

***Le unioni civili dopo la legge Cirinnà:
questioni ancora aperte***

di Laura Remiddi

Nel numero precedente di questa rivista ho esposto il quadro giuridico in cui si inseriva il c.d. disegno di legge Cirinnà sulle unioni civili fra persone dello stesso sesso e sulle convivenze, allora in discussione al Senato, e ho considerato che ci sarebbero state opposizioni, polemiche ed emendamenti, data la assoluta novità di una regolamentazione legislativa di una materia tanto delicata.

Così infatti è avvenuto, e non sto a ripercorrere gli infiniti argomenti sollevati; ognuno li ha espressi, li ha sentiti, li ha letti, e il ddl Cirinnà, modificato in più punti e con la spinta del voto di fiducia al Governo, è stato approvato dal Senato e, con la prossima approvazione della Camera dei deputati, sarà legge¹.

Vorrei qui trattare i due punti principali sui cui si sono costruite barricate (metaforiche, si intende): la cancellazione della previsione dell'obbligo di fedeltà fra coniugi dello stesso sesso e della adozione del figlio dell'altro coniuge, la c.d. "*stepchild adoption*".

L'obbligo di fedeltà fra coniugi, presente nel nostro Ordinamento, risale alla prima formulazione del codice civile dello Stato unitario ed è stato mantenuto in ogni successiva riforma; esso era giustificato non solo dalla opportunità di affermare i principi morali su cui deve fondarsi l'unione coniugale (in tal senso è accompagnato dall'obbligo di convivenza, di assistenza morale e materiale, di collaborazione nell'interesse della famiglia) ma, più praticamente, dalla necessità, per quanto possibile, di tutelare la certezza della paternità della prole procreata nel matrimonio.

Tanto che nella prima formulazione del codice – a parte che il principio di uguaglianza fra i sessi non era nella mente di quel legislatore

¹ Il disegno di legge dei senatori Cirinnà ed altri: "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", approvato dal Senato il 25 febbraio 2016 (S 2081), è stato trasmesso alla Camera ed è stato assegnato alla II Commissione in sede referente (C 3634).

– l’obbligo di fedeltà era modulato in maniera diversa per i due coniugi: in ambito civile, la violazione commessa dalla moglie era sempre motivo per l’attribuzione della “colpa”, mentre il marito era colpevole solo se aveva tradito con modalità costituenti ingiuria grave per la coniuge. In parallelo, il codice penale condannava il semplice adulterio commesso dalla moglie, anche se clandestino, mentre l’infedeltà del marito, per essere penalmente rilevante, doveva essere compiuta “nella casa familiare o notoriamente altrove”. La Corte Costituzionale negli anni 1968 - ‘69, nello spirito di uguaglianza e libertà che in quegli anni si stava esprimendo in modo prorompente nella società italiana, ha abolito tutte queste norme discriminatorie con la conseguenza che all’adulterio nella separazione personale è stata attribuita la stessa valenza se commesso dal marito o dalla moglie, mentre in sede penale è stato cancellato per entrambi.

Peraltro l’obbligo di fedeltà all’epoca persisteva anche dopo la separazione, secondo l’art. 156 cod. civ., tanto che nelle condizioni della consensuale, come nei provvedimenti della giudiziale, veniva usata la formula: “*I coniugi vivranno separati con l’obbligo del mutuo rispetto e della reciproca fedeltà*”. Di conseguenza, dopo una separazione consensuale ciascun coniuge poteva chiedere con altro giudizio il mutamento del titolo sulla base di successivi comportamenti colpevoli dell’altro. La Corte Costituzionale ha poi cancellato tale obbligo con la sentenza n. 99 del 1974, ritenendolo “*collegato con il diritto-dovere che ha ad oggetto la disponibilità fisica dell’un coniuge nei confronti dell’altro... due aspetti di una inscindibile disciplina giuridica*”. Una volta intervenuta la separazione, ha osservato la Corte, “*la permanenza dell’obbligo di assoluta fedeltà si traduce in un ugual trattamento di situazioni differenziate e comporta la violazione dell’art. 3 Cost.*”. Ha aggiunto però la Corte che poiché con la separazione permane l’obbligo di astenersi da comportamenti ingiuriosi per l’altro coniuge, l’infedeltà commessa senza una particolare discrezione sarebbe stata ugualmente sanzionata.

La riforma del 1975 ha poi previsto che le violazioni degli obblighi nascenti dal matrimonio, per giustificare la pronuncia di addebito della separazione, devono aver determinato l’intollerabilità della convivenza, e quindi ha implicitamente cancellato la possibilità di operare un mutamento del titolo per l’ovvio motivo che una violazione commessa dopo la separazione non può essere causa della stessa.

