conseil* erano riferite ad una disciplina, quella del 1999, alla luce della quale la natura strettamente contrattuale e patrimoniale del PACS era molto più netta di adesso⁵⁷. Peraltro, anche allo stato attuale, la legge sul PACS è “priva di incidenza sugli altri titoli del libro primo del codice civile, tra cui quelli relativi agli atti di stato civile, alla filiazione, alla filiazione adottiva ed alla potestà genitoriale, insieme di disposizioni le cui condizioni di applicazione non sono state modificate dalla legge oggetto del controllo” (*Considérant* 29 della decisione precitata). In questi ambiti, si applicano le norme generali del codice, diverse da quelle del matrimonio. Sul punto, PACS e concubinato hanno un regime giuridico identico.

Sotto altro profilo, può segnalarsi che il PACS – a differenza del matrimonio – è caratterizzato da un formalismo limitato, tanto per la sua stipulazione che per la sua modifica o per il suo scioglimento.

Per il perfezionamento del PACS è sufficiente che la coppia si presenti, di persona⁵⁸, alla cancelleria del *Tribunal de grande instance* del luogo dove si vuole stabilire la loro residenza

⁵⁶ *Contrat sui generis* per alcuni: I. THERY - J.-P. MICHEL, *Concubinage ou unions sui generis*, cit.; *contrat spécifique nommé* per altri: C. LIENHARD, *Pacte civile de solidarité*, in *Juris Classeur Droit comparé*, p. 12. È stato anche qualificato come un *quasi-matrimonio*: P. SIMLER - P. HILT, *Le nouveau visage du PACS: un quasi mariage*, in *La semaine juridique*, 26 luglio 2006, n. 30, I (161), p. 1495; e addirittura come un vero e proprio *matrimonio*: T. REVET, *Mariage(s)*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000, p. 173 (“se non è ‘il matrimonio’, il PACS è ‘un matrimonio’”).

⁵⁷ Non a caso, il giudice competente in materia di scioglimento del PACS era il giudice competente in materia contrattuale (cfr. Corte d’appello di Douai del 27 febbraio 2003; al riguardo, v. J. HAUSER, *Observations sous le jugement du Tribunal de grande instance de Lille du 5 juin 2002*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 683).

Recentemente, invece, la legge n. 2009-526 del 12 maggio 2009, di semplificazione e di chiarificazione del diritto, ha previsto, in ordine alla determinazione del mutuo sostegno nei PACS, la competenza del giudice competente per gli affari familiari. La dottrina (L. MAUGER VIELPEAU, *Les dix ans du Pacs - La relecture de la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999, dix ans plus tard*, cit.) ha rilevato che il PACS “interessa [ora] anche la famiglia, dal momento che il suo contenzioso rientra nella competenza del giudice incaricato del contenzioso familiare”.

⁵⁸ Ogni partner deve dar prova alla cancelleria della sua identità e del suo stato civile. La cancelleria verifica soltanto l’assenza di impedimento a contrarre un PACS (articolo 515-2 del codice civile). Le persone devono essere maggiorenni (sono ammesse anche quelle sotto curatela e tutela, con procedure specifiche relative al consenso), non essere legate con vincolo di parentela fino al terzo grado e non devono essere legate da un altro PACS o matrimonio.

comune, per registrare, con dichiarazione congiunta, la loro volontà di concludere un PACS. A questa dichiarazione può essere allegata la convenzione di PACS⁵⁹, redatta con scrittura privata o con atto pubblico⁶⁰, che disciplina, nel rispetto delle norme del codice, i vari aspetti della vita comune e del reciproco sostegno materiale. Il PACS produce effetti dalla data della registrazione. Le formalità di pubblicità, come risultano dalla novella del 2006, consistono nella menzione sull'atto di nascita dei due *partners* della conclusione del PACS, con il luogo di registrazione e l'identità dell'altro *partner*⁶¹.

Per la modifica del PACS, i *partners* dispongono di una totale libertà: è sufficiente trasmettere o indirizzare alla cancelleria del tribunale che ha registrato il PACS una convenzione modificativa. Queste modifiche sono opponibili ai terzi a partire dal momento in cui sono state compiute le formalità di pubblicità.

Lo scioglimento del PACS (articolo 515-7 del codice) avviene per morte o per matrimonio di uno dei *partners* oppure per decisione congiunta o unilaterale. In caso di scioglimento congiunto, le formalità da seguire sono le stesse di quelle del perfezionamento: si registra la volontà delle due persone legate dal PACS alla cancelleria del tribunale del luogo di residenza comune. In caso di scioglimento unilaterale⁶², il *partner* che intende procedere in tal senso deve prima notificare la sua intenzione all'altro *partner* e poi spedire la dichiarazione alla cancelleria del tribunale del luogo di residenza comune. La cancelleria registra lo scioglimento, informa le parti ed avvisa gli uffici di stato civile affinché si proceda agli adempimenti pubblicitari ed alle annotazioni sugli atti di nascita dei *partners*. Lo scioglimento unilaterale del PACS può essere anche all'origine di una pretesa risarcitoria.

Passando ad analizzare i diritti e gli obblighi che i *partners* si assumono contraendo un PACS, deve farsi riferimento, principalmente, all'articolo 515-4 del Codice civile, secondo cui il sostegno reciproco, come per il matrimonio, è da proporzionarsi alle possibilità economiche rispettive dei *partners*.

Questo sostegno può essere disciplinato specificamente nella convenzione di PACS, in cui una eventuale clausola che prevedesse la soppressione di quest'obbligo è affetta da nullità. In passato, la dottrina aveva rilevato criticamente che non erano previsti, a differenza del matrimonio, rimedi

⁵⁹ La convenzione non è un obbligo, per contrarre un PACS è sufficiente anche solo fare la seguente dichiarazione: "Noi, X e Y, concludiamo un patto civile di solidarietà disciplinato dalla legge n. 99-944 del 15 novembre 1999, come modificata".

⁶⁰ Formalità prevista dalla legge n. 2006-1806 del 23 giugno 2006. Alcuni autori hanno in ciò ravvisato un avvicinamento al regime giuridico del matrimonio: L. MAUGER VIELPEAU, *Les dix ans du Pacs (La relecture de la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999, dix ans plus tard*, cit..

⁶¹ Si noti che questa riforma supera l'impostazione originaria del legislatore del 1999, confermata nella decisione del *Conseil constitutionnel*, secondo cui il PACS incideva non incidendo sullo stato civile (e sull'atto di nascita).

⁶² Si applica in quest'ambito la regola di diritto contrattuale comune secondo la quale i contratti civili di durata indeterminata possono essere risolti per volontà di uno solo dei contraenti.

giurisdizionali per ottenere l'esecuzione di questo obbligo⁶³. La legge n. 2009-526 del 12 maggio 2009 ha colmato questa lacuna, attribuendo questa competenza al *juge aux affaires familiales*⁶⁴, con ciò autorizzando – come si è visto – un parallelismo con il matrimonio.

Con riferimento ai contenuti in concreto di questo obbligo di sostegno reciproco, è preliminarmente da segnalare che resta non chiarito se da esso possano nascere degli obblighi non patrimoniali, *sub specie* di sostegno morale o psicologico o di fedeltà⁶⁵, simili all'obbligo di assistenza vigente nel matrimonio ai termini dell'art. 430 del Codice.

Il fulcro della regolamentazione in materia è, comunque, connesso ad aspetti di tipo patrimoniale. In proposito, si prevede che la partecipazione solidale ai debiti contratti valga per le spese sostenute per la soddisfazione dei bisogni della vita quotidiana (*vie courante*), ma non, dal 2007, per quelle manifestamente eccessive. A differenza di quanto accade nei matrimoni, questa solidarietà non riguarda i mutui⁶⁶.

Per quanto concerne la proprietà dei beni, nel 1999 vigeva invece un regime patrimoniale di comunione che ha dato luogo nella prassi a non poche complicazioni, tanto che il legislatore ha, nel 2006, previsto, in linea di principio, il regime di separazione dei beni dei *partners* (articolo 515 vigente del Codice). La legge lascia però alla coppia la libertà di scegliere, in sede di convenzione, tra diverse modalità di regimi patrimoniali: regime di comunione dei beni, acquistati insieme o separatamente, dopo la registrazione della convenzione, tranne che per i beni “di proprietà esclusivi” elencati all'articolo 515-5-2; regime di separazione dei beni applicabile al matrimonio (articoli 1873-6 a 1873-8 del c.c.) o quello di diritto comune (articolo 1873-1 c.c.). In caso di scioglimento del PACS, i *partners* possono decidere di continuare con il regime de comunione o ripartire la proprietà dei beni.

In materia di successione, il regime del PACS si è molto avvicinato a quello del matrimonio, in quanto si applicano, in parte, le regole della successione per il coniuge. Nel PACS, il *partner* superstite deve però necessariamente essere nominato come “erede” nel testamento del defunto (qualità invece riconosciuta *ex legge* per il coniuge superstite). Se il *partner* partecipava allo svolgimento di una attività di cui era intestatario il defunto, potrà continuare a farlo solo se quest'ultimo lo abbia esplicitamente previsto con testamento. Il superstite non dispone, contrariamente a quanto avviene per il matrimonio, di un diritto di usufrutto vitalizio della abitazione comune, ma solo del diritto di occupare per un anno gratuitamente detto immobile

⁶³ P. SIMLER - P. HILT, *Le nouveau visage du PACS: un quasi mariage*, cit..

⁶⁴ Tale giudice è chiamato a conoscere di qualunque lite concernente il regime patrimoniale del PACS. Cfr., sul punto, X. LABBE, *La juridicisation du pacs et du concubinage*, in *Dalloz*, 2009, chron., p. 2053.

⁶⁵ L'obbligo di fedeltà, non esplicitamente menzionato nelle disposizioni del Codice civile concernenti il PACS è citato nella decisione del *Conseil constitutionnel* del 1999 ed è stato ripreso dalla giurisprudenza ordinaria (*Tribunal de grande instance de Lille*, 5 giugno 2002). L'UNAF, l'Unione nazionale delle associazioni familiari, non lo ritiene sussistente.

⁶⁶ SENAT, *Session ordinaire de 2009-2010, Enregistré à la Présidence du Sénat le 25 novembre 2009, n. 114, Rapport fait tau nom de la Commission des lois constitutionnelles (...)*, cit., p. 14.

(articolo 515-6). La legge n. 2007-1223 del 21 agosto 2007 permette, come nel matrimonio, di avere una soppressione totale dei diritti di successione.

In materia fiscale, nel 1999 il legislatore aveva previsto alcuni vantaggi fiscali, ma solo dopo tre anni di convivenza successiva alla conclusione del PACS⁶⁷. La legge n. 2004-1484 del 30 dicembre 2004, *Legge finanziaria per l'anno 2005*, permette una dichiarazione comune dei redditi, come nel matrimonio, già dal primo anno, dando luogo ad un regime di tassazione più vantaggioso, soprattutto in caso di grande differenza di reddito tra i *partners*.

In materia sociale, varie norme hanno previsto benefici per i *partners* legati con un PACS: diritto a beneficiare della protezione sociale del *partner* in caso di malattia o gravidanza (articolo L. 161-14 del codice della previdenza sociale); diritto alle stesse ferie di quelle del coniuge in caso di morte del *partner* (articolo L. 3142-1 del codice del lavoro); nella funzione pubblica, sono riconosciute ferie in occasione del perfezionamento del PACS⁶⁸ ed una priorità di esame nelle richieste di mutamento di sede per ricongiungere i *partners*.

Non è invece possibile per il *partner* superstite della coppia legata con un PACS, eterosessuale o omosessuale, usufruire della pensione del defunto, ipotesi prevista solo nel regime giuridico del matrimonio, in base agli articoli 353-1 e 353-2 del codice della previdenza sociale ed agli articoli L. 38, L. 43, L. 45, L. 46 e L. 50 del codice delle pensioni civili e militari.

Il PACS può (come per il matrimonio) permettere di ottenere la cittadinanza francese, dopo cinque anni (sono quattro, per il matrimonio) di residenza in Francia; il PACS è altresì preso in considerazione ai fini del rilascio del permesso di soggiorno (che è invece automatico per il matrimonio).

Nell'ambito della disciplina dei PACS, possono individuarsi alcune variabili significative, dalle quali emergono differenziazioni nel trattamento delle coppie omosessuali da quelle eterosessuali. Il riferimento va alla procreazione medicalmente assistita⁶⁹ ed all'adozione. Se per la prima non si intravedono sviluppi significativi, per la seconda pare delinearsi, grazie anche alla giurisprudenza

⁶⁷ Questa condizione era stata giustificata dal *Conseil constitutionnel* come segno distintivo del regime fiscale rispetto a quello matrimoniale (*Considérant* 42 della decisione n. 99-419).

⁶⁸ Circolare FP/7 n. 002874 del 7 maggio 2001 del Ministro della funzione pubblica.

⁶⁹ La legge del 29 luglio 1994, modificata dalla legge del 6 agosto 2004, ha riservato il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistite "all'uomo ed alla donna che formano una coppia", ponendo l'esigenza che siano "in età di procreare, sposati o misura nelle condizioni di dimostrare una vita comune da più di due anni e consenzienti al trasferimento di embrioni o all'inseminazione". Si precisa anche che l'assistenza alla procreazione "ha come obiettivo quello di rimediare ad un'infertilità il cui carattere patologico è stato diagnosticato o di evitare la trasmissione al bambino o ad un membro della coppia una malattia particolarmente grave".

Risulta da queste norme un doppio ostacolo all'uso delle tecniche della PMA per le coppie omosessuali: la restrizione ad una coppia formata da un uomo e una donna; l'assenza di carattere patologico dell'infertilità.

Per un approfondimento su questo tema si rinvia al capitolo relativo a "l'accesso alle tecniche d'assistenza medica alla procreazione", in D. BORILLO - T. FORMOND (a cura di), *Homosexualité et discrimination en droit privé*, cit., p. 195 e ss.

della Corte EDU, un avvicinamento tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali.

L'adozione congiunta, prevista dall'articolo 343 del Codice civile⁷⁰, è riservata alle coppie sposate, mentre l'articolo 346, comma 1, precisa che nessuno può essere adottato da due persone, se non sposate. È quindi esclusa la possibilità per le persone unite con un PACS di procedere all'adozione congiunta; e ciò vale per le coppie sia eterosessuali che omosessuali (Cass. Civ I, 20 febbraio 2007; Cass. Civ. I, 19 dicembre 2007 e Cass. Civ. I, 6 febbraio 2008).

Fino allo scorso anno, l'adozione semplice, disciplinata dagli articoli 360 e seguenti del Codice civile, era stata interpretata, dalla giurisprudenza, come limitata ad una persona eterosessuale, *single*, legata ad un PACS o da un concubinato. Il Consiglio di Stato, in effetti, aveva ritenuto legittimo il rifiuto dell'amministrazione competente di dare il proprio assenso all'adozione richiesto all'articolo 63 del codice della famiglia e del sostegno sociale, quando la richiesta era presentata da una persona omosessuale (CE, 9 ottobre 1996, *Département de Paris*)⁷¹. Non si aveva quindi distinzione tra PACS e concubinato, ma tra eterosessuali ed omosessuali.

In seguito alla condanna della Francia con sentenza della Corte EDU, *E.B. c/ France*, 22 gennaio 2008, il Tribunale amministrativo di Besançon, con sentenza del 10 novembre 2009, ha dichiarato illegittimo il rifiuto da parte del consiglio provinciale di dare il consenso all'adozione da parte di una persona omosessuale.

È da verificare se il Consiglio di Stato seguirà la giurisprudenza della Corte EDU e se ciò si ripercuoterà sull'intero regime dell'adozione semplice. Infatti, allo stato, questo tipo di adozione implica che il *partner* dell'adottante è considerato come un terzo nei riguardi dell'adottato, anche se partecipa alla sua educazione ed anche se il rapporto di coppia dimostra una certa stabilità. La Cassazione ha peraltro consentito di delegare una parte della potestà genitoriale all'altro *partner*, con la procedura dell'articolo 377-1 c.c. (Cass. 24 febbraio 2006). Tale possibilità è stata, tuttavia, limitata alle coppie eterosessuali (Cass. 24 febbraio 2006; Cass. 20 febbraio 2007). La giurisprudenza della Corte EDU forse interverrà in senso correttivo anche su questo profilo⁷².

2.2.3. Il concubinato

La mancata disciplina del concubinato da parte del Codice civile del 1804 era stata giustificata da Napoleone Bonaparte con queste parole: “i concubini non si rivolgono alla legge, la legge non si interessa a loro”⁷³. Nel diritto francese, la disciplina delle unioni di fatto (*concubinage*) è quindi in

⁷⁰ “L'adozione può essere richiesta da due coniugi, non separati, sposati da più di due anni o di età, l'uno e l'altro, di più di ventotto anni”.

⁷¹ *Contra*, v., però, Tribunale amministrativo di Parigi, 25 gennaio 1995, *Fretté c/ Département de Paris*.

⁷² Una proposta in tal senso è stata presentata anche da un gruppo di senatori (SENAT, *Session ordinaire de 2009-2010*, n. 96, *enregistrée à la Présidence du Sénat du 12 novembre 2009, Proposition de loi autorisant le partage de l'autorité parentale dans le cas de l'adoption simple de l'enfant du concubin u du partenaire de pacte civil de solidarité*); non pare, comunque, che la proposta sia destinata ad avere un seguito concreto.

⁷³ SENAT, *Session ordinaire de 1998-1999, Annexe au procès verbal de la séance du 10 mars 1999*, n. 258, marzo 2010

larga misura il frutto dell'elaborazione giurisprudenziale.

Bisognerà attendere la legge n. 99-944, sui PACS, per introdurre un Capitolo specifico relativo al concubinato nel codice civile⁷⁴. L'articolo 515-8 ha introdotto una definizione del concubinato aperta anche alle coppie omosessuali, innovando così rispetto alla legislazione⁷⁵ ed alla giurisprudenza⁷⁶ anteriori.

Il concubinato diviene “un'unione di fatto caratterizzata da una vita comune che presenta caratteri di stabilità e di continuità, fra due persone di sesso diverso o del medesimo sesso, che vivono in coppia”.

Come per il PACS, nelle sue linee principali, questo regime giuridico si applica alle coppie sia eterosessuali che omosessuali. La differenza di trattamento tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali, come per il PACS, risiede nell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e nell'adozione, pur con le riserve in proposito già espresse.

A differenza del matrimonio e – probabilmente – del PACS, nel concubinato non si ha obbligo di fedeltà. La fine del concubinato non dà luogo a conseguenze risarcitorie (Cass. civ. I, 31 gennaio 1978). Nessuna disposizione regola la ripartizione delle spese dovute alla vita comune del concubinato, ognuno dei *partners* è quindi libero di partecipare come ritiene (Cass. Civ. I., 19 marzo 1991). Non si ha, dunque, neppure solidarietà nei debiti (Cass. Civ. I., 11 gennaio 1984). Si applica il regime di separazione dei beni, per cui ciascun *partner* è reputato proprietario della metà di un bene, salva diversa indicazione nell'atto d'acquisto. In materia fiscale, i *partners* dichiarano i loro redditi separatamente. Anche la tutela connessa alla previdenza sociale è limitata, come dimostra l'assenza del diritto alla pensione di reversibilità.

3. Le prospettive di riforma

Il 15 novembre 2009, per i dieci anni del PACS, il sindaco socialista di Montpellier, Hélène

Rapport fait tau nom de la Commission des lois constitutionnelles (...), cit., p. 9.

⁷⁴ Capitolo II - *Del concubinato*, inserito nel Titolo XII *Del Patto civile di solidarietà e del concubinato*.

⁷⁵ L'articolo 14 della legge n. 89-462 del 6 luglio 1989 aveva escluso le coppie omosessuali dalla tutela relativa al mantenimento del rapporto di locazione a seguito della morte di un convivente; parimenti, l'articolo L 161-14 del codice di previdenza sociale aveva limitato al convivente eterosessuale l'estensione del regime di previdenza sociale. La legge n. 93-121 del 27 gennaio 2003, *recante varie misure di ordine sociale*, aveva modificato tale ultimo articolo ed aveva così esteso il diritto anche alle coppie omosessuali, imponendo però almeno un anno di coabitazione, condizione non richiesta per le coppie eterosessuali. La stessa legge aveva provveduto anche alla rimozione della limitazione derivante dall'articolo 14 precitato; la relativa disposizione era stata però invalidata, per vizio formale, dal *Conseil constitutionnel*.

⁷⁶ La Corte di cassazione, con la sentenza dell'11 luglio 1989 (Cass. Soc.), confermata da altre del 17 novembre e del 17 dicembre 1997 (Cass. Civ. 3), aveva considerato che le coppie formate da persone del medesimo sesso non potevano usufruire dei benefici del concubinato, definendo quest'ultimo come “una situazione di fatto che consiste in una vita comune di due persone che hanno deciso di vivere come dei coniugi, senza però unirsi con matrimonio, ciò che può riguardare solo una coppia composta da un uomo e una donna”.

Mandroux, ha lanciato un appello per estendere il matrimonio alle coppie omosessuali. È stata seguita da altri partiti politici di sinistra (ma non da tutto il suo partito, anche se l'appello è stato firmato dall'attuale Segretario, Martine Aubry).

Al di là di questa iniziativa, non constano attualmente proposte di riforma all'ordine del giorno del Parlamento tendenti ad estendere alle coppie omosessuali le disposizioni del Codice civile relative al matrimonio ovvero ad introdurre una forma di matrimonio specifico.

GERMANIA

di Maria Theresia Rörig

1. La disciplina costituzionale

1.1. Disposizioni costituzionali relative al matrimonio ed alla famiglia

In Germania, il rapporto di coppia si concretizza fundamentalmente attraverso tre modalità distinte: il tradizionale matrimonio civile (*Ehe*)⁷⁷ tra persone di sesso diverso⁷⁸; la convivenza *more uxorio* (*nichteheliche Lebensgemeinschaften*)⁷⁹ o unione di fatto (la quale non è disciplinata da una specifica normativa, ma i cui singoli aspetti sono stati regolamentati da diversi interventi giurisprudenziali, afferenti per lo più alle coppie eterosessuali) e la c.d. *eingetragenen Lebenspartnerschaft*, l'unione registrata, introdotta da una legge nel 2001, che riguarda esclusivamente le coppie omosessuali.

Tra queste tipologie, l'unica modalità che trova espressa menzione nella costituzione tedesca è il matrimonio. Infatti, l'art. 6 della Legge fondamentale (di seguito: LF)⁸⁰ protegge espressamente "il matrimonio" come strumento normale ed ordinario per la creazione della famiglia, e di conseguenza la coppia *sposata*, nonché "la famiglia". L'art. 6, comma 1, LF stabilisce: "*Il matrimonio e la famiglia sono oggetto di particolare tutela da parte dell'ordinamento statale*", per cui entrambi gli istituti sono protetti da garanzia costituzionale nei confronti di possibili ingerenze statali.

⁷⁷ Regolato nel *Bürgerliche Gesetzbuch* (in seguito: BGB), ai §§ 1303 ss., e tutelato costituzionalmente dall'art. 6, comma 1, Legge fondamentale.

⁷⁸ Si noti che il Tribunale costituzionale federale tedesco (cfr. BVerfGE 49, 286, pronuncia dell'11 ottobre 1978) ha riconosciuto il matrimonio tra un uomo ed un transessuale che si era precedentemente sottoposto ad un intervento medico per il cambio di sesso ed aveva poi corretto l'indicazione del proprio sesso nel libro di nascita (da uomo a donna), per cui veniva giuridicamente considerato appartenente al sesso femminile.

⁷⁹ Il giudizio di riprovazione che nel passato ha accompagnato tale convivenza è stato abbandonata, per lo meno per quanto concerne l'ambito giuridico. Essa non è più sanzionata penalmente, non si ritiene che sia in contrasto con norme imperative e non è contraria all'ordine pubblico.

⁸⁰ Art. 6 LF: (I) Il matrimonio e la famiglia godono della particolare protezione dell'ordinamento statale.

(II) La cura e l'educazione dei figli sono un diritto naturale dei genitori ed un precipuo dovere che loro incombe. La comunità statale sorveglia la loro attività.

(III) Contro il volere degli aventi il diritto-dovere dell'educazione, i figli possono essere separati dalla famiglia solo in base ad una legge, nel caso che gli aventi il diritto-dovere dell'educazione vengano meno al loro dovere o nel caso che, per altri motivi, i figli corrano il rischio di venir trascurati.

(IV) Ogni madre ha diritto alla protezione e all'assistenza della comunità.

(V) Il legislatore assicura ai figli naturali le stesse condizioni di sviluppo, fisico e morale, nonché la stessa posizione sociale, sancita per i figli legittimi.

Sebbene la Legge fondamentale non definisca le nozioni di matrimonio e di famiglia, secondo la costante giurisprudenza e la dottrina, né l'unione registrata né la mera convivenza⁸¹, sia etero che omosessuale, possono riassumersi nella definizione di matrimonio od in quella di famiglia; esse, dunque, non rientrano nell'ambito di una particolare tutela costituzionale, nonostante si basino su rapporti meritevoli di attenzione, in quanto caratterizzati da vincoli di affettività.

Il matrimonio è riservato a coppie di sesso diverso: tale requisito, pur non esplicitamente previsto né dalla Legge fondamentale né dal codice civile, è quasi unanimemente⁸² considerato quale caratteristica indefettibile dell'istituto del matrimonio (cfr., oltre a quanto si dirà *infra*, in particolare BVerfGE, pronuncia del 4 ottobre 1993, in *NJW*, 1993, p. 3058: “*il matrimonio, da un punto di vista costituzionale, è la convivenza tra un uomo e una donna*”).

La famiglia, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, è da qualificarsi come l'unione omnicomprensiva tra il genitore o i genitori (coniugati o non coniugati) da un lato, ed i figli, anche naturali⁸³ od adottati, dall'altro, e si caratterizza, in particolare, per i diritti e gli obblighi che sussistono in capo ai genitori in relazione alla cura ed all'educazione della prole⁸⁴. La mera convivenza, quindi, sebbene si fondi anch'essa su vincoli di affettività, non viene considerata “famiglia” nel senso costituzionale. È invero controversa la questione se l'unione matrimoniale senza figli possa qualificarsi come “famiglia”. La dicitura dell'art. 6, comma 1, LF, che distingue tra matrimonio e famiglia, sembrerebbe contraddire una tale affermazione⁸⁵.

