

Considerazioni sulla costituzionalità della nuova legge italiana sulle Unioni Civili.

1. Introduzione	1
2. Il fondamento costituzionale: art. 2 Cost. discrezionalità legislativa e natura della ragionevolezza delle distinzioni tra i due istituti, il matrimonio da un lato (artt. 29 e seguenti) e l'unione civile.	1
3. La costituzionalità delle distinzioni specifiche introdotte dal dll tra matrimonio e unione civile	3

1. Introduzione

Il tema centrale di questo mio breve scritto riguarda la costituzionalità del disegno di legge approvato dal Senato e ora presentato alla Camera dei deputati su “*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*”. A tal fine verranno toccati due aspetti: il primo, volto a valutare la scelta compiuta dal *ddl Cirinnà* di porre a fondamento costituzionale della normativa gli artt. 2 e 3 della Costituzione, il secondo, volto ad entrare in merito al dettato normativo che regola nello specifico le Unioni civili per valutare se le differenze e le affinità che esso presenta rispetto al matrimonio siano ragionevoli (e quindi compatibili con il citato art. 3 Cost. che sancisce il principio di eguaglianza).

2. Il fondamento costituzionale: art.2 Cost., discrezionalità legislativa e natura della ragionevolezza delle distinzioni tra i due istituti, il matrimonio (artt. 29 e seguenti) e l’Unione Civile.

Il riferimento all'art. 2 Cost. che tutela i diritti fondamentali dei cittadini sia come singoli sia come formazioni sociali in cui si svolge la loro personalità, citato dal comma 1 dell'art. 1 del ddl in esame è sicuramente corretto. La ragione va ricercata nella più recente giurisprudenza costituzionale e in particolare nella sentenza nr. 138 del 2010, secondo cui tale disposizione costituzionale ricomprende, tra le altre, anche il diritto delle coppie omosessuali di vivere liberamente la loro condizione di coppia; tale coppia rientra, infatti, a pieno titolo tra le formazioni sociali in cui si svolge la personalità dei soggetti in essa coinvolti.

Esiste dunque un fondamento costituzionale identificato dalla Corte per quanto riguarda la fattispecie in esame, la quale pertanto gode di una protezione superiore a quella prevista semplicemente dalle leggi ordinarie. Il legislatore, a sua volta, nella sua piena discrezionalità, dovrà dare concreta attuazione a tale posizione costituzionalmente qualificata stabilendo tempi, modi e limiti sia del riconoscimento giuridico sia delle relative forme di garanzia.

Anche questa seconda considerazione è degna di nota per il problema posto in capo al presente scritto: i diritti delle coppie omosessuali sono identificati per tramite di una fonte primaria di derivazione parlamentare; il Parlamento deve tenere conto della natura costituzionale della posizione soggettiva sopra individuata ma gode di piena discrezionalità nella sua opera di definizione in concreto dei diritti e dei doveri. L'esercizio di tale discrezionalità, tuttavia, non è senza limiti: esso incontra infatti il limite della ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. il quale sancisce il principio di eguaglianza che, come è noto, si specifica nel dovere di non discriminazione. Ciò comporta che il legislatore possa introdurre distinzioni ragionevoli tra le diverse categorie di soggetti a cui conferisce diritti ma può farlo solo tenendo conto delle situazioni di fatto e di diritto che inducono a stabilire tali diversità le quali non possono essere occasione per porre in essere regole discriminatorie.

Ora, poiché come è noto vi sono diversi gradi di controllo delle scelte legislative (scrutinio stretto o assenza di arbitrio) da parte della Corte Costituzionale, occorre porsi la questione - che guiderà la trattazione del secondo punto di questo scritto - se, nel distinguere tra il regime matrimoniale e il regime giuridico delle coppie omosessuali, il legislatore abbia compiuto scelte ragionevoli, nella

fattispecie scelte non arbitrarie o volutamente discriminatorie, emanate cioè con il solo intento di discriminare tra le due fattispecie sulla base di una attitudine ingiustamente sfavorevole a una delle due. Il test cui sottoporre le scelte legislative risulta essere quindi il test della non arbitrarietà, come si desume dal tenore letterale della sentenza nr. 138 del 010. Dopo aver stabilito l'esistenza di un fondamento costituzionale della posizione soggettiva delle coppie omosessuali e la discrezionalità legislativa nel conformarne diritti e doveri, la sentenza esplicitamente afferma: "... *resta riservata alla Corte la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni; può accadere infatti che – in relazione ad ipotesi particolari – sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controlli di ragionevolezza*". In forza di tale affermazione, è palese che la Corte si riserva di operare un controllo non sulla legge in generale, bensì su specifiche situazioni che – diversamente dalla normale differenziazione di trattamento – esigano dei correttivi specifici e, si potrebbe aggiungere, marginali. In altre parole, le distinzioni introdotte in via normativa saranno ragionevoli se esse non si presentino o non siano arbitrarie e siano dotate pertanto di ragioni che le possano giustificare. E questo per due ordini di motivi: in primo luogo perché la Corte riconosce al matrimonio e unione due diversi fondamenti costituzionali, uno (art. 29.1) specificamente riferito al matrimonio, l'altro (l'art. 2) più genericamente riferito alle formazioni sociali tra cui vanno annoverate anche le coppie omosessuali. I due fondamenti differenti giustificano per la loro stessa diversità trattamenti differenti e solo eccezionalmente – come circostanziatamente ricorda la Corte – potrà presentarsi la necessità di correggere l'azione legislativa introducendo trattamenti omogenei a tutela di altrettanto specifiche e circostanziate situazioni.

