

CAPITOLO I

OMOSESSUALITÀ: TRA ANALISI STORICO-SOCIOLOGICA E PROSPETTIVA COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Analisi dell'opinione pubblica e dell'immagine di famiglia. – 2. Evoluzione della nozione “coppie di fatto” ed interventi delle Corti. – 3. Stato dell'arte prima della legge 76/2016: Corte Costituzionale, 15 aprile 2010, n. 138.

1. Analisi dell'opinione pubblica e dell'immagine della famiglia

«L'omosessualità viene oggi generalmente definita sia come una condizione soggettiva caratterizzata dalla tendenza a rivolgere l'interesse libidico verso persone del proprio stesso sesso, sia come una categoria culturale di identità che ha importanti implicazioni sociali, politiche ed economiche per lo studio comparativo della sessualità e della società». Questa la definizione che la Treccani fornisce in merito alla parola “omosessualità”.

A fronte di un tema al tempo stesso così complesso e delicato, l'obiettivo è quello di approcciare la materia in modo neutro, senza favoritismi e senza pregiudizi, concentrandosi sui valori costituzionali che rappresentano le fondamenta del nostro ordinamento ed analizzando la normativa e le pronunce che col tempo sono intervenute in questo ambito: a volte sconvolgendo il patrimonio di valori creato in sede di Assemblea Costituente, altre tutelandolo con continue conferme della sua bontà.

Fatta questa breve premessa, l'omosessualità merita di essere valutata anche dal punto di vista sociologico: è opportuno cercare di comprendere come essa venga assorbita dall'opinione pubblica.

Serve, allora, procedere al reperimento dei fattori ideologici che caratterizzano il tema in questione. Prendendo il via dalla storia passata, si cercherà di dar conto degli avvenimenti più incisivi, di quelli che hanno contribuito a creare, nel tempo, la “morale pubblica” dei vari Paesi. Nel farlo, ci si avvarrà del sostegno

di una relazione pubblicata da Dario Petrosino sul sito della Società italiana per lo studio della storia contemporanea (SISSCO)¹.

Sembra doveroso concentrarsi sui frammenti più bui della storia recente: durante il nazismo e il fascismo, come hanno dimostrato alcune ricerche condotte dall'Anpi, era pratica comune schedare gli omosessuali al fine di realizzare un'opera di repressione del "fenomeno".

Successivamente, questa attività è proseguita per tutta la durata della Guerra Fredda. In questo periodo, in particolare, come riporta SISSCO, gli omosessuali erano classificati "*come sovversivi in quanto trasgressori della morale pubblica*".

Scorrendo in avanti la linea del tempo, la ricerca di cui ci si avvale, basandosi su documentazioni tratte dall'Archivio Centrale dello Stato, dall'Archivio di Stato di Modena, dall'Archivio di Stato di Bologna e dall'Archivio di Stato di Napoli, è riuscita a correlare le operazioni di controllo della morale pubblica eseguite in Italia, con provvedimenti dello stesso tenore emanati negli Stati Uniti d'America (il cui scopo era quello di epurare gli omosessuali dalle principali istituzioni dello Stato).

Sempre secondo tali dati, questa vicissitudine sembra concludersi, negli USA così come nelle democrazie alleate, solo nel 2011, «quando il presidente Barack Obama ha definitivamente cancellato, con un voto del Congresso, un emendamento, approvato nel 1950 durante la presidenza Truman, che escludeva gli omosessuali dall'esercito americano»².

Di certo è che nell'arco di tempo che va dalla Seconda Guerra Mondiale, almeno fino all'inizio del XXI secolo, passando per la Guerra Fredda, l'opinione pubblica, come si evince da quanto finora detto, era compatta nel rifuggire, in ogni modo possibile, l'idea stessa di omosessualità.

Continuando l'esame sociologico proposto ed allargando la prospettiva di indagine, sembra opportuno dar conto di due recenti ricerche che si sono succedute: si tratta di uno studio compiuto nel 2013 dal Pew Research Center e di un'indagine globale effettuata da ILGA nel 2016.

¹ Dati tratti da <http://www.sissco.it/categorie/attivita/collaborazioni/>.