Ma, volendo approfondire l’argomento, non possiamo non considerare che l’obbligo di fedeltà costringe il coniuge non solo a comportamenti, ma addirittura lo vincola a sentimenti che fanno parte della sfera personalissima di ogni individuo, quella che è del tutto non comprimibile; e allora potremmo anche ritenerlo contrario non solo alla

nostra Carta costituzionale, ma a tutte le Carte e Dichiarazioni dei diritti umani espresse nel secolo scorso in sede europea e mondiale. Si possono per legge imporre o vietare sentimenti? Si può punire una persona perché si è innamorata di qualcuno diverso dal coniuge? Certo che no, e allora che senso ha mantenere un divieto che si può considerare avente natura illecita?

Peraltro è da considerare che l'esigenza di "autenticità" della prole non può essere garantita da divieti, e del resto oggi esistono altri mezzi esperibili al riguardo, quali le avanzate tecniche per le indagini genetiche che consentono di accertare o escludere la paternità con totale certezza, per cui non appare più necessario ricorrere alla anacronistica forma di una sorta di "cintura di castità" obbligatoria.

A mio parere, il legislatore ha escluso l'obbligo di fedeltà nelle unioni civili fra persone dello stesso sesso non solo perché in questi casi non ci sono esigenze di certezza della paternità della prole da tutelare, non solo per differenziare, come si è detto, tali unioni da quelle matrimoniali, ma anche perché tale obbligo suona anacronistico in un tempo, come quello attuale, in cui è molto accentuato il senso delle libertà individuali e sono comunemente giustificati comportamenti più disinvolti che in passato.

E non sembra neanche assurdo prevedere che, in un futuro più o meno prossimo, possano ricorrere alla Corte Costituzionale coniugi eterosessuali per lamentare che l'obbligo di fedeltà a loro imposto comporta la violazione dell'art. 3 della Costituzione a causa della differenza di trattamento con i coniugi dello stesso sesso, che invece sono liberi da un vincolo siffatto. Si vedrà.

La previsione dell'adozione del figlio del coniuge dello stesso sesso è stata, come si è detto, stralciata dal disegno di legge Cirinnà ma – è bene precisarlo – ciò non impedisce l'applicazione dell'art. 44 L. 184/83 sulla "*adozione in casi particolari*" che riguarda l'adozione del figlio del coniuge o altri casi che, appunto, sono particolari.

Infatti, negli stessi giorni in cui leggevamo sui giornali il contenuto dell'emendamento che ha portato all'approvazione del testo in Senato, su altre pagine degli stessi giornali c'era la notizia di adozioni concesse a persone dello stesso sesso del genitore biologico coniugate all'estero o semplicemente conviventi. Del resto, poiché ogni provvedimento di adozione deve avere come unico riferimento l'interesse morale e materiale del minore, se questo ha consuetudine di vita, assistenza morale e materiale dalla moglie della propria madre o dal marito del proprio padre, consacrare legalmente il vincolo che li lega costituisce un di più per la

tutela del minore, e non si può considerare in alcun modo una lesione del suo interesse. In ogni caso il problema resta aperto e sono già annunciati progetti di legge per un riordino completo della materia. Si vedrà.

Si è detto che la possibilità prevista per legge di adottare il figlio del coniuge dello stesso sesso agevolerebbe il ricorso alla maternità surrogata che con brutta espressione viene chiamata “utero in affitto”, ma meglio sarebbe nominarla “gestazione per altri” (GPA) e che nell’occasione è stata comunemente (a mio avviso troppo) deprecata. Perciò ritengo utile spendere qualche parola al riguardo.

La GPA è ammessa in molti Stati con modalità, presupposti e conseguenze diverse, e precisamente in: Armenia, Australia, Belgio, Bielorussia, Canada, Cipro, Danimarca, Georgia, Grecia, Hong Kong, Israele, Nepal, Paesi Bassi, Regno Unito, Russia, Stati Uniti, Sudafrica, Thailandia, Ucraina, Ungheria. L’estesa applicazione di tale istituto giuridico in tanti Paesi dalle più differenti tradizioni denota che la sua importanza nella compagine sociale è tutt’altro che marginale.

Nel nostro Ordinamento l’art. 2 della Costituzione riconosce e garantisce “*i diritti inviolabili dell’uomo*”, fra i quali dovrebbe considerarsi compresa la libertà di procreare. Ma l’art. 12 n. 6 della L. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita stabilisce che “*Chiunque, in qualsiasi forma, realizza,organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione della maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro*”. Quindi, se non si cambia tale norma, nulla di quanto paventato può accadere in Italia. Inoltre, in virtù di disposizioni e circolari del 2011, al fine di impedire che cittadini italiani possano utilizzare tale soluzione in Stati in cui è permessa, i minori che entrano nel territorio nazionale vengono sottoposti a particolari controlli. Inoltre il Codice deontologico dell’Ordine dei medici vieta la tecnica della fecondazione assistita con gestazione sostitutiva.