Alla luce di ciò sembra potersi, in ogni caso, escludere che ci sia un collegamento diretto, o quanto meno necessario, tra famiglia e matrimonio.

Conclusivamente, si può osservare che, da un punto di vista costituzionale, le convivenze di fatto, sia etero che omosessuali, nonché le unioni registrate siano oggetto di un vero e proprio agnosticismo. Tuttavia, secondo la giurisprudenza e la dottrina, la libertà di convivere delle persone può farsi riassumere nell'ambito della loro libertà di azione e, per questa via, può rientrare nell'alveo dei diritti protetti dall'art. 2 LF (v. *infra*).

1.2. La definizione del matrimonio nella giurisprudenza costituzionale tedesca e l'esclusione delle convivenze omosessuali

⁸¹ Cfr., ad esempio, la sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco del 28 febbraio 2007 (1 BvL 5/03), che ha rigettato come infondata la questione di costituzionalità proposta da una coppia di conviventi cui la cassa mutua aveva negato, in ottemperanza alla normativa in materia, il rimborso delle spese sostenute per la fecondazione assistita, rimborso che invece spetta fino al 50% del costo della procedura alle coppie regolarmente sposate.

⁸² Cfr., per tutti, G. ROBBERS in v. Mangold, Hermann/Klein Friedrich/Starck, Christian, *Das Bonner Grundgesetz*, ed. 2005, Art. 6, comma 1, LF, n. 38; BVerfGE 10, 59, 66; 29, 166, 176; 62, 323, 330; 105, 313, 345.

⁸³ Cfr. anche art. 6, comma 5, LF.

⁸⁴ V., per tutti, BVerfGE 10, 59, 66; 48, 327, 339, e G. ROBBERS in v. Mangold, *op. cit.*, Art 6, comma 1 LF, n. 77 e 78, con ulteriori riferimenti.

⁸⁵ G. ROBBERS in v. Mangold, *op. cit.*, Art 6, comma 1 LF, n. 78.

Il *Bundesverfassungsgericht* ha, già con una ordinanza del 4 ottobre 1993⁸⁶, chiaramente affermato la applicabilità della tutela costituzionale del matrimonio di cui all'art. 6 Legge fondamentale alle sole coppie eterosessuali, e non anche a quelle omosessuali.

Infatti, i ricorsi diretti (fondati sulla tutela costituzionale del matrimonio e della famiglia, sul diritto della persona allo sviluppo della propria personalità e sulle previsioni anti-discriminazione) promossi da coppie omosessuali per vedersi riconosciuto il diritto ad accedere all'istituto matrimoniale hanno avuto esito negativo dinanzi al Tribunale costituzionale federale.

Quest'ultimo ha rilevato in proposito, come accennato, che il matrimonio si sostanzia nell'unione di un uomo con una donna e che, allo stato, non sussisteva alcuna evoluzione nel costume sociale in grado di porre in dubbio questa fondamentale premessa⁸⁷. Da quest'ultima affermazione, si può forse desumere, tra le righe, la possibilità di un'apertura, in tempi futuri, verso una più ampia definizione dell'istituto matrimoniale, "qualora, un giorno, dovesse mutare la coscienza sociale in merito alla nozione di matrimonio". Autorevole dottrina sostiene, però, che l'equiparazione delle coppie omosessuali alle coppie sposate a livello costituzionale necessiterebbe, in ogni caso, di una revisione costituzionale⁸⁸.

La necessaria diversità del sesso quale requisito essenziale dell'istituto del matrimonio è poi stata confermata anche nella sentenza del 17 luglio 2002 (1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01), in cui il Tribunale costituzionale ha, come si vedrà meglio nel prosieguo, affrontato la questione di legittimità costituzionale della legge tedesca sulle convivenze omosessuali registrate. In detta sentenza, il Tribunale ha ribadito come il matrimonio sia riservato alle sole coppie eterosessuali, rappresentando così un *aliud* rispetto alle unioni omosessuali.

In generale, la distinzione tra matrimonio ed unione omosessuale viene asseverata dalla considerazione che, per il bene comune, il futuro dello Stato può essere al meglio assicurato attraverso l'agevolazione del matrimonio e della famiglia, istituti entrambi particolarmente atti a garantire la procreazione e, con essa, la sopravvivenza della società alla quale non può contribuire invece l'unione omosessuale⁸⁹.

Nell'univoco orientamento della giurisprudenza costituzionale si ritiene inoltre, alla luce di ciò, che lo Stato non sia tenuto ad accordare ad altre forme di convivenza la medesima tutela prevista per l'istituto del matrimonio e che il legislatore abbia diritto di privilegiare quest'ultimo⁹⁰. Pertanto,

⁸⁶ Cfr. BVerfGE, ordinanza del 4 ottobre 1993, in: *NJW* 1993, p. 3058, ed in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1993, p. 1419 e ivi, 1994, p. 21 ss. con commento di Radloff; cfr. anche BVerfGE 10, 59, 66; 29, 166, 176; 49, 286, 300; 62, 323, 330; 105, 313, 345.

⁸⁷ BVerfGE, ordinanza del 4 ottobre 1993, cit.; Secondo G. ROBBERS, in v. Mangold, *op. cit.*, Art. 6, comma 1, LF, n. 47, anche il riconoscimento di matrimoni validamente conclusi all'estero presuppone un cambiamento fondamentale di principi e valori della società e di strutture giuridiche che attualmente non esiste.

⁸⁸ G. ROBBERS, in v. Mangold, *op. cit.*, Art. 6, comma 1, LF, n. 47 con ulteriore riferimenti.

⁸⁹ G. ROBBERS, in v. Mangold, *op. cit.*, Art. 6, comma 1, LF, n. 46.

⁹⁰ BVerfGE 6, 55, 76 s.; 105, 313, 348, e BVerfGE del 20 settembre 2007 (2 BvR 855/06) nonché l'ordinanza del 6 marzo 2010

la diversa disciplina, ad esempio in materia contributiva, che caratterizza lo *status* di coniuge rispetto a quello del *partner*-convivente, non ha, secondo il Tribunale, carattere discriminatorio.

D'altro canto, al legislatore non è preclusa la regolamentazione di singoli aspetti della convivenza o anche l'elaborazione di una disciplina organica. Inoltre, non è impedita l'estensione, in via analogica, di alcune disposizioni di legge riguardanti il matrimonio ad altre forme di convivenza, ad esempio in materia di locazione, di assistenza sociale ovvero in materia processuale, come nel caso del diritto di astenersi dal testimoniare.

È però vietato parificare e, *a fortiori*, privilegiare le forme alternative o concorrenti rispetto al matrimonio. Una simile evenienza, infatti, si porrebbe in contrasto con l'art. 6 LF⁹¹. In tale ottica, si comprende il motivo per cui, generalmente, alle convivenze non fondate sul matrimonio vengano applicate, in via analogica, le disposizioni relative al matrimonio concernenti i relativi obblighi piuttosto che i diritti. Diversamente, si spiega, la convivenza *more uxorio* verrebbe ad essere appunto privilegiata rispetto al matrimonio, in contrasto con l'art. 6 LF.

Ciò posto si può riscontrare una certa tendenza all'apertura nella giurisprudenza costituzionale verso l'equiparazione delle unioni omosessuali⁹² a quelle fondate sul matrimonio.

In una recente sentenza del 7 luglio 2009 (1 BvR 1164/97)⁹³, i giudici hanno stabilito che, a livello costituzionale, non esiste alcun fondamento al privilegio economico finora accordato dal regime pensionistico per il pubblico impiego alle coppie sposate rispetto alle coppie omosessuali legate in unioni registrate. Il ricorso costituzionale oggetto della pronuncia riguardava, in particolare, il diverso trattamento in riferimento alla pensione di reversibilità, riconosciuta solamente al coniuge superstite, e non anche al *partner* superstite.

Fare riferimento al matrimonio ed alla sua tutela costituzionale non è, secondo il Tribunale, sufficiente per giustificare la disparità di trattamento. Valide ragioni di fatto che giustifichino un trattamento diseguale nell'ambito delle pensioni di reversibilità nei regimi pensionistici non esistono, ed in particolare non si rinvencono nella disparità di situazioni di vita tra coppie sposate e conviventi⁹⁴.

maggio 2008, 2 (BvR 1830/06).

⁹¹ G. ROBBERS, in v. Mangold, *op. cit.*, Art. 6, comma 1, LF, n. 50 con ulteriori riferimenti; v. anche BVerfGE 9, 20, 34 s.

⁹² Non però con riferimento al c.d. *Familienzuschlag* (assegno familiare) a favore degli impiegati statali coniugati (per mancanza di situazioni equivalenti), cfr. *infra* in merito a: BVerfGE, ordinanza del 6 maggio 2008, 2 BvR 1830/06, e BVerfGE, ordinanza del 20 settembre 2007, 2 BvR 855/06.

⁹³ Cfr., per i dettagli, le Segnalazioni concernenti l'attività del *Bundesverfassungsgericht*, Luglio-Ottobre 2009, del Servizio Studi, Sezione di Diritto Comparato, a cura di Maria T. Rörig.

⁹⁴ Una disparità di trattamento non può essere giustificata, secondo la pronuncia, in virtù del fatto che le coppie sposate hanno un differente regime pensionistico derivante dalla necessità di crescere i figli. Non tutte le coppie sposate hanno figli. Non tutte le coppie sposate sono orientate ad averne. Né costituisce valido argomento la "divisione dei ruoli" tra i coniugi, per cui di solito uno di essi è meno orientato alla ricerca di un'occupazione. L'immagine del coniuge che "porta i soldi a casa", per cui l'obbligo di mantenimento grava soltanto su questi, tra l'altro ormai non più

Dalla necessità o dalla possibilità per il legislatore di conferire un trattamento più favorevole al matrimonio rispetto alle altre unioni⁹⁵, non deve, secondo il Tribunale, discendere una situazione di svantaggio per le altre scelte di vita. Non è quindi costituzionalmente legittimo desumere dalla speciale disciplina matrimoniale una scelta discriminatoria con riguardo alle convivenze registrate.

Pertanto, qualora il trattamento favorevole del matrimonio comporti una situazione di svantaggio per le altre situazioni di convivenza, il mero riferimento all'esigenza di tutela del matrimonio non legittima tale differenziazione, in quanto tali situazioni di convivenza possono porsi sullo stesso piano del rapporto di coniugio, dal momento che anche per esse è dettata una specifica disciplina, che persegue particolari obiettivi.

Secondo i giudici costituzionali, non vi sono differenze, né di diritto né di fatto, che possano giustificare un trattamento meno favorevole per le unioni civili registrate in materia di pensione di reversibilità.

Una certa apertura si riscontra, inoltre, in una pronuncia del 27 maggio 2008⁹⁶, in cui il Tribunale costituzionale federale ha deciso sulla legittimità costituzionale di una disposizione di legge che imponeva ad un coniuge transessuale di divorziare per ottenere lo stato libero quale requisito per far riconoscere ed accertare dal giudice competente l'avvenuto cambiamento del proprio sesso.

In tale pronuncia, da un lato, il Tribunale riconosce il legittimo obiettivo con cui il legislatore intende riservare alle coppie di sesso diverso l'istituto del matrimonio, ammettendo che l'accertamento giurisdizionale dell'avvenuto cambiamento di sesso, nella sussistenza di un rapporto matrimoniale, comporterebbe una deroga alla normativa costituzionale in materia di matrimonio, allo stato non consentito per unioni tra soggetti appartenenti allo stesso sesso.

Dall'altro lato, però, al Tribunale non è sfuggito il grave pregiudizio che una simile disposizione crea al coniuge transessuale, costretto tra la scelta di rinunciare al riconoscimento della propria identità sessuale o, in alternativa, alla sua relazione matrimoniale, altrettanto tutelata.

In questo senso, il Tribunale costituzionale ritiene che l'interesse del legislatore alla conservazione dell'istituto del matrimonio, secondo la sua accezione tradizionale (unione tra uomo e donna) non debba, in linea di principio, cedere davanti all'interesse della coppia "diventata" omosessuale (coniugi dello stesso sesso) a veder tutelato un loro preesistente matrimonio. Ma, allo

corrispondente alla realtà sociale, non può essere considerata come il *discrimen* in base al quale assegnare la pensione di reversibilità. D'altra parte, non può escludersi che anche nelle convivenze registrate si realizzi una tale divisione dei ruoli, qualora un convivente si orienti verso la ricerca di un'occupazione lavorativa e l'altro verso la cura della casa e della prole. Infatti, in un gran numero di convivenze registrate vivono bambini, soprattutto in quelle tra donne.

⁹⁵ Secondo il Tribunale, la disciplina più favorevole per il matrimonio in materia di mantenimento e di pensioni nonché per la normativa fiscale può essere giustificata in base alla comunione di vita materiale e spirituale dei coniugi ed alla responsabilità reciproca che questi hanno assunto in virtù di un vincolo giuridico permanente.

⁹⁶ Cfr., per ulteriori dettagli, le Segnalazioni concernenti l'attività del *Bundesverfassungsgericht*, Maggio-Giugno 2008, del Servizio Studi, Sezione di Diritto Comparato, a cura di Maria T. Rörig.

stesso tempo, il legislatore non può ignorare l'interesse della coppia alla conservazione dello *status* coniugale ancora esistente. Pertanto, il Tribunale ha, nel caso di specie, alla luce di una ponderazione degli interessi in conflitto, ritenuto che la disposizione secondo cui il coniuge transessuale era costretto a divorziare per ottenere il riconoscimento della sua nuova identità sessuale fosse da considerarsi incostituzionale.

Il Tribunale costituzionale, pur lasciando al legislatore il compito di decidere come rimediare alla incostituzionalità riscontrata, ha fatto, però, intendere che quest'ultimo potrebbe liberamente decidere di abrogare semplicemente la disposizione incostituzionale e di conseguenza consentire il perdurare del (preesistente) matrimonio (che, ovviamente, a seguito del riconoscimento anagrafico del mutamento da parte del coniuge transessuale comporterebbe, come logica conseguenza, un matrimonio tra coniugi dello stesso sesso).

In caso contrario, il legislatore dovrà prevedere una forma di “*comunione di vita ed assistenza reciproca*” garantita per legge, in base alla quale il matrimonio preesistente del coniuge transessuale possa continuare⁹⁷.

1.3. Altre disposizioni costituzionali che tutelano forme di convivenza diverse da quella matrimoniale

Il fenomeno delle coppie o unioni di fatto non trova, come accennato, alcuna espressa menzione nella Legge fondamentale. Tuttavia, se alle convivenze non basate sul matrimonio l'ordinamento tedesco non garantisce e non potrà garantire la protezione riservata dall'art. 6, comma 1, LF ai coniugi ed alla famiglia, è altresì chiaro, sia per la giurisprudenza che per la dottrina, che la libertà di convivere delle persone potrà essere considerata come un aspetto della più ampia libertà di azione, rientrando così nei diritti protetti dall'art. 2 LF⁹⁸. Inoltre, può avere rilevanza in relazione alle unioni omosessuali la tutela dell'art. 3, comma 3, LF⁹⁹, secondo cui nessuno può essere discriminato per il proprio sesso. Ciò detto, non si può comunque pretendere una completa

⁹⁷ Si noti che il Tribunale costituzionale ha, nell'ordinanza del 6 dicembre 2005 (1 BvL 3/03), inoltre tenuto conto degli interessi dei transessuali che non hanno cambiato il sesso, ma solamente il nome (la “c.d. piccola soluzione” prevista dalla legge sui transessuali). Ha, infatti, ritenuto incostituzionale la disposizione secondo cui un tale transessuale debba, qualora voglia contrarre matrimonio (ovviamente con persona di sesso diverso), rinunciare al nome cambiato in precedenza. In altre parole, è in contrasto con la Legge fondamentale che un transessuale (di sesso maschile) che ha assunto un nome femminile debba rinunciare a tale nome qualora si voglia sposare con una donna.

⁹⁸ Art. 2 LF: (I) Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale.

(II) Ognuno ha diritto alla vita e all'incolumità fisica. La libertà della persona è inviolabile. Questi diritti possono essere limitati soltanto in base ad una legge.

La tutela di cui all'art. 2 LF si estende, diversamente da quella dell'art. 6 LF, anche alle convivenze o unioni di fatto tra persone dello stesso sesso.

⁹⁹ Art. 3 (III) LF: Nessuno può essere pregiudicato o favorito per il suo sesso, per la sua nascita, per la sua razza, per la sua lingua, per la sua nazionalità o provenienza, per la sua fede, per le sue opinioni religiose o politiche.

equiparazione ovvero un trattamento uguale a quello del matrimonio, data la particolare tutela di cui esso gode e la diversità da esso delle convivenze omosessuali.

In ogni caso, al legislatore non è, come detto (v. *supra*), preclusa la regolamentazione di singoli aspetti della convivenza omosessuale o anche l'elaborazione di una disciplina organica del fenomeno.

In concreto, il legislatore federale ha disciplinato l'unione omosessuale con la legge del 16 febbraio 2001, sul c.d. "partnerariato di vita registrato" (*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft – in breve: Lebenspartnerschaftsgesetz* (LPartG)), locuzione traducibile anche con le espressioni "convivenza registrata", "unione solidale" o "unione civile registrata" (*eingetragene Lebenspartnerschaft*).

Tale legge, a parere del Tribunale costituzionale, nel rivolgersi alle sole coppie omosessuali, non si pone tra l'altro in concorrenza col matrimonio, e quindi è libera di accordare ogni livello di protezione senza con ciò intaccare i dettami dell'art. 6, comma 1, LF.

1.4. Il riparto di competenze tra *Bund* e *Länder* in materia

Le questioni afferenti al *diritto civile*, tra cui il *diritto di famiglia*, appartengono, ai sensi dell'art. 74, comma 1, n° 1, alla c.d. *konkurrierende Gesetzgebung* (legislazione concorrente). Da ciò consegue che, avendo il *Bund* esercitato il proprio potere legislativo (per quanto riguarda il matrimonio nel codice civile e per quanto riguarda le unioni registrate di coppie omosessuali nella sopra-citata LPartG), ai *Länder* è preclusa la possibilità di legiferare su tali materie¹⁰⁰.

A tal riguardo, deve ricordarsi che, in precedenza, una legge del *Land* Amburgo del 1999 aveva già previsto e disciplinato il c.d. "matrimonio all'amburghese", ovvero tra persone dello stesso sesso¹⁰¹. Tale normativa, però, aveva una portata piuttosto limitata, atteso che consentiva alle coppie omosessuali, in cui almeno un *partner* fosse residente ad Amburgo, di registrare la loro unione; registrazione da cui, peraltro, non discendevano né diritti né doveri né, tanto meno, alcuna incidenza sullo stato civile. Comunque, per quanto si è detto, l'entrata in vigore della normativa federale sulle unioni registrate (LPartG) ha comportato l'abrogazione dell'istituto della "*Hamburger Ehe*".

Sempre con riferimento ai rapporti tra *Bund* e *Länder*, può ricordarsi che l'*iter* burocratico per la registrazione e l'attuazione delle richieste di regolarizzazione ai sensi della LPartG, nonché la determinazione dell'autorità competente in relazione alla registrazione delle convivenze furono inizialmente oggetto di leggi di attuazione nei vari *Länder* che, in gran parte, sono state poi abrogate, a seguito dell'introduzione di una legge federale sullo stato civile nel 2009¹⁰². A decorrere

¹⁰⁰ È peraltro da notare che anche i *Länder* prevedono nelle loro costituzioni disposizioni relative al matrimonio ed alla famiglia.

¹⁰¹ La c.d. *Hamburger Ehe, Gesetz über die Eintragung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften* del 14 aprile 1999.

¹⁰² Il *Personenstandgesetz (PStRG)* del 19 febbraio 2007 (*BGBI*, 2007, I, 122), entrato in vigore il 1° gennaio 2009.

dal 1° gennaio 2009, la LPartG prevede, ai fini della registrazione, la competenza degli ufficiali di stato civile; tuttavia, la legge contiene una c.d. “*clausola di apertura*” a favore di eventuali leggi dei *Länder*, i quali, in deroga alla disciplina federale, possono determinare quale sia l’autorità competente per effettuare la registrazione delle unioni omosessuali¹⁰³.

Inoltre, sebbene la competenza in materia di diritto di famiglia e di stato civile spetti, come visto, al *Bund*, permane comunque in capo ai *Länder* la regolamentazione di molti altri aspetti inerenti a numerose materie che richiamano o fanno riferimento allo *status* di coniuge, al convivente di fatto od al convivente registrato¹⁰⁴. In quest’ottica, e con riferimento precipuo alla legislazione del *Land*, si pone spesso la questione relativa all’equiparazione delle convivenze non basate sul matrimonio con quest’ultimo istituto (v. anche *infra*).

2. La disciplina a livello sub-costituzionale

2.1. L’*iter* tribolato della legge che riconosce le unioni omosessuali registrate

Fino a circa dieci anni fa, nel sistema tedesco mancava totalmente di regolamentazione in ordine alle unioni omosessuali, considerate fino agli anni settanta penalmente rilevanti e, ancora durante gli anni ottanta, contrarie al buon costume (*sittenwidrig*). Tale assenza di regolamentazione si estendeva e si estende, tra l’altro, anche alle unioni di fatto eterosessuali che fino ad oggi non hanno trovato un’apposita regolamentazione.

Il vuoto legislativo ha, d’altra parte, reso possibile alle coppie conviventi, sia etero che omosessuali, il ricorso a diversi strumenti di diritto comune (quali, ad es., i contratti, gli accordi, le convenzioni¹⁰⁵) per regolamentare i vari aspetti del rapporto di convivenza. Tra questi non vi è dubbio che l’istituto contrattuale sia stato quello più diffuso fino a quando, dopo un acceso dibattito parlamentare innescato anche dal grande interesse che la questione aveva avuto a livello di opinione pubblica sin dai tempi del “matrimonio amburghese”, un passo decisivo è stato compiuto dal legislatore tedesco.

Il legislatore, infatti, con l’entrata in vigore della LPartG, ha colmato il vuoto normativo in

¹⁰³ Le dichiarazioni di cui al LPartG possono quindi essere rese, se così previsto da una legge del *Land*, nei confronti di un altro ufficiale rogante o un’altra autorità. I *Länder* Baden-Württemberg e Turingia si sono avvalsi della clausola di apertura e quindi hanno derogato alla competenza degli ufficiali di stato civile. In Baviera, invece, sono considerati competenti gli ufficiali di stato civile, ma la dichiarazione può essere resa, in alternativa, davanti ad un notaio.

¹⁰⁴ Infatti, i *Länder*, non solo emanano disposizioni amministrative, ma sono titolari anche della competenza in materia di impiego pubblico (e quindi, ad esempio, con riferimento alla pensione di vecchiaia e di reversibilità per i superstiti e ad altri benefici o doveri – disciplina che fa per natura riferimento alla nozione del coniuge e/o a quella di altro tipo di convivente), in materia dei defunti, in materia statistica e di registri, nell’ambito di misure di sicurezza e di polizia, in materia di procedura amministrativa, ecc.

¹⁰⁵ Si nota che anche per la coppia eterosessuale che abbia intenzione di unirsi in matrimonio, il BGB, al § 1408, prevede la possibilità di stipulare una c.d. convenzione matrimoniale, detta *Ehevertrag*, per cui è necessaria la forma notarile (almeno per quanto riguarda gli accordi sul regime patrimoniale).

materia (determinando così un'inversione di tendenza sul piano dell'irrelevanza giuridica di questi rapporti para-familiari), accogliendo le forti aspettative delle persone omosessuali, coinvolte in siffatte convivenze, che rivendicavano il riconoscimento giuridico della loro unione.

Il percorso di tale legge non fu comunque facile. I promotori (la SPD ed i verdi), di fronte alle difficoltà che emergevano dai dibattiti parlamentari, fecero ricorso ad un *escamotage*, consistente nella suddivisione della emananda disciplina sulle unioni registrate in due «parti».

Un primo insieme di regole veniva dedicato alla formazione, alla vita ed alla fine dell'unione. In base alle regole sul procedimento legislativo tedesco, per questa parte, non era necessario l'assenso del *Bundesrat* ed essa poté portare a termine il proprio *iter* senza particolari difficoltà, entrando in vigore nel 2001, come LPartG.

Di contro, la seconda parte, il cd. *Lebenspartnerschaftsergänzungsgesetz* (una legge integrativa), che affrontava tematiche afferenti alla materia fiscale e tributaria ed ai rapporti di impiego pubblico, non è stata approvata a causa dell'opposizione dei rappresentanti dei *Länder* conservatori presenti nel *Bundesrat*.

Si è, quindi, venuta a creare una situazione foriera di problemi, la cui soluzione è stata in parte rimessa alle decisioni giurisprudenziali (cfr. *infra*).

Invero, questa incisiva “svolta” dell'ordinamento favorevole alle coppie *gay* ha fatto sì che la LPartG, da un lato, non abbia avuto il plauso né della Chiesa cattolica tedesca né di quella protestante e, dall'altro, abbia incontrato una forte opposizione in taluni *Länder* guidati da una maggioranza facente capo ai partiti di centro-destra. I *Länder* di Baviera, Sassonia e Turinga hanno poi presentato un ricorso in via principale al Tribunale costituzionale tedesco avverso la LPartG, asserendone la contrarietà con il dettato costituzionale, che garantisce, appunto, una particolare tutela all'istituto del matrimonio tra uomo e donna.

Tuttavia, con la già menzionata sentenza del 17 luglio 2002 (BVerfGE 105, 313; 1 BvF 1/01 e 1 BvF 2/01)¹⁰⁶, i giudici di Karlsruhe hanno respinto il ricorso, ritenendo la legge impugnata in linea con la Legge fondamentale, posto che “*le unioni omosessuali non si pongono in concorrenza con il matrimonio tradizionale, dal momento che non riguardano lo stesso tipo di persone ma specificamente la cerchia dei gay e delle lesbiche*”, non andando, così, ad incidere minimamente sul matrimonio eterosessuale e non rappresentandone una *deminutio*.