² Così D. Petrosino, *La repressione dell'omosessualità nei Paesi occidentali negli anni della NATO. Due casi: Italia e Francia a confronto (1952-1994)*. Consultabile su <http://www.sissco.it/categorie/attivita/collaborazioni/>.

Il primo documento testimonia come in determinate aree del mondo vi sia una tolleranza maggiore in tema di omosessualità: «*The survey of publics in 39 countries finds broad acceptance of homosexuality in North America, the European Union, and much of Latin America, but equally widespread rejection in predominantly Muslim nations and in Africa, as well as in parts of Asia and in Russia. Opinion about the acceptability of homosexuality is divided in Israel, Poland and Bolivia*»³.

Sempre secondo questa ricerca, un'accettazione maggiore dell'omosessualità si riscontrerebbe in Paesi in cui la religione è meno centrale nella vita delle persone, nonché nei giovani e nelle donne («*The survey also finds that acceptance of homosexuality is particularly widespread in countries where religion is less central in people's lives. These are also among the richest countries in the world. In contrast, in poorer countries with high levels of religiosity, few believe homosexuality should be accepted by society. Age is also a factor in several countries, with younger respondents offering far more tolerant views than older ones. And while gender differences are not prevalent, in those countries where they are, women are consistently more accepting of homosexuality than men*»)⁴.

L'altro rapporto, qui utilizzato a conclusione dell'analisi sul sentire collettivo, individua 3 criteri governanti il pensiero pubblico: le statistiche⁵ mostrano come il tasso di inclusione dell'omosessualità dipenda da fattori culturali, dalla confessione religiosa di riferimento e da ragioni di carattere istintivo ed irrazionale.

Nel 2016, ILGA (*The International Lesbian, Gay, Bisexual and Trans and Intersex Association*) ha dato vita ad un'indagine in merito a comportamenti tenuti nei confronti di persone *LGBT*.

³ Dati tratti da <https://www.pewresearch.org/global/2013/06/04/the-global-divide-on-homosexuality/>.

⁴ Ibidem.

⁵ Dati tratti da https://ilga.org/downloads/07_the_ilga_riwi_2016_global_attitudes_survey_on_LGBTI_people.pdf.

Quindi, «alla domanda se essere gay, lesbiche, bisessuali e trans gender debba essere un reato»⁶, si passa da una percentuale di risposte affermative del 59% (nigeriani) al 9% dei consensi (croati e portoghesi).

Se si riprendono i criteri sopra accennati (cultura, religione, irrazionalità), si riesce a comprendere la tendenza precisa di ogni Nazione: così, in base a fattori culturali, anche Paesi tra loro confinanti presentano differenze importanti. Basti pensare ad Israele ed Egitto: nel primo i consensi alla domanda circa la criminalizzazione dell'omosessualità sono pari al 24%, mentre nel secondo al 44%.

Si nota, poi, come tale percentuale salga perché rilevata in Paesi di fede islamica e con uno scarso spirito di laicità: anche se in Paesi occidentali, idealmente avulsi da estremismi ideologici, si registrerebbe la tendenza a punire gli omosessuali in quanto tali.

Infine, in aggiunta ad elementi culturali e religiosi, il consenso delle persone alla domanda formulata nel 2016 dipende anche da caratteri istintivi ed irrazionali.

Tutto ciò ha portato la stessa ILGA a prendere atto di come siano ancora profondamente radicati, nella popolazione mondiale, concetti etero-normativi di orientamento sessuale e di identità di genere.

Parallelamente all'analisi dell'opinione pubblica proposta, bisogna indagare sulla trasformazione dell'immagine della famiglia.

Oggigiorno, semplicemente uscendo di casa e confrontandosi con le innumerevoli formazioni sociali che offre la realtà, si ha testimonianza di come il modello familiare "classico" non sia più un *unicum* nel panorama italiano e mondiale. Questo dato sembrerebbe essere piuttosto oggettivo, o quantomeno dimostrabile: si pensi alle numerose sentenze, aventi ad oggetto la coppia omosessuale, che si sono succedute sulle scrivanie dei giudici di tutto il mondo.