Nel dicembre 2015 il Parlamento europeo, nel rapporto annuale sul rispetto dei diritti umani, ha condannato la pratica della maternità surrogata, ed è recente la notizia che la commissione Affari sociali del Consiglio d’Europa ha rigettato la risoluzione della deputata belga che chiedeva ai Governi dei 47 Stati membri di seguire la strada di una regolamentazione internazionale della pratica, con **16** voti contrari (fra cui due italiani del P.d.) contro **15** favorevoli. Quindi, come si vede dai numeri che sono testa a testa, il dibattito resta aperto.

La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, chiamata più volte a pronunciarsi su casi inerenti la GPA sotto vari aspetti, ha evidenziato la

necessità di tutelare i diritti del minore alla vita familiare, nel contesto di rapporti di fatto ormai consolidati.

Nel nostro Paese si sta muovendo un confronto culturale e un approfondimento delle tematiche che è sempre la base necessaria per una riforma legislativa che vada ad incidere profondamente nel sociale. E a tale proposito è sempre bene considerare che ciò che viene consentito a qualcuno non viene di certo imposto ad altri. E' lo stesso discorso che si è fatto per il divorzio, per l'aborto e ora per le unioni civili e per le convivenze. Ovvio che chi non vuole – per suoi principi etici – ricorrere a determinati mezzi, strumenti, risorse, possibilità, è padronissimo di non farlo, ma non per questo gli si può riconoscere il potere di impedire di farlo a chi ha principi etici diversi.

E' stata di recente presentata una proposta di legge, che merita la nostra attenzione, volta a disciplinare la GPA in Italia, elaborata dalla Associazione Luca Coscioni, aderente al Partito radicale, con il contributo di esperti di diritto di famiglia, sociologi e altri esperti, che prevede il più assoluto rigore anche per impedire ogni forma di sfruttamento e modalità che rispettino le esigenze di tutte le persone coinvolte nel progetto.

E' chiarito nel preambolo che le norme proposte intendono regolamentare nel territorio italiano la GPA a titolo altruistico e *“per contrastare le discriminazioni che inevitabilmente l'accesso a tale procedura in altri paesi comporta, tutelando i diritti e le condizioni delle donne che decidono, in maniera consapevole e volontaria, di portare a termine una gravidanza per conto di altre persone, partecipando attivamente al loro progetto parentale”*.

In particolare si prevede il divieto di utilizzare il patrimonio genetico della gestante, che dovrà provenire da donatori esterni o dalle stesse persone che si rivolgono alla pratica, e ciò per evitare coinvolgimenti emotivi e rivendicazioni di diritti genitoriali della stessa gestante; l'atto con il quale questa rinuncia ai suoi diritti genitoriali sul bambino che nascerà è per sua natura irrevocabile, e se è sposata o convivente la rinuncia è chiesta anche al marito o al convivente. Altrettanto irrevocabile è il consenso formulato dai richiedenti, una volta che l'embrione sia stato trasferito nell'utero.

Sono quindi previsti i criteri in base ai quali i richiedenti possono intraprendere il percorso della GPA (maggiore età, età potenzialmente fertile e viventi; problemi di salute o condizioni che impediscano la procreazione a coppie di sesso uguale o diverso; valutazione di opportunità espressa da un medico).

Per quanto riguarda le condizioni della gestante sostitutiva, è

richiesto che sia già madre, che non versi in stato di bisogno e sia in grado di provvedere al proprio mantenimento (ciò per evitare ipotesi di sfruttamento economico), che la gravidanza avvenga sul territorio italiano, e che siano effettuati esami clinici idonei per consentire e monitorare l'operazione.

L'accordo fra i richiedenti e la gestante dovrà risultare da un atto scritto firmato dinanzi a un avvocato che accerti l'autenticità delle firme e l'effettiva e consapevole volontà della donna. La gestante sostitutiva si impegna ad astenersi da qualsiasi condotta non idonea al suo stato o pregiudizievole per il feto e a sottoporsi agli accertamenti medici richiesti; a carico dei richiedenti sono tutte le spese sanitarie, le ulteriori sostenute a causa della gestazione, l'eventuale perdita della capacità reddituale della gestante. Il bambino che nascerà sarà a tutti gli effetti figlio dei richiedenti, e nessuno di loro potrà in alcun modo contestare o disconoscere il rapporto di filiazione. Essi devono impegnarsi ad assumere la piena custodia del bambino alla sua nascita e l'incondizionata responsabilità genitoriale, il tutto con reciproche garanzie di segretezza. Si tratta di un primo germoglio (embrione?) che avrà lunga strada. Si vedrà.

E infine, a chi voglia guardare il problema anche con un pizzico di umanità e considerando che è sempre meglio essere aperti che chiusi, comprensivi anziché intolleranti, consiglio di leggere il bel romanzo breve di Melania Mazzucco: "Sei come sei".