Il fatto che nella Legge fondamentale il matrimonio venga privilegiato sotto molti aspetti non significa, secondo i giudici di Karlsruhe, che altre forme di unione debbano essere penalizzate, ma solo che l'istituto del matrimonio resta immutato e che ad esso se ne aggiunge un altro destinato alle coppie di fatto. Il Tribunale ha, anzi, stabilito che il legislatore è libero di prevedere per le unioni omosessuali registrate obblighi e doveri equivalenti a quelli previsti per il matrimonio o che si avvicinino agli stessi. A parere del Tribunale, la LPartG, non ponendosi in concorrenza col matrimonio, può accordare ogni livello di protezione senza per questo intaccare i dettami dell'art. 6,

¹⁰⁶ La sentenza è stata resa con 5 voti a favore e 3 contrari.

comma 1, LF.

Con tali affermazioni, il Tribunale ha d'altronde aperto la via alla novella della legge stessa della fine del 2004, entrata in vigore il 1° gennaio 2005¹⁰⁷. Infatti, sancendo che la particolare protezione offerta dallo Stato tedesco alla famiglia ed al matrimonio non ostava all'attribuzione ad altre forme di convivenza di diritti analoghi o uguali a quelli previsti per i coniugi, il Tribunale ha permesso al legislatore tedesco di modificare la disciplina sostanziale in materia, portando a compimento l'*iter* iniziato nel 2001 ed avvicinando sempre più la regolamentazione della *Lebenspartnerschaft* alla disciplina dettata dal BGB per i coniugi, molto spesso optando per rimandi diretti. La prima versione della legge presentava ancora una serie di differenze artificiose rispetto al matrimonio, introdotte per rispettare l'art. 6 LF, ma anche per non rischiare di incorrere nella dichiarazione di illegittimità costituzionale.

2.2. Le forme di convivenza ed il loro riconoscimento

Come accennato, in Germania esistono tre forme di convivenze (più o meno) riconosciute. Atteso che il *matrimonio* è riservato costituzionalmente alle persone di sesso diverso, le coppie omosessuali, allo stato, non possono far altro che scegliere per la loro regolamentazione la via della menzionata *convivenza registrata* di cui al LPartG ovvero quella della convivenza di fatto (che però gode, come si vedrà, di un limitato riconoscimento e di una minor tutela). Vi è infine, in via residuale, il ricorso a strumenti di diritto comune, quali i patti di convivenza, *Partnerschaftsverträge*.

2.2.1. La convivenza registrata

L'istituto giuridico della "convivenza registrata" (*eingetragene Lebenspartnerschaft*) è stato introdotto in Germania dalla LPartG, approvata dal *Bundestag* come parte integrante (art. 1) della Legge per la cessazione della discriminazione nei confronti delle unioni di vita dello stesso sesso (*Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften*) del 16 febbraio 2001, ed entrata in vigore il 1° agosto successivo. La LPartG – più volte oggetto di modifiche ed integrazioni (tra cui si ricorda la già menzionata novella del 2005¹⁰⁸), da ultimo nel 2009¹⁰⁹ – consente alle coppie in questione di registrare la loro unione

¹⁰⁷ Si segnala che il Governo del *Land* Baviera ha rinunciato, in data 8 luglio 2009, al ricorso con cui aveva, nel 2005, sollevato la questione di legittimità costituzionale in merito alla legge di modifica del 2004 della normativa sulla convivenza registrata con particolare riguardo alle disposizioni sull'adozione. Il Tribunale federale ha pertanto dichiarato estinto il procedimento, constatato che non sussistevano motivi di interesse pubblico per la decisione sullo stesso.

¹⁰⁸ I punti principali della riforma del 2005 hanno riguardato l'introduzione dell'istituto del fidanzamento, la recezione pressoché completa della disciplina prevista per i coniugi in materia di regime patrimoniale, di condizioni per lo scioglimento definitivo e conseguente diritto al mantenimento. Inoltre, anche per i *partners* registrati è ora previsto il c.d. *Versorgungsausgleich*, ovvero la ripartizione delle aspettative o prospettive previdenziali maturate durante il matrimonio, ed essi sono beneficiari dell'assicurazione sociale obbligatoria (*gesetzliche Rentenversicherung*). La legge, marzo 2010

dinanzi all'Ufficiale di Stato Civile od altra autorità competente come definita nei regolamenti dei singoli *Länder*.

La legge sulla convivenza registrata¹¹⁰ non equipara a tutti gli effetti la convivenza al matrimonio, pur applicando alle persone che decidono di unirsi in tale forma di convivenza disposizioni analoghe e, in parte, identiche a quelle contenute nel *BGB* per la disciplina del matrimonio. In altri termini, mentre altre legislazioni hanno fatto un mero rinvio alle norme che regolano il matrimonio, il legislatore tedesco ha optato per una disciplina di dettaglio dell'istituto formalmente autonoma, anche se sostanzialmente simile a quella matrimoniale (salvo il rinvio a norme del codice civile per regolamentare aspetti specifici).

2.2.1.1. La tutela offerta dalla LPartG

Affinché due persone dello stesso sesso possano dar vita ad una convivenza registrata ai sensi della LPartG, è necessario che queste dichiarino reciprocamente, personalmente e contestualmente dinanzi all'Ufficiale di Stato civile ovvero all'autorità competente di voler condurre una convivenza vitalizia, senza apporre condizioni o termini (§ 1 LPartG).

La legge tedesca sulla convivenza registrata è rivolta esclusivamente a coppie omosessuali legate da un rapporto affettivo-sessuale. E, infatti, la convivenza non può essere efficacemente costituita 1) con una persona che sia minorenne o coniugata o che già conduca una convivenza con un'altra persona; 2) tra persone che siano legate da parentela in linea retta; 3) tra fratelli; 4) quando i

inoltre, ha modificato alcune disposizioni del diritto federale, in particolare del *BGB*, per eliminare alcune difficoltà evidenziatesi dopo l'introduzione dell'istituto.

Per completezza sono da ricordare anche altre leggi che hanno contribuito a modificare l'assetto iniziale del testo in discorso: ad esempio, la *Gesetz zur Änderung des Ehe- und Lebenspartnerschaftsnamensrecht* del febbraio 2005 (*BGBI*, I, 203), relativa al cognome comune (che ha inciso sul LPartG con effetti a partire dal 12 febbraio 2010), la *Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts* del 21 dicembre 2007 (*BGBI*, I, 3189), in vigore dal 1° gennaio 2008, che ha modificato la disposizione sul mantenimento a seguito di scioglimento dell'unione (§ 16 LPartG), la *Personenstandgesetz (PStRG)* (legge federale sullo stato civile) del 19 febbraio 2007 (*BGBI*, I, 122), la *FGG-Reformgesetz* (legge sulla riforma della giurisdizione volontaria) del 17 dicembre 2008 (*BGBI*, I, 2586), la *Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs* (legge di riforma relativa alla ripartizione delle aspettative previdenziali maturate) del 3 aprile 2009, e la *Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts* (relativa al regime patrimoniale) del 6 luglio 2009 (*BGBI*, I, 1696).

¹⁰⁹ Con l'art. 7 della Legge del 6 luglio 2009 (*BGBI*, I, 1696), entrata in vigore il 1° settembre 2009.

¹¹⁰ Sulla quale, v., nella dottrina italiana, F. BRUNETTA D'USSEAUX, *L'unione registrata in Germania alla luce delle recenti modifiche legislative*, in *Familia* 2008, vol. 3, p. 3 ss.; ID., *Il diritto di famiglia nell'Unione europea: formazione, vita e crisi della coppia*, CEDAM, Padova, 2005, p. 71 ss.; nonché ID., *I Partnerschaftsverträge nella giurisprudenza tedesca*, in *Matrimonio, matrimonii, L'alambicco del comparatista* (a cura di F. Brunetta d'Usseaux e A. D'Angelo), Milano, 2000, p. 231 ss.; F. D'ANGELI, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?* CEDAM, Padova, 2003, p. 55 ss.; S. ASPREA, *La Famiglia di Fatto in Italia e in Europa*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 199 ss.; E. CALÒ, *Matrimonio à la carte: matrimoni, convivenze registrate e divorzi dopo l'intervento comunitario*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 128 ss.; S. MELIS, *Il regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in *Rass. Parl.* 2005, 1, p. 267 ss.

conviventi, concordemente ed in occasione della costituzione della convivenza, dichiarino di non voler assumere gli obblighi di assistenza e sostegno reciproci previsti dai §§ 1 e 2 della stessa legge. In altri termini, la validità dell'unione non può prescindere da una assunzione reciproca di responsabilità da parte dei due *partners*.

I conviventi possono adottare un *cognome comune* (c.d. cognome della convivenza, *Lebenspartnerschaftsname*) (§ 3 LPartG), scegliendo tra il cognome dell'uno o dell'altro e, una volta costituita la convivenza, in assenza di disposizioni contrarie, un *partner* si considera come membro della famiglia dell'altro (§ 11 LPartG)¹¹¹.

Come i coniugi uniti in matrimonio, anche i conviventi hanno l'*obbligo (reciproco) di assistenza, sostegno e di mantenimento* (§ 5), che permane solitamente anche in caso di cessazione dell'unione, nonché di organizzazione della vita in comune. I conviventi sono, infatti, reciprocamente obbligati ad un adeguato contributo al *ménage* mediante il loro lavoro ed il loro patrimonio.

Alla convivenza si applica, analogamente a quanto accade per i coniugi, il regime patrimoniale della c.d. comunione degli incrementi (*Zugewinnngemeinschaft*)¹¹², salvo patto contrario (trova applicazione la relativa disciplina del codice civile, espressamente richiamata: cfr. § 6¹¹³). Il § 7 prevede inoltre che i conviventi possano regolare i loro rapporti patrimoniali tramite apposito contratto di convivenza.

Con riferimento all'*affidamento* ed all'*adozione*, è stabilito quanto segue: se il genitore che ha l'affidamento esclusivo di un figlio è parte di un'unione registrata, il suo convivente ha il diritto di codecisione ("*kleines Sorgerecht*") nelle vicende della vita quotidiana del bambino, in accordo con il genitore affidatario (§ 9, comma 1). In caso di pericolo imminente, il convivente è inoltre legittimato a compiere tutti gli atti giuridici che sono necessari per il bene del bambino (ad esempio, autorizzare un trattamento medico urgente); il genitore affidatario deve però essere immediatamente informato. Il tribunale della famiglia può limitare o escludere tali poteri, quando ciò si renda necessario per il bene del bambino. Infine, i due *partners* possono decidere di attribuire al figlio di uno dei due, che però viva con entrambi, il nome prescelto per l'unione (§ 9, comma 5 LPartG).

Una delle principali innovazioni del 2005 riguarda l'istituto dell'adozione. Mentre permane il divieto di adozione congiunta da parte dei *partners* registrati (permessa invece ai coniugi, ma non ai conviventi di fatto, anche eterosessuali), la novella ha previsto sia la necessità del consenso del

¹¹¹ I parenti di un convivente si considerano affini dell'altro convivente. L'affinità permane anche se la convivenza che l'ha originata è stata sciolta.

¹¹² Le disposizioni transitorie di cui all'art. 21 LPartG in merito al regime patrimoniale, introdotte a seguito della novella del 2005, saranno prive di effetto a partire dal 31 dicembre 2010.

¹¹³ Si richiamano le disposizioni dei §§ 1363, comma 2, e §§ 1364-1390 BGB. L'autonomia dei *partners*, analogamente a quanto accade nel matrimonio, si esplica prevalentemente nella possibilità loro concessa di scelta tra due regimi alternativi, quello della separazione dei beni e quello della comunione, rispettivamente *Gütertrennung* e *Gütergemeinschaft*.

partner qualora uno dei due conviventi voglia adottare un bambino, sia la possibilità che il *partner* adotti il figlio del proprio convivente (§ 7)¹¹⁴.

Il § 10 della legge reca disposizioni in materia di *successioni*, stabilendo che al convivente superstite sono attribuiti i medesimi diritti successori che il matrimonio conferisce ai coniugi¹¹⁵. Il *partner* superstite resta escluso dalla successione quando alla morte del *de cuius* sussistevano i presupposti dell'annullamento del partnerariato (§ 15) e costui aveva proposto la relativa domanda al Tribunale competente ovvero aveva aderito alla domanda presentata dall'altro. È ammessa, altresì, la possibilità per i *partners* di redigere un testamento congiunto, in cui l'uno può istituire erede l'altro, secondo quanto stabilito dalle relative disposizioni del BGB¹¹⁶; infine se un *partner*, con esplicita disposizione del *de cuius*, viene escluso dalla successione, ha comunque diritto ad ottenere, come quota di riserva, la metà del valore di quanto gli sarebbe stato attribuito per legge, applicandosi, con tali limiti, le norme del BGB attinenti alla successione del coniuge nonché quelle concernenti la rinuncia all'eredità.

Infine, il legislatore tedesco ha disciplinato in modo dettagliato anche la fase patologica del "partnerariato", prevedendo per le coppie dello stesso sesso sia il *regime di vita separata* sia l'eventuale "annullamento o scioglimento" dell'unione.

Il *partner* che, in seguito alla separazione, si trova in uno stato di bisogno, gode di una tutela analoga a quella prevista per il coniuge più debole: continuano gli obblighi di mantenimento. Se non vi è accordo sull'attribuzione dell'arredamento della casa e degli altri oggetti facenti parte della stessa, è previsto il ricorso al tribunale della famiglia (vedi § 17), che deciderà in merito tenendo conto di tutte le circostanze del caso, con valutazione da assumersi secondo equità (§ 13)¹¹⁷.

Le modalità di *scioglimento* dell'unione registrata sono regolate dal § 15 della legge, secondo il quale l'unione viene meno su richiesta di uno o di entrambi i conviventi, a seguito di una decisione giudiziale. Il Tribunale può dichiarare sciolta¹¹⁸ l'unione in presenza di una serie di condizioni che ricalcano quelle del divorzio: qualora i due *partners* vivano separati da un anno ed abbiano

¹¹⁴ In merito a tale disposizione è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale in via incidentale che, con ordinanza del 10 agosto 2009 (1 BvL 15/09), è stata respinta dal *Bundesverfassungsgericht* per inammissibilità (cfr., per ulteriori dettagli, le Segnalazioni concernenti l'attività del *Bundesverfassungsgericht*, Luglio-Ottobre 2009 del Servizio Studi, Sezione di Diritto Comparato, a cura di Maria T. Rörig).

¹¹⁵ Il *partner* superstite viene qualificato come erede legittimo a cui è riservata una quota del patrimonio del *de cuius*, oltre all'attribuzione degli oggetti appartenenti alla casa familiare ivi compresi i regali ricevuti in occasione della instaurazione della relazione.

¹¹⁶ §§ 2266 *bis*, 2273; 2077, comma 1 e 3, BGB.

¹¹⁷ Se un *partner* si è allontanato dall'abitazione comune per vivere separato e non ha dichiarato, entro sei mesi dal suo allontanamento, all'altro la sua seria intenzione di ritornare, si presume irrevocabilmente che abbia lasciato al *partner* in uso esclusivo la comune abitazione (§ 14 LPartG).

¹¹⁸ Se i conviventi, in occasione dello scioglimento della convivenza, non riescono a mettersi d'accordo su chi di loro debba abitare nella casa comune in futuro o su chi debba ricevere l'arredamento della casa e gli altri oggetti facenti parte della stessa, trovano applicazione le disposizioni del codice civile (§§ 1568 a. e b.).

dichiarato entrambi di voler porre fine all'unione (o l'uno abbia acconsentito alla richiesta dell'altro), sempre che non sia prevedibile una riconciliazione, oppure qualora lo scioglimento sia voluto solo da uno dei due ma la separazione duri già da tre anni¹¹⁹. Inoltre, anche per l'unione registrata esiste una "clausola c.d. di durezza": infatti, in casi eccezionali e nonostante i *partners* siano separati da tre anni, l'unione non può essere sciolta, quando ciò comporti un eccessivo pregiudizio ("durezza") per la parte che si oppone allo scioglimento del vincolo.

Il mantenimento, a seguito dello scioglimento dell'unione registrata, è disciplinato dal § 16 della legge, introdotto da una recente novella, entrata in vigore il 1° gennaio 2008¹²⁰. Ciascun *partner* è tenuto a provvedere a se stesso (come dispone il nuovo § 1569 BGB per i coniugi). Potrà chiedere all'altro la corresponsione di un assegno di mantenimento solo qualora non sia in grado di sostenersi autonomamente: i casi sono richiamati dai paragrafi del BGB dedicati agli ex-coniugi, cui viene fatto rinvio¹²¹. Il diritto al mantenimento si estingue se l'avente diritto contrae matrimonio o costituisce una nuova convivenza.

Al fine di equiparare coniugi e conviventi registrati anche nelle conseguenze derivanti dallo scioglimento definitivo del rapporto, è stata inoltre prevista l'applicabilità del c.d. *Versorgungsausgleich*¹²², cioè la ripartizione ovvero il conguaglio, tra i *partners* registrati, delle aspettative maturate durante il matrimonio, ad esempio quelle concernenti la pensione di anzianità o malattia.

Grazie alla novella del 2005, è stato poi introdotto l'istituto del *fidanzamento* anche per l'unione registrata. Il § 1, comma 4, della legge dispone, infatti, che, se la promessa di costituire un'unione registrata non è pretesa azionabile in sede giudiziaria, è però applicabile la disciplina dettata dal BGB per il c.d. *Verlöbnis* (fidanzamento). Pertanto, qualora la promessa di costituire un'unione registrata sia disattesa, la parte responsabile potrà essere tenuta, ad esempio, al risarcimento del danno o alla restituzione dei doni ricevuti dal *partner*.

In definitiva, alla luce della rassegna sin qui condotta dei punti salienti della LPartG, può dirsi che gli effetti del "partnerariato registrato" si presentano come analoghi, sotto diversi profili, a quelli propri del matrimonio tra eterosessuali: da un punto di vista civilistico, sussistono infatti soltanto differenze marginali (ad esempio, con riferimento alla mancata previsione dell'adozione congiunta).

¹¹⁹ A prescindere da tali condizioni, il giudice può comunque dichiarare sciolta l'unione registrata quando la sua prosecuzione comporterebbe, per la parte che vorrebbe ottenere la propria libertà, un sacrificio non tollerabile ("*unzumutbare Härte*").

¹²⁰ *Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts* del 21 dicembre 2007, in *BGBI*, I, p. 3189.

¹²¹ Cfr. § 16 LPartG: §§ 1570-1586b. Il convivente economicamente più debole potrà dunque pretendere dall'altro un mantenimento adeguato al tenore di vita goduto nel corso della convivenza (sempre che il *partner* richiedente non sia in grado di provvedere al proprio sostentamento per le sue condizioni personali).

¹²² L'art 20 LPartG è stato modificato recentemente, con effetti a partire dal 1° settembre 2009.

2.2.1.2. Altre previsioni rilevanti

La *Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften*, di cui la LPartG fa parte e che mira a porre fine alle “discriminazioni delle unioni omosessuali”, include, all’art. 2, le modifiche apportate al BGB (riferite soprattutto al diritto di famiglia e delle locazioni)¹²³ e, all’art. 3, quelle apportate ad altre leggi federali¹²⁴ (in particolare in materia di previdenza sociale).

Le modifiche concernono per lo più l’inserimento nei diversi articoli della locuzione “unione registrata” accanto al termine “matrimonio”. Merita segnalare anche la modifica del § 1360 BGB, per cui è ormai chiarito che non si può contrarre matrimonio, non solo in presenza di un matrimonio antecedente, ma anche a fronte dell’esistenza di una precedente unione registrata. Quindi, esattamente come nel matrimonio, avrà la prevalenza la relazione più antica.

Gli effetti della registrazione riguardano, oltre alla disciplina civile, ad esempio il diritto al godimento – con qualche eccezione – delle stesse prestazioni del *welfare* di cui godono i coniugi¹²⁵ (assistenza e previdenza statale, tra cui i benefici dell’assicurazione sociale obbligatoria – *gesetzliche Rentenversicherung* – e della *gesetzliche Hinterbliebenenversorgung*, ovvero della pensione obbligatoria di reversibilità¹²⁶), nonché, ad esempio, il diritto di usufruire delle facilitazioni previste dalla legislazione per le coppie eterosessuali ai fini della ricerca dell’abitazione da destinarsi a residenza familiare. Per quanto riguarda il campo assicurativo, il *partner* può beneficiare della ed essere inserito nella assicurazione contro la malattia del compagno.

La convivenza registrata conferisce, infine, quasi gli stessi diritti del matrimonio in materia di *cittadinanza* (ad esempio, una procedura agevolata per ottenere la naturalizzazione) ed assicura il diritto alla ricongiunzione per le coppie conviventi straniere.

Risultano, invece, escluse, in linea di principio, le *agevolazioni fiscali* con riferimento alle imposte sul reddito¹²⁷ (cfr. *Bundesfinanzgerichtshof* – BFH –, Corte federale delle finanze, del 26

¹²³ Sono ivi previsti la reversibilità della locazione e l’obbligo di soddisfare i debiti contratti dalla coppia.

¹²⁴ Analogamente, si ritengono applicabili le disposizioni del codice di procedura civile e di procedura penale che prevedono il c.d. *Zeugnisverweigerungsrecht*, il diritto di rifiutare la propria testimonianza qualora questa possa rivelarsi di nocumento al *partner* ex § 383 ZPO (Codice di procedura civile) e § 52 StPO (Codice di procedura penale).

¹²⁵ V. anche BAG, Corte federale del lavoro, sentenza del 14 gennaio 2009 - 3 AZR 20/07.

¹²⁶ Diversamente dal regime per gli impiegati pubblici o di casse o altri organismi previdenziali privati, nel sistema previdenziale statale e comune è, da tempo, prevista la pensione di reversibilità in capo ai *partners* registrati. A tal proposito, il ministro della giustizia, Zypries, così si era espresso: “*anche in questo settore ci lasciamo guidare dal principio di eguaglianza. Non c’è ragione per discriminare chi ha vissuto lunghi anni insieme. E, soprattutto, anche qui le condizioni per ottenere la pensione di reversibilità sono legate alla situazione di bisogno del partner, che deve magari occuparsi di un figlio minore*”.

¹²⁷ Allo stato, i *partners* hanno solo la possibilità di fare valere, a fini di detrazione, gli oneri di mantenimento nei confronti dell’altro *partner* e godono di certe “*Freibeträge*” (abbattimenti alla base). Grazie ad una recente riforma fiscale sono poi deducibili i contributi pagabili alla mutua e per l’assicurazione sulle degenze.

gennaio 2006, III R 51/05, in *BStBl* 2006 II, p. 515¹²⁸, e anche la citata sentenza BVerfGE del 17 luglio 2002) ed alle imposte sull'acquisto di terreni (mentre la disciplina relativa alla tassazione delle successioni¹²⁹ e donazioni è stata di recente adeguata alle esigenze della parificazione).

Sotto il profilo sociale, quasi del tutto adeguato, non esiste ancora una piena equiparazione nella disciplina federale relativa al sostegno – con l'erogazione di borse – dell'istruzione scolastica ed universitaria (c.d. BAFöG - *Bundesausbildungsförderungsgesetz*), di cui potrebbe fruire anche un *partner*. Inoltre, sussistono ancora differenze con riferimento a qualche disposizione di diritto di procedura amministrativa ed in materia statistica.

Particolarmente marcate sono, allo stato attuale (prima dell'attuazione di quanto disposto dal Tribunale costituzionale federale con la precitata sentenza del 7 luglio 2009), le divergenze nel trattamento, a livello dei singoli *Länder*, nel campo previdenziale non-statale o privato (quindi: casse private e ordini professionali) e con riferimento alla disciplina dell'impiego pubblico (*Beamtenrecht*)¹³⁰. Invero, in alcuni *Länder*, ma solo in alcuni, i funzionari registrati sono già stati equiparati ai coniugi con riferimento alla pensione di reversibilità¹³¹, all'assegno familiare¹³² e ad

¹²⁸ Il BFH, nel gennaio 2006, in *NJW*, 2006, p. 1837, ha stabilito che i *partners* registrati non possono avvalersi di una disposizione che permette ai coniugi di “sommare” i propri introiti, con conseguente applicazione di un trattamento fiscale particolarmente favorevole (*Zusammenveranlagung*). I giudici, infatti, non ritengono possibile alcuna applicazione analogica della disposizione: il concetto di coniuge è intrinsecamente legato a quello di matrimonio e tale è solo l'unione di vita giuridicamente vincolante tra un uomo e una donna. La mancata previsione di determinati benefici per i *partners* registrati non deriva, secondo i giudici, da un'inconsapevole lacuna legislativa, che potrebbe eventualmente essere colmata per analogia, ma da un'espressa volontà del legislatore, che ha consapevolmente escluso tale equiparazione.

¹²⁹ Sulle imposte di successione, v., però, BFH, 20 giugno 2007, II R 56/05, in *NJW*, 2007, p. 3455, che ha ritenuto che sia legittimo l'inserimento di coniugi e *partners* registrati in scaglioni diversi, così come legittima è la previsione di differenti importi liberi. Già FG Saarland, 21 gennaio 2004, aveva negato l'applicabilità del c.d. *Splittingtarifs* alle unioni registrate.

¹³⁰ Si nota al riguardo che la Corte di Giustizia europea (Caso C-122/99P e 125/99P D e Svezia v il Consiglio [2001]ECR I-4319) ha avuto modo di pronunciarsi in merito alle “unioni registrate”, respingendo la richiesta di un funzionario del Consiglio dell'UE che chiedeva per il proprio *partner*, che si era trasferito in Belgio, gli stessi benefici ivi previsti per i “funzionari coniugati”. Dopo aver chiarito che con il termine “matrimonio” si intende l'unione tra due *partners* di sesso diverso, la Corte conclude che “l'equiparazione dell'unione registrata al matrimonio in un numero limitato di Stati membri non può avere come conseguenza di ricomprendere per via interpretativa, nella nozione di funzionario coniugato, persone soggette ad un regime giuridico distinto dal matrimonio”.

¹³¹ Decisiva al riguardo risulta però la sentenza del Tribunale costituzionale federale del 7 luglio 2009, in cui si è affermata l'incostituzionalità di una disposizione che prevedeva il diritto alla pensione di reversibilità solo in capo ai superstiti degli impiegati statali coniugati.