Innanzitutto, sulla base di quanto impresso nell'articolo 29 della Costituzione (*"1. La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. 2. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità"*

⁶ Così B. de Filippis, *Unioni civili e genitorialità: le nuove frontiere della giurisprudenza*, CEDAM, Milano, 2018, pp. 1-3.

familiare”), si deve dar conto della famiglia tradizionale, quella fondata sul matrimonio e disciplinata da svariati articoli del codice civile.

Secondo gli studiosi di diritto di famiglia, non esiste un’opinione univoca in merito all’interpretazione dell’articolo 29.

Le differenti visioni si erano presentate già in sede di stesura della Carta Costituzionale, con la “distinzione” tra chi era a favore dell’inserimento della disciplina familiare nella legge fondamentale italiana e chi, invece, riteneva che la Costituzione non dovesse alludere a questioni familiari, in netta continuità con la tradizione dello Statuto Albertino.

A tale riguardo serve, però, sottolineare che le differenze tra Costituzione e Statuto si sprecano e che la scelta di trattare della famiglia, all’interno della legge entrata in vigore nel 1948, è conforme con l’ingerenza che proprio la Costituzione ha avuto in ogni settore della società, compreso quello economico.

Altra divergenza, una volta appurata la corretta presenza dell’articolo 29, guarda a come intendere il suo contenuto:

1) da un lato, vi è chi sostiene che la nozione di famiglia debba rimanere immutata nel tempo e fa discendere tale argomentazione da una particolare interpretazione dell’inciso “*società naturale*” inserito nella norma di cui si discute. Sempre secondo questa tesi, c.d. cattolica, la famiglia sarebbe un ente autonomo, preesistente allo Stato, avente proprie leggi e retto dal diritto naturale (famosa la metafora di Jemolo che paragona la famiglia ad un’isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto);

2) dall’altro, alcuni autori correlano l’articolo 29 con l’articolo 2 della Costituzione (“*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”) e danno vita ad un’interpretazione c.d. laica. Tale teoria vuole evidenziare come la famiglia sia una società mutevole al mutare dei costumi sociali.

Quindi, a seconda della tesi a cui si aderisce, rispettivamente, si esclude o si consente l’intervento del legislatore, al fine di modificare il costrutto di famiglia ora inserito in Costituzione.

Da ultimo, sempre in merito alla famiglia tradizionale, è importante riconoscere l'esistenza di una terza diversa elaborazione dell'articolo 29: questo pensiero, ricondotto agli studi antropologici compiuti da Lévi-Strauss, trae argomento dal fatto che la famiglia si identifica come unione affettiva e sessuale tra i coniugi, in cui vi è collaborazione continua tra loro e in cui si genera un interesse comune verso la prole.

Secondo l'antropologia qui citata, la famiglia sarebbe un fenomeno universale e fondamentale, caratterizzato dall'essere fondato sul matrimonio (aspetto, questo, che nella maggioranza dei casi permette di separare il concetto di famiglia da quello di unioni libere più o meno durature).

Questa tesi viene identificata come una sorta di *trait d'union* tra quella cattolica e quella laica, inoltre evidenzia l'importanza di uno dei caratteri che tutt'ora fonda la famiglia classica: il matrimonio.

Infatti, nonostante vi siano stati numerosi tentativi di assedio della nozione matrimoniale di famiglia, la giurisprudenza costituzionale, come vedremo più avanti⁷, ha continuato a proteggere il legame esistente tra la famiglia e l'istituto sopracitato.

Dopo aver trattato della concezione di "famiglia naturale", alcuni autori⁸ sostengono che, accanto ad essa, intesa come «famiglia coniugale-nucleare-eterosessuale-bigenitoriale, fondata sul matrimonio, con residenza comune»⁹, se ne possano individuare altre.

Si tratta di famiglie in cui i genitori sono *single*, separati, divorziati o, addirittura, acquisiti e in cui spesso si ha la ricostituzione di nuovi rapporti matrimoniali o di convivenza. Queste sono le c.d. "famiglie non tradizionali".