E' pertanto plausibile che, messa di fronte alla necessità di verificare che la legge in esame sia costituzionalmente legittima, la Corte si attenga ad un controllo di non arbitrarietà delle scelte compiute dal legislatore, il quale può dunque differenziare in modo anche molto ampio tra le due condizioni di coppia, purché compia tali scelte in modo coerente e non palesemente indotto da intenti discriminatori.

3. La costituzionalità delle distinzioni specifiche introdotte dal dl tra matrimonio e unione civile

Un analogo atteggiamento è richiesto ora nel valutare le differenze che la legge presenta e che hanno dato adito a critiche anche di natura costituzionale. Alcune critiche sono state mosse a partire da un presunto “eccesso di omogeneità” con il matrimonio della disciplina introdotta per le Unioni. Posto che la Corte intenda in futuro spingersi fino a valutare tale “eccesso” (cosa non plausibile visto che essa, invece, si riserva una valutazione di eventuali residue omogeneità che fosse necessario introdurre) va detto che esso non pare sussistere affatto, data la presenza di elementi di differenziazione che la disciplina presenta rispetto al matrimonio, prima tra tutte la mancata estensione alle Unioni Civili della possibilità di adozione del figlio del partner.

In proposito, va detto da subito che tale esclusione non può venire inficiata da eventuali scelte divergenti che potranno essere compiute in seguito dalla magistratura, chiamata ad applicare la legge sulle adozioni; e, invero, le scelte – che paiono moltiplicarsi e a cui la stampa sta dando particolare rilievo¹ si presentano – con tutti i distinguo del caso – come una conseguenza della interpretazione estensiva di norme che regolano situazioni del tutto particolari e – anche questo va detto – si basano su interventi interpretativi che palesemente forzano il dettato normativo della legge sulle adozioni a favore di una interpretazione sostanzialista che poco ha a che fare con le logiche proprie dell’interpretazione delle norme eccezionali, per cui vige il divieto di interpretazione analogica; d’altra parte, è pure comprensibile che davanti a situazioni di fatto in cui sussistono relazioni affettive stabilizzate sia tra i partner sia tra questi e il figlio si muovano sentimenti di accondiscendenza, la cui compatibilità giuridica resta tutta da stabilire ma che sono forse giustificate dalla mancanza di alternative ritenute praticabili.

A seguire, elementi di differenziazione si rinvergono nella mancata previsione dell’obbligo di fedeltà e nel diverso regime in materia di separazione, assai meno rigoroso nel caso delle unioni rispetto al caso del matrimonio. Ora, se distinzioni sussistono, si tratta di valutare se esse risultino arbitrarie o palesemente arbitrarie o mosse da intento discriminatorio.

Soffermandosi su quella che è certamente la distinzione più dibattuta, la mancanza di estensione all’Unione della *stepchild adoption*, si può dire che essa debba invece essere introdotta per obbedire al

¹

dettato costituzionale? Se, in altre parole, essa sia un elemento necessario della disciplina che il legislatore è tenuto a introdurre per obbedire al dettato costituzionale di rendere concreto e concretamente praticabile alle coppie omosessuali il loro diritto costituzionalmente garantito a condurre liberamente la loro vita di coppia?

La risposta negativa a tale quesito pare quella costituzionalmente più corretta. Essa si regge su tre fattori, di seguito esposti. La prima: la questione “adozione” riguarda una materia diversa dall’Unione Civile e ha anche caratteristiche diverse, la prima essendo caratterizzata da un forte controllo pubblico sulle aspirazioni private (controllo dei giudice sulle domande di adozione e accertamento in sede giudiziale della capacità adottiva della coppia), la seconda essendo finalizzata a sancire diritti e doveri dal punto di vista dell’esercizio della libertà (il che comporta l’assenza di controlli sulle intenzioni dei richiedenti, ad esempio). La seconda: come era stato da più parti messo in luce, la *stepchild adoption* avrebbe potuto aprire - se introdotta senza accurato esame e senza essere inserita in un ambito regolamentare omogeneo - a pratiche vietate nel nostro ordinamento e gravemente lesive della dignità della donna quale è, ad esempio, la maternità surrogata; se infatti tale forma di adozione cogenitoriale fosse consentita, natura vuole che essa sia possibile solo a coppie omosessuali femminili mentre per le coppie maschili sarebbe d’obbligo il ricorso alla pratica vietata. Evitare questa pur residuale evenienza necessita quindi di una riflessione più attenta e profonda, opportunamente rinviata ad una riforma della legge sulle adozioni, che possa eventualmente anche rafforzare l’impianto sanzionatorio presente oggi nel nostro ordinamento. La terza: sul piano sostanziale, si può ragionevolmente ritenere che il grande tema della filiazione e di tutti i suoi addentellati sia da trattarsi in modo diverso tra matrimonio e unione civile, solo il primo essendo caratterizzato - come espressamente afferma la Corte - oltre che da una tradizione millenaria volta a riservare lo stesso alle coppie eterosessuali, anche dalla potenziale finalità procreativa (sentenza 138/2010 già ampiamente citata) delle stesse.