In tal senso, v. già VG Berlin - Tribunale amministrativo di Berlino - 22 giugno 2005, in relazione ad uno statuto di un ente previdenziale privato redatto antecedentemente all'introduzione della *eingetragene Lebenspartnerschaft*. I giudici ritenevano di trovarsi di fronte ad una lacuna, colmabile in via analogica: la legge sulle unioni registrate ha introdotto un nuovo *status* familiare per coppie dello stesso sesso; l'obbligo di mantenimento tra *partners* è uguale a quello della coppia unita in matrimonio; di conseguenza, il *partner* dello stesso sesso ha diritto a percepire tale pensione. Il Tribunale ha quindi disposto che al *partner* dell'attore, nel caso in cui questi muoia, venga assicurata una

altri contributi o sovvenzioni (tra cui l'indennità di viaggio, di separazione ecc.) o a vantaggi di altra natura (come la concessione di vacanze per motivi particolari).

2.2.2. I matrimoni e le convivenze registrate celebrati all'estero

Con riferimento ai rapporti instaurati all'estero, l'applicabilità o meno della legge tedesca alle convivenze registrate si determina stregua sulla base dell'art. 17b EGBGB, una disposizione della legge sul diritto internazionale privato. Secondo tale disposizione, la creazione, gli effetti generali e patrimoniali nonché lo scioglimento di una convivenza registrata sono soggetti alle disposizioni dello Stato che tiene il registro¹³³. La scelta del luogo di registrazione sarebbe dipesa, così si sostiene, dall'esigenza di consentire l'accesso all'istituto ai cittadini di paesi esteri che non contemplano le convivenze registrate.

La determinazione ai sensi dell'art. 17b EGBGB della legge applicabile alle convivenze registrate si distingue da quella prevista dall'art. 13 EGBGB per la legge applicabile ai matrimoni. Infatti, mentre l'art. 17b EGBGB fa riferimento al luogo di registrazione, risulta decisiva, ai sensi dell'art. 13 EGBGB, la legge nazionale dello Stato di origine di ciascun coniuge¹³⁴.

Le convivenze omosessuali registrate all'estero presso un'autorità straniera vengono riconosciute in Germania qualora si tratti di unioni la cui forma giuridica risulti simile alle convivenze registrate tedesche. In tal caso, l'unione è regolata dalla legge straniera dello Stato che tiene il registro, ma

pensione dello stesso ammontare previsto per il coniuge superstite. L'assunto è stato però ribaltato dal *Bundesverwaltungsgericht*, Corte federale amministrativa, nel 2007 (25 luglio 2007, in *NJW*, 2008, p. 246), secondo cui il trattamento più favorevole riservato al matrimonio, anche se non prescritto in maniera vincolante, si giustifica in virtù della particolare protezione che la Legge fondamentale accorda a tale istituto.

I *Länder* che non hanno ancora previsto un regime paritario per le unioni registrate dovranno comunque provvedere a breve (lo hanno già fatto: *Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz e Saarland*).

¹³² Il *Beamter* gode, in Germania, di uno *status* privilegiato, tanto che spesso, a favore del coniuge, sono previsti sovvenzioni e benefici. Uno di questi è il c.d. *Familienzuschlag*, una sorta di assegno familiare, che i *partners* registrati di impiegati statali hanno cercato invano di ottenere. Decisive sono state, al riguardo, le pronunce del Tribunale costituzionale del 20 settembre 2007 (2 BvR 855/06) e del 6 maggio 2008 (2 BvR 1830/06), secondo cui l'esclusione del *partner* registrato dal godimento di tale particolare beneficio previsto per i coniugi di impiegati statali non contrasta con la Legge fondamentale. Ma già anche il *Bundesverwaltungsgericht* (26 gennaio 2006, in *NJW*, 2006, p. 1828) aveva negato ai *partners* registrati il godimento del *Familienzuschlag*, in linea peraltro anche con la antecedente giurisprudenza di merito (così, ad esempio, OVG Münster, 17 dicembre 2004, in *FamRZ*, 2005, p. 1566). Per contro, in alcuni *Länder* è stata prevista la corresponsione di tale assegno, nell'ottica di una completa equiparazione: *Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern e Rheinland-Pfalz*.

¹³³ Con riferimento a questioni particolari, come ad esempio gli obblighi di mantenimento, problematiche successorie, ecc., la norma prevede invece alcune regole speciali.

¹³⁴ Interessante è notare che alle convivenze eterosessuali si applica, sul punto, la disciplina del matrimonio e non quella sulle convivenze registrate, in quanto il precitato art. 17 b è da intendersi norma speciale, da interpretarsi restrittivamente.

non avrà comunque, in Germania, effetti più estesi della convivenza registrata tedesca come previsti dalle disposizioni del BGB e dalla LPartG (art. 17 b, comma 4, EGBGB). Se, invece, gli effetti giuridici dell'unione registrata all'estero sono meno estesi di quelli previsti in Germania per le convivenze registrate, si applica, ai sensi dell'art. 17b comma 1, periodo 1, il principio secondo cui trova applicazione la legge meno favorevole.

La norma di conflitto consente inoltre di ripetere la registrazione in Germania, previsione probabilmente senza precedenti in altre legislazioni. Se vi sono fra le stesse persone convivenze registrate in Paesi diversi, la convivenza creata per ultimo è determinante.

Per quanto concerne, infine, i matrimoni omosessuali contratti validamente all'estero, non sussiste unanimità circa la loro qualificazione ed il loro riconoscimento in Germania. Se qualificati come matrimoni, non sarebbero validi e riconoscibili in Germania ove uno dei coniugi fosse tedesco (in Germania, infatti, il matrimonio omosessuale è nullo). La validità del matrimonio si determina, infatti, ai sensi dell'art. 13 EGBGB e, quindi, in base alla legge nazionale di ciascun *partner*/coniuge, per cui dal riconoscimento del matrimonio omosessuale negli Stati di origine di entrambi gli sposi. Se, tuttavia, i matrimoni venissero qualificati come convivenze registrate, non sussisterebbero particolari problemi: una parte della dottrina¹³⁵ propone quindi di qualificarli come convivenze – applicando art. 17 b EGBGB in via analogica o anche in via diretta –, fermo restando il disposto del quarto comma dell'art. 17 b EGBGB, per cui gli effetti dell'unione rimarrebbero limitati a quelli previsti per le convivenze registrate.

2.2.3. Le convivenze di fatto

L'ordinamento tedesco non prevede, ad oggi, una disciplina organica del fenomeno delle convivenze¹³⁶, pur essendo ormai presenti diverse disposizioni che disciplinano singoli aspetti dei rapporti giuridici facenti capo ai conviventi (anche a prescindere dal sesso degli stessi) e dovendosi soprattutto registrare numerose decisioni giurisprudenziali volte ad estendere garanzie o doveri previsti per l'ambito coniugale ai legami *more uxorio* ed alle altre forme di convivenza (ad esempio unioni di sostegno). Infatti, in assenza di regolamentazione ed avvertendosi l'esigenza di apprestare un *minimum* di tutela giuridica anche per questi nuclei para-familiari, i giudici tedeschi hanno dovuto individuare confini e caratteristiche della convivenza e fissare regole di riferimento per la soluzione delle controversie che, di volta in volta, sono state loro sottoposte, in mancanza di accordi contrattuali.

2.2.3.1. Riconoscimento e tutela giuridica

¹³⁵ Per riferimenti al riguardo, v. HELDRICH, in Palandt, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 67. ed., Monaco di Baviera, 2008, § 17b EGBGB, n. 1.

¹³⁶ Un disegno di legge dei Verdi del 14 marzo 1997 che mirava a disciplinare i rapporti giuridici di tutte le unioni *more uxorio* (sia etero che omosessuale) non ha avuto riscontri.

In assenza di apposita regolamentazione legislativa, la convivenza *more uxorio* (*nichteheliche Lebensgemeinschaft*), etero o omosessuale – per la quale non è dato rinvenire nemmeno una definizione unanime¹³⁷ –, non gode di particolare tutela e certezza nell’ordinamento tedesco. Il principio è quello di non applicare in via analogica le norme sul matrimonio, salvo per aspetti specifici, mentre possono trovare applicazione – ma al riguardo sono molti i punti controversi – regole generali di diritto delle obbligazioni, della disciplina dei diritti reali, regole sulle società di persone (di diritto comune) ecc..

Con riferimento alle unioni di fatto eterosessuali, si sostiene, infatti, che la scelta, tra l’altro libera, di non contrarre matrimonio debba considerarsi una rinuncia cosciente all’istituto del matrimonio e pertanto anche alla particolare tutela di cui esso gode “in esclusiva”. Si tratta, secondo l’interpretazione della giurisprudenza e della dottrina, di un’unione senza particolare “*Rechtsbindungswillen*” (volontà di legarsi giuridicamente), con tutte le conseguenze che da essa derivino. La convivenza si caratterizzerebbe, quindi, per una sorta di presunzione secondo la quale i *partners*, avendo scelto di convivere, hanno automaticamente optato per muoversi in una specie di *rechtsfreien Raum*, un ambito privo di regole giuridiche.

Ora, è evidente che tali considerazioni potevano essere valide, almeno fino all’introduzione delle convivenze registrate, solamente con riferimento alla convivenza *more uxorio* eterosessuale, per cui esisteva (già) un modello di riferimento (quello del matrimonio). D’altra parte, sebbene non esista una definizione legislativa, la nozione di “*nichteheliche Lebensgemeinschaft*” (convivenza *more uxorio*) è stata tradizionalmente intesa come un’unione di fatto tra persone di sesso diverso. La necessaria diversità di sesso viene desunta dalla definizione – peraltro divenuta assai opinabile, alla luce dei mutamenti normativi e sociali intervenuti – che ne ha dato, nel 1992, il *Bundesverfassungsgericht*¹³⁸, secondo cui la *nichteheliche Lebensgemeinschaft* deve ritenersi una convivenza *tra un uomo e una donna*, caratterizzata da continuità e dal fatto che si instaura tra i due *partners* un legame tale da far sì che questi creino anche una *Haushalts- e Wirtschaftsgemeinschaft* e conducano quindi una vita in comune, sia sotto il profilo economico che sotto quello personale.

Peraltro, nemmeno con riferimento alle coppie di sesso diverso, i criteri di interpretazione ed i tentativi di una definizione risultano sempre univoci. Infatti, si riscontra generalmente un’equiparazione dei conviventi di fatto ai coniugi nell’ambito del diritto sociale o un’interpretazione estensiva del concetto da parte dei giudici quando si tratta, ad esempio, di attribuire o meno sussidi statali – il sussidio di disoccupazione o il sussidio sociale – in capo al

¹³⁷ Del resto, non esiste ad oggi una definizione legislativa delle convivenze di fatto. Alcune disposizioni nel codice sociale menzionavano, in passato (fino al 2006), la c.d. *eheähnliche Gemeinschaft* (“unione simile al matrimonio”, nozione, tra l’altro, ritenuta dal *Bundesverfassungsgericht* riservata alle coppie eterosessuali: BVerfGE del 17 novembre 1992, -1 BvL 8/87 -, del 17 luglio 2002, - 1 BvF 1/01 - e 2/01, e del 2 settembre 2004, - 1 BvR 1962/04 -; critico, ad esempio, SG Düsseldorf, sentenza del 17 febbraio 2005); la nozione, con effetti a partire dal 1° agosto 2006, è stata sostituita dalla c.d. *Bedarfgemeinschaft* (una specie di unione di reciproco sostegno), che include anche le unioni omosessuali, sia registrate che non.

¹³⁸ BVerfGE 10, 59, 66, in *NJW* 1959, p. 1483; BVerfGE 53, 224, 225, in *NJW* 1980, p. 689; BVerfGE 62, 323, 330, in *NJW* 1983, p. 511; BVerfGE, 17 novembre 1992, in *FamRZ*, 1993, p. 164 ss.

partner più debole; ma l'orientamento è restrittivo qualora si tratti di decidere circa il perdurare del diritto al mantenimento derivante da precedente matrimonio. Il motivo di tali divergenze interpretative si deve cercare, da un lato, nell'obiettivo dello Stato di tutelare gli interessi di soggetti deboli (il *partner* più debole), e dall'altro, nel suo compito di tutelare l'istituto costituzionale del matrimonio e, quindi, di non privilegiare le forme di convivenza alternative, non estendendo ad esse gli obblighi di sostegno che sussistono invece in capo ai coniugi.

Non sono poi stati elaborati criteri univoci per quanto concerne il reciproco dovere di mantenimento durante la convivenza o dopo il suo scioglimento, né regole chiare atte a risolvere le questioni in materia di rapporti patrimoniali che tengano conto anche delle esigenze del *partner* debole. Analogamente, si è lungi dall'equiparazione al matrimonio in materia fiscale, nell'ambito assicurativo e nella promozione dell'istruzione (il precitato sussidio BAföG).

Si può comunque affermare che, almeno per singoli aspetti, la convivenza *more uxorio* eterosessuale viene riconosciuta giuridicamente, sia mediante pronunce giurisprudenziali¹³⁹ sia, in alcuni casi, attraverso interventi legislativi specificamente dedicati a singoli aspetti della vita comune.

Superando la limitazione iniziale, da qualche anno il riconoscimento delle convivenze di fatto da parte della giurisprudenza e, con riferimento a profili specifici, anche da parte del legislatore si estende pian piano anche ad altre forme di convivenze, tra cui quelle tra persone dello stesso sesso, tanto che, da ultimo, viene utilizzata la nozione di “*partnerschaftsähnliche Lebensgemeinschaft*” (unione simile alle convivenze registrate).

Una menzione, al riguardo, merita una sentenza della Corte suprema federale (BGH) del 9 luglio 2008 (XII ZR 179/05), che ha rafforzato il riconoscimento ed i diritti dei conviventi di fatto, a prescindere dal loro sesso¹⁴⁰. Tale sentenza afferma – discostandosi dall'orientamento giurisprudenziale precedente¹⁴¹ – che nel caso di scioglimento del rapporto di fatto possano trovare

¹³⁹ Così, ad esempio, sussiste, in ordine all'appartenenza dei beni acquistati in costanza di rapporto, una presunzione di comproprietà in riferimento agli oggetti utilizzati dai due compagni di vita per la conduzione familiare (OLG Düsseldorf, 17 giugno 1998, in *MDR*, 1999, p. 233). Inoltre, la giurisprudenza affermava in capo al convivente, in applicazione analogica del § 569a, 2 comma, BGB, il diritto di subentrare nel contratto di locazione alla morte del *partner* locatario. Ora tale diritto – a lungo controverso – è stato codificato esplicitamente dal secondo comma del § 563 BGB, in capo al *partner* registrato ed al convivente di fatto, a prescindere del suo sesso (cfr. WEIDENKAFF, in Palandt, *op. cit.*, § 563, n. 15). Il convivente non viene però considerato contraente del contratto di locazione e necessita, per l'alloggio, del consenso del locatore (che, però, non potrà, di regola, essere rifiutato). Inoltre vengono affermate limitazioni di responsabilità tra i conviventi. Può trovare applicazione nei rapporti interni la disposizione del § 1359 BGB (*diligentia quam in suis*).

¹⁴⁰ Sebbene la pronuncia riguardasse una coppia eterosessuale, la Corte ha specificato che i principi esposti hanno valenza per qualsiasi tipo di convivenza, ivi inclusa quella omosessuale.

¹⁴¹ Fino a detta pronuncia la regola era che le prestazioni, sia personali, sia a contenuto economico, tra conviventi non fossero da considerare ripetibili, a meno che i *partners* non avessero convenuto diversamente (un'eccezione a tale principio poteva essere rappresentata dal fatto che uno dei *partners* avesse fatto all'altro un'attribuzione di notevole valore, come ad esempio il cofinanziamento dell'acquisto di un immobile di proprietà esclusiva dell'altro: BGH, 21 marzo 2010

applicazione, non solo le regole di compensazione della società semplice ma anche le regole dell'arricchimento indebito e quelle sul venir meno della base negoziale (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), là dove uno dei conviventi avanzi pretese patrimoniali fondate sul notevole contributo economico versato per l'acquisto di un immobile di cui l'altro *partner* si reputi l'esclusivo proprietario.

Inoltre, in una sentenza del 16 aprile 2008 (XX ZR 7/05), il BGH ha chiarito che, ai fini della riduzione ovvero della cessazione dell'obbligo di mantenimento, può assumere la qualifica di "motivo grave", ai sensi del § 1579, n. 7, BGB, la relazione extraconiugale intrattenuta dal *partner* avente diritto, indipendentemente dal fatto che questa relazione sia stata trattenuta con una persona dello stesso o di diverso sesso.

In conclusione, non sembra di potersi escludere che, nel prossimo futuro, alcune decisioni della giurisprudenza tradizionale inerenti alle convivenze *more uxorio* possano trovare applicazione anche alle unioni omosessuali non registrate, almeno per tutti quei profili in cui il sesso delle persone conviventi non appaia determinante. Peraltro, le unioni di fatto omosessuali, a differenza di quelle eterosessuali, non si pongono potenzialmente in "concorrenza" con il matrimonio: ciò potrebbe, almeno in teoria, affrancare gli interpreti dalle cautele imposte dall'esigenza di mantenere e garantire la particolare tutela dell'istituto del matrimonio.

Allo stato, restano comunque molti i campi di tutela preclusi alle coppie omosessuali non registrate (come, del resto, anche a quelle eterosessuali). Al riguardo, può citarsi una pronuncia del Tribunale costituzionale federale del 28 febbraio 2005 (in *NJW*, 2005, p. 1709), con cui si è stabilito che non viola l'art. 3 LF, ovvero il principio di uguaglianza, il fatto che i *partners* di un'unione non registrata non abbiano diritto alla pensione di reversibilità. La nuova disciplina al riguardo accomuna, infatti, coniugi e *partners* registrati, ma non altri "compagni".

2.2.3.2. I patti di convivenza

L'assenza di regolamentazione della convivenza non fondata sul matrimonio (comune, fino a qualche tempo fa, anche alle convivenze c.d. registrate) ha comportato, come accennato, il ricorso a strumenti di diritto comune, tra cui, in particolare, i c.d. *Partnerschaftsverträge*, ovvero patti di convivenza; strumenti, questi, peraltro, assai flessibili, in quanto, prescindendo dalla diversità di sesso all'interno dell'unione, possono essere indifferentemente utilizzati dalle coppie sia etero che omosessuali (così si era infatti aperto il "campo all'autonomia privata in un settore precluso al matrimonio")¹⁴².

luglio 2003 in *MDR* 2003, p. 1233; veniva però esclusa la compensazione in base al diritto societario, in analogia alle regole sulle società semplici, quando lo scopo delle azioni dei *partners* fosse solo la realizzazione della convivenza stessa, OLG Naumburg, 17 settembre 2002, in *NJW*, 2003, p. 1819; uno scopo sociale particolare non può, infatti, secondo la giurisprudenza costante, affermarsi nella mera conduzione del rapporto di coppia).

¹⁴² Nell'ordinamento tedesco, non sussistono impedimenti per la regolamentazione pattizia della convivenza. I *Partnerschaftsverträge* – attesa l'evoluzione della coscienza sociale e del costume – non sono (più) considerati, in linea di massima, contrari all'ordine pubblico, a norme imperative o al buon costume.

Soprattutto le coppie dello stesso sesso, almeno fino all'introduzione dell'istituto delle unioni registrate, avevano a disposizione soltanto mezzi contrattuali (oppure l'adozione) per tutelare i propri interessi.

Attraverso i *Partnerschaftsverträge*, atti per cui non è richiesta una forma particolare¹⁴³, si dettano le regole che disciplinano il rapporto di convivenza, sia *in itinere* sia nel momento della rottura, per volontà unilaterale o bilaterale, o anche per morte di uno dei *partner*.

Al riguardo, occorre tenere presente che per i conviventi la libertà di utilizzare lo strumento contrattuale¹⁴⁴ trova un limite ben preciso ove dai profili patrimoniali dei loro rapporti¹⁴⁵ si passi a disciplinare gli aspetti di natura personale, ovvero il modo di condurre la convivenza, perché in proposito si potrebbe incorrere in una declaratoria di nullità del patto per contrarietà al buon costume ex §§ 134 e 138 BGB. In generale, si può quindi affermare che le disposizioni che incidono sul rapporto giuridico patrimoniale sono ammissibili solo se rappresentano un equo contemperamento dei reciproci interessi dei conviventi, e non si configurano come uno strumento di pressione sul *partner*¹⁴⁶. Le questioni attinenti al credo religioso o politico, la coabitazione, la fedeltà, la filiazione, la libertà di riconoscere o meno la prole non dovrebbero essere oggetto di regolamentazione, pena la contrarietà al buon costume. La giurisprudenza considera nulle le clausole che impongono comportamenti specifici limitando la libertà di determinazione del singolo (ad. es. l'obbligo di fedeltà, coabitazione, assistenza morale, ecc.), ma anche quegli accordi che sono basati sullo sfruttamento di una posizione di debolezza di un compagno cui viene imposto un accordo svantaggioso.

¹⁴³ Sebbene non sia richiesta una forma particolare per la loro validità, la forma scritta è comunque auspicabile, perché la giurisprudenza tedesca è molto restia ad ammettere l'esistenza di accordi puramente verbali.

¹⁴⁴ Il contenuto dei *Partnerschaftsverträge* si può concretizzare in una serie di clausole che regolano il reciproco mantenimento per il tempo della convivenza (ad esempio, attraverso clausole che prevedano la corresponsione di un assegno personale al *partner* che contribuisce al mantenimento reciproco attraverso il proprio lavoro nella casa comune) e/o il regime degli acquisti durante la convivenza, la corresponsione dell'assegno di separazione alla cessazione del rapporto, sempre che sia limitato nel tempo ed in ogni caso sempre che i *partners* siano liberi da vincoli matrimoniali, altrimenti i patti risulterebbero inficiati di nullità per contrarietà al buon costume. È altresì valida la clausola di "buonuscita", quando ad esempio si faccia espressamente riferimento al fatto che la somma vuole ricompensare il *partner* per gli svantaggi economici subiti a causa dell'abbandono della propria professione. Diversamente, l'accordo che preveda un obbligo unilaterale di corresponsione di una notevole somma in occasione della fine della convivenza presenta gli estremi di una clausola penale invalida, in quanto pare finalizzato ad impedire o a rendere più difficoltoso lo scioglimento della convivenza.

¹⁴⁵ Con riferimento agli accordi patrimoniali, si evidenzia che, per non incorrere nella sanzione dell'invalidità, tali disposizioni non devono ledere le pretese di coloro che sono titolari *ex lege* di analoghi diritti (ad es., l'ex coniuge). Lo stesso può dirsi per gli atti di disposizione per causa di morte, qualora essi non abbiano tenuto sufficientemente conto dei legittimi interessi dei parenti più prossimi.

¹⁴⁶ Tali disposizioni potrebbero incorrere nella contrarietà al buon costume, qualora si potesse presumere che la remunerazione in esse prevista a favore di uno dei due *partners* fosse da intendersi unicamente quale corrispettivo per la eventuale prestazione sessuale.

3. Le proposte di riforma

Negli anni recenti sono stati presentati vari progetti di legge, da parte della FDP (liberali), dei Verdi e del PDS (sinistra post-comunista), al fine di ottenere una maggiore equiparazione delle convivenze registrate con particolare riferimento alle agevolazioni fiscali ed all'adozione (congiunta). La CDU si è però opposta in merito sia all'adozione congiunta che all'equiparazione ai coniugi nel trattamento fiscale.

Bisognerà quindi attendere quale impatto pratico avrà la recente sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 7 luglio 2009. Al riguardo, si sottolinea che il contratto di coalizione tra la CDU-CSU e FDP del 26 ottobre 2009, per il 17° periodo di legislatura del *Bundestag*, prevede di ridurre i trattamenti differenziati nel diritto fiscale e tributario e, in particolare, di attuare le decisioni del *Bundesverfassungsgericht* a favore dell'equiparazione dei "*Lebenspartnern*" con i coniugi. È inoltre prevista una novella della legge federale per il sostegno dell'istruzione scolastica ed universitaria (BAFöG).

REGNO UNITO

di Sarah Pasetto

1. Lo *Human Rights Act 1998* e la relativa giurisprudenza

Le peculiarità del diritto costituzionale del Regno Unito hanno ripercussioni significative sul tema delle unioni omosessuali, giacché i parametri cui il legislatore deve fare riferimento sono provenienti essenzialmente da fonti sovranazionali. È da sottolineare, infatti, che lo *Human Rights Act 1998* (di seguito: HRA) costituisce la principale fonte (materialmente) costituzionale dei diritti pertinenti alle unioni omosessuali. Come noto, l'*Act* è entrato in vigore il 2 ottobre 2000, ed ha avuto come obiettivo fondamentale quello di incorporare all'interno dell'ordinamento nazionale (gran parte de) la CEDU, di cui si riporta molti degli articoli nello *Schedule 1* dell'HRA¹⁴⁷. A fondare una certa superiorità rispetto alla legislazione ordinaria, la *sec. 3* del HRA stabilisce che, “nella misura in cui è possibile, ogni testo di legislazione primaria e secondaria deve essere esaminato alla luce della Convenzione e reso efficace in un modo compatibile con i diritti sanciti dalla Convenzione”; la *sec. 4* prevede, inoltre, la possibilità per le corti, qualora gli strumenti ermeneutici non consentano una armonizzazione della legge con lo HRA, di pronunciare una “dichiarazione di incompatibilità”, priva di effetti sul giudizio in corso, ma destinata a porsi quale atto di impulso ai fini della riforma, da parte delle autorità competenti, del diritto positivo.

Le *sections* del HRA che assumono particolare rilievo nell'ottica della tutela delle unioni omosessuali sono quelle corrispondenti agli artt. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare), 12 (Diritto al matrimonio) e 14 (Divieto di discriminazione) dello *Schedule 1*, che ripropongono il testo degli articoli della CEDU.

Facendo rinvio ad altra sede per l'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia¹⁴⁸, può constatarsi come, nella giurisprudenza del Regno Unito, sia stata affrontata a più riprese la tematica del rapporto tra l'art. 8 e l'art. 14 della CEDU, con affermazioni anche molto significative per l'evoluzione della questione delle unioni omosessuali. La sentenza *Ghaidan v Godin-Mendoza* (*House of Lords*, di seguito anche HL, 21 giugno 2004) riguardava lo *Schedule 1* del *Rent Act 1977*, il quale permetteva al compagno rimasto in vita di un individuo di succedere, al momento della morte di quest'ultimo, nella locazione dell'immobile in cui la coppia aveva convissuto “come marito e moglie”; era quindi assente qualsiasi riferimento alle coppie omosessuali. La parte istante chiedeva, dopo la morte del suo compagno, di poter usufruire di tale diritto di successione nel godimento dell'appartamento nel quale aveva convissuto in un rapporto omosessuale duraturo. Lord Nicholls of Birkenhead ha sottolineato, citando la sentenza della Corte

¹⁴⁷ In particolare, gli artt. 2-12 e 14 della CEDU, gli artt.1-3 del Primo Protocollo e gli artt. 1 e 2 del Sesto Protocollo.