Più precisamente, sono casi in cui il figlio o i figli, a causa dell'intervento di separazione o di divorzio, si trovano a mantenere il rapporto con i genitori biologici, ma anche ad allacciare rapporti con gli eventuali nuovi *partners* di questi

⁷ Si veda *infra* § 3.

⁸ Per approfondimenti sul tema si veda R. Baiocco, N. Carone, A.M. Speranza, V. Lingardi, *Unioni civili e genitorialità: le nuove frontiere della giurisprudenza*, CEDAM, Milano, 2018, pp. 319-325.

⁹ Così R. Baiocco, N. Carone, A.M. Speranza, V. Lingardi, *Unioni civili e genitorialità: le nuove frontiere della giurisprudenza*, CEDAM, Milano, 2018, pp. 319-325.

(“genitori sociali”). O anche casi in cui vi sia un solo genitore ad accudire il figlio o i figli. L’ambiente di riferimento del minore si costituisce, quindi, di varie figure e non comprende più solo i genitori biologici: pensiamo ai nonni, agli zii, alle sorelle o ai fratelli acquisiti e ai genitori sociali.

Tenute distinte dalle “famiglie non tradizionali” vi sono, poi, le “famiglie moderne”, famiglie sviluppatesi solo a partire dal ventesimo secolo e composte da madri lesbiche o padri gay oppure costituite da madri *single* che hanno deciso di accedere alla procreazione medicalmente assistita.

Altro profilo da considerare è il “punto di contatto” che si potrebbe determinare tra “famiglie non tradizionali” e “famiglie moderne”.

Come riportano gli autori¹⁰, è infatti possibile che genitrici lesbiche (una sociale e una biologica) si separino dopo aver condiviso la genitorialità e costituiscano altre famiglie. In questo caso il bambino farebbe parte di una famiglia ricomposta, con un solo genitore biologico e tre genitori sociali. Inoltre, come è ovvio, la famiglia ricomprenderà anche eventuali nonni, zii, fratelli o sorelle.

In questo contesto sociale mutato e mutevole, profetiche sembrano le parole pronunciate nel 1888 da Émile Durkheim, padre della sociologia, e riportate in un articolo del 2018 de “Il Sole 24 ore” da Vittorio Lingiardi¹¹: «Non esiste un modo di essere e di vivere che sia il migliore di tutti [...] La famiglia di oggi non è né più né meno perfetta di quella di una volta: è diversa, perché le circostanze sono diverse».

L’intento dell’autore dell’articolo è quello di dimostrare come l’evoluzione dei costumi sociali e, quindi, anche della famiglia, formazione sociale per eccellenza, vada naturalmente nel senso di garantire il diritto del bambino al riconoscimento della propria vita familiare. Ecco, questo è il punto centrale che si pone in relazione all’analisi storico-sociologica illustrata.

Sarà fondamentale comprendere la concezione di vita familiare e in che modo questa possa fondersi con la coppia omosessuale.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Dati tratti da <https://www.ilsole24ore.com/art/la-famiglia-e-culturale-AEwn7RfG>.

Per farlo, tenendo sempre a mente i principi e i valori inseriti in Costituzione, possiamo iniziare col porci alcune questioni esistenziali: qual è la famiglia che è in grado di garantire il benessere del bambino? Come crescono i bambini in famiglie omosessuali?

2. Evoluzione della nozione “coppie di fatto” ed interventi delle Corti

Come esaustivamente affermato nel paragrafo precedente, oggi esistono diverse forme di famiglie. Al loro interno non sempre il rapporto di coppia si costituisce legalmente, come potrebbe avvenire a seguito di matrimonio, ma si evidenzia comunque un c.d. “rapporto di fatto”.

Come riporta un autore¹², la costituzione di una “famiglia di fatto”, diversamente da quanto accade per il matrimonio, è sempre più frequente.

Da almeno 40 anni assistiamo ad un costante decremento di coppie che convolano a nozze: in particolare, dal 1973 (400.000) al 2018 (195.778) tale numero si è pressoché dimezzato.

Al contrario, valori in crescita dimostrano come la creazione di “coppie di fatto” sia una tendenza del tutto attuale: nel 1991 le coppie conviventi non sposate erano pari all’1,6% del totale, mentre nel 2011 esse raggiungevano quota 5% delle coppie conviventi considerate nella loro generalità (sposate e non sposate).

Dopo questa breve parentesi numerica, si necessita di definire la “famiglia di fatto” e di ripercorrerne lo sviluppo sociale.

Essa viene identificata come «l’unione stabile di un uomo e di una donna, non sposati tra loro, e dei loro eventuali figli»¹³.

Dal punto di vista storico-evolutivo, secondo alcuni autori¹⁴, «la formula “famiglia di fatto” è il risultato finale di una complessa storia sociale che può

¹² Cfr. V. Roppo, *Diritto privato*, Giappichelli Editore, Torino, pp. 887-888.

¹³ Così V. Roppo, *Diritto privato*, Giappichelli Editore, Torino, pp. 887-888.

¹⁴ Di questo parere A. G. Annunziata e R. Iannone, *Dal concubinato alla famiglia di fatto: evoluzione del fenomeno*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2/2011, pp. 1-13 (rivista telematica al sito internet <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/scienze-politiche/docenti/valeria-corriero/persone-famiglie-legislazione-socilae/materiale-didattico/seminario%20convivenze%20more%20uxorio.pdf>).

suddividersi in tre fasi: la prima in cui si parlava di concubinato, espressione evidentemente dispregiativa della convivenza *more uxorio*, fenomeno considerato non solo “immorale” ma anche penalmente rilevante [...]. Nella seconda fase storica si è cominciato a parlare di convivenza *more uxorio* con l'attribuzione seppur minima di un riconoscimento giuridico ai diritti dei conviventi [...]. La terza fase, coincidente con l'introduzione della nuova disciplina del diritto di famiglia del 1975, ha visto l'impiego dell'espressione “famiglia di fatto” a testimonianza del repentino cambiamento sociale che ha preceduto quello di diritto».

A riprova di quanto asserito, cioè del cambiamento subito dalla “coppia di fatto”, è possibile portare due esempi¹⁵:

a) innanzitutto, fino al 1968/1969 in Italia si puniva l'adulterio ed il concubinato, anche se il reato di adulterio poteva essere commesso soltanto dalla moglie e non anche dal marito. Quest'ultimo poteva essere imputato di concubinato solo quando teneva la concubina nella casa coniugale o notoriamente altrove.

Nel 1961 la Consulta, con la pronuncia n°64¹⁶, dichiarava che la differenza tra uomo e donna si giustificava perché giuridicamente e socialmente le posizioni dei due coniugi non erano assimilabili.

¹⁵ Cfr. B. de Filippis, *Unioni civili e genitorialità: le nuove frontiere della giurisprudenza*, CEDAM, Milano, 2018, pp. 5-8.

¹⁶Per approfondimenti Corte Cost., 23 novembre 1961, n°64 (consultabile a <http://www.giurcost.org/decisioni/1961/0064s-61.html>) «Indubbiamente, secondo una pura valutazione morale, alla quale, a parte le leggi, è auspicabile che idealmente si ispiri la vita della famiglia, il principio della fedeltà coniugale è unico, e non soffre discriminazioni di carattere quantitativo. Tuttavia, l'ordinamento giuridico positivo non può del tutto prescindere, e di fatto non prescinde, dalle valutazioni che si affermano, spesso imperiosamente, nella vita sociale. Ora, che la moglie conceda i suoi amplessi ad un estraneo è apparso al legislatore, in base, come si è detto, alla prevalente opinione, offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito [...]. È innegabile che anche l'adulterio del marito può, in date circostanze, manifestarsi coefficiente di disgregazione della unità familiare; ma, come per la fedeltà coniugale, così per la unità familiare il legislatore ha evidentemente ritenuto di avvertire una diversa e maggiore entità della illecita condotta della moglie, rappresentandosi la più grave influenza che tale condotta può esercitare sulle più delicate strutture e sui più vitali interessi di una famiglia: in primo luogo, l'azione disgregatrice che sulla intera famiglia e sulla sua coesione morale cagiona la sminuita reputazione nell'ambito sociale; indi, il turbamento psichico, con tutte le sue conseguenze sulla educazione e sulla disciplina morale che, in ispecie nelle famiglie (e sono la maggior parte) tuttora governate da sani principi morali, il pensiero della madre fra le braccia di un estraneo determina nei giovani figli, particolarmente nell'età in cui appena si annunciano gli stimoli e le immagini della vita sessuale; non ultimo il pericolo della introduzione nella famiglia di prole non appartenente al marito, e che a lui viene, tuttavia, attribuita per presunzione di legge, a parte la eventuale - rigorosamente condizionata - azione di disconoscimento. Tutti questi coefficienti hanno agito sulle direttive del