¹⁴⁸ V. la ricerca predisposta dalla dott.ssa Rosi per le R.O. nn. 177 e 248 del 2009, rel. Criscuolo, u.p. 23 marzo 2010.

di Strasburgo sul caso *Frette c/ France*, del 26 febbraio 2002, che una differenza di trattamento legale fondata sull'orientamento sessuale era inaccettabile alla luce dell'art. 14 CEDU, a meno che non sussistessero dei "buoni motivi". Se è vero che la protezione dell'unità tradizionale della famiglia può, come accertato nella sentenza sul caso *Karner c/ Austria*, del 24 luglio 2003, costituire un "obiettivo importante e legittimo", ed una "motivazione razionale nella giustificazione delle differenze di trattamento", ciò vale solamente in "alcuni contesti", determinati – a seguito di attenta valutazione da parte delle corti – attraverso l'identificazione del particolare aspetto della famiglia tradizionale che si intende proteggere in sede legislativa. La Baronessa Hale ha sottolineato che "l'orientamento sessuale è, secondo l'art. 14, uno dei motivi, al pari della razza e del sesso, sulla base dei quali una differenza di trattamento è particolarmente sospetta", e che le giustificazioni avanzate per le differenze di trattamento richiedono "uno scrutinio particolarmente attento". La Baronessa ha argomentato dunque che ciò che si vuole veramente indicare attraverso la "protezione" della famiglia tradizionale, quando utilizzata come giustificazione, "è l'incoraggiamento a formare famiglie tradizionali" (e la tendenza a scoraggiare la formazione delle altre); peraltro, la misura di "protezione", consistente nel conferimento di un vantaggio alla famiglia tradizionale, unitamente alla negazione di tale vantaggio agli individui che non possano o non vogliano formare una tale famiglia, non deve rientrare in una delle fattispecie la cui legittimità è stata negata nella sentenza *Karner*.

La sentenza *Ghaidan* stabilisce, dunque, che la legislazione deve, entro i limiti posti dalla *section* 3(1) dell'HRA, essere interpretata in modo da precludere la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. Una tale posizione è sostenuta inoltre dall'affermazione, da parte della *House of Lords*, in *R(Carson) v Secretary of State for Work and Pensions*, e *R (Reynolds) v Secretary of State for Work and Pensions* (sentenze del 26 maggio 2005), che alcuni dei motivi di discriminazione vietati dall'art. 14, compreso quello costituito dall'orientamento sessuale, sono più delicati di altri e pongono un onere maggiormente gravoso ai fini della loro giustificazione. Tuttavia, in *Ghaidan* non vi è alcuna discussione sull'eventualità di una interferenza con il diritto alla vita familiare della parte attrice, né sul modo in cui la definizione di "vita familiare" sia da intendersi. Solo la Baronessa Hale ha associato l'illegittimità di misure che scoraggino i rapporti omosessuali ad una violazione del diritto al rispetto della vita privata sancito dall'art. 8.

Il significato di "vita familiare" è stato invece discusso nella sentenza *Secretary of State for Work and Pensions v M* (HL, 8 marzo 2006), la quale ha riguardato la base sulla quale venivano determinati i pagamenti per il mantenimento dei figli, secondo il *Child Support Act 1991*. La parte richiedente denunciava che un genitore il quale avesse costituito una relazione omosessuale fosse valutato meno favorevolmente rispetto ad un genitore che avesse costituito una relazione eterosessuale, e che una tale divergenza costituisse una violazione dell'art. 14, preso in considerazione unitamente al diritto al rispetto della vita familiare sancito dall'art. 8.

Con riferimento all'ambito della "vita familiare", Lord Nicholls ha espresso la propria convinzione riguardo alla persistente esclusione, affermata dalla Corte di Strasburgo nel caso *Estevez*, sentenza del 10 maggio 2001, delle coppie omosessuali da tale parte dell'art. 8, ed ha

sostenuto che, poiché gli Stati contraenti godono in questo ambito di un ampio margine di discrezionalità, “*per il momento*, il rispetto garantito ai rapporti omosessuali è una questione aperta ai singoli Stati contraenti”. In sostanza, l’art. 14 non è, al momento, rilevante in materia.

Lord Mance ha, anch’egli, fatto riferimento ad *Estevez* ed all’“ampiezza” del margine di discrezionalità, ma ha espresso un orientamento meno categorico, legando l’esistenza dell’ampio margine di discrezionalità al periodo di tempo anteriore alla proposizione del ricorso, giungendo a riconoscere che, in un caso futuro, vi sarebbero “pochi motivi per dubitare” che una situazione analoga al caso di specie “potrebbe benissimo essere considerata, sia da Strasburgo che dal Regno Unito, come attinente alla vita familiare ai fini dell’art. 8”. Lord Mance ha inoltre sottolineato che, in tale ambito, le corti dovrebbero “tenere attentamente conto” dei cambiamenti sociali e legislativi tuttora in corso negli Stati contraenti.

Lord Walker of Gestingthorpe (con l’assenso di Lord Bingham of Cornhill) è sembrato invece essere disposto a presumere che la parte attrice, insieme con la sua compagna ed ai loro figli nati da matrimoni precedenti, costituissero una famiglia ai sensi dell’art. 8. Inoltre, ha sottolineato che il margine di discrezionalità era già in fase di mutamento, considerando soprattutto l’adozione del *Civil Partnerships Act*. Tuttavia, non ha ritenuto che il collegato *Child Support Act 1991* presentasse un nesso abbastanza forte con la vita familiare per giustificare un’applicazione dell’art. 8 (e dunque dell’art. 14) al caso da decidere.

La Baronessa Hale, esprimendo una opinione dissenziente rispetto alla maggioranza, ha affermato invece che il caso rientrava nell’ambito della vita familiare: in seguito alla considerazione della relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ha rilevato che “la vita familiare è finora stata limitata ai rapporti tra coppie sposate e tra genitori, od altri parenti e tutori legali, e figli. Ciò comprende il rapporto tra un genitore omosessuale ed i suoi figli e tra una coppia omosessuale ed i figli della loro famiglia”.

Valutando la possibilità di giustificare le previsioni del *Child Support Act 1991*, la Baronessa Hale ha ripetuto un’osservazione già enunciata in *Ghaidan*: mentre era noto, in seguito a *Karner*, che la protezione della famiglia tradizionale è un obiettivo importante, rimaneva comunque da dimostrare che l’esclusione delle coppie omosessuali dal beneficio di un particolare vantaggio fosse una misura necessaria nell’ottica del raggiungimento di quel determinato obiettivo.

2. I tipi di unioni legalmente riconosciute

Nell’ordinamento del Regno Unito, le unioni omosessuali godono di tutela legale attraverso il *Civil Partnership Act 2004*, entrato in vigore il 5 dicembre 2005, che apre alle coppie omosessuali la possibilità di formare una *civil partnership*, considerata dalla maggior parte della dottrina e delle parti interessate come un nuovo stato civile sostanzialmente equiparabile al matrimonio (civile) a tutti i fini pratici, sussistendo tra le due istituzioni solo minime differenze. Tanto ciò è vero che la divergenza più significativa tra *civil partnership* e matrimonio finisce per essere proprio quella dei soggetti che ad essi possono ricorrere, poiché la *civil partnership* è dedicata esclusivamente alle coppie omosessuali, mentre il matrimonio è riservato alle sole coppie eterosessuali.

2.1. Il matrimonio

Nell'ordinamento del Regno Unito, il matrimonio è regolato dal *Matrimonial Causes Act 1973* (di seguito: MCA), che ha consolidato una serie di atti relativi alle fattispecie di invalidità del matrimonio, ai requisiti ed alle procedure collegati al matrimonio ed agli accordi di mantenimento. Nel MCA, il matrimonio è definito per negazione: nella *section 11* è contenuto un elenco dei motivi in base ai quali un matrimonio è da considerarsi nullo. Tra questi, si ha un esplicito riferimento alla necessaria eterosessualità della coppia. Il matrimonio rimane, dunque, un istituto dal quale le coppie omosessuali sono escluse. Infatti, la *section 11(c)* del MCA stabilisce che “un matrimonio celebrato in seguito al 31 luglio 1971 sarà ritenuto nullo” quando “le parti non s[ia]no rispettivamente di sesso maschile e femminile [...]”.

A livello di *common law*, la definizione classica del matrimonio è stata chiarita in *Hyde v Hyde and Woodmansee*, sentenza risalente al 20 marzo 1866, nella quale il giudice Lord Penzance ha precisato che “il matrimonio, così come inteso nella Cristianità, è l'unione volontaria e che dura per tutta la vita tra un uomo ed una donna, ad esclusione di qualunque altro individuo”.

2.1.1. Necessaria eterosessualità del matrimonio e transessualismo

Il testo dell'art. 12 della CEDU stabilisce che *uomini e donne* in età matrimoniale hanno il diritto di sposarsi e di formare una famiglia *sulla base delle leggi nazionali* che regolano l'esercizio di tale diritto. Sebbene si possa discutere su quali siano i confini della definizione di “famiglia”, il testo stesso dell'art. 12 identifica il matrimonio come un istituto che coinvolge persone di sesso opposto, e non persone dello stesso sesso. Peraltro, il riferimento alle leggi nazionali presente in tale articolo sembra lasciare agli Stati contraenti la capacità di formulare le regole che governano la capacità di unirsi in matrimonio, assicurando così un ampio margine di discrezionalità. Come suggerito dalla Baronessa Hale of Richmond in *Ghaidan*, l'art. 12 “individua la famiglia unita dal matrimonio come oggetto di protezione speciale, per il fatto stesso di fornire una garanzia universale del diritto a sposarsi ed a formare una famiglia”, sul presupposto che la famiglia tradizionale, in quest'ottica, è costituita dal matrimonio.

Mentre la Corte di Strasburgo ha riconosciuto, in *Goodwin v Regno Unito* (sentenza del 21 luglio 2002), che i transessuali operati possono invocare l'art. 12 per sfidare le leggi nazionali che negano loro il diritto di sposare una persona del sesso opposto, la Corte ha parlato comunque di *uomini e donne* che godono del diritto al matrimonio. Ciò potrebbe suggerire che tale decisione sia stata collegata alla circostanza che le parti fossero *a quel momento diventate* di sesso opposto e dunque rientrassero nell'ambito dell'art. 12: così ricostruita la *ratio decidendi*, si sarebbe ben lungi da un tentativo di ridefinire le nozioni convenzionali di “uomo” e “donna”. Inoltre, la decisione potrebbe essere ricondotta al margine di discrezionalità di cui gode ciascuno Stato contraente: in una serie di decisioni precedenti¹⁴⁹, del resto, la Corte ha negato ai transessuali la protezione fornita dall'art. 12

¹⁴⁹ In *Rees v Regno Unito* (17 ottobre 1986), la Corte ha stabilito che “il diritto al matrimonio sancito dall'art. 12 si riferisce al tradizionale matrimonio tra persone di diverso sesso biologico”, affermando che “ciò traspare anche dal testo marzo 2010

nei casi in cui era coinvolto il matrimonio, ed ha indicato la mancanza di accordo tra gli Stati contraenti e l'ampio margine di discrezionalità a questi offerti in proposito. Solo quando sono avvenuti mutamenti a livello nazionale la Corte ha cambiato la propria posizione, suggerendo, in tal modo, che l'art. 12 tende a seguire, piuttosto che ad orientare, l'evoluzione del diritto e della coscienza sociale.

Il 10 aprile 2003, la *House of Lords* ha reso la sentenza sul caso *Bellinger v Bellinger*. La signora Bellinger, un transessuale operato, aveva richiesto il riconoscimento legale del suo matrimonio celebrato, nel 1981, con un uomo, il quale era pienamente consapevole del cambiamento di sesso della sua compagna. I *Lords*, pur comprendendo la difficile situazione in cui si trovava la parte attrice, hanno stabilito che il matrimonio era nullo. Hanno dichiarato, tuttavia, che la *section 11(c)* del MCA era incompatibile con lo HRA, con il risultato che era necessario un intervento legislativo che permettesse agli individui transessuali di sposarsi in conformità con il nuovo genere acquisito. Tale intervento legislativo ha preso la forma del *Gender Recognition Act 2004*, attraverso il quale si è conferito, agli individui transessuali, il riconoscimento legale del sesso nuovamente acquisito. Il riconoscimento legale avviene in seguito al rilascio di un certificato di pieno riconoscimento di genere, da parte del Comitato per il Riconoscimento del Genere¹⁵⁰. In termini pratici, in seguito al riconoscimento legale, un transessuale operato sarà legalmente riconosciuto dall'ordinamento inglese come una donna. Nel momento del rilascio di un certificato di pieno riconoscimento di genere, l'individuo avrà diritto ad un nuovo certificato di nascita che attesti il genere acquisito (se sussiste già una scheda relativa all'individuo nel Registro delle nascite del Regno Unito) e potrà sposarsi con una persona di sesso opposto al sesso nuovamente acquisito.

2.2. La Civil Partnership

Le problematiche connesse alla tutela delle unioni omosessuali hanno rappresentato una delle più recenti frontiere di una dinamica normativa tesa a riconsiderare l'omosessualità nell'ambito dell'ordinamento giuridico. Punto di partenza di questa dinamica è il 1967, quando fu emanato il

stesso dell'articolo, il quale chiarisce che l'art.12 ha come scopo principale quello di proteggere il matrimonio in quanto fondamento della famiglia". Nella sentenza *Cossey v Regno Unito* (27 settembre 1990), la Corte ha affermato, nell'ambito dei diritti dei transessuali, che, "sebbene alcuni tra gli Stati contraenti considerino valido un matrimonio tra una persona nella situazione della sig.na Cossey ed un uomo, gli sviluppi che hanno avuto luogo sino ad oggi non possono dirsi tali da sostanziare un abbandono del concetto tradizionale di matrimonio". In *Sheffield & Horsham v Regno Unito* (30 luglio 1998), la Corte ha richiamato quanto stabilito in *Rees* ed ha affermato inoltre che l'art. 12 comporta l'assoggettamento dell'esercizio di tale diritto alle leggi nazionali degli Stati contraenti. "Le limitazioni introdotte in materia non devono limitare o ridurre il diritto in modo o in misura tali da lederne l'essenza stessa. Tuttavia, l'ostacolo presente nel Regno Unito al matrimonio tra persone che non sono di diverso sesso biologico non può dirsi tale da avere un effetto di questo tipo".

¹⁵⁰ *Gender Recognition Panel*, <http://www.grp.gov.uk/>. Prima di poter rilasciare un certificato, il Comitato deve accertare che il richiedente sia, o sia stato affetto, da disforia di genere, abbia vissuto come appartenente al genere acquisito per i due anni precedenti ed abbia intenzione di proseguire come appartenente al genere acquisito fino alla morte.

Sexual Offences Act 1967, il quale permetteva una limitata depenalizzazione dell'attività omosessuale¹⁵¹, se le parti fossero state entrambe consenzienti e gli atti non si fossero svolti in pubblico, tra persone di età maggiore dei ventuno anni. Il 1° maggio del 2004, è entrato in vigore il *Sexual Offences Act 2003*, il quale ha eliminato qualsiasi riferimento al sesso di appartenenza dall'ordinamento penale ed ha introdotto definizioni dei reati sessuali neutre dal punto di vista del genere.

Il 30 giugno 2003, il Governo ha pubblicato un *consultation paper* contenente proposte per l'introduzione di uno schema per la registrazione delle *civil partnerships*¹⁵², che avevano lo scopo di superare gli ostacoli esistenti al riconoscimento legale delle unioni omosessuali. Il *Civil Partnership Bill* è stato presentato dinanzi al Parlamento il 30 marzo 2004, ed è stato sostenuto dal *Labour Party*, dai *Liberal Democrats*, dal *Plaid Cymru*, dallo *Scottish National Party* e dal *Social Democratic and Liberal Party* nordirlandese. È stato, invece, avversato dal *Democratic Unionist Party* e dall'*Ulster Unionist Party*. I deputati del *Conservative Party* sono risultati divisi al riguardo, ed i vertici del partito hanno lasciato libertà di voto. Il *Bill* ha ricevuto il *royal assent* il 18 novembre del 2004 ed è divenuto il *Civil Partnership Act* (d'ora innanzi, anche CPA)¹⁵³.

2.2.1. La definizione

Secondo la *section 1(1)* del CPA, una *civil partnership* è “un rapporto tra due persone dello stesso sesso [...] costituito nel momento in cui essi si registrano come *civil partners* l'uno dell'altro” oppure quando il loro rapporto viene registrato all'estero, ma rientra nell'ambito del CPA (come stabilito dalle *sections 212-218*: v. *infra*). Come osservato dal giudice Potter in *Wilkinson v Kitzinger*, sentenza resa il 31 luglio 2006, quindi anteriormente all'approvazione definitiva del CPA, “il Parlamento ha esaminato attentamente le questioni complesse che sarebbero emerse se l'istituto del matrimonio fosse stato aperto alle coppie omosessuali. Si è giunti alla conclusione che la soluzione ideale fosse quella di conferire un riconoscimento legale ad uno stato civile e ad un rapporto, configurato attentamente sulla base del matrimonio, e che mettesse a disposizione dei *civil partners* essenzialmente tutti i diritti materiali e tutti gli obblighi attualmente derivanti dal matrimonio, fatta eccezione per la forma della cerimonia, il nome dell'istituto e lo stato civile di

¹⁵¹ L'attività sessuale tra uomini consenzienti fu vietata dall'ordinamento penale inglese sin dal 1533, durante il regno di Enrico VIII, attraverso il *Buggery Act 1533*, con il quale la sodomia divenne formalmente un reato punibile con l'impiccagione. In seguito alla polemica scatenata dal processo *Montagu* del 1954, fu creata una commissione incaricata di esaminare la legge relativa ai reati omosessuali. Il 3 settembre 1957, fu pubblicato il *Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution* (comunemente denominato *Wolfenden Report*), che raccomandava la depenalizzazione del comportamento omosessuale tra adulti consenzienti e che si adoperava perché l'omosessualità non fosse più considerata una malattia.

¹⁵² Da notare è che, già al momento del relativo *consultation paper*, è stato chiarito che il Governo non intendeva introdurre l'istituto del matrimonio omosessuale.

¹⁵³ I provvedimenti relativi alla Scozia sono elencati nella *Part 3* del CPA, mentre quelli relativi all'Irlanda del Nord sono contenuti nella *Part 4*.

‘coniuge’. Il Parlamento del Regno Unito ha scelto di proseguire con l’approvazione del CPA, non perché si sentisse obbligato a farlo per adempiere alla normativa europea o alle sentenze della Corte europea di giustizia o [della Corte europea] dei diritti dell’uomo, bensì in seguito ad una precisa e determinata decisione di politica del diritto”.

Dalla lettura delle trascrizioni dei dibattiti parlamentari raccolti nell’*Hansard*, si può comprendere che l’intenzione del Governo nel presentare l’atto di iniziativa è stata quella di creare un istituto parallelo ed in grado di rimediare alla disparità di trattamento percepito nei confronti dei rapporti omosessuali monogami di lunga durata, assicurando però, al contempo, il rispetto della nozione tradizionale di matrimonio. La Baronessa Scotland of Asthal ha affermato, nel corso della sua introduzione della seconda lettura del *Civil Partnership Bill* dinanzi alla *House of Lords*, che il *Civil Partnership Bill* è stato “modellato in seguito a consultazioni con organizzazioni che rappresentano le parti interessate e con il pubblico,” e che esso “offre una soluzione laica agli svantaggi affrontati dalle coppie omosessuali nel modo in cui vengono trattati dalle nostre leggi. [...] Questo *Bill* non mette a repentaglio, né indebolisce l’importanza del matrimonio e non proponiamo di offrire la possibilità di unirsi in una *civil partnership* alle coppie eterosessuali. La *civil partnership* è destinata a coloro che non possono sposarsi. Tuttavia, ci sta a cuore chiarire che continuiamo a dare il nostro sostegno al matrimonio, ed a riconoscere che è il matrimonio il fondamento più solido per le coppie eterosessuali che allevano dei figli”.

Nel corso della sua introduzione della seconda lettura del *Civil Partnership Bill* dinanzi alla *House of Commons*, Jacqui Smith, la vice-Ministro per le donne e l’uguaglianza, ha affermato che “le *civil partnerships* introdotte dal *Bill* rispecchiano per molti aspetti i requisiti, i diritti e le responsabilità che discendono dal matrimonio civile. Riconosco che gli onorevoli Deputati di entrambe le parti della *House* comprendono, ed hanno fortemente a cuore, i connotati religiosi specifici del matrimonio. Il Governo desidera intraprendere in questo modo un approccio laico alla risoluzione dei problemi specifici delle coppie omosessuali”.

L’esistenza di una netta separazione tra l’istituto matrimoniale e le *civil partnerships* è stata in concreto confermata anche nel novembre 2009, quando una giovane coppia eterosessuale ha visto respinta la domanda di costituire una *civil partnership*, da parte dell’ufficio del registro del *Borough* di Islington, a Londra. Come confermato dal gruppo attivista *OutRage!* nel febbraio del 2010, la coppia presenterà ricorso presso la Corte europea dei diritti dell’uomo al fine di eliminare sia il divieto di matrimonio omosessuale che quello di *civil partnership* eterosessuale.

2.2.2. Il riconoscimento dei matrimoni omosessuali celebrati all’estero

Il *Civil Partnership Act* sancisce esplicitamente, nelle *sections* da 212 a 218 del *Chapter 2* (intitolato “Rapporti esteri da considerare come *civil partnerships*”), che i matrimoni omosessuali contratti validamente all’estero devono essere riconosciuti nel Regno Unito come *civil partnerships*. Implicita in tali *sections* è l’impossibilità di equiparare, nel Regno Unito, un matrimonio omosessuale valido all’estero ad un matrimonio civile valido entro i confini nazionali.

Proprio la questione dell'equiparazione tra un matrimonio estero ed un matrimonio civile celebrato nel Regno Unito ha dato luogo al principale ricorso che ha coinvolto il CPA, ovvero quello deciso con la sentenza *Wilkinson v Kitzinger* del 31 luglio 2006. La parte attrice, domiciliata nel Regno Unito, conviveva da tredici anni con una persona del suo stesso sesso. Nell'agosto 2003, le due persone si erano recate nel British Columbia per unirsi in una forma di matrimonio legale e valida secondo il diritto della Provincia canadese. Al ritorno della coppia nel Regno Unito, la parte attrice aveva richiesto una dichiarazione che sancisse la validità del matrimonio sin dal momento della sua celebrazione.

In punto di diritto, facendo leva sugli artt. 8, 12 e 14 della CEDU, si chiedeva alla *High Court* di reinterpretare la *section* 11(c) del MCA e le *sections* 1(1) e 212-218 del CPA 2004, in ossequio alla *section* 3(1) del HRA, al fine di riconoscere il matrimonio omosessuale celebrato in Canada come un matrimonio civile, piuttosto che come una *civil partnership*. Tra le argomentazioni presentate a sostegno di tali richieste, figurava la tesi fondata sul valore simbolico del matrimonio: il matrimonio e la *civil partnership* non sarebbero equivalenti a livello simbolico, e la conversione automatica del matrimonio canadese in una *civil partnership* ne avrebbe comportato una svalutazione, proprio perché il matrimonio è una delle principali istituzioni sociali, riconosciuta in tutto il mondo, a differenza della *civil partnership*. Il fatto che le *civil partnerships* non siano riconosciute all'estero avrebbe anche comportato svantaggi pratici per le coppie omosessuali soggiornanti anche occasionalmente all'estero, mentre il rapporto di coppia sarebbe stato percepito con maggior rispetto se le coppie si fossero potute presentare alla società come "sposate".

Il giudice Sir Mark Potter ha ritenuto che l'invocazione dell'art. 8 della CEDU non fosse pertinente, sia di per sé considerato sia letto in combinato con l'art. 14; d'altro canto, neppure l'art. 12 poteva dirsi violato, se isolatamente considerato, mentre se letto in combinato con l'art. 14 poteva far emergere, *prima facie*, una illegittimità, che peraltro veniva superata una volta constatato che la discriminazione era giustificabile.

Con riguardo all'art. 8, il giudice Potter ha, da un lato, rilevato che, i rapporti intimi (sia omosessuali che eterosessuali) rientrano nell'ambito della parte dell'articolo attinente alla (protezione della) vita privata, e che l'orientamento sessuale è effettivamente una componente tra le più intime della vita personale di un individuo; dall'altro lato, però, seguendo la sentenza *Secretary of State for Work and Pensions v M*, ha riconosciuto che, per il momento, la parte dell'art. 8 relativa alla vita familiare non si estende alle coppie omosessuali senza figli.

Il giudice Potter ha inoltre affermato che il Parlamento inglese, nel non riconoscere i rapporti omosessuali come matrimoni in un atto legislativo, non ha commesso una intrusione nella vita privata delle coppie omosessuali, né ha mancato di tributare a tali coppie il dovuto rispetto: il CPA, infatti, persegue lo scopo di aumentare i loro diritti. Inoltre, il principio secondo il quale i diritti della Convenzione debbono essere interpretati alla luce dell'evoluzione delle circostanze non può essere utilizzato per ricondurre nell'ambito della Convenzione tematiche controverse che sono oggetto di "valutazione politica, sociale ed economica"; dunque, gli Stati contraenti non sono obbligati a stabilire particolari forme di protezione di certi rapporti, soprattutto in sfere in cui è forte

la contrapposizione *lato sensu* politica. Altrimenti detto, secondo il giudice Potter, le *civil partnerships* conferiscono gli stessi diritti del matrimonio, e nella negazione del titolo e dello stato civile costituito dal matrimonio non si ha alcuna interferenza col diritto delle coppie omosessuali al rispetto della loro vita privata.