Poco tempo dopo, però, la stessa Corte, con sentenza n°126 del 1968¹⁷ andava ad abrogare prima il reato di adulterio e poi quello di concubinato, motivando le proprie ragioni con l'evidenza che, all'epoca della sentenza, la coscienza collettiva non annetteva all'adulterio della moglie quel carattere di gravità presente, invece, in passato;

b) in secondo luogo, la Corte di Cassazione, con sentenza 8 giugno 1993 n°6381, dichiarava che la convivenza tra uomo e donna al di fuori del matrimonio non era più illecita. Tale pronuncia si rendeva a seguito della richiesta di nullità di un contratto attributivo di diritti patrimoniali (comodato), in quanto esso trovava ragione in una convivenza *more uxorio*.

I giudici hanno, quindi, colto l'occasione per evidenziare come la "convivenza di fatto" non fosse fonte di illecito e non fosse neppure contraria ai principi di buon costume ("la convivenza *more uxorio* tra un uomo ed una donna in stato libero non costituisce causa di illiceità e quindi di nullità di un contratto attributivo di diritti patrimoniali dall'uno a favore dell'altra o viceversa solo perché il contratto sia collegato a detta relazione, in quanto tale convivenza, ancorché non

legislatore; e ciò senza punto far calcolo, in quanto fatti anormali e che si auspicano destinati a scomparire, delle reazioni violente e delittuose cui, in specie in certi ambienti, può in particolare dar luogo la infedeltà della moglie».

¹⁷ Per approfondimenti Corte Cost., 16 dicembre 1968, n°126 (consultabile a <http://www.giurcost.org/decisioni/1968/0126s-68.html>) «Con la sentenza n. 64 del 23 novembre 1961, questa Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 559, primo comma, del Codice penale, in riferimento agli artt. 3 e 29 della Costituzione. L'ordinanza del Tribunale di Ascoli Piceno prima, e le altre successivamente hanno riproposto la questione ulteriormente argomentando e sostenendo che, negli ultimi anni, è sostanzialmente mutata in materia la coscienza collettiva. Di conseguenza sarebbe necessario accertare se - nell'attuale momento storico sociale - continui a sussistere oppure no quella diversità obbiettiva di situazione che nella precedente sentenza la Corte ritenne di riscontrare sì da giustificare il differente trattamento, fatto dal legislatore penale all'adulterio della moglie rispetto a quello del marito.

La Corte ritiene che la questione meriti di essere riesaminata [...].

Il principio che il marito possa violare impunemente l'obbligo della fedeltà coniugale, mentre la moglie debba essere punita - più o meno severamente - rimonta ai tempi remoti nei quali la donna, considerata perfino giuridicamente incapace e privata di molti diritti, si trovava in stato di soggezione alla potestà maritale. Da allora molto è mutato nella vita sociale: la donna ha acquistato pienezza di diritti e la sua partecipazione alla vita economica e sociale della famiglia e della intera collettività è diventata molto più intensa, fino a raggiungere piena parità con l'uomo; mentre il trattamento differenziato in tema di adulterio è rimasto immutato, nonostante che in alcuni stati di avanzata civiltà sia prevalso il principio della non ingerenza del legislatore nella delicata materia [...]. La Corte ritiene pertanto che la discriminazione sancita dal primo comma dell'art. 559 del Codice penale non garantisca l'unità familiare, ma sia più che altro un privilegio assicurato al marito; e, come tutti i privilegi, violi il principio di parità».