In relazione all'art. 12, lo stesso giudice ha notato che, in base ad una prima lettura, l'articolo si riferisce al diritto di "sposarsi" inteso in senso tradizionale (ovvero come un matrimonio tra un uomo ed una donna). Nonostante la Corte di Strasburgo abbia accertato che tale diritto è stato violato nel caso di un transessuale operato al quale era proibito di unirsi in matrimonio con un uomo (v. *supra*), questo orientamento non può estendersi oltre il caso specifico, sino al punto di introdurre nell'ambito della Convenzione le problematiche connesse alle unioni omosessuali come tali. In effetti, se è vero che è riscontrabile, in Europa, una generale evoluzione tendente al conferimento di un riconoscimento legale ai rapporti omosessuali, è altresì vero che non sussiste ancora un consenso generale riguardo al matrimonio omosessuale, donde l'impossibilità di interpretare la CEDU come implicita latrice di una definizione di "matrimonio" aperta anche ai rapporti omosessuali.

Come detto, la parte attrice, dal mancato riconoscimento del matrimonio omosessuale celebrato all'estero, aveva desunto anche la non conformità del CPA alla CEDU sotto il profilo della violazione dell'art. 14, considerato unitamente agli artt. 8 e 12.

Con riferimento al combinato disposto tra gli artt. 8 e 14, il giudice Potter ha richiamato l'argomentazione già esposta relativamente all'art. 8, affermando che non vi era alcuna interferenza con l'autonomia personale o sessuale della parte attrice. Non vi era dunque alcuna violazione dell'art. 8 per quanto riguardava la parte riferita alla "vita privata". Né rientrava, la questione, nell'ambito della "vita familiare", dato che la CEDU non ha (ancora) riconosciuto un rapporto omosessuale senza figli come espressione di "vita familiare". Ma, se anche tale ultimo argomento non fosse stato spendibile, il mancato conferimento del titolo di matrimonio non avrebbe comunque leso, in concreto, l'essenza della vita familiare della coppia.

Il discorso si è fatto più complesso in relazione al combinato disposto tra gli artt. 12 e 14. Il giudice Potter ha adottato una interpretazione lata dell'art. 12, per affermare che i valori essenziali da esso protetti riguardano, più che il vincolo dell'eterosessualità del matrimonio, le limitazioni poste al diritto di un individuo di sposare il compagno o la compagna di sua scelta.

Ora, nell'ottica del riconoscimento di matrimoni celebrati all'estero, la differenza di trattamento tra coppie eterosessuali (il cui matrimonio viene riconosciuto *ut sic*) e coppie omosessuali (il cui matrimonio si trasforma in *civil partnership*) è effettivamente basata sull'orientamento sessuale, ciò che pone la questione relativa alla ammissibilità della discriminazione, e dunque alla legittimità dell'obiettivo perseguito ed alla proporzionalità della previsione rispetto allo stesso. Il giudice Potter ha tuttavia stabilito che la differenza poteva essere giustificata. Esiste, infatti, un obiettivo legittimo, ovvero la protezione della famiglia tradizionale, così come identificato nella sentenza *Karner*. Inoltre, la differenza di trattamento è proporzionata rispetto all'obiettivo. La maggior parte delle persone e dei governi, in Europa, considerano il matrimonio come un istituto importante, non solo per incoraggiare la monogamia, ma anche per la procreazione e per la crescita e lo sviluppo dei

bambini entro un nucleo familiare nel quale siano presenti figure sia materne che paterne. Per definizione, e per tradizione, il matrimonio è un rapporto formale tra un uomo ed una donna, principalmente (seppure non esclusivamente) avente lo scopo di generare e crescere dei figli. Questa nozione non è basata su alcuna discriminazione contro coloro che desiderano, invece, formare unioni omosessuali. Le unioni omosessuali stabili non sono affatto inferiori, ed il CPA, del resto, non li classifica come tali: “il Parlamento non ha conferito alle unioni omosessuali il titolo di matrimonio, non perché le unioni omosessuali siano considerate inferiori all’istituto del matrimonio, bensì perché, secondo i fatti obiettivi ed il comune sentire sottinteso, nonché in base alla definizione di matrimonio nel diritto inglese ed a quanto riconosciuto nella giurisprudenza europea, essi sono effettivamente diversi”. In effetti, il Parlamento ha stabilito di conferire “un riconoscimento formale ai rapporti di coppia omosessuali che abbiano tutti i tratti e le caratteristiche del matrimonio, salva l’idoneità a procreare”, allo stesso tempo “conservando e dando sostegno al concetto ed all’istituto del matrimonio come un’unione tra persone di sesso o genere opposto”. Il CPA conferisce alle coppie omosessuali “effettivamente tutti i diritti, gli obblighi, i benefici ed i vantaggi del matrimonio civile, eccezion fatta per il nome”, eliminando così “gli svantaggi legali, sociali ed economici per gli omosessuali che desiderano unirsi in rapporti stabili duraturi”. In sé e per sé, la distinzione tra matrimonio e *civil partnership* può essere configurata come una discriminazione nei confronti delle coppie omosessuali, ma – trattandosi di nulla più che una questione nominalistica – essa ha un obiettivo legittimo, ed è quindi ragionevole e proporzionata, come tale rientrando nel margine di discrezionalità conferita agli Stati CEDU.

2.2.3. Il quadro dei diritti e degli obblighi nascenti dalla Civil Partnership

Come più volte rilevato, l’iscrizione nel registro dei *civil partners* conferisce alle coppie omosessuali essenzialmente gli stessi diritti ed obblighi incombenti sulle coppie eterosessuali in seguito al matrimonio civile.

Può essere indicativo, per comprendere la misura in cui la *civil partnership* è effettivamente analoga al matrimonio, o comunque percepita come tale da parte di coloro che hanno proposto il CPA, il fatto che alcuni aspetti della *civil partnership* stabiliti dal CPA rispecchino addirittura alcune delle proposte di aggiornamento dell’istituto del matrimonio civile¹⁵⁴.

Tra i diritti derivanti dalla *civil partnership* che sono pienamente equivalenti ai diritti collegati al matrimonio, si annoverano le stesse esenzioni nell’ambito delle tasse di successione, il diritto a percepire gli interessi dal patrimonio di un *partner* deceduto (come previsto dall’*Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*), la titolarità della posizione di erede legittimo, benefici pensionistici e relativi al diritto del lavoro. Ancora, si ha l’esenzione dall’imposizione fiscale nel trasferimento di proprietà da un *partner* all’altro, il trattamento privilegiato ai fini dell’assicurazione sulla vita, lo stesso livello di protezione dall’abuso domestico, il diritto alla

¹⁵⁴ Così come contenute nel *consultation paper* governativo dal titolo *Civil Registration: Vital Change*: www.ips.gov.uk/cps/files/ips/.../Civil_Registration_vital-change.pdf.

compensazione in caso di incidenti mortali, ed il riconoscimento dell'unione ai fini dell'applicazione della normativa in materia di immigrazione e di acquisto della cittadinanza¹⁵⁵.

Tra gli obblighi nascenti dalla formazione di una *civil partnership*, figurano la perdita di alcuni dei vantaggi fiscali di cui godono le persone celibi o nubili, il dovere di provvedere al mantenimento del proprio *civil partner* e degli eventuali figli della famiglia in misura ragionevole (la valutazione è equivalente a quella in uso per le coppie eterosessuali sposate ai fini del mantenimento dei minori) e la divisione dei beni in seguito alla dissoluzione della *partnership*.

Dal punto di vista delle conseguenze pratiche, si può dire che la *civil partnership* è un matrimonio sotto tutti gli aspetti, fatta eccezione per il nome. Tuttavia, vi sono alcune differenze rilevanti a livello di procedura di formazione, di terminologia e di motivi validi per la dissoluzione o l'annullamento della *partnership*.

Ad esempio, una *civil partnership* viene costituita nel momento in cui il secondo *civil partner* sottoscrive l'apposito documento¹⁵⁶, mentre un matrimonio civile viene perfezionato nel momento in cui la coppia scambia i voti coniugali. Per quanto riguarda la terminologia, oltre all'appellativo dello stato civile stesso, è prevista la *dissoluzione*, invece del divorzio. A differenza del matrimonio, la mancata consumazione del rapporto non può essere motivo di annullamento della *civil partnership* (in effetti, non si ha alcun riferimento, tra i requisiti, alla natura sessuale dell'unione), mentre l'adulterio non è previsto come possibile motivo per la dissoluzione della *partnership*, a meno che esso integri una fattispecie di "comportamento irragionevole"¹⁵⁷.

Il 2 marzo 2010, la *House of Lords* ha votato in favore dell'eliminazione del divieto di celebrazione delle cerimonie per costituire le *civil partnerships* nelle chiese o in altri luoghi di culto. Tale emendamento all'*Equality Bill*, se approvato definitivamente, permetterebbe anche alle organizzazioni religiose di celebrare le *civil partnerships*. Peraltro, si renderebbero possibili tali cerimonie solamente per le confessioni che appoggiano il matrimonio omosessuale (tra cui i *Quakers*, gli Unitariani ed alcune correnti liberali dell'ebraismo), senza imporre alcun obbligo. Ciò si tradurrebbe, evidentemente, in un'ulteriore, ed assai significativa sotto il profilo simbolico, riduzione delle differenze tra *civil partnership* e matrimonio.

Le previsioni riguardanti la capacità di costituire una *civil partnership* sono simili a (o, almeno, logicamente equivalenti a) quelle che regolano il matrimonio: dunque, due persone non possono registrarsi come *civil partners* se non appartengono allo stesso sesso, se una delle parti è già vincolata da una *civil partnership* o da un matrimonio tuttora valido, se una delle parti è di età inferiore ai sedici anni, o se le parti hanno un rapporto di parentela che rende nullo il matrimonio.

¹⁵⁵ V., ad esempio, le *sections* 83-84, *Schedules* 4, 7, 8, 24 e 27 del *Civil Partnerships Act*; tali disposizioni sono rilevanti anche per quel che concerne gli obblighi nascenti dalla *civil partnership*.

¹⁵⁶ *Civil Partnership Act*, *sec. 2*.

¹⁵⁷ *Civil Partnership Act*, *Chapter 2*.

Il CPA prevede anche che gli stessi criteri di valutazione ai fini dell'adozione siano applicati alle coppie sposate e non, siano esse omo- oppure eterosessuali. L'*Adoption and Children Act 2002* permette la valutazione delle domande per l'adozione da parte di coppie omosessuali ed eterosessuali in "rapporti familiari perduranti", in base agli stessi criteri; in ogni caso, il CPA contiene una previsione specifica che impone che i *civil partners* rientrino nell'ambito del suddetto *Act*.

Il CPA introduce una serie di emendamenti simili anche con riferimento ad altri atti legislativi già in vigore, al fine di assicurare l'analogia tra le posizioni delle coppie unite in una *civil partnership* e le coppie eterosessuali, ad esempio con riferimento alla responsabilità per i figli biologici del proprio *partner* ed alla definizione di "figlio della famiglia", nonché in ordine alla presentazione di domande per provvedimenti giurisdizionali sull'affidamento e sul diritto di visita ai figli, e per provvedimenti inerenti agli aspetti economici conseguenti alla fine di una *civil partnership*.

2.3. L'assenza di tutela per le altre forme di convivenza

Sebbene nel linguaggio comune non sia insolito riscontrare il termine "*common law marriage*" – matrimonio secondo il *common law* – e nonostante molte coppie non sposate, ma semplicemente conviventi, credano di godere automaticamente di una serie di diritti che scaturiscono in virtù della sola convivenza, in realtà un tale istituto, con un elenco di garanzie comprensivo e prestabilito, non è previsto dall'ordinamento inglese. Le coppie conviventi possono effettivamente beneficiare di una serie di diritti, ma, a differenza delle coppie sposate oppure unite in una *civil partnership*, tali diritti non sono ascrivibili ad un particolare stato civile, ma sono stati piuttosto sviluppati indipendentemente, nell'ambito delle singole branche del diritto. Per citare un esempio relativo alla sfera del diritto dei beni immobiliari, in seguito alla fine di un rapporto di convivenza, ed in assenza di un precedente accordo tra le parti, la sorte dell'abitazione degli ex-conviventi sarà determinata in base ai principi "generali" del diritto dei beni immobiliari, applicabili, non solo alle coppie conviventi, bensì ad qualunque gruppo di individui che condividano un immobile¹⁵⁸.

I conviventi non sposati possono anche formare un accordo di convivenza al fine di chiarire le modalità della vita in comune e di stabilire una divisione dei beni per il caso del venir meno della convivenza. Tali accordi non sono tuttavia regolati in modo sistematico dalla legge, né – almeno per il momento – il loro grado di vincolatività è stato stabilito con certezza a livello giurisprudenziale.

3. Prospettive a breve termine

È attualmente nelle fasi finali di discussione parlamentare l'*Equality Bill*, che ha l'obiettivo di semplificare, unificare e, al tempo stesso, espandere la legge sulle misure antidiscriminatorie a beneficio delle categorie "protette", tra cui quella individuata in base all'orientamento sessuale. Come accennato brevemente in merito agli aspetti del *civil partnership*, tra gli emendamenti

¹⁵⁸ "*Common law marriage and cohabitation*", *Standard Note* SN/HA/03372, aggiornato all'8 gennaio del 2010.

approvati più di recente vi è l'introduzione della possibilità di celebrazione delle *civil partnerships* nei luoghi di culto. Ciò che risulta particolarmente rilevante a questo proposito è la larga maggioranza con la quale è stato approvato l'emendamento: novantacinque *Lords* si sono espressi a favore dell'eliminazione del divieto, mentre solo ventuno sono stati contrari. Un fatto, questo, che potrebbe essere, in futuro, interpretato come un'indicazione del nuovo consenso venutosi a creare nel Regno Unito a favore della completa parificazione tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali.

SPAGNA

di Carmen Guerrero Picó

1. La disciplina costituzionale

1.1. Matrimonio e famiglia nella Costituzione del 1978

Il 30 giugno 2005, a conferma delle promesse elettorali fatte nel 2004 dall'allora candidato *premier* José Luis Rodríguez Zapatero, il Congresso dei deputati approvava la legge n. 13/2005, introducendo nell'ordinamento spagnolo il matrimonio tra persone del medesimo sesso. Com'è noto, per la notevole eco data alla notizia da parte dei *mass-media*, la riforma ebbe un grande impatto sociale. Sebbene, da una parte, la legge concretizzasse le aspirazioni degli omosessuali, tradizionalmente discriminati, da un'altra era interpretata come un attacco frontale all'istituzione matrimoniale, alla famiglia ed ai valori sociali e religiosi della società spagnola, come evidenziarono le manifestazioni a difesa della famiglia tradizionale organizzata dal *Forum* spagnolo della famiglia, cui aderirono più di venti vescovi cattolici, l'*imam* della grande moschea di Madrid, la Federazione delle comunità ebraiche della Spagna ed i rappresentanti di altre confessioni religiose. Tutto ciò ebbe come riflesso un intenso dibattito dottrinale circa il significato dei concetti costituzionali di matrimonio e di famiglia ed il possibile collegamento fra di loro.

La Costituzione spagnola del 1978 sancisce, all'art. 32, il diritto a contrarre matrimonio, mentre garantisce la tutela dell'istituzione familiare, separatamente, all'art. 39¹⁵⁹.

Art. 32 Cost.

1. L'uomo e la donna hanno il diritto di contrarre matrimonio in piena uguaglianza giuridica.

2. La legge regolerà le modalità del matrimonio, l'età e la capacità per contrarlo, i diritti e i doveri dei coniugi, le cause di separazione e scioglimento e i loro effetti.

Art. 39 Cost.

1. I pubblici poteri assicurano la protezione sociale, economica e giuridica della famiglia.

2. I pubblici poteri assicurano anche la protezione integrale dei figli, uguali questi di fronte alla legge a prescindere dalla filiazione, e delle madri, qualunque sia il loro stato civile. La legge faciliterà l'accertamento della paternità.

¹⁵⁹ Nella storia del costituzionalismo spagnolo, altre disposizioni sul matrimonio e sulla famiglia si trovano soltanto nell'art. 43 della Costituzione della II Repubblica (1931), secondo cui: "La famiglia è posta sotto la protezione speciale dello Stato. Il matrimonio si basa sull'uguaglianza dei diritti di entrambi i sessi, e potrà essere sciolto per mutuo dissenso o a richiesta di uno qualsiasi dei coniugi, in questo caso allegando giusta causa. I genitori hanno nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio gli stessi doveri che hanno nei confronti di quelli nati al suo interno. Le leggi civili regoleranno la ricerca della paternità. Non potrà comparire alcun tipo di dichiarazione relativa alla legittimità o illegittimità delle nascite o allo stato civile dei genitori, né nei registri dell'anagrafe né in alcun tipo di documento relativo alle discendenze. Lo Stato presterà assistenza ai malati ed anziani, protezione alla maternità e all'infanzia, facendo sua la Dichiarazione di Ginevra o la carta dei diritti del fanciullo".

3. I genitori devono prestare ogni assistenza ai figli avuti nel o fuori del matrimonio nella minore età e nelle altre ipotesi previste dalla legge.

4. L'infanzia godrà della protezione prevista negli accordi internazionali che ne tutelano i diritti.

Prima di riferirci alla portata costituzionale dei concetti matrimonio e famiglia, è opportuno aprire una parentesi per precisare che, nonostante gli artt. 32 e 39 Cost. formino parte del titolo I della Costituzione, appartengono a capi diversi. Tale discrasia si proietta sulle loro garanzie e si rivelerà fondamentale al momento di studiare la tutela costituzionale della convivenza *more uxorio*.

Il diritto fondamentale al matrimonio fa parte della sezione seconda del capitolo secondo ("Diritti e libertà") e, quindi, anche se non è suscettibile di ricorso di *amparo* dinanzi al Tribunale costituzionale (art. 53, comma 2, Cost.), vincola comunque tutti i pubblici poteri e gode delle garanzie della riserva di legge e dell'intangibilità del contenuto essenziale (art. 53, comma 1, Cost.). La tutela della famiglia, invece, si trova nel capitolo terzo, dedicato ai principi che reggono la politica sociale ed economica. Essi ispirano la legislazione positiva, la pratica giudiziaria e l'azione dei pubblici poteri, ma possono essere dedotti di fronte alla giurisdizione ordinaria solo in conformità con quanto disposto dalle leggi che li attuano (art. 53, comma 3, Cost.).

Ciò premesso, è il caso di riprendere la questione relativa all'esistenza o meno di un collegamento diretto tra famiglia e matrimonio, questione che, come anticipato, non è pacifica in dottrina. Da un lato, si schierano gli autori che proiettano l'art. 32, comma 1, sull'art. 39, comma 1, Cost. A loro avviso, a meno che la Costituzione sia riformata, il diritto a contrarre matrimonio, oltre ad essere un diritto di carattere individuale riconosciuto all'uomo ed alla donna tra di loro, è anche un'istituzione che deve essere preservata a beneficio della cellula familiare. In questo senso, la Costituzione tutela la famiglia che "ha un'intrinseca ed essenziale relazione con il matrimonio"¹⁶⁰ e, considerando che la procreazione è una delle finalità innate dell'istituzione matrimoniale, il matrimonio eterosessuale è l'unico che dovrebbe disporre della garanzia costituzionale. Il diritto al matrimonio eterosessuale sarebbe, quindi, la garanzia istituzionale della famiglia come struttura fondante della società.

Dall'altro lato, alcuni autori mettono in evidenza che l'assenza di un collegamento diretto tra matrimonio e famiglia si potrebbe desumere già dal semplice fatto che sono istituzioni tutelate in due articoli diversi. Inoltre, il concetto di "famiglia" dell'art. 39 Cost. non potrebbe essere circoscritto alla famiglia matrimoniale, visto che menziona anche i figli naturali e le madri *single*. Inoltre, il fatto che nelle coppie omosessuali sia assente la finalità procreativa non è un legittimo

¹⁶⁰ Cfr. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "La familia en la Constitución española", in *Revista española de Derecho constitucional*, n. 58, gennaio-aprile 2000, p. 22. Contro il matrimonio fra persone del medesimo sesso, v. anche R. BERCOVITZ RORÍGUEZ-CANO, "La competencia para legislar sobre parejas de hecho", in *Derecho privado y Constitución*, n. 17, gennaio-febbraio 2003, pp. 61-88; A. RODRÍGUEZ LUÑO, *La legge 13/2005 sulla riforma del matrimonio in Spagna*, 2005 (documento elettronico); e S. CAÑAMARES ARRIBAS, *El matrimonio homosexual en Derecho español y comparado*, Iustel, Madrid, 2007, *passim*.

motivo di discriminazione¹⁶¹, assente pure nei matrimoni eterosessuali in cui i coniugi sono sterili; peraltro, non può ignorarsi che in Spagna l'adozione individuale, anche da parte degli omosessuali, è permessa, così come l'accesso alle tecniche di riproduzione assistita è consentito a tutte le donne maggiorenni con piena capacità di agire, a prescindere dallo stato civile e dall'orientamento sessuale.

A conferma dell'ampiezza del concetto costituzionale "famiglia", è molto interessante la giurisprudenza costituzionale in tema di convivenze *more uxorio*. Come vedremo più dettagliatamente *infra*, par. 1.3., dalla STC 184/1990, del 3 dicembre, si è inferito che le coppie di fatto non godono di tutela costituzionale alcuna. La suddetta interpretazione aveva provocato il *voto particular* dissenziente del giudice costituzionale Gimeno Sendra, secondo cui non era possibile identificare il concetto di "famiglia" dell'art. 39, comma 1, Cost. con quello di famiglia "matrimoniale", perché la Costituzione protegge, non solo la famiglia come istituzione giuridica, ma anche la famiglia come realtà naturale.

Due anni più tardi questa argomentazione sarebbe divenuta l'orientamento seguito dalla maggioranza. Nella STC 222/1992, dell'11 dicembre, il cui relatore era lo stesso Gimeno Sendra, il Tribunale costituzionale dichiarerà che: "La nostra Costituzione non ha identificato la famiglia che ordina di proteggere con quella che ha origine nel matrimonio, conclusione che si impone, non solo per la regolamentazione ben differenziata di un'istituzione e dell'altra (artt. 32 e 39), ma, anche, per il senso protettivo o di tutela con cui la Norma fondamentale considera sempre la famiglia, specialmente nel più volte citato art. 39, protezione che risponde ad imperativi collegati al carattere «sociale» del nostro Stato (artt. 1, comma 1, e 9, comma 2, Cost.) e, quindi, all'attenzione per la realtà effettiva dei modi di convivenza che si esprimano nella società. Il senso di queste norme costituzionali non si concilia, pertanto, con la costrizione del concetto di famiglia entro quella di origine matrimoniale, per rilevante che questa modalità di vita familiare sia nella nostra cultura – nei valori e nella realtà dei comportamenti sociali. Esistono altre modalità, insieme con essa, come è connaturato ad una società plurale, e ciò impedisce di interpretare negli anzidetti termini restrittivi una norma come quella che contenuta nell'art. 39, comma 1, la cui portata, del resto, deve essere interpretata anche alla luce di quanto disposto nei commi 2 e 3 dello stesso articolo" (*fundamento jurídico* – FJ – 5).

Questa giurisprudenza è stata confermata successivamente, anche in materia di tecniche di procreazione assistita, il cui utilizzo da parte di persone non sposate era pure stato interpretato come un attacco alla famiglia in senso tradizionale. Il Tribunale costituzionale ha confermato che un tale utilizzo non implica una obliterazione dell'art. 39 Cost., ribadendo che il concetto costituzionale di

¹⁶¹ "La Costituzione non prescrive la procreazione come unico fine del matrimonio. Questa finalità, come il piacere ed il puro interesse socio-economico, sempre egualmente legittimi, formano parte della libera determinazione della persona, che decide un giorno di unire la sua vita a quella di un altro. Esse però non sono finalità derivate od obbligate dalla Costituzione [...]. Senza dubbio l'opzione del matrimonio intesa secondo la logica della procreazione è una scelta personale legittima, ma del tutto inammissibile se si pretende di imporla giuridicamente" (M. CARRILLO, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principi costituzionali*, in *Foro italiano*, 2005, V, cc. 264 e ss.).

famiglia non si esaurisce con il matrimonio eterosessuale e che l'identificazione tra famiglia naturale e famiglia giuridica manca di fondamento costituzionale (STC 116/1999, del 17 giugno, FJ 13).

1.2. La (mancata) definizione del matrimonio

La Costituzione spagnola non riconosce esplicitamente il matrimonio tra persone dello stesso sesso, poiché stabilisce che “l'uomo e la donna hanno il diritto di contrarre matrimonio in piena uguaglianza giuridica”; ed il fatto che l'art. 32 sia il solo tra i precetti dedicati ai diritti fondamentali in cui il costituente si riferisce a uomo e donna, invece di utilizzare espressioni più aperte come “ogni persona”, “gli spagnoli”, ecc., è stato utilizzato per sostenere la natura esclusivamente eterosessuale del matrimonio.

Nel 1978, il suddetto riferimento era giustificato sulla base della discriminazione che soffriva la donna all'interno del matrimonio (all'epoca il riconoscimento sociale dell'omosessualità non era molto esteso nella società spagnola). L'art. 32, comma 1, Cost. era, dunque, volto principalmente a garantire l'eguaglianza tra uomo e donna, tanto nella celebrazione del matrimonio, quanto nello *status* matrimoniale da esso risultante. Ma, considerando che attualmente l'eterosessualità avrebbe cessato di concepirsi come il fondamento naturale dell'unione matrimoniale¹⁶², e prendendo atto che il precetto costituzionale parla del diritto di contrarre matrimonio dell'uomo e della donna, e non dell'uomo e della donna “tra di loro”, molti autori sostengono che dall'interpretazione letterale dell'art. 32 Cost. si dedurrebbe un diritto di cui è titolare sia l'uomo sia la donna, e che, quindi, l'art. 32 tutela il matrimonio tra persone del medesimo sesso¹⁶³.

Il Tribunale costituzionale, che avrà l'opportunità di precisare la portata dell'art. 32 Cost. quando giudicherà del ricorso di incostituzionalità presentato contro la legge n. 13/2005, per il momento si è pronunciato sul principio eterosessuale del matrimonio nell'ordinanza (ATC) 222/1994, dell'11 luglio, nella quale ha dichiarato inammissibile il ricorso di *amparo* di un cittadino omosessuale cui era stata negata la pensione di reversibilità dopo la morte del compagno.

Nelle motivazioni dell'ordinanza, oltre a negare che il convivente omosessuale avesse un diritto costituzionale alla pensione, il Tribunale costituzionale dichiarava che: “al pari della convivenza di

¹⁶² “Una concezione del matrimonio in termini di garanzia istituzionale è, per definizione, suscettibile di evoluzione, consentendo al legislatore di adattare il significato e la regolamentazione in ogni fase storica alla immagine che di essa si dà nella coscienza sociale, con l'unico limite invalicabile di preservare l'istituto nella sua riconoscibilità. Quali sono, dunque, gli elementi che consentono tale riconoscibilità? Essi, tradizionalmente, sono stati individuati nella volontà di due persone di formalizzare un'unione stabile, nella eterosessualità, nella procreazione e nell'indissolubilità del vincolo. Oggi, tuttavia, può mantenersi solo il primo degli elementi citati” (E. EXPÓSITO GÓMEZ, “La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola”, in *Foro italiano*, 2005, V, cc. 267 e ss.).

¹⁶³ Per tutti, si veda M. LINACERO DE LA FUENTE, “Ley 13/2005, del 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, in *Foro*, n. 2/2005, pp. 411-438; e S. PÉREZ ÁLVAREZ, “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?”, in *Revista electrónica de Estudios internacionales*, n. 12, 2006.

fatto di una coppia eterosessuale, l'unione tra persone dello stesso sesso biologico non è un'istituzione giuridicamente regolamentata, né esiste un diritto costituzionale al suo stabilimento; accade invece il contrario con il matrimonio tra uomo e donna, che è un diritto costituzionale (art. 32, comma 1, Cost.), che genera *ope legis* una pluralità di diritti e doveri (STC 184/1990). [...] In definitiva, si deve ammettere la piena costituzionalità del principio eterosessuale come qualificatore del vincolo matrimoniale, così come prevede il nostro codice civile; di modo che i poteri pubblici possono concedere un trattamento privilegiato all'unione familiare costituita da uomo e donna rispetto a un'unione omosessuale. Ciò non esclude che il legislatore possa stabilire un sistema di equiparazione, attraverso il quale i conviventi omosessuali possano giungere a godere di tutti i diritti e benefici del matrimonio, così come propugna il Parlamento europeo” [nella risoluzione dell'8 febbraio 1994] (FJ 2).

Sembrerebbe, dunque, che la Costituzione spagnola non impedisca agli omosessuali di contrarre matrimonio. È vero che protegge esplicitamente il matrimonio eterosessuale, ma parrebbe dare libertà al legislatore di disciplinare o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso. L'ampliamento di questo diritto costituzionale sarebbe, dunque, una questione di mera opportunità politica; e la relativa disciplina ben potrebbe prevedere differenziazioni rispetto ai matrimoni eterosessuali, la cui tutela è, invece, imposta *ex art.* 32.

In ordine all'opportunità del riconoscimento del matrimonio omosessuale, una parte della dottrina ha criticato la celerità con cui si è disciplinato una realtà su cui non esisteva domanda sociale, mentre altra parte ha sostenuto che la legge è intervenuta nel momento adatto, visto il livello di accettazione e riconoscimento sociale delle coppie omosessuali. Superata, grazie alla secolarizzazione, la fase in cui il legislatore civile ha dovuto lottare per la rivendicazione e la difesa delle sue competenze matrimoniali di fronte al diritto canonico, si può adesso concentrare sulla realizzazione effettiva dei diritti fondamentali degli individui, adattando le leggi alle necessità imposte all'evoluzione dei valori di convivenza nella società¹⁶⁴. In questo senso, considerando che l'omosessualità non è più considerata, come in passato, una malattia mentale che determinava l'incapacità a contrarre matrimoni, né un impedimento matrimoniale, riconoscendosi che l'orientamento sessuale è tutelato poiché collegato alla dignità della persona ed al libero sviluppo della personalità, dedurre dall'art. 32 Cost. il divieto del matrimonio omosessuale sarebbe una discriminazione in base all'orientamento sessuale, inaccettabile nella prospettiva del principio di uguaglianza accolto nell'art. 14 Cost., secondo cui “gli spagnoli sono uguali di fronte alla legge, senza alcuna discriminazione per motivi di nascita, razza, sesso, religione, opinione e qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale”.

Orbene, lasciando da parte l'opportunità o meno dell'estensione del matrimonio, è indubbio che, per quanto l'orientamento sessuale non appaia espressamente menzionato nell'art. 14 Cost. come una delle ipotesi concrete in cui è vietato un trattamento discriminatorio, il Tribunale costituzionale ha confermato che esso è da ricomprendersi in una “qualunque altra condizione o circostanza

¹⁶⁴ Cfr. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual”, in *Foro*, n. 3/2006, pp. 93-112.

personale o sociale” (STC 41/2006, del 13 febbraio, in tema di licenziamento di un impiegato omosessuale). L’omosessualità condivide col resto delle ipotesi dell’art. 14 Cost. il fatto di essere una differenza storicamente molto radicata e che ha posto gli omosessuali, tanto per l’azione dei poteri pubblici quanto per la pratica sociale, in posizioni svantaggiose e contrarie alla dignità delle persone (art. 10, comma 1, Cost.), per i profondi pregiudizi presenti a livello normativo e sociale contro questa minoranza. Lo stesso Tribunale costituzionale si è pronunciato negli stessi termini, con precipuo riguardo alla discriminazione dei transessuali, nella STC 176/2008, del 22 dicembre.

1.3. La convivenza *more uxorio*

In Spagna non esiste una normativa statale sulle unioni di fatto o sulle convivenze registrate, ma alcune norme sparse in diverse leggi. Quando il legislatore ha esteso determinati diritti alle coppie di fatto, lo ha fatto basandosi sul dovere di tutelare la famiglia imposto *ex art.* 39 Cost. Tuttavia, il Tribunale costituzionale, chiamato in numerose occasioni a pronunciarsi sulle coppie di fatto, si è mostrato riluttante al momento di precisare le disposizioni costituzionali a partire delle quali desumere la tutela della convivenza *more uxorio*.

La maggior parte dei casi giunti al giudice costituzionale erano ricorsi di *amparo* sollevati dal *partner* superstite, che chiedeva il riconoscimento della pensione di reversibilità. Il Tribunale, per giurisprudenza consolidata¹⁶⁵, ha negato il riconoscimento di un tale diritto, dichiarando che il matrimonio e le coppie di fatto non sono realtà equiparabili da un punto di vista costituzionale, poiché il matrimonio è un diritto costituzionale e l’unione di fatto non è sancita nella carta fondamentale. In pratica, questo implica che debba essere il legislatore a determinare la disciplina da applicare alle coppie di fatto (con esse intendendosi tanto quelle eterosessuali quanto quelle omosessuali).

Seguendo l’orientamento espresso a partire dall’ATC 156/1987, dell’11 febbraio, in cui il Tribunale costituzionale aveva dichiarato che il matrimonio e la convivenza extramatrimoniale non sono situazioni equivalenti e che la parificazione di trattamento in tutti gli aspetti dei diritti e doveri dei *partners* ai coniugi non può desumersi dal testo costituzionale, la STC 184/1990 stabilisce che “non saranno necessariamente incompatibili con l’art. 39, comma 1, della Costituzione i provvedimenti dei poteri pubblici che concedano un trattamento distinto e più favorevole all’unità familiare basata sul matrimonio rispetto ad altre forme di convivenza, né [lo saranno] quegli altri provvedimenti che facilitino o favoriscano l’esercizio del diritto costituzionale a contrarre matrimonio (art. 32, comma 1, Cost.), sempre che con ciò non si coarti né si ostacoli irragionevolmente l’uomo e la donna che decidano di convivere *more uxorio*” (FJ 2).

¹⁶⁵ Tra le altre, v. le SSTC 177/1985, del 18 dicembre; 27/1986, del 19 febbraio; 184/1990, del 15 novembre; 29, 30, 31, 35 e 38/1991, del 14 febbraio; 77/1991, dell’11 aprile; 29/1992, del 9 marzo; 66/1994, del 28 febbraio; 69/2007, del 16 aprile. V. anche gli AATC 156/1987, dell’11 febbraio; 222/1994, dell’11 luglio; 232/1996, del 20 luglio; e 174/2004, dell’11 maggio.

“È chiaro – prosegue il Tribunale – che, nella Costituzione spagnola del 1978, il matrimonio e la convivenza extramatrimoniale non sono realtà equivalenti. Il matrimonio è un’istituzione sociale garantita dalla Costituzione, ed il diritto dell’uomo e della donna a contrarlo è un diritto costituzionale (art. 32, comma 1), il cui regime giuridico spetta alla legge per mandato costituzionale (art. 32, comma 2). Nulla di ciò accade con l’unione di fatto *more uxorio*, che non è un’istituzione giuridicamente garantita, né sussiste un diritto costituzionale espresso al suo stabilimento. Il vincolo matrimoniale genera *ope legis* nella moglie e nel marito una pluralità di diritti e doveri che non si produce in forma giuridicamente necessitata tra l’uomo e la donna che mantengono un’unità di convivenza stabile non basata sul matrimonio. Tali differenze costituzionali tra matrimonio ed unione di fatto possono essere legittimamente prese in considerazione dal legislatore al momento di disciplinare le pensioni di reversibilità.

È vero che la possibilità di optare tra lo stato civile di coniugato e quello di celibe è intimamente vincolato al libero sviluppo della personalità (art. 10, comma 1, Cost.), di modo che lo Stato non può imporre un determinato stato civile. Ma quello che non riconosce la Costituzione è un preteso diritto a formare un’unione di fatto cui, per il disposto dell’art. 14, spetti lo stesso trattamento [...] di quello dispensato dal legislatore a coloro che, nell’esercizio del diritto costituzionale di cui all’art. 32, comma 1, contraggano matrimonio e formalizzino così la relazione che, in quanto istituzione sociale, la Costituzione garantisce. [...] Non si può tacciare come arbitraria né come discriminatoria l’esigenza che il nucleo di convivenza istituzionalizzata tra uomo e donna come se fossero sposati consti formalmente allo Stato affinché questo conceda la pensione di reversibilità.

Detto ciò, è pur vero che il legislatore potrebbe estendere alle unioni stabili di fatto, almeno in determinate condizioni, i benefici della pensione di reversibilità” (FJ 3).

Eppure, sebbene abbia negato la tutela costituzionale delle coppie di fatto, nella stessa sentenza il Tribunale costituzionale ha lasciato una porta aperta in tal senso, quando ha precisato che: “il ragionamento che precede non porta ad affermare che ogni misura che abbia come unici destinatari i coniugi, con esclusione di coloro che convivono stabilmente in una unione di fatto, sia sempre ed in tutti i casi compatibile con l’uguaglianza giuridica ed il divieto di discriminazione che la Costituzione garantisce nel suo art. 14. Ma una questione così generale ed indeterminata non si pone ora” (FJ 2).

Di fatto, successivamente, l’anzidetta STC 222/1992 ha esteso in via eccezionale alle coppie di fatto il diritto alla surrogazione nel contratto di locazione, riservata solo al coniuge superstite dall’art. 58, comma 1, della vecchia legge sulle locazioni urbane. Il Tribunale costituzionale, pur ribadendo che il matrimonio e la convivenza di fatto non sono realtà equivalenti (FJ 5), ha ritenuto che “l’unione di carattere matrimoniale produce sui terzi una certezza giuridica per niente irrilevante quando si tratta dell’esercizio di diritti di fronte ai singoli [...], certezza che è molto più debole – fino al punto di richiedersi che sia provata – nel caso dell’unione *more uxorio*, carente, per definizione, di ogni formalità giuridica, ma tutto ciò non è sufficiente per legittimare la differenziazione oggetto di giudizio [...]. La mera preoccupazione di una maggior certezza giuridica non può portare a contraddire gli imperativi dell’uguaglianza (art. 14 Cost.) quando si tratta di

conseguire un obiettivo costituzionale (art. 39, comma 1 Cost., che prevede che i poteri pubblici assicurano la protezione sociale, economica e giuridica della famiglia)” (FJ 6). Nella STC 47/1993, dell’8 febbraio, si è poi specificato che, “ai fini della tutela costituzionale dei conviventi *more uxorio* [sempre in tema di surrogazione del conduttore], è sufficiente l’esistenza di un’unione stabile; [...] sono irrilevanti le circostanze o le motivazioni che abbiano potuto determinare sia la costituzione sia il mantenimento di questa unione non matrimoniale” (FJ 4)¹⁶⁶.

1.4. Il riparto delle competenze tra Stato e Comunità autonome relativamente alla disciplina del matrimonio ed alla tutela della famiglia

In virtù dell’art. 149, comma 1, paragrafo 8, Cost., lo Stato ha la competenza esclusiva per la regolamentazione della “legislazione civile, senza pregiudizio del mantenimento, modifica e sviluppo da parte delle Comunità autonome dei diritti civili, locali, tradizionali, o speciali, là dove esistano”. In ogni caso, spettano allo Stato “le regole relative a [...] le relazioni giuridico-civili relative alle forme di matrimonio [...]”.

Ma il matrimonio non è l’unica forma di convivenza riconosciuta in Spagna. A livello statale c’è un riconoscimento frammentario di alcuni diritti alle unioni di fatto (non esiste una disciplina organica della materia), e molte leggi autonome hanno riconosciuto le unioni stabili di coppie dello stesso sesso, in attuazione di differenti titoli competenziali (“diritto civile proprio” in Catalogna, Aragona, Baleari e Paese Basco, “orientamento familiare” in Andalusia, o “assistenza e benessere sociale” in Asturias, Estremadura e Madrid).

2. La legge n. 13/2005 con la quale si modifica il codice civile in materia di diritto a contrarre matrimonio

2.1. Dal progetto di legge all’approvazione della riforma: le diverse posizioni

L’approvazione della legge n. 13/2005, del 1° luglio, con la quale si modifica il codice civile [del 1889] in materia di diritto a contrarre matrimonio, ha fatto sì che la Spagna diventasse il terzo paese europeo, dopo l’Olanda ed il Belgio, a permettere il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ed il primo ad permettere l’adozione congiunta alle stesse condizioni dei matrimoni eterosessuali¹⁶⁷.

Secondo il legislatore spagnolo, essendo il matrimonio un diritto costituzionale della persona ed un’istituzione giuridica di rilevanza sociale, benché tradizionalmente sia stata concepita come una relazione giuridica tra persone di sesso differente, non può ignorarsi il fatto che la società si sia sviluppata nel senso di riconoscere i diversi modelli di convivenza. Quindi, poiché la Costituzione,

¹⁶⁶ Nello stesso senso, v. la STC 6/1993, del 18 gennaio.

¹⁶⁷ Quando la legge spagnola entrò in vigore, il 3 luglio 2005, la legislazione olandese non contemplava la possibilità per le coppie omosessuali di adottare bambini stranieri.

nell'affidare alla legge l'istituzione del regime giuridico del matrimonio, di per sé non impedisce una disciplina che ignori le nuove forme di relazione affettiva, giustifica l'intervento del legislatore volto a dare attuazione alla promozione dell'eguaglianza effettiva dei cittadini nel libero sviluppo della personalità (artt. 9, comma 2 e 10, comma 1, Cost.), alla tutela della libertà in relazione alle forme di convivenza (art. 1, comma 1, Cost.) e volto all'instaurazione di un ambito di reale eguaglianza nell'esercizio dei diritti, senza alcuna discriminazione in ragione del sesso, delle opinioni o di qualsiasi altra condizione personale o sociale (art. 14 Cost.).

Tuttavia, questo riconoscimento è stato fortemente contestato a livello giuridico, politico e sociale. Il progetto di legge sul riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, presentato dal Governo socialista in Parlamento nel gennaio 2005, era stato accompagnato da due relazioni tecniche: un parere emesso, su richiesta del Governo, dal Consiglio di Stato il 16 dicembre 2004, ed uno studio sulla riforma del codice civile in materia di matrimonio tra persone dello stesso sesso, adottato il 26 gennaio 2005, di propria iniziativa, dal Consiglio generale del potere giudiziario (d'ora in avanti, CGPJ)¹⁶⁸. D'altronde, anche la Regia accademia di giurisprudenza e legislazione si era pronunciata in senso contrario alla riforma.

Secondo il Consiglio di Stato, l'art. 32 Cost. riconosce unicamente un diritto costituzionale al matrimonio eterosessuale, però l'espressa menzione de "l'uomo e la donna" non impedisce al legislatore di estendere alle coppie omosessuali diritti e benefici analoghi a quelli del matrimonio. Sarebbe stato più opportuno "assicurare uno sbocco agli obiettivi perseguiti dal legislatore attraverso altri strumenti maggiormente rispondenti alla Costituzione" e che, in definitiva, il legislatore avesse optato per una "regolamentazione differenziata della nuova forma di convivenza di coppia al di fuori del matrimonio", evitando in tal modo "il rischio di danneggiare la garanzia istituzionale del matrimonio", da un lato, e "un cambio traumatico privo della certezza e della forza necessarie", dall'altro.

Molto più *tranchant* era lo studio del CGPJ, secondo cui l'apertura del matrimonio "alle persone omosessuali comporta seri ed assai fondati dubbi di costituzionalità", dal momento che "l'eterosessualità è un elemento costitutivo essenziale del concetto stesso di matrimonio: il matrimonio o è eterosessuale o non è matrimonio". Pertanto, pur ammettendo una regolamentazione delle unioni tra persone dello stesso sesso, deve escludersi per le stesse l'estensione dell'istituto matrimoniale, almeno "fino ad un pronunciamento del Tribunale costituzionale e, in ogni caso, fino a quando la società non abbia dato vita ad un dibattito profondo sul tema".

Anche in sede parlamentare, i toni sono stati accessi ma, nonostante il veto del Senato alla legge, essa è stata approvata, senza sostanziali modifiche, a maggioranza assoluta del *plenum* del Congresso dei deputati nella sessione del 30 giugno 2005. Il Partito socialista ha potuto contare sull'appoggio di tutti i gruppi ad eccezione del Partito popolare e di alcuni deputati del partito catalano Convergència e Unió, che hanno motivato il loro voto contrario sostenendo che la

¹⁶⁸ Lo studio (che reca tre opinioni dissenzienti) aveva avviato una vivace polemica già prima di essere pubblicato, perché gli organi di stampa avevano diffuso la notizia che in esso si paragonava l'unione tra persone dello stesso sesso a quella tra un uomo ed un animale, frase che fu peraltro eliminata dal testo finale.

disciplina delle unioni omosessuali non doveva coincidere con quella del matrimonio tradizionale e che non si doveva permettere l'adozione di minori da parte di coppie omosessuali.

La legge n. 13/2005 rappresenta sicuramente la riforma di maggior impatto sul regime giuridico del matrimonio, istituzione che nella storia del diritto civile spagnolo ha suscitato vasti dibattiti su aspetti rilevanti della sua configurazione giuridica (ad es., sul tipo di matrimonio, civile o religioso o misto; sulla sua natura, contrattuale o sacramentale; o sulla regolamentazione delle cause di separazione e divorzio). Ma non deve vedersi come un fatto isolato, poiché essa si è inserita nella serie di modifiche che nell'arco di pochi anni ha rivoluzionato il diritto di famiglia spagnolo¹⁶⁹. Per altro verso, la legge è uno degli esempi di provvedimenti a favore della “normalizzazione” della omosessualità e di persecuzione dell'omofobia¹⁷⁰ per i quali il Governo socialista si è particolarmente impegnato.

2.2. La portata della riforma: tutela identica rispetto alle coppie eterosessuali e riconoscimento dell'adozione congiunta

Con la legge n. 13/2005 i matrimoni omosessuali si pongono necessariamente sullo stesso piano e ricevono trattamento e tutela identici rispetto ai matrimoni eterosessuali. All'art. 44 del codice civile, secondo cui “l'uomo e la donna hanno diritto di contrarre matrimonio conformemente alle disposizioni del presente codice”, la legge aggiunge un secondo comma, che così recita: “Il matrimonio avrà gli stessi requisiti ed effetti quando entrambi i contraenti siano dello stesso o differente sesso”. E nella prima disposizione addizionale si stabilisce che “le disposizioni legali e regolamentari che contengano qualsiasi riferimento al matrimonio si intenderanno applicabili indipendentemente dal sesso dei suoi contraenti”.

Quindi, il legislatore in realtà non disciplina il matrimonio omosessuale, ma estende il regime giuridico preesistente. Tuttavia, si è proceduto ad un imprescindibile adattamento terminologico dei diversi articoli del Codice civile, così come di una serie di norme dello stesso Codice e della legge dell'8 giugno 1957 sul Registro civile, che contenevano riferimenti espliciti al sesso dei contraenti,

¹⁶⁹ Tra cui possiamo citare la separazione e divorzio senza colpa, la riforma delle leggi sulla fecondazione assistita, la possibilità di scegliere l'ordine dei cognomi dei figli, il cambiamento anagrafico del sesso senza previo intervento chirurgico, ecc.

¹⁷⁰ Il Codice penale spagnolo contiene oggi talune disposizioni riguardanti alcune fattispecie di reato connesse alla discriminazione per motivi omofobici (artt. 314, 511, 512 e 515, comma 5) ed il movente omofobico è stato incluso tra le circostanze aggravanti del reato (art. 22, comma 4). A livello amministrativo, la legge n. 49/2007, che ha stabilito il regime di infrazioni e sanzioni in materia di pari opportunità, di non discriminazione e di accessibilità universale per le persone disabili, include tra le infrazioni molto gravi i comportamenti gravi generati da odio o disprezzo per motivi omofobici (art. 16, comma 4, lettera e).

donde, là dove si leggeva uomo, donna, marito, moglie, sposo, sposa, padre, madre, adesso si parla di coniugi, consorti o genitori¹⁷¹.

Infine, la legge consente l'adozione congiunta da parte dei coniugi omosessuali, contemplata dal legislatore come un aspetto derivante dalla piena equiparazione ai matrimoni eterosessuali, o la co-adozione, cioè l'adozione da parte del coniuge della madre o del padre del bambino (dato che la legge permetteva l'adozione di una sola persona, indipendentemente dal suo orientamento sessuale).

2.3. Aspetti di diritto internazionale privato: il matrimonio contratto tra stranieri o da un cittadino con uno straniero

La legge n. 13/2005 non offre risposta ad alcuni interrogativi di diritto internazionale privato, segnatamente quello relativo alla possibilità per l'autorità spagnola di autorizzare il matrimonio tra persone che non siano di cittadinanza spagnola e quello inerente alla efficacia all'estero dei matrimoni omosessuali celebrati in Spagna¹⁷². Questi problemi sono affrontati nella *resolución-circular* della Direzione Generale dei Registri e del Notariato (massimo organo spagnolo in materia di Registri civili; d'ora in avanti, DGRN) del 29 luglio 2005, sui matrimoni civili tra persone dello stesso sesso.

Sul quesito relativo alla possibilità di contrarre validamente matrimonio per due persone dello stesso sesso, di cui una sia spagnola e l'altra straniera, si osserva che la capacità matrimoniale è regolata secondo il diritto internazionale privato spagnolo dalla legge nazionale del soggetto, ai sensi dell'art. 9, comma 1, del Codice civile. La circolare prende atto della legittimità del matrimonio omosessuale contratto in Spagna fra uno spagnolo e un cittadino di uno Stato la cui legge materiale non riconosca tale matrimonio ma la cui norma di conflitto rinvii alla legge spagnola. È il caso, ad esempio, dei paesi di *common law*, i quali rinviano alla legge del domicilio. Al riguardo, l'art. 12, comma 2, del Codice civile spagnolo esclude il rinvio ad un'altra legge che non sia quella spagnola.

Per quanto riguarda, invece, i casi in cui lo statuto personale non consenta il matrimonio tra persone del medesimo sesso, la DGRN si domanda se vi sia contrarietà all'ordine pubblico internazionale spagnolo, il quale farebbe della non discriminazione di genere nel matrimonio un valore portante della sua civiltà. La circolare considera che, così come in passato si è considerato contrario all'ordine pubblico il precetto di legge straniero che vieta il matrimonio fra persone di diversa religione, del pari ora sarebbe da escludere l'applicazione della legge straniera che vieti il matrimonio omosessuale, come contraria all'ordine pubblico internazionale. Di conseguenza, si

¹⁷¹ Rimane, tuttavia, il riferimento al binomio formato dal marito e dalla moglie negli artt. 116, 117 e 118 del Codice civile. Le fattispecie cui riferiscono questi articoli possono ricorrere solo nel caso di matrimoni eterosessuali, poiché regolano la presunzione di paternità del marito.

¹⁷² Per un approfondimento, v. M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, "Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el Derecho internacional privado español", in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 122, maggio-agosto 2008, p. 913-941.

applica la legge materiale spagnola, consentendo il matrimonio omosessuale fra spagnoli o stranieri oppure fra stranieri residenti in Spagna¹⁷³. A tale risultato si addiunge anche qualificando la questione non come afferente agli impedimenti matrimoniali, bensì come diritto a contrarre matrimonio (ai sensi dell'art. 12, comma 1, del Codice civile, la qualificazione viene fatta secondo la legge spagnola), percorso che è stato peraltro bollato come contorto dalla dottrina, che ha evidenziato come si giunga ad un risultato più voluto che trovato¹⁷⁴.

2.4. Cenni sul matrimonio dei transessuali

Prima del 2007, il transessuale era definito dal Tribunale supremo come la persona sottoposta a trattamenti ormonali e chirurgici per l'estirpazione dei suoi organi sessuali e per la dotazione di organi simili, almeno in apparenza, a quelli del sesso che è il proprio a livello psicologico (STS del 6 settembre 2002). I transessuali potevano chiedere la modificazione del nome e sesso nel Registro civile, modifica che sarebbe stata praticata dopo sentenza definitiva a favore della loro pretesa (dell'art. 92, comma 1, della legge sul Registro civile). Ma, nonostante il cambiamento del sesso fosse stato ufficializzato, il Tribunale supremo non riconosceva il loro diritto a contrarre matrimonio con una persona dello stesso sesso biologico o cromosomico¹⁷⁵, basandosi sul fatto che la differenza di sesso biologico era un requisito essenziale del matrimonio: il matrimonio sarebbe quindi stato nullo per l'assenza di un valido consenso.

La DGRN, ritenendo, in una nota dottrinale del 21 marzo 2001, grave il negare totalmente lo *ius nubendi* ai transessuali (poiché se una sentenza ha deciso il cambiamento di sesso e questo è stato poi iscritto nel registro, il cambiamento deve operare a tutti gli effetti), ha autorizzato, con diverse risoluzioni, il matrimonio tra persone di distinto sesso legale, benché non biologico¹⁷⁶.

Orbene, dall'approvazione della legge n. 13/2005, il matrimonio non è più un problema per i transessuali¹⁷⁷: sia prima che dopo il cambiamento di sesso e nome nel Registro civile (che dal 2007 non richiede più l'intermediazione giudiziaria né un intervento chirurgico di ri-assegnazione del sesso)¹⁷⁸, con un uomo o con una donna, la legge spagnola permette i suddetti matrimoni.

¹⁷³ La DGRN avverte che potrebbero non essere riconosciuti nei rispettivi paesi, profilo che, però, riguarda solo il diritto dei paesi nel quale il matrimonio voglia farsi valere.

¹⁷⁴ Cfr. E. CALÒ, *Matrimonio à la carte. Matrimoni, convivenze registrate e divorzi dopo l'intervento comunitario*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 166.

¹⁷⁵ Si vedano le SSTs del 2 luglio 1987, del 15 luglio 1988, del 3 marzo 1989 e del 19 aprile 1991.

¹⁷⁶ Risoluzioni della DGRN dell'8 e del 31 gennaio 2001.

¹⁷⁷ Cfr. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "*Transsexualidad, matrimonio entre personas de un mismo sexo y nombre*", in *Aranzadi civil*, n. 1, 2007, pp. 1829-1830.

¹⁷⁸ La legge n. 3/2007, del 15 di marzo, che regola la rettificazione nei registri dello stato civile della menzione relativa al sesso delle persone, ha introdotto la possibilità di modificazione dell'iscrizione relativa al sesso, nel caso in cui tale dato non corrisponda con la "vera identità di genere" della persona. Non è necessario che sia intercorso precedentemente un intervento chirurgico di riassegnazione del sesso per richiedere la modifica. La legge contempla marzo 2010

2.5. Il problema dell'obiezione di coscienza dei giudici incaricati del Registro civile

Durante l'iter parlamentare della legge n. 13/2005, sono stati bocciati alcuni emendamenti proposti in Senato volti a riconoscere il diritto all'obiezione di coscienza delle persone che, costrette a intervenire nella celebrazione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso (giudici e funzionari al servizio dell'amministrazione di giustizia, sindaci e assessori comunali), fossero contrari per le loro convinzioni religiose, ideologiche o filosofiche. E, nonostante l'assenza di una disposizione normativa in materia, subito dopo l'approvazione della legge alcuni giudici si sono rifiutati di celebrare matrimoni omosessuali.

La STS dell'11 maggio 2009, sentenza della sezione ottava della *Sala de lo Contencioso-Administrativo* del Tribunale supremo, ha risolto il ricorso di un giudice di Sagunto che aveva chiesto, senza successo, di potersi astenere dall'intervenire in questi matrimoni civili per motivi di coscienza e religiosi, in quanto cattolico, e di essere sostituito. Arrivato il suo caso alla commissione permanente del CGPJ, tale diritto non è stato riconosciuto. La decisione è stata confermata successivamente dal *plenum* del CGPJ e, poi, dal Tribunale supremo¹⁷⁹.

Nella sentenza si fa riferimento in diverse occasioni alla STS dell'11 febbraio 2009, in cui il Tribunale supremo si è pronunciato sulla portata dell'obiezione di coscienza. In essa si sostiene, tra l'altro, che né dalla Costituzione né dalla giurisprudenza costituzionale si può desumere l'esistenza di un diritto all'obiezione di coscienza di portata generale. D'altronde, il riconoscimento di un diritto all'obiezione di coscienza di portata generale ricavato dall'art. 16 Cost. equivarrebbe di fatto far dipendere l'efficacia delle norme giuridiche dalla loro conformità alla coscienza di ogni individuo, il che porterebbe ad indebolire le basi dello Stato democratico di diritto (*fundamento de derecho* – FD – 6)¹⁸⁰. La possibilità di esercitare un rifiuto di osservare la legge, in quanto contraria ai propri convincimenti morali o religiosi, può trovare legittimazione solo nel caso in cui la legge stessa lo consenta.

Al giudice incaricato del registro civile non si richiede l'adempimento di doveri estranei alla sua funzione, né, tantomeno, di partecipare ad atti di natura religiosa. Il compito che deve adempiere è di natura tecnico-giuridica ed è prescritto dalla legge (FD 7). D'altra parte, i giudici sono sottoposti

altresì il cambio di nome, affinché esso non risulti discordante con il sesso reclamato. Sull'argomento, si veda R. M. RICOY CASAS, "La regulación de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas en España", in *Revista mexicana de Derecho constitucional*, n. 21, luglio-dicembre 2009, pp. 507-531.

¹⁷⁹ Cfr. A. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, "La objeción de conciencia de los Jueces a los matrimonios entre personas del mismo sexo en la doctrina del Tribunal Supremo", in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 21, 2009; e R. NAVARRO-VALLS, "La objeción de conciencia de jueces y alcaldes a los matrimonios entre personas del mismo sexo", in *Estudios jurídicos sobre persona y familia* (coord. M. T. ARECES PIÑOL), Comares, Granada, 2009, pp. 35-50.

¹⁸⁰ Certamente, la STS dell'11 febbraio non esclude totalmente che, in circostanze veramente eccezionali (ad es., di fronte al servizio militare obbligatorio o alla pratica di un aborto legale), non si possa capire che dalla Costituzione sorga tacitamente un diritto ad omettere il compimento di un dovere giuridicamente valido (FD 6).

solo alla legge (art. 9, comma 1, Cost. e, più specificamente, art. 117, comma 1, Cost.). Pertanto, è chiaro che non possono omettere atti che sono dovuti ai termini della stessa legge, in mancanza di previsione esplicita che glielo autorizzi. In caso contrario, ne risentirebbe la configurazione del Potere giudiziario e la funzione di garanzia dell'ordinamento giuridico e dei diritti ed interessi legittimi dei cittadini che il costituente ha affidato ai giudici.

In definitiva, in casi di questo tipo non è in questione la possibilità o meno di sostituire l'incaricato del registro civile in un caso concreto, ma il principio secondo cui il giudice è sottoposto alla legge in qualunque atto di sua competenza, atto attraverso il quale il suo intervento si traduce in una garanzia dei diritti ed interessi legittimi di tutti. Un siffatto principio fondamentale si revocherebbe in dubbio nel momento in cui la sua applicazione fosse subordinato a considerazioni di coscienza, tanto più avendo riguardo, come nel caso di specie, a compiti di natura tecnica, assolutamente scollegati da ogni pratica religiosa (FD 9).

2.6. Le questioni di costituzionalità avverso la legge n. 13/2005

2.6.1. I giudizi in via incidentale sollevati dai giudici incaricati del Registro civile di Telde, Denia, Burgos e Cieza

Subito dopo l'approvazione della legge n. 13/2005, i giudici incaricati del Registro civile di Telde, Denia, Burgos e Cieza, di fronte alla richiesta di matrimonio da parte di alcune coppie dello stesso sesso, si sono rifiutati di intervenire nell'*expediente matrimonial*¹⁸¹, sollevando immediatamente eccezioni di costituzionalità nei confronti dell'art. 44, comma 2, del Codice civile, onde mettere in discussione la legge e, al contempo, esercitare una forma di obiezione di coscienza nei confronti della stessa.

Il Tribunale costituzionale non è entrato nel merito dei ricorsi, perché il *plenum*, con gli AATC 508/2005 e 505/2005, del 13 dicembre, 59/2006, del 15 febbraio, e 12/2008, del 16 gennaio, ha dichiarato inammissibili le suddette questioni di costituzionalità. I giudici incaricati del Registro civile non sono autorizzati a sollevare un'eccezione di costituzionalità¹⁸², dato che il loro intervento nell'*expediente matrimonial* non è di natura giurisdizionale. Sono integrati in una struttura amministrativa – il Registro civile –, sotto la dipendenza funzionale del Ministero della giustizia e, più concretamente, della Direzione Generale dei Registri e del Notariato. Si devono sottoporre agli ordini ed alle istruzioni della DGRN, e le loro decisioni e risoluzioni sono suscettibili di ricorso

¹⁸¹ Dopo la richiesta di contrarre matrimonio e prima della celebrazione del matrimonio, il giudice incaricato del Registro civile svolge un'indagine e deve dare il *nulla osta* al matrimonio.

¹⁸² In base all'art. 163 Cost. ed all'art. 35, comma 1, della legge *orgánica* sul Tribunale costituzionale, sono presupposti processuali per il promovimento di una questione di costituzionalità: 1) che essa sia presentata da un organo giurisdizionale; 2) che si faccia nell'ambito o in occasione dello svolgimento di un'attività giurisdizionale, anche non si tratta di un processo in senso tecnico; 3) che la pronuncia dell'organo giurisdizionale dipenda dalla validità della norma messa in discussione.

davanti ad essa. Quindi, l'inquadramento del giudice in questa struttura amministrativa e la sua conseguente dipendenza funzionale escludono l'indipendenza che è propria delle funzioni giurisdizionali.

Le ordinanze recavano i *votos particulares* dissenzienti di quattro giudici costituzionali, secondo i quali ai giudici del Registro civile è stata attribuita una funzione di garanzia del diritto fondamentale a contrarre matrimonio, ed il loro intervento nel processo matrimoniale rivela l'esercizio di un potere decisorio di carattere giudiziario, poiché sulla base delle allegazioni e delle prove, risultato degli editti o dei proclami, della testimonianza di qualche parente, amico, ecc., e dei pareri (nel caso di specie, del medico del Registro civile), il giudice si forma un giudizio che conduce all'approvazione o al rifiuto della celebrazione del matrimonio civile. Egli esercita, dunque, poteri decisori, pur non svolgendo un'attività di natura processuale.

2.6.2. Il ricorso in via principale del Partito popolare

Il 30 settembre 2005, cinquanta deputati del Gruppo parlamentare popolare hanno sollevato un ricorso di incostituzionalità contro la legge n. 13/2005, perché la piena equiparazione del matrimonio tra due persone dello stesso sesso al matrimonio eterosessuale, unita alla possibilità di adottare, presenterebbe a loro avviso profili di incostituzionalità.

In concreto, la legge avrebbe violato: 1) l'art. 32 Cost., per il mancato rispetto della definizione costituzionale del matrimonio come unione tra un uomo e una donna e per il mancato rispetto della garanzia istituzionale del matrimonio riconosciuta dalla Costituzione; 2) l'art. 10, comma 2, Cost., relativo all'interpretazione dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche alla luce della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo e dei trattati internazionali in materia sottoscritti dalla Spagna; 3) l'art. 14 Cost., in combinato disposto con gli artt. 1, comma 1, e 9, comma 2, Cost., come interpretati dal Tribunale costituzionale, relativi al principio di uguaglianza ed al divieto di ogni discriminazione in base all'orientamento sessuale; 4) l'art. 39 Cost., commi 1, 2 e 4, relativi alla protezione della famiglia, tutela integrale dei figli e protezione dei bambini; 5) l'art. 53, comma 1, Cost., per il mancato rispetto del contenuto essenziale del diritto a contrarre matrimonio di cui all'art. 32 Cost.; 6) l'art. 9, comma 3, Cost., per la violazione del principio di gerarchia normativa; 7) l'art. 9, comma 3, Cost., per il mancato rispetto del divieto di arbitrarietà dei poteri pubblici; e 8) l'art. 167 Cost., relativo alla riforma costituzionale.

Il ricorso è stato ammesso dal Tribunale costituzionale con *providencia* del 25 ottobre 2005, ed è tuttora pendente.

3. La tutela delle unioni di fatto

3.1. Il ruolo dei tribunali

Come accade frequentemente con riferimento al riconoscimento giuridico delle nuove realtà sociali, la giurisprudenza ha svolto un ruolo chiave nel riconoscimento dei diritti delle unioni di

fatto o convivenze *more uxorio*, cioè della “convivenza con analoga affettività a quella matrimoniale, senza la celebrazione formale del matrimonio, che non è antiggiuridica, bensì extragiuridica e produce o può produrre effetti personali, economici o di filiazione” (STS, sezione civile, del 4 febbraio 2010, FD 3). Dal 1992, il Tribunale supremo ha dettato numerose sentenze in cui si affronta la tutela delle coppie di fatto in rapporto a conflitti nati dalla fine della convivenza, per una rottura nella coppia o per decesso di uno dei *partners*¹⁸³. Si tratta dunque, fondamentalmente, di determinare le conseguenze economiche derivati dalla convivenza e dalla sua fine.

Seguendo la giurisprudenza costituzionale, i tribunali ordinari negano l’equiparazione giuridica, agli effetti economici, tra la convivenza ed il matrimonio. Ciò implica il non ammettere che il convivente possa essere fruibile del regime economico-legale suppletivo che potrebbe spettargli nel caso di matrimonio. Tuttavia, questo punto di partenza non è stato d’ostacolo al consolidamento di una giurisprudenza il cui fine è stato quello di ottenere, attraverso diversi ragionamenti e figure giuridiche (buona fede, abuso del diritto, indennizzo di danni, comunità di beni, società, perfino, in alcuni casi, applicazione analogica delle norme sulle separazioni matrimoniali, ecc.)¹⁸⁴, che la cessazione della vita in coppia implicasse la protezione della parte più debole per evitare danni ingiusti.

3.2. La mancanza di una legge statale

Come è stato anticipato, in Spagna non esiste una disciplina organica a livello statale sulle coppie di fatto¹⁸⁵. Tuttavia, a seguito delle molte richieste di tutela in sede giudiziaria da parte dei *partners*, dal 1980 il legislatore ha riconosciuto singolarmente alcuni diritti. È il caso, ad esempio, della legge 29/1994, del 24 novembre, sulle locazioni urbane, che a seguito della STC 222/1992 ha stabilito la possibilità di surrogazione *mortis causa* nel contratto di locazione del convivente del locatario defunto, indipendentemente dal suo orientamento sessuale; o della legge 15/1995, del 30 maggio, sui limiti al diritto di proprietà di immobili volti ad eliminare barriere architettoniche per persone disabili, che riconoscono effetti giuridici alla convivenza permanente con una relazione di

¹⁸³ Si vedano, tra le altre molte, la SSTS del 18 maggio 1992, del’11 dicembre 1992, del 18 febbraio 1993, del 22 luglio 1993, del 27 maggio 1994, dell’11 ottobre 1994, del 20 ottobre 1994, del 24 novembre 1994, del 30 dicembre 1994, del 18 marzo 1995, del 16 dicembre 1996, del 4 marzo 1997, del 29 ottobre 1997, del 10 marzo 1998, del 4 giugno 1998, del 23 luglio 1998, del 5 luglio 2001, del 16 luglio 2002, del 17 gennaio 2003, del 17 giugno 2003, del 12 settembre 2005, del 27 marzo 2008 e del 4 febbraio 2010.

¹⁸⁴ Di solito si seguono due regole fondamentali: 1) si riconosce la validità ed efficacia dei patti stabiliti dai *partners* per determinare il loro regime economico; 2) si applica la figura dell’arricchimento ingiusto o senza causa per affermare l’idea – che si eleva addirittura alla categoria di principio generale del diritto, in alcune sentenze – che la rottura o estinzione della coppia non deve pregiudicare ingiustamente una delle parti.

¹⁸⁵ Dal 1997, diversi partiti hanno presentato alcuni progetti di legge, ma nessuno è arrivato a buon fine. Su una possibile incostituzionalità per omissione del legislatore, v. M. P. GARCÍA RUBIO, “*Parejas de hecho y lealtad constitucional*”, in *Libro homenaje al Pr. Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2004, pp. 35-63.

affettività analoga a quella del coniuge, e, quindi, anche ai *partners* omosessuali. Previsioni analoghe si trovano anche nella legislazione sulle tecniche di riproduzione assistita, nella legislazione sulle vittime del terrorismo, ecc.

Merita qualche accenno specifico la pensione di reversibilità. Fino a poco tempo fa, si circoscriveva l'ambito soggettivo della pensione ai coniugi, decisione che, come si è visto, era legittima secondo il Tribunale costituzionale. Ma la legge n. 40/2007, del 4 dicembre, recante misure in materia di previdenza sociale¹⁸⁶, ha riconosciuto per la prima volta il diritto alla pensione di reversibilità ai *partners*, con vincolo stabile, quando il convivente superstite provi una certa dipendenza economica. In realtà, non si produce l'equiparazione completa del superstite di un compagno al coniuge vedovo: il vedovo accede alla pensione senza le esigenze di dipendenza economica e, d'altra parte, ai *partners* si impone un periodo di convivenza non inferiore a cinque anni e si richiede altresì che la coppia fosse registrata da almeno due anni prima del decesso.

3.3. La disciplina a livello autonomico

Come abbiamo anticipato, l'assenza di una legge sulle coppie di fatto statale non è stato di ostacolo ai legislatori delle Comunità autonome, che hanno agito sulla base di diversi titoli di competenza¹⁸⁷.

La Catalogna è stata la prima Comunità autonoma ad approvare, nel 1998, una legge sulle unioni stabili di coppia (legge n. 10/1998, del 15 luglio, sulle unioni stabili di coppia). Successivamente, quasi tutte le altre Comunità autonome hanno approvato leggi specifiche sulle unioni di fatto: Aragona (legge n. 6/1999, del 26 marzo, relativa alle coppie stabili non sposate), Navarra (legge *foral* n. 6/2000, del 3 luglio, per l'uguaglianza giuridica delle coppie stabili), Valencia (legge n. 1/2001, del 6 aprile, con cui si regolano le unioni di fatto), Isole Baleari (legge n. 18/2001, del 19 dicembre, sulle coppie stabili), Madrid (legge n. 11/2001, del 19 dicembre, sulle unioni di fatto della Comunità di Madrid), Asturie (legge n. 4/2002, del 23 maggio, sulle coppie stabili), Andalusia (legge n. 5/2002, del 16 dicembre, sulle coppie di fatto), Canarie (legge n. 5/2003, del 6 marzo, per la regolamentazione delle coppie di fatto nella Comunità autonoma delle Canarie), Estremadura (legge n. 5/2003, del 20 marzo, sulle coppie di fatto della Comunità autonoma di Estremadura), Paesi Baschi (legge 2/2003, del 7 maggio, regolatrice delle coppie di fatto) e Cantabria (legge n. 1/2005, del 16 maggio, sulle coppie di fatto della Comunità autonoma della Cantabria).

¹⁸⁶ Cf. A. LAMARCA I MARQUES e L. ALASCIO CARRASCO, "Parejas de hecho y pensión de viudedad", in *Indret*, n. 4, 2007, e C. GONZÁLEZ GONZÁLEZ: "Acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad", in *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 4, 2009.

¹⁸⁷ Cfr. SERVIZIO STUDI DEL SENATO, *Coppie di fatto, unioni registrate e matrimonio tra persone dello stesso sesso in Europa*, dossier n. 99, gennaio 2007, pp. 19-20; e C. S. PASTORE, "I modelli di tutela delle unioni tra persone dello stesso sesso nel diritto europeo", in *Le unioni tra persone dello stesso sesso (Profili di diritto civile, comunitario e comparato)*, F. BILOTTA (curatore), Mimesis edizioni, Milano, 2008, pp. 136-139.

La Galizia tutela queste coppie nella disposizione aggiuntiva terza della legge 2/2006, del 14 giugno (modificata dalla legge 10/2007, del 28 giugno) e la Castiglia-La Mancha e la Castiglia-León, anche se non se non hanno adottato una legge *ad hoc*, hanno creato appositi registri per le coppie di fatto¹⁸⁸. I registri contemplati dalla legislazione autonoma sono esclusivamente amministrativi (giacché il Registro civile è di competenza statale) e, quindi, è requisito per l'iscrizione la residenza o l'iscrizione all'anagrafe in qualsiasi municipio della Comunità autonoma.

A differenza della legge catalana, che dedica un capo alle coppie eterosessuali ed un altro alle coppie omosessuali, nelle altre leggi non si riscontra una tale divisione. Vi è sempre una definizione univoca del tipo di unione, che lega comunque due persone adulte, indipendentemente dal sesso e dall'orientamento sessuale, con divieto di ogni forma di discriminazione.

Per quanto riguarda la costituzione dell'unione, la legge catalana (capo I, art. 1, comma 10) e la legge aragonese (art. 3, comma 6) prevedono una duplice modalità per consentire alla convivenza *more uxorio* di acquistare rilevanza per il diritto: essa può costituirsi *ope legis* (per la semplice convivenza per almeno due anni) o per espressa volontà delle parti, che scelgano di optare per l'applicazione della disciplina legislativa a prescindere dal trascorrere di un certo tempo insieme. Tuttavia, la legge catalana prescrive, nel caso delle coppie omosessuali, quale requisito per la costituzione agli effetti di legge dell'unione, la forma dell'atto pubblico congiunto (artt. 19 e 21), non essendo sufficiente la semplice convivenza per due anni.

Non tutte le Comunità autonome ammettono queste modalità costitutive: per molte di esse, l'unico strumento dato alla coppia di fatto è l'iscrizione in appositi registri (art. 1, Madrid; art. 1, Valencia; art. 1, Baleari, art. 3, Paesi Baschi).

Tutte le leggi autonome prevedono la possibilità che i membri dell'unione stabile, previo comune accordo, possano disciplinare i loro aspetti personali e patrimoniali mediante una convivenza stipulata per atto pubblico, in conformità al principio di autonomia privata, purché non si rechi nocumento ai diritti ed alla dignità delle parti e non vi vada contro norme imperative (art. 3 e 22, Catalogna; art. 5, Aragona; art. 5, Navarra; art. 4, Madrid; art. 4, Valencia; art. 4, Baleari; art. 5, Paesi Baschi). In mancanza di una simile pattuizione, i *partners* contribuiranno al mantenimento dell'abitazione ed alle spese comuni con le loro risorse, in proporzione ai loro redditi e, se non sufficienti, in considerazione del loro patrimonio, fermo restando il carattere personale della proprietà, dell'amministrazione e del godimento dei propri beni (art. 5, Aragona). In ogni caso, i conviventi sono vicendevolmente tenuti agli alimenti con precedenza rispetto a ogni altro obbligato (art. 13, Aragona).

Il contenuto patrimoniale dell'accordo non può tuttavia escludere i diritti che la legge riconosce ai conviventi, ovvero l'indennizzo in caso di cessazione della convivenza, gli alimenti (artt. 8 e 26,

¹⁸⁸ V., rispettivamente, il decreto 124/2000, dell'11 luglio, con cui si regola la creazione ed il regime di funzionamento del registro delle coppie di fatto della Comunità autonoma di Castiglia-La Mancha, ed il decreto 117/2002, del 24 ottobre, con cui si crea il registro di unioni di fatto in Castiglia-León e si regola il suo funzionamento.

Catalogna; art. 13, Aragona; art. 6, Baleari) o i benefici successori (diritto all'uso dell'abitazione comune e della mobilia).

Ogni legge elenca in maniera precisa anche le cause di estinzione dell'unione. Lo scioglimento può avvenire in seguito alla morte o alla dichiarazione di decesso di uno dei componenti, alla comune volontà dei conviventi o alla decisione unilaterale di uno di essi, nonché alla separazione di fatto protratta per oltre un anno (art. 12, lettera *d*, e 30, lettera *d*, Catalogna; art. 6, comma 1, lettera *d*, Aragona; art. 4, comma 1, punto 4, Navarra) oppure, ancora, per successivo matrimonio di uno dei *partners*.

La legge aragonese (art. 7) e la legge catalana (artt. 13 e 30) disciplinano nel dettaglio gli effetti patrimoniali dello scioglimento dell'unione, dettando disposizioni di tutela del convivente patrimoniale più debole. In caso di scioglimento della coppia stabile non coniugata per cause diverse dalla morte, e qualora la convivenza abbia comportato una situazione di disuguaglianza patrimoniale fra i conviventi che provochi un arricchimento ingiustificato, il convivente danneggiato dallo scioglimento può richiedere un ristoro economico (*compensación*), allorché abbia contribuito economicamente o con il suo lavoro, anche domestico, all'acquisto, conservazione o miglioramento di qualsivoglia bene comune o personale dell'altro convivente (art. 8 e 26, Catalogna; art. 13, Aragona, art. 6 Baleari). Inoltre, al convivente cui sia stata affidata la prole è concessa la possibilità di chiedere all'altro una pensione per il proprio sostentamento, qualora la cura dei figli recasse ostacolo allo svolgimento delle sue attività lavorative o le rendesse problematiche.

In ultimo, resta segnalare che, in una prima fase, i diritti riconosciuti alle coppie omosessuali erano sostanzialmente quelli previsti per le coppie eterosessuali, fatta salva l'adozione (che, comunque, non è disciplinata da tutte le Comunità autonome). In un secondo momento, questa situazione è cambiata: le leggi della Navarra¹⁸⁹ e dei Paesi Baschi contemplavano già questa possibilità¹⁹⁰ e le leggi dell'Aragona¹⁹¹ e della Catalogna¹⁹² sono state riformate per permetterla (si ricordi che si tratta di Comunità con "diritto civile proprio"). Altre Comunità autonome danno la possibilità a queste coppie, a prescindere del loro orientamento sessuale, di accogliere minori (Andalusia ed Estremadura).

¹⁸⁹ Avverso gli artt. 2 e 3 della legge della Navarra si è presentato un ricorso di incostituzionalità (*rec. n. 5297/2000*) ed una questione in via incidentale (*rec. 228/2003*), giudicati attualmente pendenti.

¹⁹⁰ L'allora Presidente del Governo José María Aznar aveva presentato un ricorso di incostituzionalità nei confronti dell'art. 8 della legge basca, che permette l'adozione, ma successivamente il ricorso è stato abbandonato dal Governo Zapatero.

¹⁹¹ La riforma, operata nel 2004, è stata oggetto di un ricorso di incostituzionalità da parte del Partito popolare, dichiarato inammissibile per vizi processuali (ATC 459/2004, del 16 novembre, che reca due opinioni dissenzienti).

¹⁹² Legge n. 3/2005, del Parlamento della Catalogna.